

# LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS: MOSAICO LEGAL E INTERPRETACIÓN JUDICIAL

**María José Morillas Jarillo**

Catedrática de Derecho Mercantil  
Universidad Carlos III de Madrid

## RESUMEN

La dispar regulación de las cooperativas en España se proyecta de forma especial en materia de deberes y responsabilidades de sus administradores, de gran importancia teórica y práctica, que se acrecienta en situaciones de crisis empresarial como la que padecemos desde hace ya varios años. Las remisiones, lagunas y oscuridades de las normas reguladoras de esta sociedad, clave del sector de la economía social, son, además, objeto de análisis e interpretación por una jurisprudencia muy rica y no siempre unívoca ni exenta de contradicciones. De esta forma, dependiendo de la ley aplicable, las propias sociedades, sus socios y los terceros que con ellas se relacionan tendrán más o menos derechos u obligaciones, facilidades o dificultades para exigir o sufrir las consecuencias de la responsabilidad, lo que afecta de forma decisiva a la unidad del mercado.

**PALABRAS CLAVE:** Cooperativas, administradores, normas de conducta, gobierno corporativo, responsabilidad por daños, responsabilidad por deudas, acción social, acción individual.

## THE RESPONSIBILITIES OF THE ADMINISTRATORS OF THE CO-OPERATIVE SOCIETIES

### ABSTRACT

The disparate regulation of cooperatives in Spain is projected specially regarding duties and responsibilities of its administrators, of great theoretical and practical importance, which is increased in situations of corporate crisis like the one suffering for several years now. Referrals, gaps and obscurities of the rules of this key society of the social economy sector are also subject to analysis and interpretation by a very rich and not always unequivocal nor without contradictions jurisprudence. Thus, depending on the applicable law, the companies themselves, their partners and third parties that they relate will have more or fewer rights or obligations, facilities or difficulties to demand or suffer the consequences of responsibility, which affects so decisive market unity.

**KEY WORDS:** Cooperatives, directors, officers, corporate governance, duty of care, duty of loyalty, responsibility, social action, individual action.

CLAVES ECONLIT / ECONLIT DESCRIPTORS: G34, K20, M100, P130.

ABREVIATURAS: ALCM: Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014. LC: Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. LCAR: Decreto Legislativo 2/2014, de 29 de agosto, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de Aragón. LCAS: Ley 4/2010, de 29 de junio, de Cooperativas del Principado de Asturias. LCCANT: Ley 6/2013, de 6 de noviembre, de Cooperativas de Cantabria. LCCAT: Ley 12/2015, de 9 de julio, de Cooperativas de Cataluña. LCCLM: Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativa de Castilla-La Mancha. LCCL: Ley 4/2002, de 11 de abril, de cooperativas de Castilla y León. LCCM: Ley 4/1999, de 30 de marzo de Cooperativas de Madrid. LCCV: Decreto Legislativo 2/2015, de 15 de mayo, del Consell, por el que aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunitat Valenciana. LCG: Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia. LCIB: Ley 1/2003, de 20 de marzo, de Cooperativas de las Islas Baleares. LCLR: Ley 4/2001, de 2 de julio, de Cooperativas de La Rioja. LCoop: Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas. LCRM: Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de Sociedades Cooperativas de Región de Murcia. LFCN: Ley Foral 14/2006, de 11 de diciembre, de Cooperativas de Navarra. LGC: Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas. LSA: Ley de Sociedades Anónimas, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre. LSC: Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. LSCA: Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas. LCPV: Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas del País Vasco. LSCEX: Ley 2/1998, de 26 de marzo, de Sociedades Cooperativas de Extremadura. RCDI: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. RDBB: Revista de Derecho Bancario y Bursátil. RDPC: Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. RDM: Revista de Derecho Mercantil. RdS: Revista de Sociedades. RGD: Revista General de Derecho. RJC: Revista Jurídica de Cataluña. RLSCA: Reglamento de la Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas, aprobado por el Decreto 123/2014, de 2 de septiembre. SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial. STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

## SUMARIO

I. Las diversas fuentes de responsabilidad de los administradores de las sociedades cooperativas. II. Poderes y deberes de los administradores de las sociedades cooperativas. 1. Competencias, funciones de administración y poderes de los administradores. 2. Deberes de los administradores. III. Los problemas que plantea la regulación de la responsabilidad de los administradores de las cooperativas. 1. Las remisiones. 2. Responsabilidad por daños y responsabilidad por deudas. 3. El ámbito subjetivo de aplicación. 4. Tipo de responsabilidad y causas de exoneración. 5. Acciones de responsabilidad. IV. Las normas de conducta y las responsabilidades de los administradores de las cooperativas en situación de crisis empresarial. 1. Grupos de casos. 2. Reglas para administrar la crisis.

### I. Las diversas fuentes de responsabilidad de los administradores de las sociedades cooperativas

Pocos temas hay de tanta importancia teórica y trascendencia práctica como el de la responsabilidad de los administradores de las sociedades, interés que no disminuye al ir referido a un concreto tipo como es la cooperativa.

No hay que abundar en la justificación de la elección de esta materia, de naturaleza transversal, en la medida en que existen varias fuentes de responsabilidad, pues diversas ramas del Derecho coinciden en consagrarlas respecto de los administradores<sup>1</sup>: responsabilidad fiscal (*ex art. 43.1 Ley 58/2003*, de 17 diciembre, General Tributaria); responsabilidad penal (conforme a los arts. 31, 282 *bis*, 286 *bis*, 290 a 297, 318 y 348 del Código Penal); responsabilidad administrativa (con diversas manifestaciones, como la responsabilidad medioambiental o la del art. 69.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, entre otras muchas)<sup>2</sup>. Estas fuentes de responsabilidad se unen a la tradicional responsabi-

1. Una visión general de estas responsabilidades en MOYA JIMENEZ, A., *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes. Adaptado a la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los Emprendedores y su internacionalización*, 10ª ed., Bosch, Barcelona, 2015, pp. 353-393.

2. La STS (Sala de lo Penal) de 12 de diciembre de 2006 (RJ 2006\8379), en la que se enjuicia a los miembros del consejo rector y a los interventores de la cooperativa por delitos de estafa, apropiación

lidad civil consagrada en normas comunes (Código civil) y a las modernas disposiciones de general aplicación a los administradores de las personas jurídicas, y, por ello, también a los de las sociedades cooperativas (la responsabilidad concursal de los arts. 48 *ter* y 172 *bis* LC, ligada a los concursos culpables liquidativos)<sup>3</sup>. Y, de manera fundamental, a la regulada en la legislación de sociedades.

Por lo que respecta a la responsabilidad societaria contenida en la legislación cooperativa, la pluralidad de fuentes y la riqueza de la jurisprudencia dictada en su aplicación e interpretación ofrecen un interesante campo de estudio, que abordamos en este trabajo. Por razón de la dispar regulación de la que se puede decir que “hacen gala” las leyes de cooperativas españolas (en la actualidad, diecisiete), anticipando la conclusión, podemos afirmar que no hay un régimen legal claro, ni siquiera único, por lo que, dependiendo de la ley que resulte aplicable, los administradores de las sociedades cooperativas y, en consecuencia, las propias sociedades, sus socios y los terceros que con ellas se relacionan tendrán más o menos derechos u obligaciones, facilidades o dificultades para exigir o sufrir las consecuencias de la responsabilidad.

Tal es la modesta finalidad de las páginas que siguen: por un lado, poner de manifiesto las enormes diferencias legales y la pluralidad de regímenes de responsabilidad que en la actualidad existen para regular un mismo tipo de sociedad y un mismo sistema de administración y las disfunciones que esta situación norma-

indebida, falsedad y delito societario, afirma: “Los miembros del Consejo Rector, a quienes competía la realización de funciones de control, de firma de talones, como mecanismos dispuestos para evitar el desahucio económico, y los interventores de la cooperativa, que inactuaron en sus obligaciones, pueden ser, en principio, responsables de los delitos imputados”. La SAP de Pontevedra (Sección 5ª) de 20 de febrero de 2006 (JUR 2006\232315) condena al administrador de una cooperativa que hace suyo el dinero de una factura de un cliente de la sociedad y, al cesar en su cargo, se queda con material de ésta: al apreciar concurso de leyes entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal, condena por el primero, que lleva aparejada mayor pena. En materia de delitos societarios, entre otras muchas sentencias, vid. la SAP de Córdoba (Sección 3ª) de 29 junio de 2015 (JUR 2015\174442) y la SAP de La Coruña (Sección 1ª) de 17 marzo de 2016 (JUR 2016\77948).

3. De la amplia bibliografía, vid.: GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., *La calificación del concurso*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004; MACHADO PLAZAS, J., *El concurso de acreedores culpable. Calificación y responsabilidad concursal*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006; QUIJANO GONZALEZ, J., “La responsabilidad concursal tras la Ley 38/2011 de reforma de la Ley Concursal”, *RDCP*, nº 18, 2013, pp. 51-66 y 129-135; MOYA, *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes...*, op. cit., pp. 81-124. La SAP de Zaragoza (Sección 5ª) de 29 octubre de 2012 (JUR 2013\112184) considera personas afectadas por la calificación del concurso culpable de la cooperativa a los miembros del consejo rector y al grupo inmobiliario gestor de la cooperativa.

tiva genera; por otro, evidenciar los defectos y las lagunas de la regulación legal de la responsabilidad de los administradores de las sociedades cooperativas y las líneas de interpretación judicial existentes al respecto, contenidas en las resoluciones judiciales específicas sobre sociedades cooperativas que citamos, con toda intención, profusamente en este trabajo.

## II. Poderes y deberes de los administradores de las sociedades cooperativas

Sabido es que la responsabilidad es la consecuencia que el Ordenamiento jurídico liga al ejercicio de los poderes (todo poder atrae la responsabilidad) y al incumplimiento de los deberes, y cumple diversas funciones: junto a la resarcitoria del daño causado, tiene una función preventiva, pues, al establecerse drásticas consecuencias en caso de incumplimiento de los deberes, se consigue o se persigue que no se ocasione el daño o, al menos, que se extreme el cuidado; a ellas se une la de servir como instrumento de control de los propios poderes y deberes. Para que el así diseñado sistema funcione de forma adecuada, los poderes deben ser tales (libertad de actuación) y las funciones, deberes y responsabilidades deben estar claramente establecidos.

### 1. Competencias, funciones de administración y poderes de los administradores

La proyección de este esquema de responsabilidad sobre la tarea desempeñada por los potenciales responsables, los administradores de las sociedades cooperativas, suscita problemas. Por un lado, debido a que la administración de estas sociedades es una tarea compleja, compartida por diferentes órganos sociales: la asamblea general, que desarrolla funciones de administración y puede impartir instrucciones a los administradores y someter a autorización ciertos actos de éstos<sup>4</sup>; el mismo órgano de administración (reemplazado por los liquidadores en

4. Art. 21.1 LCoop; art. 43.3, párr. 3º LCAS; art. 32.1 LCCANT; art. 43.2 LCCLM; art. 29.4 LCCM; art. 37.1 LCRM; art. 35.1 LCLR. Tan poco claro es el reparto de funciones, que el art. 30.1, párrafo 2º, LSCEX llega a establecer que la asamblea general “tiene la doble misión de deliberar y decidir mediante votación, como órgano supremo de la voluntad social, todos los asuntos propios de la sociedad cooperativa, aunque sean competencia de otros órganos”. En la misma línea, el art. 39 LCIB atribuye a la asamblea

caso de disolución de la sociedad); las estructuras creadas en el interior del propio órgano de administración (comisiones ejecutivas, consejeros delegados)<sup>5</sup>; o junto a él (comisión de control o de vigilancia, intervención)<sup>6</sup>; amén del problema que supone la bicefalia representativa consejo rector-presidente que persiste en ciertas leyes<sup>7</sup>. En la gestión y representación de la sociedad cooperativa participan también quienes carecen de la consideración de órgano: apoderados, directores, gerentes y altos ejecutivos<sup>8</sup>.

La situación del Derecho español de cooperativas en este punto se puede resumir diciendo que existe un desequilibrio entre las normas que atribuyen funciones o definen deberes y las que consagran responsabilidades<sup>9</sup>.

Por lo que a la atribución de funciones respecta, no hay en la mayor parte de las leyes de cooperativas un precepto que contenga un listado de competencias

competencia sobre “todos los asuntos propios de la cooperativa, aunque la tengan otorgada otros órganos sociales. En este último supuesto, es necesario que el acuerdo sea adoptado por más de dos tercios de los socios o asociados que estén presentes o representados en la asamblea, siempre y cuando esta representación sea superior, al mismo tiempo, al cincuenta por ciento de los socios que forman parte de la cooperativa”.

5. Art. 36 LCoop; art. 40 LSCA; art. 40 LCAR; art. 71 LCAS; art. 53 LCIB; art. 49 LCCANT; art. 56 LCCL; art. 69 LCCLM; art. 58 LCCAT; art. 38.6 LSCEX; art. 41.2 LCG; art. 42.5 LCCM; art. 52 LCRM; art. 46 LCPV; art. 48 LCCV.

6. La comisión de vigilancia de la Ley vasca de cooperativas, cuyos miembros quedan sometidos a las normas de esa Ley sobre responsabilidad de los administradores (art. 50 LCPV); la intervención de cuentas, a cuyos miembros de aplica el régimen de responsabilidad de los miembros del consejo rector, con algunas salvedades (arts. 38 y 43 LCoop; arts. 44 y 51 LSCA; art. 44 LCAR; arts. 73 y 74 LCAS; arts. 56-60 LCIB; arts. 55 y 56 LCCANT; arts. 51 y 52 LCCLM; art. 65 LCCAT; art. 44 LSCEX; arts. 53 y 54 LCG; art. 46 LCCM; arts. 55 y 56 LCRM; art. 41 LFCN; arts. 57 y 58 LCLR); la comisión de control de la gestión de la Ley valenciana (art. 54 LCCV); el consejo social de la Ley aragonesa (art. 46 LCAR); los comités, consejos o comisiones delegadas (art. 58 LCCANT; art. 56 LCCL; arts. 41 y 70 LCCLM; art. 48 LCCM; art. 60 LCLR).

7. Al respecto, la crítica de MORILLAS JARILLO, M. J. y FELIU REY, M. I., *Curso de Cooperativas*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2002, pp. 309 y 321-324; y VARGAS VASSEROT, C., GADEA, E. y SACRISTÁN, F., *Derecho de las sociedades cooperativas. Introducción, constitución, estatuto del socio y órganos sociales*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014, p. 351.

8. Art. 32.3 LCoop; arts. 46 y 47 LSCA; art. 41 LCAR; arts. 48.4 y 55 LCIB; art. 50 LCCANT; arts. 40.3 y 55 LCCL; art. 56.3 LCCLM; art. 62 LCCAT; art. 41.6 LCPV; arts. 36.5 y 39 LSCEX; 42.3 LCG; art. 45 LCCM; arts. 48.4 y 54 LCRM; art. 39 LFCN; arts. 46.2 y 56 LCLR; art. 48.4 LCCV.

9. No es algo exclusivo de la cooperativa sino más bien una característica compartida con otras sociedades: MORILLAS JARILLO, M. J., *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, La Ley, Madrid, 2002, p. 395.

de los administradores, como sí lo suele haber de las competencias de la asamblea<sup>10</sup>. Es habitual encontrar un artículo en el que se contiene una cláusula general que enuncia competencias mínimas, del tipo de la establecida por el art. 32.1 LCoop: “El Consejo Rector es el órgano colegiado de gobierno al que corresponde, al menos, la alta gestión, la supervisión de los directivos y la representación de la sociedad cooperativa, con sujeción a la Ley, a los estatutos y a la política general fijada por la Asamblea General”, que podemos hallar más o menos fielmente reproducida en las leyes autonómicas<sup>11</sup>. Junto a ella, encontramos múltiples referencias a competencias, dispersas a lo largo del articulado: convocatoria de la asamblea<sup>12</sup>, en particular para que adopte el acuerdo de disolución<sup>13</sup>, elaboración y fijación del orden del día de la asamblea<sup>14</sup>; admisión de nuevos socios<sup>15</sup>; custodia y vigilancia de los libros y documentación de la sociedad<sup>16</sup>, por poner algunos ejemplos. Estas competencias legales pueden ser ampliadas por los estatutos, con el límite de las indelegables que correspondan a otros órganos. La mayor parte de las leyes incluyen también una cláusula residual conforme a la cual corresponden al consejo rector las competencias que no reserven la ley o los estatutos a otros órganos sociales<sup>17</sup>.

10. La excepción la constituyen el art. 37.2 LSCA y el art. 37 LFCN, aunque este último sólo enumera las competencias indelegables.

11. Art. 37 LCAR; art. 48 LCIB; art. 40.1 LCCL; art. 56.1 LCCLM; art. 43.1 LCCANT; art. 53.2 LCCAT; art. 36.1 LSCEX; art. 41.1 LCG; art. 39.1 LCCM; art. 48.1 LCRM; art. 40.1 LCPV; art. 45 LCLR; art. 41.1 LCCV.

12. Art. 23 LCoop; art. 29 LSCA; art. 29 LCAR; art. 45 LCAS; art. 40 LCIB; art. 34 LCCANT; art. 32 LCCL; art. 45 LCCLM; arts. 44 y 45 LCCAT; art. 31 LSCEX; art. 33 LCG; art. 31 LCCM; art. 40 LCRM; art. 33 LCPV; art. 37 LCLR; art. 33 LCCV.

13. Art. 70.3 LCoop; art. 79.3 LSCA; art. 118 LCAS; art. 96 LCIB; art. 92.1 LCCANT; art. 90 LCCL; art. 112 LCCLM; art. 97 LSCEX; art. 87 LCG; art. 95 LCCM; art. 97 LCRM; art. 61 LFCN; arts. 87 y 88 LCPV; art. 94 LCLR; art. 81.2 LCCV.

14. Art. 24.2 LCoop; art. 29 LSCA; art. 30 LCAR; art. 35 LCCANT; art. 46.5 LCCLM; art. 44 LCCAT; art. 31 LSCEX; art. 32 LCCM; art. 41 LCRM; art. 38 LCLR; art. 34 LCCV.

15. Art. 13 LCoop; art. 18 LSCA; art. 17 LCAR; art. 22 LCAS; art. 23 LCIB; art. 18 LCCANT; art. 19 LCCL; art. 26 LCCLM; art. 29 LCCAT; art. 21 LSCEX; art. 19 LCG; art. 19 LCCM; art. 23 LCRM; art. 22 LFCN; art. 20 LCPV; art. 21 LCLR; art. 20 LCCV.

16. Art. 60.4 LCoop; art. 102.4 LCAS; art. 85.4 LCIB; art. 75.4 LCCANT; art. 76.5 LCCL; art. 94.4 LCCLM; art. 72.3 LCG; art. 82.4 LCRM; art. 78.4 LCLR.

17. Art. 32.1 LCoop; art. 37.2, j) LSCA; art. 60.2 LCAS; art. 43.3 LCCANT; art. 40.2 LCCL; art. 56.1 LCCLM; art. 36.2 LSCEX; art. 41.1 LCG; art. 39.1 LCCM; art. 48.1 LCRM; art. 40.1 LCPV; art. 45.1

## 2. Deberes de los administradores

En cuanto a la definición de los deberes, hay que señalar que las normas de conducta están escasamente reguladas. Parte de las leyes de cooperativas hacen una genérica remisión a las sociedades anónimas (aunque éstas carezcan ahora de un régimen exclusivo o peculiar en esta materia, pues lo comparten en la LSC con los restantes tipos de sociedades de capital), a la que se añade la reproducción de parte del régimen del acuerdo sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad particular de este tipo social. Así, en el art. 43 LCoop (texto, no olvidemos, supletorio de la regulación autonómica de las cooperativas) se establece: “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”, precepto literalmente reproducido en el art. 61 LCRM<sup>18</sup>.

LCLR. Así lo hace el art. 48.1 LCIB, aunque, curiosamente, el art. 56.1 de la misma Ley también atribuye a la intervención las competencias que no estén encomendadas a otros órganos sociales.

18. El art. 54 LCCANT regula el régimen de responsabilidad de los miembros del consejo rector, precepto que establece en su apartado 4: “En lo no regulado en la presente Ley la responsabilidad de los consejeros por daños causados, se regirá por lo dispuesto por la normativa aplicable para los administradores de las sociedades de capital”. También el art. 51 LCCL regula ciertos aspectos y efectúa una remisión en su apartado 3 a “lo dispuesto para los administradores de las sociedades anónimas”. Lo que plantea el problema de determinar si existe laguna en el texto autonómico que deba ser suplida con la LSC, o simplemente una regulación diversa. Sobre el nuevo régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital tras la reforma de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, QUIJANO, J., “Los presupuestos de la responsabilidad de los administradores en el nuevo modelo del consejo de administración”, *RDM*, nº 296, abril-junio, 2015, pp. 135-157; más ampliamente, DÍEZ ESTELLA, F., “La responsabilidad de los administradores a la luz de las recientes reformas en el Gobierno Corporativo de la Ley de Sociedades de Capital”, en MONTERROSO CASADO, E. (Coord.), *Responsabilidad Empresarial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 113-167; GARNICA MARTÍN, J. F., *Deberes de los administradores y responsabilidad societaria*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015; HERNANDO CEBRIÁ, L. (Coord.), *Régimen de Deberes y Responsabilidad de los Administradores en las Sociedades de Capital*, Bosch, Barcelona, 2015; JUSTE MENCÍA, J. (Coord.), *Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, *Sociedades no cotizadas*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2015; MARTÍNEZ ECHEVARRÍA, A. (Dir.), *Gobierno corporativo: la estructura del órgano de administración y la responsabilidad de los administradores*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2015.

En otros casos, las leyes de cooperativas fijan un deber o estándar general de conducta que básicamente está también tomado del que regía la actuación de los administradores de las sociedades de capital en la versión originaria de los arts. 225 y 226 LSC: la diligencia del ordenado empresario (o del ordenado gestor de cooperativas<sup>19</sup>) y del representante leal<sup>20</sup>. Sin parámetro subjetivo, encontramos en ocasiones el modelo de la diligencia<sup>21</sup> o la simple alusión a la diligencia y a la lealtad<sup>22</sup>. Más concisa es aún la LFCN, en cuyo art. 44.1 se establece simplemente: “Los miembros del Consejo Rector, el director y los interventores, además de las obligaciones que les son propias, deberán guardar secreto profesional, aun después de cesar en sus funciones”, por lo que omite siquiera el más general parámetro de conducta y simplemente recuerda, de forma tautológica, el deber que tienen los administradores de cumplir sus obligaciones. Así, la mayor parte de estas regulaciones reconducen a dos parámetros o modelos subjetivos de conducta: el ordenado gestor y el representante leal<sup>23</sup>.

Un análisis de la jurisprudencia recaída en los últimos cincuenta años en esta materia, en PRADES CUTILLAS, D., *La responsabilidad del administrador en las sociedades de capital en la jurisprudencia del TS*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

19. Alaba TATO PLAZA, A., “La administración”, en PEINADO GRACIA, J. I. (Dir.), *Tratado de Derecho de Cooperativas*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 452, la sustitución del modelo del ordenado empresario por el del ordenado gestor de cooperativas, al imponer a los administradores de la sociedad cooperativa “la obligación de desarrollar una tarea de gestión acorde con los principios básicos que inspiran esta peculiar forma societaria”.

20. El art. 64.1 LCAS establece: “Los miembros del órgano de administración deben llevar a cabo una gestión empresarial ordenada. En todo caso tienen que actuar con lealtad a la sociedad, respetando el deber de secreto”; en sentido similar, el art. 59 LCCAT. El parámetro de diligencia y lealtad con el modelo subjetivo del empresario o el gestor aparece en los arts. 50.1 LSCA, 63.1 LCIB, 54.1 LCCANT, 51.1 LCCL, 62.1 LCCLM, 42.1 LSCEX, 47.1 LCPV, 47.1 LCCV y, con la expresa mención de la buena fe, lo encontramos también en los arts. 42.1 LCAR y 54.1 LCLR.

21. Así, en el art. 43.1 LCCM. Como hemos señalado (MORILLAS, *Las normas de conducta...*, op. cit., pp. 355-366 y 427) nos parece más acertado el modelo del gestor que el del empresario.

22. En el art. 50.1 LCG: con total acierto, critica TATO PLAZA, A., “Os órganos sociais”, en VV.AA. dirigidos por BELLO JANEIRO, D., *Estudios sobre a Lei de Cooperativas de Galicia, Escola Galega de Administración Pública, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1999*, pp. 96 y 97, la carencia de sentido de la norma que prescribe el deber de actuar “con la diligencia debida”, a la que califica de círculo vicioso próximo al absurdo.

23. De ambos modelos hemos tratado en MORILLAS, *Las normas de conducta...*, op. cit., pp. 351-385. Sobre la nueva regulación de los estándares de comportamiento de los administradores de las sociedades de capital, GUERRERO TREVIANO, C., *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de*

Por su parte, la LSC, tras la importante reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, impone a los administradores los deberes de desempeñar el cargo “y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos” y “con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad” (arts. 225 y 227).

De esta forma, en su actuación, los administradores deben tener como ideal de referencia la manera de conducirse de un ordenado gestor, diligencia en el comportamiento que alude a una actuación con pericia, al empleo del necesario tiempo y el despliegue del oportuno esfuerzo en la toma de decisiones y en la ejecución de las tareas. Forma parte también de este ideal de conducta el acatamiento de las leyes, el cumplimiento de los estatutos y del reglamento de régimen interior, de los acuerdos de la asamblea y de la política general de la sociedad marcada por

*las sociedades de capital*, Civitas, Cizur Menor, 2014; LLEBOT MAJÓ, J. O., “El deber general de diligencia (art. 225.1 LSC)”, en ALONSO UREBA, A., ESTEBAN VELASCO, G., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y VELASCO SAN PEDRO, L. (Dirs.), *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada. Estudio de las modificaciones de la Ley de Sociedades de Capital introducidas por las Leyes 31/2014 de 3 de diciembre, 5/2015, de 2 de julio, 15/2015, de 2 de julio y 22/2015, de 20 de julio, así como de las Recomendaciones del Código de Buen Gobierno de febrero de 2015*, Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, Cizur Menor, pp. 317-343; MAMBRILLA RIVERA, V. M., “Las concretas manifestaciones del deber general de diligencia de los administradores”, en ALONSO, ESTEBAN, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, QUIJANO, RODRÍGUEZ y VELASCO (Dirs.), *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada...*, Tomo II, op. cit., pp. 345-382; GARCÍA MANDALONIZ, M., “Inconcreción del deber de diligente administración, disposición del régimen de responsabilidad e inclusión de la regla de la discrecionalidad empresarial (artículos 225 y 226 de la Ley de sociedades de capital)”, en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA (Dir.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano y la Responsabilidad de los Administradores*, op. cit., pp. 357-426; VELOSO CARO, J., “El deber de lealtad de los administradores (artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital)”, en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA (Dir.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano y la Responsabilidad de los Administradores*, op. cit., pp. 427-466; PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, en ROJO, A. y CAMPUZANO, B. (Coords.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*. Liber amicorum, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 569-611; EMPARANZA, A., “El alcance normativo del deber de lealtad de los administradores de sociedades de capital: situación actual y perspectivas de reforma”, en ROJO, A. y CAMPUZANO, B. (Coords.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*. Liber amicorum, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 613-628; ALFARO, J., “Artículo 225. Deber general de diligencia”, en JUSTE (Coord.), *Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*. *Sociedades no cotizadas*, op. cit., pp. 313-324; JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 227. Deber de lealtad”, en JUSTE, (Coord.), *Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*. *Sociedades no cotizadas*, op. cit., pp. 361-393.

ésta, e incluso el seguimiento de las instrucciones que este órgano formule. Pese a que la existencia de los principios cooperativos es uno de los elementos configuradores de este tipo de sociedad<sup>24</sup>, la mayoría de las leyes de cooperativas no aluden a ellos en sede de responsabilidad (sí como límite a la actuación de los administradores en algún caso concreto, como en el art. 84.3 RLSCA); la excepción la constituyen el art. 43.1 LCCM y el art. 47.1 LCCV que establecen, además del deber de diligencia, el necesario y general cumplimiento de los principios cooperativos<sup>25</sup>.

También se corresponde con la actuación de un gestor ordenado el respeto a la necesaria confidencialidad, reflejada en el deber de secreto que explicitan la mayoría de las leyes (secreto profesional, dice el art. 44.1 LFCN, como acabamos de ver)<sup>26</sup> y el derecho/deber de información que, desde el año 2003, aparecía, en la segunda vertiente, en el art. 225.2 LSC y, en la actualidad, tras la reforma de 2014, en ambas manifestaciones en el art. 225.3 LSC. Por lo tanto, ha de afirmarse que la actuación de los administradores de las cooperativas debe sustentarse en una información completa y exacta de la situación de la sociedad, por lo que han de tener el derecho de recabar la información necesaria y el deber de proveerse de la misma<sup>27</sup>.

24. PAZ CANALEJO, N., "Principios cooperativos y prácticas societarias de la cooperación", REVESCO, nº 61, 1995, pp. 15-33; TRUJILLO DÍEZ, I. J., "El valor jurídico de los principios cooperativos. A propósito de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas", *RCDI*, nº 658, marzo-abril, 2000, pp. 1329-1360.

25. Desaparece de este listado la Ley de Cooperativas de Castilla-La Mancha: cfr. el art. 47.1 de la derogada Ley 20/2002, de 14 de noviembre y el art. 62.1 de la vigente LCCLM. Para GALLEGO SEVILLA, L. P., "Notas en torno al régimen jurídico de responsabilidad civil de los administradores de cooperativas", *CIRIEC*, nº 20, 2009, p. 21, la aplicación a las cooperativas de las reformas operadas en la LSA o las referencias a los principios cooperativos (por ejemplo, la que hace el art. 47 LCCV) pueden conllevar una extensión o una reducción de la responsabilidad de los consejeros decisiva para los intereses de la cooperativa, los socios o los terceros legitimados. Va más allá de la explícita referencia TATO, "La administración", en PEINADO (Dir.), *Tratado de Derecho de Cooperativas*, op. cit., p. 452, para quien en la referencia al "ordenado gestor de cooperativas" está contenida la obligación de desarrollar la gestión de acuerdo con los principios básicos que inspiran a la cooperativa.

26. Sobre el nuevo régimen del deber de secreto en la LSC, FELIU REY, J., "El deber de secreto de los administradores (artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital)", en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA (Dir.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano y la Responsabilidad de los Administradores*, op. cit., pp. 613-648.

27. El art. 64.2 LCAS señala, en este sentido, que los administradores "deben conocer en todo momento cual es la situación de la cooperativa"; y el art. 62.1 LCCLM establece que los miembros del órgano de

En el ámbito de las cooperativas, cobra igualmente importancia el movimiento del *corporate governance*, por cuanto que éste tiene como uno de sus objetivos el detallar y condensar las buenas prácticas y explicitar los deberes, para guiar la gestión, promover la transparencia y crear confianza en el interior de la sociedad y en el mercado en el que ésta actúa<sup>28</sup>.

Su comportamiento debe igualmente ajustarse a lo que sería la actuación de un representante leal, es decir, pesa sobre los administradores de las sociedades cooperativas el deber de lealtad. Esta regla de conducta lleva implícita la necesidad de evitar las situaciones en las que se puedan poner en peligro y postergar los intereses de la cooperativa, en beneficio directo o indirecto de los propios administradores, situación de conflicto de interés que muchas leyes de cooperativas contemplaron -anticipándose a la actual regulación en sede de sociedades de capital de los arts. 227 a 232 LSC- imponiendo la autorización expresa de la asamblea y el deber de abstención de los afectados en las votaciones<sup>29</sup> o contem-

administración deben “informarse convenientemente sobre la marcha de la sociedad”. Lógicamente, para poder cumplir con ese deber, ha de reconocérseles un correlativo derecho de información que pueda poner freno, por ejemplo, a maniobras de ocultación de información o a negativas reiteradas e injustificadas de proporcionar ésta a algunos miembros del órgano de administración por parte de otros, como bien reclamaba FONT GALÁN, J. I., *El derecho de información de los administradores sociales (Fundamentación y disciplina)*, Eprinsa, Córdoba, 2002, *passim*.

28. La preparación, los conocimientos, la experiencia, la profesionalización de la gestión, en definitiva, son uno de los puntos sobre los que más insisten las normas de autorregulación. Sobre esta materia, TUSQUETS TRÍAS DE BES, F., “La profesionalización de los cargos directivos en la nueva Ley de Cooperativas”, *RGD*, núms. 664-665, 2000, pp. 49-60; APARÍCIO MEIRA, D., “A societarizaçao do orgao de administracao das cooperativas e a necessaria profissionalizacão da gestao”, *CIRIEC-España. Revista Jurídica*, nº 25, 2014, pp. 1-36; EMBID IRUJO, J. M. y EMPARANZA SOBEJANO, A., “El gobierno corporativo de entidades no mercantiles. Especial referencia a las cooperativas y a las fundaciones”, en MARTÍNEZ ECHEVARRÍA, A. (Dir.), *Gobierno corporativo: la estructura del órgano de administración y la responsabilidad de los administradores*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 1047-1079; MORILLAS, *Las normas de conducta...*, op. cit., pp. 300-306.

29. La mayor parte de las leyes de cooperativas refieren la prohibición sólo a los socios en cuanto a la votación de la autorización o ratificación por la asamblea (art. 42 LCoop; art. 78.1 LCAS; art. 65.2 LCIB; art. 52.1 LCCANT; art. 49.1 LCCL; art. 58 LCCLM; art. 41.1 LSCEX; art. 49.1 LCG; art. 60.1 LCRM; art. 53.1 LCLR; art. 49.1 LCCV) aunque igualmente los administradores incurso en el conflicto deberán abstenerse de intervenir en la operación a que éste se refiera y, en consecuencia, de la correspondiente votación en el seno del consejo rector, como permite la dicción algo más general del art. 43.3 LCAR y del art. 64.1 LCCAT, que señalan que los miembros en quienes concurre la situación de conflicto de interés no podrán tomar parte en la votación de los asuntos que les afectan o en la votación correspondiente. Más criticable resulta aún la LSCA: en el art. 74 de la Ley 2/1999, de 31 de marzo, de Sociedades Cooperativas Andaluzas se exigía autorización expresa de la asamblea general, mientras que,

plándola como causa de destitución de los administradores obligatoria, automática y a petición de cualquier socio<sup>30</sup>; norma de conducta que está también en la base de la articulación de la prohibición de competencia de los administradores de las cooperativas<sup>31</sup> (no en vano el actual art. 229 LSC incluye en el deber de evitar situaciones de conflicto de interés el de abstenerse de “desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad”).

en el art. 52 de la actual LSCA, la autorización la otorga el órgano de administración y la asamblea general es la competente únicamente en los casos de administración única o solidaria; además, el art. 52.2 LSCA sólo menciona a los socios cuando establece: “La persona socia que se vea implicada en un eventual conflicto de intereses no podrá tomar parte en la votación del correspondiente órgano”, con lo que excluye del deber de abstención en la votación en el seno del órgano de administración a los miembros de éste que no sean socios, aunque estén afectados por el conflicto de interés. Contempla la posibilidad de previsión estatutaria distinta en la regulación del conflicto de interés el art. 53.1 LCLR.

30. Art. 41.2 LSCEX; art. 49.2 LCG; art. 43.6 LCCM; art. 53.2 LCLR.

31. Art. 41.1, b) LCoop; art. 48.1, b).2º LSCA; art. 64.3 LCAS; art. 43.2, b) LCAR; art. 61.1, b) LCIB; art. 51.1, c) LCCANT; art. 48.1, b) LCCL; art. 57.5, d) LCCLM; art. 63, b) LCCAT; art. 40.1, a) LSCEX; art. 48.1, c) LCG; art. 59.1, b) LCRM; art. 43.2, b) LFCN; art. 42.1, c) LCPV; art. 52.1, d) LCLR; art. 44.2, b) LCCV. Sobre la amplia regulación de estos deberes y prohibiciones tras la reforma de la LSC, RAMOS HERRANZ, I., “Prohibición de utilizar el nombre de la sociedad y la condición de administrador para influir indebidamente en operaciones privadas por cuenta propia o realizada por personas vinculadas (artículo 229.1 b) de la Ley de Sociedades de Capital”, en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA (Dir.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano y la Responsabilidad de los Administradores*, op. cit., pp. 467-509; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, S., “La prohibición de aprovechar oportunidades de negocio (artículo 229.1 d) de la Ley de Sociedades de Capital”, en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA (Dir.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano y la Responsabilidad de los Administradores*, op. cit., pp. 511-539; GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., “Los deberes del administrador en situación de conflicto de interés”, en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA (Dir.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano y la Responsabilidad de los Administradores*, op. cit., pp. 541-580; DÍAZ RUIZ, E., “La prohibición de competencia (artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital)”, en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA (Dir.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano y la Responsabilidad de los Administradores*, op. cit., pp. 581-611; JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, en JUSTE, (Coord.), *Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, op. cit., pp. 377-393; JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés”, en JUSTE, (Coord.), *Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, op. cit., pp. 395-412; PORTELLANO, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa [arts. 229, 230 y 529 ter 1.h) LSC]”, en ALONSO, ESTEBAN, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, QUIJANO, RODRÍGUEZ y VELASCO (Dirs.), *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada...*, Tomo II, op. cit., pp. 459-562.

Pero las coincidencias se desvanecen pronto. Así, por poner un ejemplo, en materia de conflictos de interés, la legislación cooperativa no es homogénea en la regulación. En cuanto a las consecuencias de la infracción de la prohibición, algunas la sancionan con la nulidad (art. 41.2 LSCEX; art. 49.2 LCG) mientras que, en la mayoría, simplemente con la anulabilidad (art. 42.2 LCoop<sup>32</sup>; art. 52.3 LSCA; art. 65.3 LCIB; art. 52.2 LCCANT; art. 49.2 LCCL, art. 58 LCCLM; art. 64.3 LCCAT; art. 60.2 LCRM; art. 53.2 LCLR; art. 49 LCCV), con lo que el contrato celebrado contraviniendo la prohibición, en este segundo caso, podría ser confirmado por la asamblea general<sup>33</sup>. Tampoco hay coincidencia en la determinación del círculo de personas comprendidas en la prohibición de contratación de la cooperativa (cfr. con las personas vinculadas a los administradores mencionadas en el art. 231 LSC), pues, además de los administradores, pueden estar sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad (art. 42.1 LCoop; art. 52.1 LCCANT; art. 49.1 LCCL; art. 49.1 LCG; art. 53.1 LCLR); sus cónyuges, parejas de hecho o de alguno de los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (art. 52.1 LSCA); sus cónyuges, la persona con quien convivan habitualmente o alguno de sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad (art. 65.1 LCIB); sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (art. 58.1 LCCLM; art. 49.1 LCCV); sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad o el segundo de afinidad (art. 64.1 LCCAT); su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad con cualquiera de los anteriores o con uno de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad tanto matrimonial como extramatrimonial (art. 41.1 LSCEX); o su cónyuge, persona con quien convive habitualmente, o uno de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad (art. 60.1 LCRM). Y en la misma medida en que se amplía o se reduce este círculo de personas vinculadas a los administradores aumenta o disminuye la protección que la legislación proporciona a la sociedad cooperativa comprendida en su ámbito de aplicación.

32. Hay que llamar la atención sobre el hecho de que, pese a la remisión a la regulación de la sociedad anónima que efectúa el art. 43 LCoop en materia de responsabilidad por daños, este texto legal disciplina de forma específica el conflicto de intereses con la cooperativa. Lo mismo ocurre con las otras leyes que efectúan dicha remisión (vid. los arts. 60 y 61 LCRM, los arts. 49 y 51 LCCL y los arts. 52 y 54 LCCANT).

33. Resalta la importancia de esta diferencia TATO, “La administración”, en PEINADO (Dir.), *Tratado de Derecho de Cooperativas*, op. cit., p. 453.

En todo caso, ambas reglas, la de la diligencia y la de la lealtad, no son más que la manifestación del deber general de buena fe (por lo que ha de valorarse de forma positiva su expresa mención en algunas leyes de cooperativas y ahora también en el art. 227 LSC) y pretenden concretarlo y referirlo a un concreto ámbito de actuación, sin que, a nuestro juicio, sea necesario recurrir a los deberes fiduciarios para sustentar las normas de conducta de los administradores, en particular, el deber de lealtad<sup>34</sup>.

### III. Los problemas que plantea la regulación de la responsabilidad de los administradores de las cooperativas

A la escasa definición de las reglas de actuación de los administradores acompaña una regulación parca, poco clara y normalmente muy rigurosa de la responsabilidad en que incurren por el incumplimiento de aquéllas. El régimen legal de responsabilidad de los administradores de las sociedades cooperativas suscita diversas cuestiones.

#### 1. Las remisiones

La remisión que algunas leyes de cooperativas (LCCL, LCCANT, LCRM y, señaladamente, la LCoop, lo que es muy importante por su condición de ley supletoria) efectúan al régimen de responsabilidad de los administradores de otras sociedades mercantiles, en concreto al de la sociedad anónima (compartido ahora por las diferentes clases de sociedades de capital), presenta ventajas e inconvenientes. En cuanto a las primeras, además de la uniformidad y coherencia que reporta a una materia de tanta importancia para la unidad del mercado, a su favor también está el que consigue que el régimen de los administradores de las cooperativas se acomode a los cambios y adaptaciones que experimenta el de las sociedades de capital, señaladamente las sociedades anónimas, aprovechándose, por ejemplo, de la importante modulación que sobre la diligencia opera la regla de la discrecionalidad empresarial ahora explicitada en el art. 226 LSC, tema sobre el que volveremos más adelante.

34. Así lo manifestamos en MORILLAS, *Las normas de conducta...*, op. cit., pp. 100-115 y 384-390.

Al margen de que pueda cuestionarse la aplicación de las mismas reglas a dos tipos de sociedades entre las que hay grandes diferencias<sup>35</sup>, las remisiones plantean como problema la interpretación de su alcance, indefinido en las leyes<sup>36</sup>. Por un lado, hay que plantear si la remisión comprende la completa regulación que contienen los arts. 225 a 241 *bis* y 367 LSC, o bien si incluye sólo el régimen de responsabilidad de los arts. 236 a 241 *bis* o, de forma más concreta aún, los aspectos generales (arts. 236 y 237) y la acción social de responsabilidad (arts. 238 a 240 y 241 *bis*), tema que trataremos al hilo del estudio de los aspectos que abordamos en los epígrafes siguientes.

## 2. Responsabilidad por daños y responsabilidad por deudas

Como hemos señalado, otro de los problemas interpretativos que plantean las remisiones normativas es el de determinar si comprenden únicamente lo dispuesto en los arts. 225 y ss. o también en otros preceptos de la LSC que regulan materia de responsabilidad, como ocurre con el régimen de responsabilidad por no promover la disolución o el concurso del art. 367 LSC, régimen de responsabilidad-sanción que, además de la naturaleza (responsabilidad por deudas y no por daños) presenta otras importantes diferencias con el régimen de la responsabilidad civil de los arts. 225 y ss. LSC, puesto que se trata de una responsabilidad frente a los acreedores sociales, la solidaridad se entabla entre los administradores sociales entre sí y con la propia sociedad y es una responsabilidad legal objetiva.

Diversos pronunciamientos judiciales existen sobre esta interesante cuestión.

35. Así, señala TATO, “La administración”, en PEINADO (Dir.), *Tratado de Derecho de Cooperativas*, op. cit., p. 451, las críticas que ha merecido la asimilación de la diligencia exigible a los administradores de la sociedad cooperativa y la reclamable a los de las sociedades de capital, desde el momento en el que la referencia genérica a la diligencia del ordenado empresario y el representante leal no atiende a las peculiaridades propias de la gestión de la cooperativa, por lo que se reclama un módulo más próximo propio de los principios y peculiaridades de esta sociedad. Señala el autor que esta tesis ha sido asumida por algunas leyes autonómicas en las que la genérica referencia a la diligencia del ordenado empresario y del representante leal es sustituida por la exigible a un ordenado gestor de cooperativas y a un representante leal, algo con lo que se muestra de acuerdo.

36. Para VARGAS, GADEA y SACRISTÁN, *Derecho de las sociedades cooperativas...*, op. cit., p. 412, sería deseable que en una futura ley de sociedades cooperativas se evitaran las remisiones a otros textos legales.

Algunos de ellos consideran que en la remisión legal está comprendida la responsabilidad por deudas que sanciona el incumplimiento del deber de solicitar la disolución o la declaración de concurso: así, la SAP de Madrid (Sección 19ª) de 7 de junio de 2004 (JUR 2004\245289). También para la SAP de Vizcaya (Sección 1ª) de 18 de febrero de 2005 (AC 2005\612), el argumento esgrimido por las partes de inaplicación al caso de la responsabilidad por deudas (del antiguo art. 262.5 LSA, equivalente al art. 367 LSC) no es referible al caso enjuiciado, porque “entraña un acto de negligencia grave, imputable a los socios rectores apelantes, no haber procedido a la disolución y ordenada liquidación de la sociedad, limitándose a acudir a la vía de hecho, dejar a la cooperativa en <<vía muerta>> o inactiva, desentendiéndose de ella y de sus acreedores, acto negligente por omisión que justifica sobradamente la responsabilidad (...). No se trata de una aplicación encubierta del art. 262 de la ley de anónimas, sino de una aplicación abierta de dicho precepto; si del mismo 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 estas frente a las anónimas en claro perjuicio de sus acreedores, estableciendo ámbitos de impunidad civil en relación con conductas ilícitas en sí mismas consideradas”<sup>37</sup>. Y para la SAP de Murcia (Sección 4ª) de 14 de octubre de 2010 (AC 2010\1790), para la que “la responsabilidad solidaria de los miembros del Consejo Rector de la cooperativa es procedente a tenor de lo dispuesto en los artículos 43 de la Ley de Cooperativas, 262.5 de la LSA y 97 de la Ley de Cooperativas de la Región de Murcia”.

Por el contrario, otro grupo, más numeroso, de Sentencias, sobre la base de su carácter de responsabilidad-sanción, consideran que, a falta de expresa regulación en la legislación cooperativa, no es posible interpretar de forma extensiva su ámbito de aplicación, habida cuenta, además, de que cuando efectúan la remi-

37. Así también para PASTOR SEMPERE, C., “La responsabilidad del órgano de administración de las sociedades cooperativas y su necesaria incardinación en el moderno derecho de sociedades”, *CIRIEC*, nº 18, 2007, p. 16, que señala que, en el supuesto de sostener la interpretación restrictiva, “quedarían con un nivel de desprotección superior los acreedores de sociedades cooperativas con respecto al de las sociedades de capital, sin que para ello pueda aducirse razón alguna”.

sión, los preceptos aluden a la responsabilidad “por daños causados” (art. 43 LCoop; art. 54.4 LCCANT; art. 51.3 LCCL; art. 61 LCRM)<sup>38</sup>.

La SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 3 de enero de 2005 (JUR 2005\126244) afirma: “Ausente en dicha regulación (se refiere a la LCCAT de 5 de julio de 2002) una previsión equivalente a la que introduce el artículo 262.5º del TRLSA, no puede realizarse una interpretación extensiva de dicha norma, dado el carácter sancionador que evidencia, por lo que la falta de disolución de la cooperativa, pese a que existiera causa legal para ello (...) no puede ser tributaria de la respuesta que se pretende”. Reproduce estas palabras la SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 24 de enero de 2005 (JUR 2005\54742) que considera que el art. 45 del Texto refundido de la Ley de cooperativas catalana de 10 de febrero de 1992 “configura una acción de responsabilidad por daños y no un régimen de responsabilidad objetiva. Será preciso demostrar, por ello, que el comportamiento negligente o contrario a la ley que se imputa a los administradores (en el caso no haber disuelto conforme al procedimiento legal y no haber depositado las cuentas) se presenta como una causa adecuada para producir el daño (el impago del crédito)”, doctrina que reitera y comparte la SAP de Valencia (Sección 9ª) de 19 de septiembre de 2005 (JUR 2005\275154), que recuerda que “las normas sancionadoras no pueden interpretarse en forma extensiva”<sup>39</sup>. También niega la aplicación la más reciente SAP Burgos (Sección 3ª) de 18 noviembre de 2015 (JUR 2015\301410).

La SAP de Salamanca (Sección 1ª) de 15 enero de 2013 (JUR 2013\45353), aplicando la LCCL, considera que la remisión a la LSA de su art. 51.3 debe enten-

38. Esta misma interpretación, con iguales argumentos, en MORILLAS y FELIU, *Curso de Cooperativas*, op. cit., p. 331; en el mismo sentido, VARGAS, GADEA y SACRISTÁN, *Derecho de las sociedades cooperativas...*, op. cit., pp. 419-423, aunque en las pp. 420 y 421 afirman que en las Comunidades Autónomas cuya Ley no establece una específica responsabilidad por deudas por no promoción de la disolución “sería posible exigir dicha responsabilidad vía acción directa de responsabilidad”. Coincidimos con este parecer aunque, realmente, como bien matizan algunas resoluciones judiciales, no sería una responsabilidad por deudas sino una responsabilidad por daños, tributaria de sus particulares requisitos.

39. En el mismo sentido, la SAP de Badajoz (Sección 2ª) de 17 de octubre de 2005 (JUR 2005\260131); la SAP de Valencia (Sección 9ª) de 19 de septiembre de 2005 (JUR 2005\275154); la SAP de Valladolid (Sección 3ª) de 9 de abril de 2007 (JUR 2007\262950); la SAP de Sevilla (Sección 5ª) de 1 de febrero de 2008 (AC 2008\1784); la SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 29 de abril de 2008 (JUR 2008\267451); la SAP de Madrid (Sección 28ª) de 30 de diciembre de 2009 (JUR 2010\137597); la SAP de Jaén (Sección 1ª) de 30 de junio de 2010 (JUR 2010\370377); la SAP de Pontevedra (Sección 1ª) de 15 de septiembre de 2011 (JUR 2011\347996); la SAP de Valencia (Sección 9ª) de 29 de junio de 2011 (JUR 2011\298703); y la SAP de León (Sección 1ª) de 12 de julio de 2012 (AC 2012\1446).

derse única y exclusivamente a la acción individual de responsabilidad de los administradores, por daños causados, de naturaleza indemnizatoria, pero no a la responsabilidad objetiva por falta de disolución, sin que quepa la interpretación analógica. La STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 10 de marzo de 2015 (RJ 2015\2677), que confirma la anterior, rechaza la aplicación de esta responsabilidad por la simple remisión a las normas de los administradores de la sociedad anónima: “Conforme prevé el art. 149.3 de la ley nacional de cooperativas, el derecho estatal será en todo caso supletorio del derecho autonómico en esta materia, por lo que aquél se aplicará para cubrir eventuales lagunas o supuestos para los que no sea posible encontrar norma jurídica en la propia ley autonómica. Ni en la legislación estatal ni en la autonómica de Castilla-León de cooperativas, según se ha visto, existe una responsabilidad de los miembros del Consejo rector equiparable a la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital para el supuesto de que no se convoque la Junta de socios de existir causa de disolución. Por ello, no cabe, a falta de una remisión legal clara y específica, realizar una aplicación extensiva del régimen de responsabilidad previsto en el art. 367 LSC a otras formas asociativas, salvo que la ley autonómica así lo hubiera previsto expresamente”. En consecuencia, respecto del reenvío que efectúa el art. 51.3 LCCL, afirma: “De tales preceptos no cabe inferir que sea aplicable a los administradores de las cooperativas el régimen íntegro de responsabilidad de las sociedades de capital, pues, como se ha indicado precedentemente, la “responsabilidad por daños” aquí contemplada no puede identificarse con la responsabilidad objetiva por incumplimiento del deber legal de convocar la asamblea, que precisa una previsión legal expresa”.

Alguna de las leyes de cooperativas evita que se plantee este interrogante, pues contiene un precepto muy similar al art. 367 LSC. Así, el art. 95.5 LCCM, establece: “El incumplimiento de la obligación de convocar asamblea general o de solicitar la disolución judicial determinará la responsabilidad solidaria de los administradores por las deudas sociales nacidas a partir del momento en que expira el plazo para solicitar la disolución judicial”. Como vemos, la Ley madrileña del año 1999 se adelantó varios años a la reforma operada en el propio art. 262.5 LSA, en virtud de la Disp. final 1.ª 8 de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, en virtud de la cual se corrigió el exceso del texto primitivo -tan criticado por la doctrina- y se circunscribió el ámbito de la responsabilidad que consagra a las deudas posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución o la situación de insolvencia,

con el añadido (ausente en la LCCM) de la referencia a la solicitud de concurso y de la presunción *iuris tantum* de que las obligaciones reclamadas son de fecha posterior, salvo prueba en contrario de los administradores.

Con posterioridad, otras leyes de cooperativas han establecido normas en este sentido, aunque no siempre coincidentes.

La LCRM, en su art. 97.4, establece esta responsabilidad pero con un período de carencia que, en lugar de dos meses (que es el plazo para instar la disolución judicial), se recorta a un mes: “El incumplimiento de la obligación de convocar la asamblea general o de solicitar la disolución judicial o la declaración de concurso determinará la responsabilidad 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”. En idéntico sentido, el art. 79.3, párr. 2º LSCA y el art. 92.4 LCCANT, con el añadido ambas del carácter solidario de esta responsabilidad.

Respecto a la legislación andaluza, valora el cambio normativo operado por la LSCA de 2011 la SAP de Sevilla (Sección 5ª) de 16 julio de 2015 (JUR 2015\286679) y lo erige en argumento para no aplicar dicha norma de manera retroactiva: “No cabe extender la remisión sin embargo a la responsabilidad por no disolución de la sociedad establecida en el artículo 262-5º de la LSA, actualmente el artículo 367 LSC, por cuanto que, la regulación de esta responsabilidad se hace no en sede de responsabilidad de los órganos de administración, sino al regular el procedimiento de disolución de la sociedad, no conteniendo previsión alguna al respecto las leyes estatal y andaluza de cooperativas al regular la disolución de estas entidades. Esta interpretación se ve reformada por el hecho de que la actual Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas, expresamente, en su artículo 79-3º ya si prevé una responsabilidad del Consejo Rector por no disolución de la cooperativa, similar a la regulada para los administradores de las sociedades de capital. Concretamente establece dicho precepto, que evidentemente no cabe aplicar retroactivamente, que: “... el incumplimiento de la obligación de convocar la Asamblea General, de solicitar la disolución judicial o la declaración de concurso determinará la responsabilidad solidaria de los miembros del órgano de administración por todas las deudas sociales generadas a partir del mes siguiente a que se constate la causa que justifica la disolución o declaración de concurso”. Por tanto, a falta de disposición expresa en la legislación anterior aplicable al caso, ha de entenderse que no es exigible ese tipo de responsabilidad al demandado”.

Por su parte, la LCCLM y la LCAS, al igual que la LSC, no establecen plazo de carencia y hacen responder de las deudas nacidas a partir del momento en que concurra efectivamente la causa de disolución o desde la aparición de la situación de insolvencia (arts. 112.5 y 116.7 LCCLM; arts. 119 y 124.2 LCAS).

Mientras que, en otras leyes de cooperativas, la responsabilidad se extiende a todas las causas -legales, reglamentarias y estatutarias- de disolución, en las que se exige la actuación del órgano de administración para convocar la asamblea general, instar la disolución judicial o solicitar el concurso, en la LCAS, la responsabilidad por deudas (que se predica de los administradores y los liquidadores) se circunscribe al incumplimiento del deber de solicitar el concurso: “El incumplimiento de lo dispuesto en la legislación concursal en orden a la solicitud de concurso, determinará la responsabilidad solidaria de los administradores por las deudas sociales nacidas a partir del momento en que surja la situación de insolvencia” (art. 119 LCAS); “En caso de insolvencia de la cooperativa, el liquidador o liquidadores deberán solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la legislación concursal. En caso de incumplimiento de esta obligación dentro de los plazos previstos en la legislación concursal, los liquidadores responderán solidariamente por las nuevas deudas sociales que surjan a partir de la aparición de la situación de insolvencia” (art. 124.2 LCAS).

Por su parte, en la Ley castellano-manchega, la responsabilidad por no instar la declaración de concurso sólo se declara respecto de los liquidadores, no de los administradores (arts. 112.5 y 116.7 LCCLM), como si la situación concursal sólo se pudiese manifestar durante la liquidación societaria.

Añadimos a esta criticable heterogeneidad otra tacha y es que la aparición de la situación de insolvencia o la constatación de la causa que justifica la declaración de concurso son expresiones equívocas, que deberían ser reemplazadas por la referencia al deber de solicitud de declaración de concurso, materia ésta afectada por la reforma de la LC del año 2011 (vid. sus arts. 5 y 5 *bis*).

### 3. El ámbito subjetivo de aplicación

Al igual que ocurre en otras leyes de sociedades, en el caso de las cooperativas se plantea si el régimen de responsabilidad que establecen se circunscribe a los administradores o comprende a otras personas que desempeñan igualmente tareas de administración, como ocurre con los directores. Todas las leyes de coopera-

tivas aluden al consejo rector o a los administradores<sup>40</sup>, y algunas también mencionan a los directores o les extienden el régimen de responsabilidad de los administradores<sup>41</sup>.

Personalmente, hemos sostenido la conveniencia de aplicar el mismo régimen de responsabilidad a todos cuantos desempeñan las mismas funciones, con independencia de su nomenclatura<sup>42</sup>. La inclusión de la referencia a los administradores de hecho en el art. 133.2 LSA tras la reforma operada por la Ley 26/2003, de 17 de julio, trasladada al art. 236.3 de la vigente LSC y su expresa mención en la misma LC (arts. 48 *ter*, 93.2.2º, 164.1, 166 y 172 *bis*) se orienta en este sentido<sup>43</sup>. Esta figura del administrador de hecho de la cooperativa (por el que, en línea con el mencionado art. 236.3 LCS, cabe entender a quien sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, desempeña las funciones propias

40. Art. 43 LCoop; art. 50 LSCA; arts. 66 a 68 LCAS; art. 42 LCAR; art. 63 LCIB; art. 54 LCCANT; art. 51 LCCL; art. 63 LCCLM; art. 59 LCCAT; art. 42 LSCEX; art. 50 LCG; art. 43 LCCM; art. 61 LCRM; art. 44 LFCN; art. 47 LCPV; art. 54 LCLR; art. 47 LCCV. La mayoría de las leyes sólo mencionan el consejo rector, pese a contemplar muchas de ellas la posibilidad de que haya en ciertas cooperativas un administrador único, dos o más administradores mancomunados o varios administradores solidarios.

41. Arts. 50 y 51 LSCA; arts. 63 y 64 LCIB; art. 61 LCRM; art. 44 LFCN; art. 56.3 LCLR. El art. 50.4 LCCANT y el art. 55.4 y 5 LCCL imponen al director de la cooperativa los deberes de diligencia, lealtad y fidelidad y la prohibición de competencia.

42. Así, en MORILLAS *Las normas de conducta...*, op. cit., pp. 228-249.

43. Sobre esta figura, LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Comares, Granada, 2016; PRADES CUTILLAS, D., "Administradores de hecho: tipologías no tan encubiertas", *Diario La Ley*, nº 7168, Sección Doctrina, 6 de mayo de 2009, Ref. D-160, pp. 9-17; RODRÍGUEZ DÍAZ, I., "El administrador oculto", *RDBB*, nº 138, 2015, pp. 7-48. Más ampliamente, sobre el art. 236, JUSTE MENCÍA, J., "Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad", en JUSTE, (Coord.), *Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, op. cit., pp. 443-462; QUIJANO GONZÁLEZ, J., "Los presupuestos de la responsabilidad de los administradores en el nuevo modelo del consejo de administración (arts. 236.1 y 2 LSC)", en ALONSO, ESTEBAN, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, QUIJANO, RODRÍGUEZ y VELASCO (Dirs.), *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada...*, Tomo II, op. cit., pp. 591-612; SANCHO GARGALLO, I., "La extensión subjetiva del régimen de responsabilidad a los administradores de hecho y ocultos y a la persona física representante del administrador persona jurídica (art. 236.3 y 5 LSC)", en ALONSO, ESTEBAN, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, QUIJANO, RODRÍGUEZ y VELASCO (Dirs.), *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada...*, Tomo II, op. cit., pp. 613-632. De obligada referencia es, en materia de administradores de hecho, la reciente STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 8 de abril de 2016 (RJ 2016\1232).

de administrador de la cooperativa, así como a aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de derecho de la cooperativa, esto es, el administrador oculto de la sociedad) aparece recogida de forma expresa en el art. 63.1, párr. 2º, LCCLM, que le hace responder “personalmente frente a la sociedad, los socios y los acreedores del daño que causara por actos contrarios a la Ley o a los estatutos, o por los realizados incumpliendo los deberes que esta Ley impone a quienes ostenten tal condición de derecho”. Ahora bien, al igual que en caso de las sociedades de capital, en las sociedades cooperativas la condición de administrador de hecho ha de quedar convenientemente demostrada por quien se la atribuye: la SAP Madrid (Sección 28ª), 6 de 9 febrero de 2016 (AC 2016\272) considera inexistente la condición de administrador de hecho, por falta de prueba de que fuera la gestora de la cooperativa de viviendas y no el consejo rector de la cooperativa quien tomaba las decisiones.

También se orienta en esta línea la norma contenida en el art. 236.4 LSC, tras su reforma por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que viene a establecer: “Cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, todas las disposiciones sobre deberes y responsabilidad de los administradores serán aplicables a la persona, *cualquiera que sea su denominación*, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad, sin perjuicio de las acciones de la sociedad basadas en su relación jurídica con ella” (la cursiva es nuestra). Lo que no alcanzamos a comprender es el cúmulo de exigencias concurrentes: por qué se supedita la aplicación de esta importante norma a que lo sea a una persona en singular (“la persona”) ligada al hecho de que la sociedad esté administrada por un consejo de administración en el que no exista delegación permanente de facultades en uno o varios consejeros delegados<sup>44</sup>.

44. JUSTE, “Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad”, op. cit., pp. 458 y 459, considera que, en los demás supuestos, la responsabilidad societaria del directivo queda excluida, salvo que se pruebe que se trata de un administrador de hecho. Para el autor, la Ley pretende imponer responsabilidad al “consejero delegado de hecho” y hace además un llamamiento al uso de las facultades de delegación para que los directivos dejen de asumir el riesgo de la responsabilidad societaria. Aunque el autor reconoce que puede dar lugar a dificultades en la práctica el supuesto de que no exista propiamente una sola persona con las más altas facultades de dirección. Sobre esta norma, vid. también VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Equiparación con el administrador de la persona que tenga atribuidas facultades de más alta dirección (art. 236.4 LSC)”, en ALONSO, ESTEBAN, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, QUIJANO, RODRÍGUEZ y VELASCO (Dirs.), *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada...*, Tomo II, op. cit., pp. 633-660.

En segundo lugar, en cuanto a los administradores personas jurídicas, se debe determinar si alcanza la responsabilidad a la persona física designada representante, cuestión sobre la que guardan silencio la mayoría de las leyes de cooperativas vigentes. La excepción la constituye el art. 42.4 LCAR, que señala: “A los efectos de este artículo, cuando el Consejero lo sea en representación de una persona jurídica, ambos responderán solidariamente, sin perjuicio de las acciones que en su caso puedan ejercitarse entre representante y representado”. Esta solución es también la que propugnaba el art. 115.2 de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles de 2002<sup>45</sup>, al señalar que “(L)a persona natural representante de la persona jurídica administradora estará sometida a los mismos deberes y a la misma responsabilidad que si ejerciera el cargo en su propio nombre, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la persona jurídica representada”; también, el art. 215-6.2 ALCM, que dispone que la persona física designada “deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administradora”. Norma ésta última que es ya Derecho vigente al haberse recogido en el texto de la LSC tras la reforma de 2014, pues su art. 236.5 establece: “La persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador”<sup>46</sup>. En consecuencia, rige indiscutiblemente respecto de las leyes de cooperativas que se remiten en esta materia al régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas.

45. Elaborada por una Ponencia especial en el seno de la Comisión General de Codificación, aprobada por la Sección de Derecho Mercantil el 16 de mayo de 2002 y publicada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 2002.

46. Vid. HERNÁNDEZ SÁINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas. Régimen jurídico y responsabilidad*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014; IDEM, “La extensión del estatuto jurídico del administrador a la persona física representante de un administrador persona jurídica en la Ley 31/2014 para la mejora del gobierno corporativo”, *RDBB*, nº 138, 2015, pp. 49-106; SANCHO GARGALLO, I., “La extensión subjetiva del régimen de responsabilidad a los administradores de hecho y ocultos y a la persona física representante del administrador persona jurídica (art. 236.3 y 5 LSC)”, en ALONSO, ESTEBAN, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, QUIJANO, RODRÍGUEZ y VELASCO (Dir.), *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada...*, Tomo II, op. cit., pp. 613-632.

Estas disposiciones no deben, en nuestra opinión, impedir que prospere la exoneración de responsabilidad del representante si se acredita que careció de libertad de actuación, al seguir las órdenes marcadas por el representado, y puede demostrar que hizo todo lo posible por evitar el daño o por aminorar sus consecuencias (*ex art.* 237 LSC y los concordantes de las leyes de cooperativas). De *lege data* (en caso de que no haya una referencia expresa a la solidaridad en la ley de cooperativas), deberían aplicarse las reglas generales en materia de representación, e imputar la responsabilidad a la persona jurídica representada, salvo que, por las circunstancias del caso, quepa considerar al representante como administrador de hecho o imputarle la responsabilidad por los daños que haya causado incumpliendo normas legales (por aplicación analógica del art. 259 Cdc)<sup>47</sup>.

Por último, en cuanto a los administradores de las cooperativas de segundo grado, ninguna de las leyes de cooperativas se pronuncia, ni directamente, ni por remisión, sobre su régimen de responsabilidad, por lo que no encontramos en ellas la respuesta a la pregunta de si, designada miembro del consejo rector una de las cooperativas integrantes, se trasladará a ésta la responsabilidad en que incurra la persona física designada representante, cuestión que, en definitiva, replantea el problema anterior. Respecto a la misma se pronunció la SAP de Huesca (Sección 1ª) de 8 de noviembre de 1996 (ROJ: SAP HU541/1996-ECLI:ES:APHU:1996:541, Id Cendoj: 22125370011996100143): “su responsabilidad es a título personal; como si de un socio persona física se tratase. (...) De todo esto se deduce que la responsabilidad en que hayan podido incurrir por su gestión es de tipo personal y no puede extenderse a la Cooperativa socio por la que fueron elegidos”<sup>48</sup>. Tras la interposición de recurso de casación, el Tribunal Supremo

47. *In extenso*, sobre estos argumentos y las dificultades interpretativas del supuesto, MARTÍNEZ SANZ, F., “Ámbito subjetivo de la responsabilidad”, en ROJO, A., y BELTRÁN, E. (Dirs.), *La responsabilidad de los administradores*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pp. 75-77 y 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 64-68; y DE PRADA GONZÁLEZ, J. M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, en VV.AA., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, II, Civitas, Madrid, 1996, pp. 2328-2333.

48. Comparte esta Sentencia en cierto sentido la postura que, en sede de sociedades anónimas, sostiene ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima”, *RDM*, nº 198, octubre-diciembre, 1990, p. 655, respecto de la responsabilidad de los representantes de las personas jurídicas administradoras: “dado el carácter <<personal>> de la responsabilidad, será la persona física administrador a quien quepa imputar la conducta de la que derive la responsabilidad, pero, a su vez, las consecuencias patrimoniales se imputarán a la persona jurídica de la que es su representante, sin perjuicio de la acción de regreso en su caso”.

(Sala de lo Civil), en la Sentencia de 4 de junio de 2002 (RJ 2002\4584), volvió a reiterar esta doctrina: “la acción de responsabilidad determinada en el artículo 65.2 de la Ley General de Cooperativas se refiere a «los actos de los miembros del Consejo Rector», sin que la circunstancia de que los mismos hayan sido nombrados en cuanto representantes de la Cooperativa de primer grado implique la extensión de la responsabilidad que se pretende en los motivos, pues, según el artículo 148.3 de este texto legal, «el elegido actuará como si lo hubiera sido en su propio nombre», y, en este ámbito, su responsabilidad es personal por los daños que cause, pero no se extiende a la Cooperativa de primer grado” (las referencias legales corresponden a la LGC).

También en materia de integración cooperativa se dictan otras resoluciones judiciales de interés. Por un lado, la SAP de Córdoba (Sección 3ª) de 18 de enero de 2008 (JUR 2008\218210), confirmada por la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 29 de septiembre de 2011 (RJ 2011\6588), en las que se analiza la responsabilidad de los administradores de la cooperativa de primer grado por negligencia, al haber entregado toda la producción de aceite de la campaña agrícola a una cooperativa de segundo grado que no podía pagar por su vacío patrimonial. En ellas, se afirma que el hecho de que el presidente del consejo rector de la cooperativa de primer grado lo fuera también del de la de segundo grado y el vicepresidente de aquella fuera, a su vez, interventor de ésta “no determinaba por sí solo su responsabilidad, al faltar prueba directa de que al tiempo de la entrega del aceite tuvieran conocimiento de las contingencias internas que estaban sucediendo en dicha cooperativa de segundo grado”; esto impide apreciar una responsabilidad “en cascada” del presidente de la cooperativa de primer grado por su actuación como presidente de la de segundo grado. Estas resoluciones judiciales introducen, además, dos cuestiones de interés, las acciones de la cooperativa de primer grado contra la de segundo grado y el ejercicio de acciones, podríamos decir, “per saltum” (de los socios de la cooperativa de primer grado contra los administradores de la de segundo grado). En cuanto a la primera, señalan que “al tiempo de interponerse la demanda lo que podía constar era el perjuicio patrimonial producido a la cooperativa de primer grado por la falta de cobro del aceite entregado a la cooperativa de segundo grado, cuestión más propia -de haberlo decidido los cooperativistas- de una acción social ejercitada por la cooperativa base frente a la de segundo grado, que de una acción individual de algunos cooperativistas aislados contra su consejo rector”; respecto a la segunda, declaran que “no procede pronunciarse sobre la posibilidad legal de ejercicio de acción individual de los cooperativistas de primer grado frente a los consejeros de la cooperativa

de segundo grado por no ser objeto de este litigio, pero sí debe recordarse que los arts. 158 a 160 LSCA intentaban guardar un equilibrio entre la finalidad tradicional de la institución cooperativa de segundo grado mediante una agrupación empresarial de tipo jerárquico y una finalidad más amplia de coordinar la actividad económica de sus socios en el marco de un grupo empresarial igualitario”.

#### 4. Tipo de responsabilidad y causas de exoneración

En cuanto al tipo de responsabilidad, se ha producido un giro legislativo notable a partir de 1999, por la supresión del privilegio tradicional en materia de sociedades que suponía la imputación sólo de los daños causados por “malicia o dolo, abuso de facultades, negligencia grave” que, al igual que en el art. 79 LSA 1951, se contenía en el art. 35 de la Ley General de Cooperativas de 19 de diciembre de 1974, en el art. 65 de su Reglamento de 16 de noviembre de 1978, en el art. 64 LGC<sup>49</sup>, en el art. 41.2 de la Ley de Cooperativas del País Vasco de 11 de febrero de 1982, en el art. 43 de la Ley de Cooperativas de Cataluña de 9 de marzo de 1983, en el Texto refundido de la Ley catalana aprobado por Decreto Legislativo 1/1992, de 10 de febrero (aunque no calificaba de “grave” la negligencia), y en el art. 41.1 de la Ley de Cooperativas de Andalucía de 1985, pero que abandonan los textos vigentes de las leyes de cooperativas del Estado y de estas Comunidades Autónomas.

Se hace eco de la trascendencia de la diferencia de regímenes la SAP de Gerona (Sección 1ª) de 28 de junio de 2004 (AC 2004\1462), que señala cómo, bajo la vigencia del Texto refundido de la Ley Catalana de 1992, “el sistema de responsabilidad del consejo rector de una cooperativa catalana regida por dicha Ley es sustancialmente diferente al sistema de responsabilidad de los administradores de una sociedad anónima, pues si se compara una y otra legislación se aprecia que la responsabilidad de los consejeros de una cooperativa catalana es más restrictiva que las de los administradores de una sociedad estatal”.

49. En aplicación aún de este precepto, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 13 de febrero de 2007 (RJ 2007\717) no considera que deban prosperar las acciones individuales de responsabilidad con las que se pretendía que se condenase a los miembros del consejo rector a pagar la deuda de la cooperativa, al no considerarles causantes por dolo, negligencia o abuso de que los demandantes no hubieran podido satisfacer sus créditos contra la sociedad que administraban.

De esta forma, en la actualidad, la mayor parte de las leyes establecen que los administradores de las cooperativas, como los de las sociedades de capital, responden por dolo y por cualquier tipo de negligencia o de culpa, incluso levísima<sup>50</sup>. Las discrepancias sobre si se arbitra una presunción de culpa si se ha infringido la ley o los estatutos, o si en estos como en otros casos (no promoción de la disolución de la sociedad) existe más bien una verdadera responsabilidad objetiva, que se suscitan en sede de sociedades de capital, se pueden replantear aquí.

El régimen de la responsabilidad circunscrita al dolo, el abuso de facultades o la culpa grave (coincidente con el que rige en las sociedades colectivas y comanditarias *ex arts.* 144 y 149 Cdc) subsiste, sin embargo, en cuatro de las leyes de cooperativas autonómicas (art. 42.1 LCAR; art. 42.2 LSCEX; art. 44.2 LFCN; art. 54.2 LCLR), alguna de ellas de fecha muy reciente, lo que cuenta con nuestro más tajante rechazo.

Todas estas regulaciones (las modernas y las tradicionales) merecen las mismas críticas que formulamos en su día respecto del régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital<sup>51</sup>: no se hace referencia a situaciones o prácticas concretas que deban ser consideradas negligentes; no se tiene en cuenta que las de los administradores son, en buena medida, obligaciones de medios, no de resultado; no se valora que la administración de patrimonios empresariales ajenos conlleva la adopción de decisiones que implican asumir riesgo empresarial, por lo que la diligencia no puede valorarse en función del resultado de la decisión o del negocio, sino teniendo en cuenta si se adoptó o no la decisión empresarial de manera razonablemente informada. En este último sentido, hay que destacar aquí la importancia del expreso reconocimiento de la *business judgement rule* en sede sociedades de capital y la protección de la discrecionalidad empresarial de los administradores que otorga (art. 226 LSC)<sup>52</sup>, norma que, en aquellas leyes de cooperativas que remiten al régimen de responsabilidad de los admi-

50. Art. 43 LCoop; art. 50 LSCA, art. 66 LCAS; art. 63 LCIB; art. 54 LCCANT; art. 51 LCCL; art. 62 LCCLM; art. 59 LCCAT; art. 50 LCG; art. 43 LCCM; art. 47 LCPV; art. 61 LCRM; art. 47 LCCV.

51. MORILLAS, *Las normas de conducta...*, op. cit., pp. 428 y 429.

52. La bibliografía sobre este precepto va siendo ya abundante: ALFARO, J., "Art. 226. Protección de la discrecionalidad empresarial", JUSTE (Coord.), *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, op. cit., pp. 325-360; EMBID IRUJO, J. M., "La protección de la discrecionalidad empresarial: artículo 226", en HERNANDO CEBRIÁ, L. (Coord.), *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las*

nistradores de las sociedades anónimas, puede ser de aplicación en su ámbito, pero que debería poder tenerse en cuenta en todas.

La de los administradores de las cooperativas (no así la de los interventores) es una responsabilidad solidaria, según afirman algunas leyes<sup>53</sup>, aunque las hay que refieren la solidaridad a los miembros del consejo rector<sup>54</sup> o a los miembros de los órganos colegiados de administración<sup>55</sup> y también encontramos la que señala que es solidaria “la responsabilidad de los órganos sociales”<sup>56</sup>. Hay que destacar aquí el art. 54.2, *in fine* LCLR, que establece que “(A) falta de regulación estatutaria expresa, la responsabilidad se ejercerá de forma solidaria”, precepto que debe ser puesto en conexión con la importante cuestión del carácter imperativo del régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades, respecto de la que nos hemos pronunciado en otro lugar<sup>57</sup>. En este punto, hay que llamar

*sociedades de capital*, op. cit., pp. 105-133; GARCÍA MANDALONIZ, M., “Inconcreción del deber de diligente administración, disposición del régimen de responsabilidad e inclusión de la regla de la discrecionalidad empresarial (artículos 225 y 226 de la Ley de sociedades de capital)”, en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA (Dir.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano y la Responsabilidad de los Administradores*, op. cit., pp. 402-412; GUERRERO TREVIANO, C., *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital (la incorporación de la business judgement rule al ordenamiento español)*, Civitas, Madrid, 2014; IDEM; “La protección de la discrecionalidad empresarial en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre”, *RDM*, nº 298, octubre-diciembre, 2015, pp. 147-180; HERNANDO MENDIVIL, J., “La *business judgement rule*”, *RDM*, nº 299, enero-marzo, 2016, pp. 313-368; RECALDE CATELLS, A., “Modificaciones en el régimen del deber de diligencia de los administradores; la *Business Judgement Rule*”, en ROJO, A. y CAMPUZANO, B. (Coords.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*. Liber amicorum, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 629-663; RONCERO SÁNCHEZ, A., “Protección de la discrecionalidad empresarial y cumplimiento del deber de diligencia”, en ALONSO, ESTEBAN, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, QUIJANO, RODRÍGUEZ y VELASCO (Dirs.), *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada...*, Tomo II, op. cit., pp. 383-424.

53. Directamente: art. 66.2 LCAS; art. 63.1 LCCLM; art. 47.2 LCPV; o así el art. 42 LCAR. Y por remisión al régimen de los administradores de las sociedades anónimas (esto es, al art. 237 LSC): art. 43 LCoop; art. 54.4 LCCANT; art. 51.3 LCCL; art. 61 LCRM.

54. Art. 54.2 LCCANT; art. 59.2 LCCAT; art. 42.2 LSCEX; art. 50 LCG; art. 43.2 LCCM; art. 44.2 LFCN; art. 47.1 LCCV.

55. Art. 50.3 LSCA; art. 63.3 LCIB.

56. Art. 51.1, 2º LCCL.

57. MORILLAS, *Las normas de conducta...*, op. cit., pp. 430-436. En profundidad, ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “La limitación estatutaria de la responsabilidad de los administradores sociales frente a la sociedad”, *RDM*, nº 248, abril-junio, 2003, pp. 683-718. Sobre la regulación posterior a la reforma de 2014, JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa”, en JUSTE, (Coord.), *Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*. *Sociedades no cotizadas*, op. cit., pp. 413-425.

la atención de nuevo sobre la profunda reforma operada en la LSC, cuyo art. 230 aborda de forma expresa este problema pero lo resuelve sólo en parte, puesto que afirma de manera rotunda la imperatividad y niega validez a las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias, pero sólo respecto al régimen del deber de lealtad y a la responsabilidad por su infracción, a la vez que admite dispensa de las prohibiciones legales en casos singulares.

También, resulta llamativa y criticable la nueva LSCA, en cuanto que añade como posibles estructuras del órgano de administración la administración única y la solidaria (art. 36), pero no la integrada por dos administradores mancomunados, algo que justifica la Exposición de Motivos de la Ley del modo siguiente: “... que entre la diversidad morfológica prevista se excluyan supuestos que suponen la responsabilidad mancomunada de sus miembros y que restan garantías a las personas socias en relación con los que implican una responsabilidad de carácter solidario”. Esta explicación, por un lado, revela la confusión entre actuación mancomunada y responsabilidad mancomunada y, por otro, olvida que la responsabilidad de los administradores mancomunados en las leyes de sociedades es solidaria.

Como el resto de la legislación societaria, tampoco la mayoría de las leyes de cooperativas tiene en cuenta la separación de funciones, la delegación de tareas. La SAP de Castellón (Sección 1ª) de 21 de abril de 2005 (JUR 2005\129349) señala que no puede restringirse la responsabilidad del consejo rector de la cooperativa a su consejero delegado, “pues las facultades delegadas a éste sólo podían comprender el tráfico empresarial ordinario de la cooperativa, correspondiendo al Consejo Rector con carácter exclusivo controlar permanentemente el ejercicio de las facultades delegadas (...) y resulta claro y evidente que este control por el Consejo Rector de la gestión del Consejero Delegado no se llevó a cabo, no constando acta de reunión o junta alguna sino hasta después de la desaparición de aquél, viniendo a corroborar ese alegado desconocimiento de la existencia de deudas la ausencia de control de la actuación del Consejero delegado, todo lo cual constituye *per se* una dejación de funciones y un incumplimiento de las obligaciones legalmente establecidas por parte de los miembros del Consejo Rector, y todo ello sin perjuicio de la plena competencia y responsabilidad del Consejo Rector respecto de las facultades delegadas, hasta el punto de resultar responsable frente a terceros –como es aquí el caso– de la gestión llevada a cabo por el Consejero Delegado (...). Como se dice, el desconocimiento de la gestión del Consejero Delegado y las deudas contraídas por éste para la Cooperativa, ni eximía de responsabilidad frente a terceros a los restantes miembros del Consejo Rector que continuaban teniendo plena competencia sobre estas facultades, ni

excluía sus obligaciones legales de controlar permanentemente el ejercicio de las facultades delegadas”.

La responsabilidad lo es por el conjunto de la administración: el delegante debe responder de los actos del delegado porque conserva las competencias delegadas, puede haber incurrido en *culpa in eligendo* y asume el deber de vigilancia, por lo que podría haber *culpa in vigilando*. Algo que, en el ámbito de la legislación societaria, vino por vez primera establecido con claridad en una Ley de cooperativas, concretamente en el art. 42.3 de la valenciana Ley de cooperativas de 1985 (Ley 11/1985, de 25 de octubre), y que en la actualidad aparece en el art. 48.3 LCCV que dispone que “aun efectuada la delegación, el Consejo rector continúa siendo titular de las facultades delegadas, y responsable ante la cooperativa, los socios y socias y las terceras personas, de la gestión llevada a cabo por los consejeros o consejeras delegadas y la comisión ejecutiva”. Norma que ahora reproducen prácticamente de forma literal el art. 69.3 LCCLM y el art. 49.2 LCCANT. También, el art. 58.2 LCCAT, que añade: “No obstante, la persona en quien se delegan las facultades es responsable ante la cooperativa y los socios, en los términos que establece el Código civil”. En nuestra opinión, la existencia de administradores delegados no elimina *per se* la responsabilidad del delegante, pero tampoco la existencia de esta responsabilidad del delegante elimina la responsabilidad del delegado, por lo que, en su caso, deberían responder ambos con arreglo al régimen mercantil de responsabilidad societario, no conforme al régimen de Derecho civil común (o foral).

El art. 249 bis LSC, tras la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, reputa indelegable la facultad de supervisión por el consejo de administración del efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado<sup>58</sup>. Algo a lo que se anticipó el art. 41, b) de la Ley de cooperativas catalana, la Ley 4/1983, 9 de marzo, que establecía que, en caso de delegación de facultades, el consejo rector conservaba la de “(C)ontrolar permanente y directamente la gestión empresarial que ha sido delegada”.

58. Vid. los comentarios de LEÓN SANZ, F. J., “Artículo 249 bis. Facultades indelegables”, en JUSTE, (Coord.), *Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*. *Sociedades no cotizadas*, op. cit., pp. 521-540; y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Políticas/decisiones relevantes en materia de gestión/dirección: prohibición de delegación de facultades, reserva de decisiones estratégicas. Y relación al respecto entre consejo y dirección”, en ALONSO, ESTEBAN, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, QUIJANO, RODRÍGUEZ y VELASCO (Dirs.), *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada...*, Tomo II, op. cit., pp. 181-226.

Se establecen en las leyes de cooperativas las bases para la inversión de la carga de la prueba, pues son los propios administradores quienes han de demostrar que el daño no les es imputable, esto es, la existencia de alguna de las causas de exoneración que dichas leyes contemplan directamente<sup>59</sup> o por remisión a la legislación de anónimas (arts. 236.1 y 237 LSC)<sup>60</sup>. Pueden los administradores probar la falta de intervención en el acto u omisión que causó el daño, por desconocimiento o por oposición al mismo, pero esta prueba es diferente en cada una de estas leyes:

a) Quedarían exonerados los que asistieron a la reunión en la que se adoptó el acuerdo que causó el daño, votaron en contra, solicitaron la constancia en el acta y no participaron en la ejecución e hicieron todo lo posible por evitar el daño [parecen requisitos cumulativos en el art. 50.3.a] LSCA y supuestos alternativos en el art. 63.5, a) LCIB, en el art. 54.2, a) LCCANT y en el art. 51.2, a) LCCL]; los que hicieron constar en acta su voto en contra (art. 42.1 LCAR); los que han votado en contra del acuerdo y han hecho constar en acta que se oponen al mismo o mediante un documento fehaciente comunicado al consejo rector dentro de los diez días (art. 59.2 LCCAT) o de los veinte días siguientes al acuerdo (art. 43.2.2º LCCM); los consejeros que hubiesen salvado expresamente su voto en los acuerdos que hubieran causado daño (art. 42.2 LSCEX; art. 50.1 LCG; art. 44 LFCN; art. 54.2.2º LCLR)<sup>61</sup>.

b) Quedarían al margen quienes prueben que no asistieron a la reunión en la que se adoptó el acuerdo y no pudieron conocerlo o, habiéndolo conocido, no participaron en la ejecución e hicieron todo lo posible por evitar el daño [art. 50.3.b] LSCA; art. 54.2, b) LCCANT; art. 51.2, b) LCCL; art. 63.5, b) LCIB]; los no asistentes, siempre y cuando hubieran hecho constar su oposición por cualquier modo fehaciente en el plazo máximo de treinta días desde la sesión en que

59. Art. 50.3 LSCA; art. 66.2 LCAS; 42.1 LCAR; art. 63.5 LCIB; art. 54.2 LCCANT; art. 51.2 LCCL; art. 63.2 LCCLM; art. 59.2 LCCAT; art. 42.2 LSCEX; art. 50.1 LCG; art. 43.2 LCCM; art. 44.2 LFCN; art. 47.2 LCPV; art. 54.2 LCLR; art. 47.1 LCCV. De los presupuestos y las causas de exoneración de responsabilidad nos ocupamos en MORILLAS, *Las normas de conducta...*, op. cit., pp. 250-287.

60. Art. 43 LCoop; art. 54.4 LCCANT; art. 51.3 LCCL; art. 61 LCRM.

61. Subsiste en muchas de estas leyes el rigor formalista de la constancia en acta criticado por VICENT CHULIÁ, F., en PAZ CANALEJO, N. y VICENT CHULIÁ, F., *Ley General de Cooperativas*, en *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, dirigidos por SÁNCHEZ CALERO, F. y ALBALADEJO, M., T. XX, vol. 2º, EDERSA, Madrid, 1990, p. 825.

se adoptó el acuerdo (art. 42.1 LCAR); los no asistentes que hagan constar su oposición al acuerdo mediante documento fehaciente que se comunique al consejo en los veinte días siguientes al acuerdo (art. 54.2.2º LCLR); los ausentes que hubiesen hecho constar su oposición mediante documento fehaciente dirigido al consejo en los treinta días siguientes al de la adopción del acuerdo (art. 50.1 LCG); los que no hayan participado en el acto (art. 59.2 LCCAT) o en la sesión (art. 43.2.2º LCCM).

c) También lo estarían quienes propusieron la adopción de medidas para evitar el daño ocasionado por la omisión [art. 50.3.c] LSCA; art. 63.5, c) LCIB; art. 54.2, c) LCCANT; art. 51.2, c) LCCL]. Únicamente estas cuatro leyes valoran no haber participado de la conducta omisiva, aunque en todo caso debe entenderse que la inacción puede causar daño, pese a que sólo tras la reforma de 2003 alude la legislación de sociedades anónimas, ahora, de sociedades de capital, de forma expresa a las omisiones como generadoras de responsabilidad (art. 236.1 LSC).

Otras leyes reproducen literalmente el art. 237 LSC: no responden quienes prueben que, no habiendo intervenido en la adopción y ejecución del acto o acuerdo lesivo, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél (art. 66.2 LCAS; art. 63.2 LCCLM; art. 47.2 LCPV; art. 47.1 LCCV); o éste es aplicable en virtud de la general remisión a su regulación (art. 43 LCoop; art. 61 LCRM).

Aunque las leyes de cooperativas no lo mencionen, estarían igualmente exonerados los administradores en caso de fuerza mayor, por la falta de voluntariedad o “no culpa” que implica. Respecto a ello, es interesante la SAP de Zamora (Sección 1ª) de 28 de julio de 2005 (JUR 2005\206782), que señala que “cabe que la situación económica de la sociedad proviniera de la crisis económica general, lo que puede considerarse como un suceso imprevisible o, en su caso, inevitable”.

El régimen legal cooperativo tampoco resuelve el problema de la responsabilidad de los administradores tras la renuncia, dimisión o cese, que sólo se menciona para extender el deber de secreto más allá de dicho momento: la jurisprudencia condena, aunque la doctrina considera que la responsabilidad es por actos propios, por lo que no debería responder de los acuerdos del consejo rector quien ya no puede ni participar en las reuniones ni controlar sus decisiones<sup>62</sup>.

62. VICENT CHULIÁ, *Ley General de Cooperativas...*, op. cit., pp. 831 y 832.

También merece reproche porque se silencia la trascendencia del cumplimiento de instrucciones de la asamblea, ya que las leyes establecen de forma expresa que no exonera de responsabilidad el hecho de que ésta haya ordenado, consentido o autorizado el acto<sup>63</sup> cuando sea propio de la competencia del órgano que lo adoptó<sup>64</sup>. Acertadamente, a nuestro juicio, regulan esta materia las leyes que contienen el matiz “cuando sea competencia *exclusiva* del Consejo Rector”<sup>65</sup>; en consecuencia, si la asamblea general debía pronunciarse autorizando o confirmando el acto y dichos actos se han producido, no podrá la propia asamblea exigir responsabilidad a los administradores, cuestión esta íntimamente conectada con la posibilidad de que la cooperativa forme parte de un grupo y los administradores sigan las instrucciones marcadas en el seno de éste. Sabido es que, pese a la defectuosa redacción de las leyes de cooperativas, el grupo carece de personalidad jurídica y la legislación no resuelve el problema de la atribución de responsabilidad en el seno del grupo, limitándose a establecer que la derivada de las operaciones que realicen directamente con terceros las sociedades cooperativas integradas en un grupo, no alcanzará al mismo, ni a las demás sociedades cooperativas que lo integran<sup>66</sup>. La novedad, que debe ser valorada de forma positiva, la constituye el art. 134.4 LCAS, que establece como excepción “salvo prueba de que su actuación responde al cumplimiento de las instrucciones recibidas de observancia obligatoria que redunde en interés de todos, parte o alguno del resto de socios del grupo, en cuyo caso serán responsables solidariamente todas aquellas entidades en cuyo interés se hubiera obrado”.

La aprobación de las cuentas o de la propuesta de distribución de resultados por la asamblea no significa la renuncia a la acción, ni el descargo de responsabilidad de los administradores<sup>67</sup>.

63. Art. 236.2 LSC; art. 66.3 LCAS; art. 63.3 LCCLM; art. 50.2 LCG; art. 47.3 LCPV.

64. Art. 50.4 LSCA; art. 54.3 LCCANT; art. 51.2, e) LCCL; art. 54.3 LCLR.

65. Art. 43.3 LCCM; art. 47.1 LCCV.

66. Art. 78 LCoop; art. 109.3 LSCA; art. 132.6 LCCANT; art. 142 LCIB; art. 134 LCRM; art. 135 *bis* LCPV; art. 131 LCLR; art. 103.6 LCCV. También lo establecía el art. 125 de la derogada Ley 18/2002, de 5 de julio, de cooperativas de Cataluña; pero la Disp. Transitoria 3ª de la vigente LCCAT establece: “*Grupos cooperativos*. Los grupos cooperativos constituidos antes de la entrada en vigor de la presente ley tienen el plazo de un año a contar desde esta fecha para constituirse, en su caso, como cooperativas de segundo grado en los términos establecidos por el artículo 137.2. Transcurrido este plazo sin que se produzca esta adaptación, previo trámite de audiencia a la entidad cabeza de grupo, el grupo cooperativo causa baja de oficio del Registro General de Cooperativas de Cataluña”.

67. Art. 64.1, párr. 3º LCCLM; art. 60.2 LCCAT; art. 42.3 LSCEX.

Por último, nos parece criticable que no se tenga en cuenta la observancia de reglamentos o códigos de conducta, la formación de los administradores (normalmente, socios de escasos o nulos conocimientos empresariales)<sup>68</sup>, ni el carácter no retribuido del cargo<sup>69</sup>. Es, a estos últimos efectos, de gran importancia lo dispuesto en el art. 47.1 LCPV: “Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal, respondiendo de los daños que causen por actos contrarios a la ley o a los Estatutos o realizados sin la diligencia debida, *que deberá estimarse con más o menos rigor en función del carácter retribuido o no del cargo*”<sup>70</sup> (la cursiva es nuestra). En cuanto a la falta de formación, afirma la STS (Sala de lo Civil) de 4 de junio de 2002 (RJ 2002\4584) que no exonera de responsabilidad la circunstancia de que se trate de “agricultores, miembros además de una Cooperativa de base, personas poco acostumbradas a la actividad comercial o mercantil propiamente dicha, que acuden a las reuniones periódicamente, sin actuar en el día a día de la cooperativa, con más voluntad que otra cosa y sin posibilidad, muchas veces, de conocer el funcionamiento real de la entidad, funcionamiento llevado a cabo por Directores o Gerentes comerciales en los que se delegaban las funciones”.

68. Para VICENT CHULIÁ, *Ley General de Cooperativas...*, op. cit., p. 822, el consejero no puede invocar desconocimiento de los negocios, incapacidad de gestión, bajo nivel de formación, porque incurrió en culpa al aceptar el cargo pese a sus limitaciones, y al ejercerlo sin formación previa, general, según el ramo de actividad de la cooperativa, o en relación con la función concreta asignada. Estas circunstancias son, para el autor, justa causa para la no aceptación del cargo o para la renuncia.

69. A juicio de VICENT CHULIÁ, *Ley General de Cooperativas...*, op. cit., pp. 822 y 823, no debe influir en la responsabilidad la retribución, pues las funciones del consejero vienen determinadas por la ley y no derivan del régimen del mandato y no debe aceptarse el cargo sin retribución si se comprende que no puede asumirse de forma complementaria a la propia profesión.

70. SUSO VIDAL, J. M., “La confluencia del Derecho de sociedades mercantiles en el régimen de los órganos sociales de la Ley de Cooperativas de Euskadi de 1993”, en VV.AA., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, II, Civitas, Madrid, 1996, p. 2537, señala que la retribución “es un indicio de la profesionalidad del administrador y suele estimarse que a éste se le puede exigir más que a un simple socio que cumple, sin dedicarse específicamente a ello, con su obligación de aceptar los cargos sociales”, y sitúa a la Ley vasca en la misma línea del art. 1.726 Cc y del art. 23.3 del Reglamento de la Ley de Cooperativas de Crédito.

## 5. Acciones de responsabilidad

### 5.1. Clases de acción

Son minoría las leyes de cooperativas que se refieren *nominatim* o no a las dos acciones de responsabilidad que cabe ejercitar contra los administradores sociales, la acción social y la acción individual<sup>71</sup>. En otras, sólo se menciona la primera categoría<sup>72</sup> o, pese a la huérfana alusión a la “acción de responsabilidad” cabe entender que la referencia a la misma se puede considerar implícita, desde el momento en que el procedimiento que arbitran regula los pormenores del acuerdo de la asamblea general y la legitimación subsidiaria de los socios o, en su caso, los acreedores sociales<sup>73</sup>, que actuarán “en nombre y por cuenta de la sociedad”<sup>74</sup>, régimen que es propio de la acción social de responsabilidad, puesto que su finalidad es reconstruir el patrimonio de la cooperativa<sup>75</sup>.

Ello no obstante, y respecto al art. 43 LCoop, que es una de las leyes que efectúa una remisión a la legislación sobre sociedades anónimas a la vez que menciona aspectos exclusivamente de la acción social de responsabilidad, la SAP de Tarragona (Sección 3ª) de 28 de octubre de 2000 (JUR 2001\45671) ha entendido que supone una remisión expresa a los artículos que regulan “los supuestos de responsabilidad social y responsabilidad individual de los miembros del Consejo de Administración”<sup>76</sup>. A favor de una interpretación amplia de la remisión se pronuncia también la SAP de Madrid (Sección 28ª) de 30 de marzo de 2006 (AC 2006\1735) cuando afirma que cuando el art. 43 LCoop establece que la responsabilidad de los consejeros e interventores por daños causados se regirá por lo

71. Arts. 67 y 68 LCAS; art. 64 LCCLM, art. 48 LCPV; art. 47 LCCV.

72. Art. 43.4 LCCM.

73. Art. 51.2 LSCA; art. 59 LCCAT; art. 47.3 LCCV. No menciona en absoluto la legitimación el art. 54.4 LCCANT.

74. Lo señalan con acierto el art. 48.4 LCPV y el art. 51.4 LCG.

75. Con respecto al art. 43 LCoop, así lo sostenemos en MORILLAS y FELIU, *Curso de Cooperativas*, op. cit., pp. 330-331. Aunque, como afirmamos en las pp. 338 y 339, ello “no excluye el posible ejercicio de esta acción de daños *ex* artículos 1.902 Cc y concordantes”.

76. También VARGAS, GADEA y SACRISTÁN, *Derecho de las sociedades cooperativas...*, op. cit., p. 414, consideran que el art. 43 LCoop se refiere tanto a la acción social cuanto a la acción individual. Para MOYA, *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes...*, op. cit., p. 447, también se puede iniciar la acción individual de responsabilidad “al equipararse la responsabilidad de los gestores de Cooperativas a los administradores de las Sociedades Mercantiles”.

dispuesto para los administradores de las sociedades anónimas se remite “al art. 135 LSA, que en la relación del administrador con el socio o tercero trata de supuestos encuadrables en la responsabilidad extracontractual”. En este sentido, respecto a la remisión que efectúa el art. 51.2, d) y 3 LCCL (que, respectivamente, dispone que la responsabilidad frente a terceros tendrá el carácter que establezca la legislación estatal aplicable, y que remite en bloque a la legislación de sociedades anónimas en todo lo no regulado en esa Ley en materia de responsabilidad de los administradores por daños), la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 10 de marzo de 2015 (RJ 2015\2677) sostiene que “ambas normas se están refiriendo tanto a la acción individual como a la social de responsabilidad”.

Algunas leyes de cooperativas contemplan de forma expresa la acción cuya finalidad es exigir la reparación de los daños y perjuicios que la actuación de los administradores haya causado a los socios o a los terceros directamente en su patrimonio<sup>77</sup>. En otras, no hay referencia específica a esta acción, pero se consagra la responsabilidad de los administradores frente a los socios, acreedores sociales y terceros<sup>78</sup>, se señala que la responsabilidad frente a terceros tendrá el alcance o el carácter que establezca la legislación estatal aplicable<sup>79</sup> o se estipula que, en lo no regulado, “la responsabilidad de los Consejeros (...) por daños causados se regirá por lo dispuesto para los administradores de las sociedades anónimas”<sup>80</sup>.

Hay que añadir, por último, una referencia al art. 232 LSC, que establece que el ejercicio de estas acciones, no obsta al “de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad”<sup>81</sup>.

77. Así, el art. 42.3 LCAR y el art. 60.3 LCCAT. También el art. 51.6 LSCA, el art. 64.5 LCIB y el art. 47.4 LCCV, aunque la atribuyen únicamente a los socios. El art. 68 LCAS, el art. 64.3 LCCLM, el art. 51.6 LCG, el art. 48.6 LCPV y el art. 54.7 LCLR hablan expresamente de acción individual o de acciones individuales.

78. Así, el art. 42.2 LSCEX y el art. 43.2 LCCM. El art. 44.2 LFCN únicamente establece la responsabilidad frente a los socios. El art. 54.3 y 54.4 LCCANT y el art. 51.2 LCCL, en el encabezamiento y en la letra d) de este apartado, aluden de forma separada a la responsabilidad frente a la cooperativa y los socios y frente a los terceros.

79. Art. 50.3, *in fine*, LSCA; art. 63.4 LCIB; art. 54.3 LCCANT; art. 51.2, d) LCCL.

80. Art. 43 LCoop; art. 61 LCRM.

81. Vid. el comentario de PEINADO GRACIA, J. I., “Las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad (art. 232 LSC)”, en ALONSO, ESTEBAN, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, QUIJANO, RODRÍGUEZ y VELASCO (Dirs.), *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada...*, Tomo II, op. cit., pp. 563-590.

## 5.2. La regulación de las acciones de responsabilidad en la legislación cooperativa.

Igual de dispar que la regulación de la responsabilidad es la de las acciones encaminadas a exigirla. Admitidas en las leyes de cooperativas, expresa o implícitamente, como acabamos de ver, tanto las acciones sociales cuanto las acciones individuales, nos ocupamos a continuación de ambas por separado. Vaya por delante la crítica, no ya al contenido en muchos casos, sino a la mera existencia en todos ellos, de una legislación autonómica en materia procesal, que entra a regular cuestiones de legitimación, acciones, plazos de ejercicio, etc. que son competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.6º CE)<sup>82</sup>.

### 5.2.1. Acción social.

#### 1º) *Legitimación activa.*

Acorde con su naturaleza y función (reintegrar el patrimonio social dañado por la conducta de los administradores) la legitimación activa, en cuanto perjudicada, la tiene la sociedad cooperativa; pero compete a la asamblea general decidir acerca de su ejercicio<sup>83</sup>.

Para la adopción del acuerdo, en cualquier momento, aunque no conste en el orden del día, basta la mayoría de los votos sociales (art. 67.1 LCAS; art. 64.1 LCIB); la mayoría ordinaria (art. 43 LCoop; art. 54.4 LCCANT; art. 51.3 LCCL; art. 48.1 LCPV); la mayoría simple (art. 61, 2º LCRM; la mayoría simple, según el art. 51.1 LSCA, de los votos válidamente emitidos, hay que entender, de acuerdo con el art. 33.1 LSCA); la mayoría simple de los votos válidos emitidos, “sin que computen los votos en blanco ni las abstenciones” (arts. 51.1 y 64.1 LCCLM; art. 39.1 LCCANT); más de la mitad de los votos válidamente expresados (art. 42.4 LSCEX); más de la mitad de los votos presentes y representados (art. 51.1 LCG; art. 54.4 LCLR); mayoría de dos tercios de los socios presentes y representados (art. 47.3 LCCV). Resulta curiosa la redacción del art. 43.4 LCCM que

82. PANIAGUA ZURERA, M., *La sociedad cooperativa. Las sociedades mutuas y las entidades mutuales. Las sociedades laborales. La sociedad de garantía recíproca*, en *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo 12, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, p. 228.

83. Correctamente, aunque con más claridad unas leyes que otras, el art. 51.1 LSCA, el art. 67.1 LCAS, el art. 64.1 LCIB, el art. 64.1 LCCLM, el art. 59.3 LCCAT, el art. 42.4 LSCEX, el art. 43.4 LCCM y el art. 54.4 LCLR señalan que la acción de responsabilidad se ejercerá por la sociedad; erróneamente el art. 48.4 LCPV y el art. 44.2, párr. 2º LFCN atribuyen el ejercicio de la acción a la asamblea.

dispone que, si dicha cuestión constaba en el orden del día, será suficiente para adoptar el acuerdo la mitad más uno de los votos presentes y representados, sin que pueda modificarse esta mayoría por los estatutos: por un lado, porque parece que no sea necesario acuerdo, ni regular la mayoría, si esta materia no formaba parte del orden del día de la reunión (sí que se contemplan mayorías distintas para ambos casos en el 43.6 LCCM al regular la separación o destitución de los consejeros); por otro lado, por la prohibición de modificar (también a la baja) esta mayoría en los estatutos (que aparece igualmente en el art. 64.1 LCCLM). Por su parte, en esta línea, aunque de forma más correcta, el art. 47.3 LCCAT exige (para la acción de responsabilidad contra los miembros del consejo rector y la revocación de algún cargo social) “la mayoría favorable de la mitad más uno de los votos de los asistentes, si constaba en el orden del día de la convocatoria, o la mayoría de la mitad más uno de los votos sociales, si no constaba en el mismo”. Una parte de las leyes de cooperativas exigen que la votación sea secreta<sup>84</sup>.

Algunas leyes contemplan de forma expresa otros legitimados subsidiarios. De la distinta regulación de esta materia (sujetos, supuestos, porcentajes, etc.) se va a derivar un diferente grado de protección del patrimonio de la sociedad cooperativa y, en consecuencia, de sus socios y de sus acreedores<sup>85</sup>.

En primer lugar, están legitimados los socios, en unos casos como derecho individual, en otros, como derecho de minoría; en algunas leyes, en caso de acuerdo favorable no ejecutado, en otras también en caso de falta de acuerdo favorable: si no se alcanza el acuerdo o transcurren tres meses desde su adopción sin que la cooperativa haya entablado la acción, ésta podrá ser ejercitada por cualquier socio en nombre y por cuenta de la sociedad (art. 51.2 LSCA; art. 67.2

84. Art. 34.5 LCAR; art. 50.3 LCAS; art. 41.6 LCIB; art. 39.5 LCCANT; art. 51.5 LCCLM; art. 47.3 LCCAT; y art. 32.8 LSCX.

85. Por ello, critica con razón TATO, “Os órganos...”, op. cit., p. 98, la redacción de la Ley gallega que sólo contempla la legitimación de los socios y los acreedores en caso de falta de interposición de la acción de responsabilidad acordada por la asamblea, no en caso de acuerdo contrario al ejercicio. De nuevo, TATO, “La administración”, en PEINADO (Dir.), *Tratado de Derecho de Cooperativas*, op. cit., p. 463, recrimina el hecho de que algunas leyes de cooperativas impiden a los socios ejercitar la acción social cuando la asamblea no llegó a ser convocada o cuando adoptó un acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad: “Tendencia ésta que, bajo nuestro punto de vista, debe ser objeto de una severa crítica, ya que dificulta el ejercicio de la acción social y la defensa del patrimonio y los intereses de la cooperativa por parte de una minoría en aquellos supuestos en los que los administradores cuentan con el apoyo de la mayoría de los socios”.

LCAS; art. 64.2 LCIB); si transcurren tres meses desde la adopción del acuerdo sin que la cooperativa haya entablado la acción, podrá ejercitarla cualquier socio (art. 48.3 LCPV; art. 42.6 LSCEX); si transcurren tres meses desde su adopción sin que la cooperativa haya entablado la acción, podrá ejercitarla cualquier socio en nombre propio y por su cuenta pero en beneficio de la cooperativa, pero, en caso de que la acción prospere, la sociedad deberá reembolsarle los gastos (art. 51.3 LCG); si transcurren tres meses desde la adopción del acuerdo sin que la cooperativa haya entablado la acción, podrá ejercitarla el 15% de los socios, estando obligada la cooperativa al reembolso de los gastos si la acción prospera (art. 54.4 LCLR); si transcurren tres meses desde el acuerdo y la acción no se ejercita, queda legitimado el 20% de los socios (art. 42.2 LCAR); si el acuerdo ha sido contrario a la exigencia de responsabilidad o transcurre un mes desde el acuerdo sin que la sociedad ejercite al acción, podrán hacerlo socios que representen al menos el 5% de los votos (art. 59.4 LCCAT); si los administradores no convocan la “junta general” solicitada por los socios a tal fin, cuando la sociedad no entable la acción dentro del plazo de un mes contado desde la fecha de adopción del acuerdo, o cuando éste hubiera sido contrario a la exigencia de responsabilidad, podrán hacerlo 50 socios o los que representen el 10% del capital social (arts. 45.1 y 64.2 LCCLM); si en el plazo de seis meses desde la petición a la asamblea de que adopte el acuerdo, éste no se adopta o no se presenta la demanda judicial o arbitral, podrán el 5% de los socios o cincuenta de ellos interponer la acción por cuenta de la compañía (art. 47.3 LCCV); sin señalamiento de plazo, por el 10% de los socios (art. 44.2.2º LFCN). Para las leyes que remiten a la regulación de la LSC (art. 43 LCoop, art. 54.4 LCCANT, art. 51.3 LCCL, art. 61 LCRM) hay que tener en cuenta la nueva regulación de su art. 239, fruto de la reforma de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre:

“1. El socio o socios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general, podrán entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando este hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad.

El socio o los socios a los que se refiere el párrafo anterior, podrán ejercitar directamente la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad sin necesidad de someter la decisión a la junta general.

2. En caso de estimación total o parcial de la demanda, la sociedad estará obligada a reembolsar a la parte actora los gastos necesarios en que hubiera incurrido con los límites previstos en el artículo 394 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, salvo que esta haya obtenido el reembolso de estos gastos o el ofrecimiento de reembolso de los gastos haya sido incondicional<sup>86</sup>.

Algunas leyes de cooperativas legitiman de forma subordinada a los acreedores sociales: pueden ejercitar la acción si no lo han hecho ni la sociedad ni los socios, siempre que el patrimonio social sea insuficiente para la satisfacción de sus créditos (art. 240 LSC, aplicable por remisión a las cooperativas reguladas por la LCoop, la LCCANT, la LCCL y la LCRM; art. 67.3 LCAS; art. 64.3 LCCLM; art. 59.5 LCCAT; art. 42.7 LSCEX); si transcurren seis meses desde la producción del daño sin que ni la asamblea ni los socios hayan ejercitado la acción, podrá entablarla cualquier acreedor social a los solos efectos de reconstruir el patrimonio de la cooperativa (art. 48.4 LCPV); si transcurren seis meses desde la comisión de los hechos que originaron el acuerdo de ejercicio de la acción sin que ni la asamblea ni los socios la hubieran ejercitado, podrá hacerlo cualquier acreedor social (51.4 LCG; art. 54.5 LCLR), a fin de reconstruir el patrimonio de la cooperativa (añade la LCG).

Está también legitimado el órgano de administración para ejercitar la acción contra el director de la cooperativa (art. 51.3 LSCA; art. 64.2.2º LCIB).

### 2º) *Transacción o renuncia.*

La asamblea general puede, en cualquier momento, transigir o renunciar al ejercicio de la acción, si ningún límite (art. 48.1 LCPV) o bien cumpliendo ciertos requisitos:

- siempre que no se opongan socios que ostenten el 5% de los votos sociales de la cooperativa (art. 43 LCoop; art. 54.4 LCCANT; art. 64.1, párr. 2º LCCLM; art. 51.3 LCCL; art. 59.6 LCCAT; art. 61, 2º LCRM);

86. CAMPUZANO, A. B., "La acción social de responsabilidad (artículos 238 a 240 de la Ley de Sociedades de Capital)", en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA (Dir.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano y la Responsabilidad de los Administradores*, op. cit., pp. 767-786; MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., "Legitimación y prescripción de las acciones de responsabilidad (arts. 239 y 241 bis LSC)", en ALONSO, ESTEBAN, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, QUIJANO, RODRÍGUEZ y VELASCO (Dir.), *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada...*, Tomo II, op. cit., pp. 661-688.

- previo acuerdo adoptado por mayoría de dos tercios de los votos presentes y representados (art. 51.4 LSCA; art. 51.1, 2º LCG; art. 54.4 LCLR; art. 64.3 LCIB);
- previo acuerdo adoptado por más de la mitad de los votos válidamente emitidos (art. 42.4 LSCEX).

### 3º) Prescripción.

Igual de variopinta es la regulación de la prescripción. La acción social prescribe: al año desde que fueron conocidos los hechos y, en todo caso, a los tres años desde que se produjeron (art. 51.5 LSCA; art. 64.4 LCIB); a los dos años de producirse los actos que originaron la responsabilidad o desde su conocimiento (art. 48.5 LCPV); a los tres años a contar desde el momento en que pudo ser ejercida (art. 59.3 LCCAT; art. 47.2 LCCV); a los tres años de producirse los actos que hayan originado la responsabilidad, a no ser que se desconozcan o se hayan ocultado, en cuyo caso prescribirán a los seis años desde su comisión (art. 42.2 LCAR; art. 42.8 LSCEX; art. 54.6 LCLR); a los cinco años desde que pudo ser ejercitada (art. 44.2.2º LFCN).

Por lo que al régimen de la LSC respecta (cuando es aplicable por remisión, como ocurre con la LCoop, la LCCANT, la LCCL y la LCRM), el silencio legal en la materia había sido colmado por la jurisprudencia que, de forma mayoritaria, aplicaba el plazo de cuatro años desde el cese en el ejercicio de la administración, que es el que establece el art. 949 Cdc -entre otras, la STS (Sala de lo Civil) de 21 de mayo de 1992 (RJ 1992\4274)-, plazo que es el que señala de forma expresa el art. 64.4 LCCLM.

En la actualidad, tras la reforma de la LSC por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, su art. 241 *bis* establece que la acción de responsabilidad los administradores, tanto la social como la individual, prescribe a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse<sup>87</sup>.

87. Sobre la cuestión de la prescripción de las acciones de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital, MOYA, *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes...*, op. cit., pp. 431-439. Vid. los comentarios al precepto de MASSAGUER, J., "Artículo 241 bis. Prescripción de las acciones de responsabilidad", en JUSTE MENCÍA, (Coord.), *Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, op. cit., pp. 477-487; y MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., "Legitimación y prescripción de las acciones de responsabilidad (arts. 239 y 241 bis LSC)", en ALONSO, ESTEBAN, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, QUIJANO, RODRÍGUEZ y VELASCO (Dirs.), *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada...*, Tomo II, op. cit., pp. 661-688.

#### 4º) Efectos.

El acuerdo de promover la acción o de transigir determina la destitución de los administradores afectados (art. 238.3 LSC, aplicable por remisión del art. 43 LCoop, art. 51.3 LCCL, art. 54.4 LCCANT y art. 61 LCRM; art. 64.1 LCCLM; art. 60.1 LCCAT; art. 42.5 LSCEX; art. 51.2 LCG; art. 48.2 LCPV), o su cese provisional mientras dure el procedimiento judicial o arbitral iniciado contra ellos (art. 51.1 LSCA), o su cese mientras dure el procedimiento judicial o arbitral iniciado contra ellos, salvo que expresamente se prevea lo contrario (art. 47.3 LCCV).

#### 5.2.2. Acción individual

Para el resarcimiento de los daños causados por los administradores directamente a socios o terceros, se contempla la acción individual de responsabilidad, lesión directa a sus intereses que justifica el ejercicio de ésta y no de la acción social<sup>88</sup>. La SAP de Zaragoza (Sección 4ª) de 13 de febrero de 1995 (TOL379.648) declara que los hechos que se atribuyen a los miembros del consejo rector (irregularidades contables y de gestión que el auditor considera acreditadas) “repercuten en un mayor gasto para la cooperativa en cuanto tal del edificio construido. Es decir, que la perjudicada primaria y directa por tales hechos sería la propia sociedad, aunque tal daño afecte también al patrimonio de los socios demandantes en cuanto partícipes del patrimonio social; pero, en este caso, no con el carácter que se dice en la demanda, sino de forma indirecta y refleja, esto es, en la parte proporcional al perjuicio globalmente sufrido”. Los propios demandantes corroboran esto al cuantificar el perjuicio total causado a los miembros de la cooperativa y, aplicando sus respectivos porcentajes de participación de los pisos adjudicados a cada uno, extraen o individualizan la indemnización solicitada.

Algunas leyes ni la mencionan; otras la admiten sin regulación alguna, ni directa, ni por remisión<sup>89</sup>. Las hay que establecen de modo genérico que la

88. OTERO LASTRES, J. M., “La lesión directa de los intereses de un ‘tercero’ en la acción individual de responsabilidad contra los administradores”, en ROJO, A. y CAMPUZANO, B. (Coords.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*. Liber amicorum, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 665-681.

89. Art. 51.6 LSCA; art. 68 LCAS; arts. 63.4 y 64.5 LCIB; art. 64.3 LCCLM; art. 42.3 LCAR; art. 48.6 LCPV.

responsabilidad frente a terceros “tendrá el carácter que establezca la legislación aplicable” (art. 54.3 LCCANT) o “tendrá el carácter que establezca la legislación estatal aplicable” [art. 51.2, d] LCCL].

Sin embargo, ciertas leyes contienen una regulación parcial, ceñida básicamente a la alusión a los legitimados y a la determinación del plazo de prescripción. Así, el art. 54.7 LCLR fija la prescripción a los tres años de producirse los actos que haya originado la responsabilidad, a no ser que se desconozcan o se hayan ocultado, en cuyo caso prescribirán a los seis años desde su comisión. El art. 51.6 LSCA y el art. 64.5 LCIB sólo legitima a los socios; el art. 47.4 LCCV atribuye a los socios<sup>90</sup> esta acción, que prescribe en el plazo de un año desde que pudo ser ejercitada. Por su parte, el art. 60.3 LCCAT establece que el plazo de prescripción es de tres años si el demandante es socio “o el plazo general establecido por el libro primero del Código civil de *Catalunya*, si es una tercera persona”, en contraste con lo que establecía el art. 46.3 de la Ley de cooperativas Catalana 18/2002, de 5 de julio, que remitía en este segundo caso al plazo general establecido en el art. 1.968 del Código Civil, plazo de un año que aplica la SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 18 de marzo de 2009 (JUR 2009\465090)<sup>91</sup>. El cambio es notable, porque el Libro primero del Cc de Cataluña, aprobado por Ley 29/2002, de 30 de diciembre, establece en su art. 121 21 que las pretensiones derivadas de responsabilidad extracontractual prescriben a los tres años.

Respecto a la LCCAT, la SAP de Tarragona (Sección 3ª) de 28 de octubre de 2000 (JUR 2001\45671) señala que no es aplicable supletoriamente la LSA “si bien no porque se pueda entender que exista incompatibilidad para aplicar de forma supletoria a las sociedades cooperativas, sino porque la propia Ley catalana ya establece una normativa específica similar a la del artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas, con la particularidad de establecer los plazos de prescripción para el ejercicio de dichas acciones a diferencia de lo que ocurre en aquella normativa”. Sin embargo, “para la prosperabilidad o no de la acción individual de responsabilidad se requiere la concurrencia de los mismos requisitos previstos para la acción del artículo 135 de la LSA, a saber: a) un daño o lesión

90. Crítica TATO, “La administración”, en PEINADO (Dir.), *Tratado de Derecho de Cooperativas*, op. cit., p. 465, estas normas, y señala que aunque dichas leyes, de forma inexplicable, sólo la atribuyan a los socios, “es obvio que pueden ser ejercitadas –al margen de su reconocimiento expreso y de la concreta dicción legal- por cualquier persona cuyos intereses hayan resultado directamente lesionados por la actuación de los administradores”.

91. Este diferente plazo aparecía en el art. 65.2 LGC.

directa que no afecte de modo genérico al interés colectivo del ente social, sino a una persona concreta y determinada, que puede ser un socio o tercero; b) una conducta negligente en el desempeño de su cargo por los consejeros, que, al no distinguir la Ley, puede ser leve, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley General de Cooperativas, que exigía que se tratara de una conducta dolosa, con abuso de facultades o negligencia grave (art. 64.2 LGC); y c) una relación de causalidad entre el acto y el daño, que debe ser precisa, clara y directa”.

También la SAP de Córdoba (Sección ) de 18 de enero de 2008 (JUR 2008\218210) y la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 29 de septiembre de 2011 (RJ 2011\6588), que la confirma, afirman que la acción individual de responsabilidad tiene un marcado carácter culpabilístico, exigiéndose cumplida prueba de la relación de causalidad entre el comportamiento de los consejeros y la lesión patrimonial del demandante, sin que sea admisible la inversión de la carga de la prueba acerca del dolo o culpa de los demandados. En el caso de autos, se desestima, porque no consta que cuando el consejo rector realizó la entrega del aceite a la cooperativa de segundo grado fuera consciente del vaciamiento patrimonial que se estaba produciendo en la cooperativa de segundo grado a la que pertenecía. En este sentido, también la SAP de Álava (Sección 1ª) de 13 de marzo de 2014 (JUR 2014\225383), que considera que falta el nexo causal directo entre el daño moral alegado y las conductas imputadas al administrador codemandado, en ausencia de acreditación del daño concreto que realizaron los integrantes del “Consejo de Administración” para causar la lesión que afirman padecen los demandantes. La SAP de Burgos (Sección 3ª) de 18 noviembre de 2015 (JUR 2015\301410) considera acreditado el daño inferido a la mercantil constructora al no haber podido cobrar de la cooperativa su crédito procedente de la construcción de la edificación e “igualmente puede inferirse la necesaria relación causal del mismo con la conducta omisiva o negligente de los demandados recurrentes. Amparados en su condición de miembros del consejo rector, transmiten las viviendas asignadas mediante precio, con el consiguiente lucro, sin sujetarse la procedimiento reglado que dispone la Ley de cooperativas. Producida la transmisión se desentienden de la gestión de la cooperativa, pese a que no fueron sustituidos por otras personas, quedando la cooperativa en manos exclusivamente del presidente y Secretario y permitiendo que éstos dispusieran de todas las cantidades depositadas en la cuenta corriente de la Cooperativa, al ser emplazada de la demanda promovida por la actora para cobrar su crédito, sin mostrar su oposición (...) fueron a las reuniones celebradas hasta después de la entrega de las viviendas y que siempre apoyaban las decisiones de los otros dos consejeros en

cuanto a no facilitar información a los socios, ni las cuentas y en la obstrucción de los derechos de los socios tendentes a controlar la gestión”.

Lo que no ha suscitado ningún reparo es que leyes de cooperativas de Comunidades Autónomas que carecen de competencia en materia de Derecho civil (art. 149.1.8º CE) entren a regular una materia como ésta, el plazo de prescripción de acciones de responsabilidad que son de Derecho común o foral, pues tal es, consideramos, la naturaleza de la acción individual de responsabilidad<sup>92</sup>. El art. 64.4 LCCLM establece como plazo general de prescripción el de cuatro años, que parece que debe aplicarse también a la acción individual.

Por lo que al régimen del art. 241 LSC respecta (cuando es aplicable por remisión), la jurisprudencia había oscilado entre la aplicación del plazo de un año del artículo 1.968 Cc -STS (Sala de lo Civil) de 21 de mayo de 1992 (RJ 1992\4274)-, y el de cuatro años desde el cese de los administradores del art. 949 Cdc, que se impuso mayoritariamente desde la STS (Sala de lo Civil) de 20 de julio de 2001 (RJ 2001\6863) y que aplican, entre otras muchas, las SSTS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 7 de mayo de 2004 (RJ 2004\2155) y de 17 de febrero de 2005 (RJ 2005\1136). Como hemos señalado, en la actualidad, tras la reforma de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, el art. 241 *bis* LSC establece que la acción de responsabilidad los administradores, tanto la social como la individual, prescribe a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse<sup>93</sup>.

92. Compartimos la postura de ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La llamada acción individual de responsabilidad o responsabilidad “externa” de los administradores sociales”, 2ª ed., *InDret* 1/2007, pp. 1-18, que sostiene que no es posible admitir la existencia de una acción individual de responsabilidad como tal sino que lo que simplemente hace el art. 135 LSA (y el vigente art. 241 LCS) es reconocer la posibilidad de ejercitar acciones contra los administradores, que estarán reguladas por las normas generales de responsabilidad contractual o extracontractual. Opinión no sustentada por la generalidad de la doctrina: vid. una exposición detallada de las diferentes posturas y un análisis del régimen de esta acción en SALDAÑA VILLOLDO, B., *La acción individual de responsabilidad. Su significación en el sistema de responsabilidad de los administradores sociales. Estudio jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; MARÍN DE LA BÁRCENA, F., *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital (art. 135 LSA)*, Marcial Pons, Madrid, 2005; MORALES BARCELO, J., *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 445-455; MAS-GUINDAL GARCÍA, J., “La responsabilidad de los administradores sociales y la acción individual de responsabilidad. Una aproximación al régimen del artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital”, en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA (Dir.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano y la Responsabilidad de los Administradores*, op. cit., pp. 787-814.

93. Sobre la posible aplicación del art. 241 bis LSC a la acción de responsabilidad por deudas del art. 367 LCS y la interpretación sistemática de ambos preceptos con el art. 949 Cdc, SALDAÑA, B., “La prescripción de la responsabilidad por deudas de los administradores”, *RDM*, nº 299, enero-marzo, 2016, pp. 143-171.

## IV. Las normas de conducta y las responsabilidades de los administradores de las cooperativas en situación de crisis empresarial

La parquedad de la regulación legal al detallar las conductas que deben ser consideradas merecedoras de reproche y, en consecuencia, generadoras de responsabilidad, se prolonga al ir referida a situaciones especialmente problemáticas, como son los escenarios de crisis económica o empresarial. En ellos, particulares deberes vinculan a los administradores y modulan su genérico deber de diligencia.

### 1. Grupos de casos

Para concretar estos deberes, resulta de utilidad el estudio de la jurisprudencia recaída al respecto en el específico ámbito de las sociedades cooperativas, resoluciones que se pueden sistematizar en varios grupos de casos que evidencian las conductas típicas que se suelen llevar a cabo por los administradores de las sociedades cooperativas en situación de insolvencia *de facto*, no declarado aún el concurso (la inactividad, la continuación de la actividad con un endeudamiento progresivo y adoptando decisiones de riesgo, la irregular liquidación de la sociedad y la disolución *de facto*)<sup>94</sup>. Aunque hay que tener en cuenta que, una vez declarado éste, las mismas conductas son tenidas en cuenta para inclinar la calificación a la de concurso culpable<sup>95</sup>.

94. Las mencionábamos en MORILLAS JARILLO, M. J., “Las sociedades cooperativas, estatales y autonómicas, frente a la Ley Concursal”, en VV.AA., *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro Homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, Tomo III, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra, Caja de España, Consejo General del Notariado de España, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, p. 2172. Resume estas conductas MOYA, *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes...*, op. cit., pp. 18, 19 y 25-27. Sobre los deberes legales de los administradores de sociedades de capital en situación de crisis económica, MORALES BARCELO, J., *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 340-351; y una vez declarado el concurso, MORENO SERRANO, E., *El órgano de administración de una sociedad de capital en concurso*, La Ley Wolters Kluwer, La Rozas (Madrid), 2015. Desarrolla el estándar de administración diligente en la crisis empresarial, RECAMÁN GRAÑA, E., *Los Deberes y la Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital en Crisis*, Monografía nº 45 asociada a la *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 130-215.

95. MORILLAS JARILLO, M. J., “Responsabilidad concursal de administradores y liquidadores: balance del primer bienio de aplicación de la Ley Concursal” (I), *RDGP*, nº 6, 2007, pp. 15-41; y (II), *RDGP*, nº 7, 2007, pp. 53-88.

Una de las conductas típicas desarrolladas por los administradores de sociedades cooperativas insolventes es la dejación de sus funciones, el mantenimiento de una actitud de inactividad, por ejemplo, incumpliendo los deberes de contabilidad y depósito de cuentas [SAP de Valencia (Sección 9ª) de 16 de junio de 2001 (JUR 2001\266500); SAP de Badajoz (Sección 2ª) de 17 de octubre de 2005 (JUR 2005\260131); SAP de Ciudad Real (Sección 2ª) de 9 de diciembre de 2008 (JUR 2009\241155); SAP de Asturias (Sección 1ª) de 4 de febrero de 2008 (JUR 2008\208336)] o manteniéndose pasivos ante una situación tan grave como es, tras el correspondiente desahucio, el lanzamiento del local en el que radicaba el domicilio social (SAP de Barcelona (Sección 4ª) de 28 de enero de 2003 (JUR 2003\165922)).

El cese de actividades, el cierre empresarial y de las instalaciones y la fuga del establecimiento llevan a una situación de hechos consumados que los tribunales califican como gravemente culposa al dejar a la cooperativa en “vía muerta” [gráfica expresión empleada por la SAP de Islas Baleares (Sección 3ª) de 10 de abril de 2001 (AC 2002\47)] por su desaparición del tráfico jurídico o dejar al órgano social y a la cooperativa “a su suerte” [en palabras de la SAP de Madrid (Sección 19ª) de 7 de junio de 2004 (JUR 2004\245289)], limitándose a “cerrar la sede y desaparecer” [SAP de Zamora (Sección 1ª) de 16 de junio de 2004 (JUR 2005\42133)].

La liquidación irregular o desordenada que la suele acompañar implica la privación de la posibilidad de que los acreedores acudan a una ordenada liquidación de los bienes de la cooperativa deudora de acuerdo con las normas legales sobre disolución y liquidación [SAP de Ciudad Real (Sección 2ª) de 9 de diciembre de 2008 (JUR 2009\241155)], con vulneración de su derecho a un tratamiento acorde con la naturaleza de los créditos que titulan [SAP Sevilla (Sección 5ª) de 27 enero de 2015 (JUR 2015\107351)], en beneficio, en ocasiones, de algunos de ellos privilegiados por la arbitrariedad de los administradores, algo habitual en este tipo de situaciones también en el caso de las sociedades cooperativas [SAP de Huesca (Sección 1ª) de 8 de noviembre de 1996 (ROJ: SAP HU541/1996-ECLI:ES:APHU:1996:541, Id Cendoj: 22125370011996100143); SAP de Valencia (Sección 9ª) de 16 de junio de 2001 (JUR 2001\266500); SAP de Islas Baleares (Sección 3ª) de 10 de abril de 2001 (AC 2002\47); SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 27 de octubre de 2003 (JUR 2004\38218)]. En cuanto a la disolución de la cooperativa, la SAP de Murcia (Sección 1ª) de 26 de octubre de 2004 (JUR 2005\74439), sin embargo, exculpa a los administradores demandados

porque en la asamblea general extraordinaria se propuso por el presidente, ante la situación económica de la misma, dar de baja a la cooperativa y liquidarla, con lo que se cumplió con la obligación que se le reprocha haber desatendido: “Téngase en cuenta que la decisión de disolver la Cooperativa no es del Consejo rector, sino de la Asamblea General, y sólo ésta puede acordarla, no pudiendo hacerse responsable a aquél de la decisión ajena”.

La vulneración de la regla de la *par condicio creditorum*, principio que no es exclusivo del procedimiento concursal sino que “debe regir toda situación de insolvencia patrimonial societaria” [SAP de Badajoz (Sección 2ª) de 17 de octubre de 2005 (JUR 2005\260131); SAP de Badajoz (Sección 2ª) de 5 de octubre de 2005 (AC 2005\2007)]<sup>96</sup>, se pone de manifiesto de forma muy gráfica cuando los administradores de la cooperativa cubren determinadas deudas sociales en detrimento de otras “comenzando por pagos hechos a si mismos como socios y como proveedores” [SAP de Badajoz (Sección 2ª) de 17 de octubre de 2005 (JUR 2005\260131); SAP de Badajoz (Sección 2ª) de 5 de octubre de 2005 (AC 2005\2007)]. Aunque, en uno de los casos, la cooperativa alegó en su defensa que la insuficiencia patrimonial que determinó que alguno de los créditos quedaran sin pagar fue imputable a una causa de fuerza mayor, como es el robo que sufrió en sus instalaciones de buena parte de sus enseres y el que la indemnización que recibió de la asegurada fuera considerablemente menor que el valor de esos bienes, la SAP de Sevilla (Sección 5ª) de 16 julio de 2015 (JUR 2015\286679) considera que “incluso si se da por buena tal explicación, lo cierto es que la liquidación no ajustada a las exigencias legales que llevó a cabo el órgano de administración de la cooperativa determinó que las consecuencias del robo fueran sufridos por unos acreedores sí y por otros no, con infracción del principio “par conditio creditorum”. De haber llevado ordenadamente sus cuentas y haber procedido a la disolución cumpliendo los requisitos legales o a declarar el concurso una vez que

96. En contra de la aplicación de este principio fuera del concurso, sobre la base de la inexistencia de un deber para los acreedores de participar en los acuerdos de refinanciación, PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurabilidad y acuerdos de refinanciación*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2012, pp. 77 y 357; IDEM, “Licitud y temporalidad de los acuerdos amistosos extrajudiciales: riesgos para los intervinientes en un eventual concurso”, *RDCP*, nº 5, 2006, pp. 28-33. A nuestro juicio, una cosa es que, voluntariamente, los acreedores se autoexcluyan de la negociación y otra cosa es que el deudor, unilateralmente, excluya, trate de forma desigual, discriminatoria o arbitraria a algunos de sus acreedores; a esto segundo nos referimos al predicar la aplicación del principio de la *par condicio* a la fase preconcursal de la crisis de la cooperativa.

de las cuentas resultase la insolvencia de la sociedad, la insuficiencia patrimonial que supuestamente produjo el robo se habría repartido de forma equitativa entre todos los acreedores y no hubiera impedido que la actora hubiera podido cobrar, al menos en parte, su deuda”.

En estas situaciones, es frecuente que los administradores adopten decisiones contrarias al deber de diligencia o al de lealtad en relación con los bienes de la cooperativa, como proceder a la venta del único activo de la sociedad [SAP de Badajoz (Sección 2ª) de 17 de octubre de 2005 (JUR 2005\260131); SAP de Badajoz (Sección 2ª) de 5 de octubre de 2005 (AC 2005\2007)]; no obtener de la venta de la nave propiedad de la cooperativa un precio acorde con los existentes en el mercado al momento de la venta, vendiendo ésta por un precio irrisorio y gravemente perjudicial para el patrimonio social [SAP de Islas Baleares (Sección 3ª) de 10 de abril de 2001 (AC 2002\47)]; hacer desaparecer los bienes o permitir a los acreedores ejecutar otros de forma individual [SAP de Gerona de 28 de junio de 2004 (TOL480.140)]. Pero no siempre hay lugar a responsabilidad en estos casos si, por ejemplo, aun cuando fuera cierto que los administradores procedieron a la venta de la nave industrial, sin embargo, con el precio recibido se pagó una buena parte de las deudas de la cooperativa [SAP Sevilla (Sección 5ª) de 29 septiembre de 2014 (JUR 2015\70331)].

Por ello, no se trata de acuñar un tipo de responsabilidad objetiva para los administradores de la cooperativa en estos casos, sino que, como bien manifiestan los Tribunales en alguna ocasión, hay que analizar su actuación efectuando un juicio económico-empresarial. Como señala la SAP de Islas Baleares (Sección 3ª) de 10 de abril de 2001 (AC 2002\47)], aunque “la omisión de los deberes legales de promoción o remoción de la disolución de la sociedad, constituye claramente una conducta ilícita de los administradores”, en el marco de la responsabilidad por daños “es un elemento o momento que debe ser completado con el análisis de la o las operaciones posteriores a la causa de disolución, de tal forma que habrá que verificar si existe daño por esa actuación posterior ya que si la situación patrimonial de la sociedad mejora y los acreedores pueden ver satisfechos sus créditos, difícilmente podría tener lugar la sanción de responsabilidad por daños; y, en caso de disminución patrimonial por esas operaciones, habrá que valorar si se mueven o no en el marco de lo exigido empresarialmente a un administrador de una empresa del sector en una situación de crisis similar. En tal supuesto si la conducta concreta no supera positivamente el juicio económico-empresarial de la diligencia razonable exigible a los administradores en el desempeño del cargo,

deberán responder por el deterioro producido en el patrimonio social por la mala gestión tras la aparición de la o las causas de disolución”.

La actuación de los administradores a través de varias sociedades a alguna de las cuales van trasvasando bienes o negocio mientras que dejan a otra convertida en mera titular de deudas o el cierre de una sociedad y la constitución simultánea de una nueva, continuadora de la actividad de la primera, es otra conducta o reacción típica [SAP de Tarragona (Sección 3ª) de 12 de julio de 1999 (ROJ SAP T 1123/1999- ECLI:ES:APT:1999:1123; ID CENDOJ 43148370031999100436)], actuación que puede incluso ser constitutiva de responsabilidad penal: la STS (Sala de lo Penal) de 4 de mayo de 2006 (RJ 2006\9596) condena por estafa al administrador de una cooperativa que desvía fondos a otra que también administraba, con el fin de cubrir los descubiertos de ésta, en perjuicio de la primera.

También lo es la prosecución por los administradores de una explotación deficitaria, ya sea contrayendo obligaciones dinerarias que exceden y superan la capacidad económica de la cooperativa, por “la inexistencia de saldo en cuenta para hacer pago de los efectos librados que vencían así como el libramiento sin fondos de otros nuevos en las mismas fechas” [SAP de Castellón (Sección 1ª) de 21 de abril de 2005 (JUR 2005\129349)], ya sea aparentando una situación solvente, con incumplimiento de los contratos celebrados por la sociedad cooperativa [SAP de Badajoz (Sección 2ª) de 17 de octubre de 2005 (JUR 2005\260131); SAP de Badajoz (Sección 2ª) de 5 de octubre de 2005 (AC 2005\2007); SAP de Asturias (Sección 1ª) de 4 de febrero de 2008 (JUR 2008\208336)], por ejemplo, al formalizar contratos de compraventa con terceros conscientes de que los objetos comprados y recibidos no iban a poder ser satisfechos en las fechas de vencimiento, atendiendo a la situación económica de la entidad, pese a lo cual se siguieron adquiriendo mercancías que fueron recibidas incluso cuando la sociedad había cerrado de hecho [SAP de Zamora (Sección 1ª) de 28 de julio de 2005 (JUR 2005\206782); SAP de Murcia (Sección 4ª) de 14 de octubre de 2010 (AC 2010\1790)],

Los Tribunales anudan en muchos casos al incumplimiento de las leyes la sanción de la responsabilidad: ampliaciones de capital que no se anotan en el Registro, ausencia de llevanza de los libros de comercio, presentación irregular de las cuentas anuales y cese total de operaciones mercantiles sin realizar actividad alguna para paliar los perjuicios que su negligente actuación mercantil ha causado a los acreedores [SAP de Murcia (Sección 4ª) de 13 marzo de 2014 (JUR

2014\97949)]; incumplimiento de la obligación de promover la disolución de la sociedad concurriendo causa legal para ello en una sociedad cooperativa incurra en causa de disolución, siendo irrelevante el conocimiento de la situación económica de la sociedad por parte de los acreedores demandantes [SAP de Asturias (Sección 1ª) de 21 abril de 2014 (JUR 2014\150425)]; percibir de los socios cantidades anticipadas a la construcción de las viviendas sin contratar el seguro o aval legalmente impuestos como garantía de los aportantes [SAP de La Coruña (Sección 4ª) de 31 de mayo de 2006 (JUR 2006\187523)]; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 7 de febrero de 2006 (RJ 2006\629); SAP de La Coruña (Sección 5ª) de 12 de junio de 2006 (JUR 2007\141236); SAP de La Coruña (Sección 4ª) de 11 de abril de 2006 (JUR 2006\162475)].

Precisamente, uno de los puntos más debatidos en punto a la responsabilidad de los administradores de la cooperativa por el incumplimiento de los deberes es el relativo a la relación de causalidad, cuya necesidad afirman en muchos casos los Tribunales. Así, para que prospere la acción de responsabilidad debe demostrarse que la sociedad tenía un patrimonio que, liquidado ordenadamente, hubiese satisfecho los créditos, o dicho en otros términos, una relación de causalidad entre la conducta omisiva de los administradores de la cooperativa y el daño producido, cosa que no ocurre si la sociedad carecía de patrimonio [SAP de Madrid (Sección 18ª) de 20 de julio de 2005 (JUR 2005\220689)], lo que exige acreditar que la cooperativa deudora tenía patrimonio suficiente para hacer surgir en los acreedores sociales expectativas siquiera de cobro si se liquidaba correctamente [SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 3 de enero de 2005 (JUR 2005\126244)]. En consecuencia, no es suficiente el mero incumplimiento de las formalidades de disolución de la cooperativa [SAP de Lugo (Sección 2ª) de 27 de julio de 2005 (JUR 2005\220504); SAP de Tarragona (Sección 3ª) de 28 de octubre de 2000 (JUR 2001\45671)] y aunque la gestión de los administradores ante la situación de crisis de la cooperativa no fue suficientemente diligente o afortunada, pues debieron instar la oportuna disolución y liquidación, por más que esto suponga un comportamiento irregular, confuso o desacertado, no se puede aceptar el automatismo pretendido derivado del mero incumplimiento por los demandados de sus obligaciones legales, si no se ha demostrado la incidencia que tales conductas hayan tenido en la producción de dicho daño objeto de reclamación, ni que, caso de haber procedido los administradores a disolver ordenadamente la sociedad y a arbitrar su liquidación, el impago de la deuda no se hubiera generado [SAP de Badajoz (Sección 3ª) de 11 de febrero de 2005 (JUR

2005\75339); SAP de Valencia (Sección 9ª) de 19 de septiembre de 2005 (JUR 2005\275154)]. En el mismo sentido, pese a estar plenamente probada la desaparición fáctica, no procedería la condena si ninguna relación entre aquella y los daños irrogados se acredita y si a ninguna acción u omisión negligente se vincula un resultado, derivado, eso sí, de una previa y difícil situación económica [SAP de Valencia (Sección 9ª) de 19 de septiembre de 2005 (JUR 2005\275154)]. Y ello porque si siempre que no se pagara una deuda de la sociedad surgiera la responsabilidad de sus administradores, se vaciaría de contenido y se privaría de sentido a principios fundamentales del derecho de sociedades, como la personalidad jurídica de la sociedad, con plena autonomía patrimonial y exclusiva responsabilidad por las deudas sociales [SAP Sevilla (Sección 5ª) de 29 septiembre de 2014 (JUR 2015\70331)] pues “el mero impago de las deudas sociales no es por sí solo demostrativo de negligencia del administrador” [SAP de Cádiz (Sección 3ª) de 5 de mayo de 2005 (JUR 2005\225637)].

## 2. Reglas para administrar la crisis

De estos casos se pueden extraer y extractar, a modo de colofón, las específicas normas que adaptan el genérico deber de diligencia de los administradores al entorno de dificultades por las que atraviesa la sociedad cooperativa administrada<sup>97</sup>.

En primer lugar, el deber de información, esto es, el de conocer en todo momento la situación de la sociedad y del mercado en que actúa, que incluye el deber de anticiparse, en la medida de lo posible, a la situación de crisis y, en todo caso, el de adoptar las medidas para dominarla de forma efectiva o gestionarla adecuada y razonablemente<sup>98</sup>, intentando todas las vías de solución posibles (entrada de nuevos socios, ya sean cooperativistas, ya sean inversores o colaboradores, financiación externa, renegociación de deudas, acuerdos de refinanciación o de pagos, reestructuración de la sociedad, modificaciones estructurales, etc.), no todas ellas o siempre potenciadas por el legislador, sino penalizadas en

97. PULGAR EZQUERRA, J., “Normas de solvencia y deberes de administradores”, *El notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, nº 60, 2015, pp. 26-29.

98. Deber de conocimiento en el que insiste RECAMÁN, *Los Deberes y la Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital en Crisis*, op. cit., pp. 139-144.

algunas ocasiones o en las primeras versiones de la LC, sobre todo en caso de una ulterior declaración de concurso<sup>99</sup>.

En segundo lugar, el deber de dar a conocer o no ocultar la real situación de la sociedad y la correlativa prohibición de aparentar una falsa situación de solvencia, tanto directamente a los socios (mediante la convocatoria de la asamblea general, al atender al requerimiento de información de los cooperativistas, al formular las cuentas, etc.) cuanto, de forma indirecta, a los terceros (al contratar con ellos, al transmitir información al mercado o al formular y depositar las cuentas en los Registros públicos), estándoles vetado fingir una situación patrimonial idílica. No en vano el art. 164.2.6º LC establece que, en todo caso, el concurso se calificará como culpable, entre otros supuestos, cuando “antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia”. Ahora bien, los administradores, en cumplimiento de su deber de secreto, deben manejar de manera diligente la información de la que disponen, sobre todo respecto de los terceros, de tal manera que no puede entenderse que han de hacer pública abiertamente y sin reservas la situación de la cooperativa. Ciertamente, han de guardar un exquisito equilibrio para, sin fingir una situación patrimonial ficticia, no revelar abierta o públicamente todos los pormenores o entresijos de la situación patrimonial y financiera por la que atraviesa la cooperativa, para no provocar su descrédito.

En tercer término, el deber de actuar, de no abandonar el ejercicio de sus funciones<sup>100</sup>, pero con una novedad importante y es la necesidad de adaptarlas

99. De obligada consulta: PULGAR EZQUERRA, J., “*Fresh money* y financiación de empresas en crisis en la Ley 38/2011”, *RDCP*, nº 16, 2012, pp. 67-83; IDEM, “Preconcurabilidad y acuerdos de refinanciación”, *RDCP*, nº 14, 2011, pp. 25-40; IDEM, *Preconcurabilidad y acuerdos de refinanciación*, op. cit. *passim*; IDEM, “Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art. 5.3 LC en el marco del RDL 3/2009”, *RDCP*, nº 11, 2009, pp. 45-58; IDEM, “Licitud y temporalidad de los acuerdos amistosos extrajudiciales: riesgos para los intervinientes en un eventual concurso”, *RDCP*, nº 5, 2006, pp. 25-64; IDEM, “Reestructuración empresarial y potenciación de los acuerdos homologados de refinanciación”, *RDCP*, nº 22, 2015, pp. 67-93; IDEM, “La potenciación de los acuerdos de refinanciación en la reforma de la Ley Concursal”, *Escritura pública*, nº 71, 2011, pp. 34-35; IDEM, “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores”, *RDCP*, nº 20, 2014, pp. 43-72; IDEM, “Impugnación de acuerdos sociales abusivos y reestructuración societaria homologada”, *RdS*, nº 44, 2015, pp. 69-106; IDEM, “Reestructuraciones societarias: incumplimiento de acuerdos homologados de refinanciación”, *RDBB*, nº 141, 2016, pp. 65-94.

100. Con acierto afirma RECAMÁN, *Los Deberes y la Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital en Crisis*, op. cit., p. 289, que “la diligencia debida ante la insolvencia requiere, en primer lugar, evitar la inacción”.

al nuevo escenario societario y empresarial, sin, por ejemplo, proseguir una explotación deficitaria en una especie de huida hacia adelante descabellada. Constatada la situación de déficit, de crisis, de dificultad económica o de insolvencia recae sobre los administradores el deber de acometer un plan de viabilidad, o de adoptar una postura más conservativa o conservadora del patrimonio social, de no seguir acumulando sin sentido deudas pues, según afirma reiterada jurisprudencia, la prosecución de la actividad deficitaria es un supuesto de incumplimiento del deber de diligencia. En este sentido, es esencial para los administradores acomodar sus deberes de diligencia y lealtad a la realidad económica de la sociedad, de tal manera que no agraven con su actuación el estado de crisis de la cooperativa<sup>101</sup>. Pero, de la misma manera que es esencial que los jueces y tribunales efectúen un juicio económico-empresarial al valorar *ex post* las decisiones adoptadas por los administradores, sin atribuirles de forma automática responsabilidades simplemente por el resultado negativo de actuaciones llevadas a cabo o de decisiones tomadas y puestas en práctica en esta etapa de crisis o de preconcursalidad, si lo fueron de manera diligente.

Por último, el deber de cumplir las leyes, en particular las relacionadas con estas situaciones de iliquidez, preinsolvencia, paraconcursalidad o de concurso: no permanecer pasivo ante la existencia de causas de disolución, valorar las nuevas

101. MORILLAS JARILLO, M. J., *El concurso de las sociedades*, Iustel, Madrid, 2004, pp. 339 y 340. RECAMÁN, *Los Deberes y la Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital en Crisis*, op. cit., p. 83, sintetiza así el estándar de administración diligente en la crisis: “una vez determinado que el administrador conocía, o debía haber conocido, el estado de crisis, el estándar de diligencia ha de tener como fundamento la idea de que el administrador no debería haber realizado ninguna operación que *para un observador experimentado era objetivamente adecuada para agravar dicho estado*”, idea que desarrolla en las pp. 129-178. Para la autora (pp. 176-178), si una decisión excesivamente arriesgada ha sido la que ha generado la situación de crisis empresarial, la *business judgement rule* no será de aplicación en tanto que pueda considerarse que la decisión no fue racional; en cuanto a las decisiones que se adoptan cuando la sociedad se encuentra ya en situación preconcursal, la regla no será aplicable si la decisión ha sido contraria al interés social, aunque la autora manifiesta que es necesario plantear cómo afecta la concurrencia de la crisis a la composición de dicho interés: sobre el problema de la determinación del interés social en la crisis empresarial, vid. las pp. 85-127 de su obra. A nuestro juicio, el núcleo de la cuestión está en determinar si y, en caso afirmativo, en qué medida hay que dar entrada a los acreedores en la composición de este interés cuando la sociedad está en situación de crisis. En general, de la problemática determinación del interés social nos hemos ocupado en nuestro trabajo “El problema de la determinación del interés social en las sociedades anónimas, a la luz del Derecho español”, en VV.AA. dirigidos por Andrea Paciello, *La dialettica degli interessi nella disciplina delle società per azioni*, Jovene Editore, Napoli, 2011, pp. 91-146.

opciones que ofrece el Ordenamiento (iniciar negociaciones para tratar de alcanzar un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos) y cumplir sus trámites y requisitos para extraer todo el potencial que ofrecen<sup>102</sup>, cumplir con el deber de solicitar la declaración de concurso en caso insolvencia actual o valorar la conveniencia de anticiparse a ella mediante el ejercicio de la facultad de solicitar la declaración de concurso por insolvencia inminente (arts. 2.3, 3, 5 y 5 bis LC), facultad esta última reservada a la sociedad cooperativa y, en consecuencia, al órgano de administración de la misma, sin necesidad de previo pronunciamiento favorable de la asamblea general de la cooperativa<sup>103</sup>. Extremos ambos (deber y facultad de solicitud) ligados al presupuesto objetivo del concurso, la insolvencia<sup>104</sup>. Los métodos predictivos y los indicadores de fracaso empresarial sirven tanto para anticiparse a la situación de crisis, cuanto para gestionarla o dominarla de manera efectiva, habida cuenta de que los administradores no sólo pueden sino que deben detectar las situaciones de crisis o de preinsolvencia, por lo que han de tener en cuenta diversos elementos, síntomas o señales que alertan o incluso

102. MORENO SERRANO, E., *Los administradores de una sociedad de capital ante una situación de insolvencia*, Wolters Kluwer La Ley, Las Rozas (Madrid), 2015, pp. 116-138; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. (Dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2012. Como bien indica PULGAR, *Preconcurso y acuerdos de refinanciación*, op. cit., pp. 75-88 y 355-359, la opción entre la solución amistosa extrajudicial o la vía concursal judicial en los supuestos en los que tal opción existe legalmente, puede plantearse en términos de coste/beneficio de cada una de ellas. GARCÍA VICENTE, J. R., “Deberes en la negociación y responsabilidad precontractual”, en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. (Dir.), *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis. Autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial*, Bosch, Barcelona, 2013, p. 69, llama la atención sobre cómo la comunicación del inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo del art. 5 bis LC es una manera de bloquear la solicitud de concurso necesario y un incentivo para que los acreedores, incluso los que se habían planteado pedir el concurso necesario, participen en la negociación.

103. MORILLAS, *El concurso de las sociedades*, op. cit., pp. 235-272; IDEM, “Sociedades en situación concursal y normas de conducta de sus administradores”, en VV.AA., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda, Cádiz, Almería, Málaga y Antequera, Unicaja, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba, Cajasur, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 2129-2172.

104. PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores. La declaración*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009, pp. 343-450; IDEM, *La declaración del concurso de acreedores*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2005, pp. 305-404; CERDÁ ALBERO, F., “El presupuesto objetivo del concurso”, *RJC*, nº 4, 2004, pp. 989-1016; HERNÁNDEZ MARTÍ, J., *Presupuesto objetivo del concurso y fundamento de la solicitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

sirven para predecir la insolvencia<sup>105</sup>. La falta de utilización de estos métodos predictivos o el incorrecto uso de los mismos deberán ser tenidos en cuenta a la hora de analizar la diligencia de los administradores de la cooperativa en el cumplimiento de sus funciones.

De la misma forma que consideramos que la decisión por la vía paraconcursal o la vía judicial del concurso también ha de ser analizada bajo la óptica de la diligencia: podrá exigirse responsabilidad a los administradores que utilicen la vía de los acuerdos de refinanciación como simple estrategia dilatoria durante la cual esquilman lo que queda del patrimonio de la cooperativa. Los administradores de la sociedad cooperativa afrontarán responsabilidades si incumplen el deber de solicitar el concurso existiendo presupuesto para ello; y también si, pese a haber solicitado el concurso, lo han hecho sobrepasando los plazos, y, por lo tanto, han retrasado el cumplimiento de los deberes que las leyes les imponen o con su actuación tardía han agravado la insolvencia.

Aunque hay que tener en cuenta que puede darse el caso de que los administradores, a la vista de la información de la que disponen (siempre que ésta sea la razonablemente exigible), consideren que es adecuado intentar llegar a un acuerdo de refinanciación; o que la situación de la sociedad cooperativa es momentánea, transitoria o fácilmente reversible, y la presentación de la solicitud no haría sino imposibilitar la recuperación; o puede que, de forma diligente pero equivocada, hayan valorado como inminente una insolvencia efectivamente no producida. No es posible exigirles en todo caso que utilicen como paso previo el recurso a la vía extrajudicial de los acuerdos de refinanciación, no sólo por la revelación de información sensible que conlleva, sino también a la vista de los diferentes

105. Sobre la dificultad de definir el estado de crisis empresarial, los parámetros utilizados (señaladamente, las pérdidas) y el recurso a indicios de conocimiento del estado de crisis, RECAMÁN, *Los Deberes y la Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital en Crisis*, op. cit., pp. 42-83. Para una aproximación a los diversos métodos de predicción de insolvencia y al concepto de “empresa en dificultades”, ONTIVEROS BAEZA, E. y VALERO LÓPEZ, F. J., “Crisis económica y crisis empresarial”, en VV.AA., *Crisis económica y Derecho Concursal, II Jornadas de Estudio de las Crisis Empresariales y su tratamiento jurídico y procesal desde el punto de vista de la eficacia económica*, celebradas en Madrid los días 22 y 23 de octubre de 1987, Consejo General de Colegios de Economistas de España, pp. 24-30; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Posibilidad y contenido de un Derecho preconcursal. Auditoría y prevención de la crisis empresarial [art. 209.1.b] LSA*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 24-29 y 33-37; IDEM, “Sobre la preconcursalidad y la prevención de la insolvencia. El mecanismo de alerta preconcursal”, en VV.AA. dirigidos por A. ROJO, *La reforma de la legislación concursal*, Marcial Pons-Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid-Barcelona, 2003, pp. 9-86.

efectos legales que produce respecto de la vía del concurso (pensemos en la paralización de las ejecuciones individuales, presente en la segunda pero ausente de la primera) por lo que una opción en ese sentido ha de ser meditada y la eventual decisión adoptada de forma razonable. Deberá, en consecuencia, analizarse el comportamiento de los administradores de la sociedad cooperativa en la gestión de las vías de solución de la crisis (por lo tanto, no sólo las decisiones empresariales sino también estas decisiones jurídicas, podríamos decir, de “técnica jurídica paraconcursal o concursal”) a la luz de las reglas de conducta que les vinculan y habría que enjuiciar la diligencia desplegada también en estos casos a la luz del interés social y la *business judgement rule*.

Con el importante incentivo que, para el cumplimiento de estos deberes, suponen la responsabilidad societaria por deudas que, como hemos señalado, no todas las leyes de cooperativas admiten de forma expresa; y la responsabilidad concursal, ésta, sí, aplicable sin dudas a todos los administradores de las sociedades cooperativas, con independencia de la ley que les sea aplicable, en relación con la cual es conveniente recordar que el art. 165.1 LC presume culpable el concurso, salvo prueba en contrario, como presunción *iuris tantum*, cuando los administradores hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso.