



Tribuna
El Proyecto de Ley General de Navegación Marítima y el régimen internacional de los espacios marítimos **8**



Jurisprudencia
Trabajador despedido por no celebrar su boda en el establecimiento donde trabaja: despido nulo **16**

sumario	
<p>■ Doctrina De nuevo sobre la retroactividad de la Ley 19/2005, en cuanto limita la responsabilidad de los administradores a las deudas nacidas tras la causa de disolución o concurso <i>Por Pablo Rodríguez - Palmero Seuma</i></p>	1
<p>■ Tribuna El proyecto de Ley General de Navegación Marítima y el régimen internacional de los espacios marítimos <i>Por José Luis Meseguer Sánchez</i></p>	8
<p>■ Jurisprudencia Negativa a someterse a la prueba de alcoholemia que constituye un delito sólo en casos de implicación en accidentes o existencia de síntomas de embriaguez</p>	16
<p>Trabajador despedido por no celebrar su boda en el establecimiento donde trabaja: despido nulo</p>	16

DOCTRINA

LA LEY 9019/2009

De nuevo sobre la retroactividad de la Ley 19/2005, en cuanto limita la responsabilidad de los administradores a las deudas nacidas tras la causa de disolución o concurso

Pablo RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA

Responsable del Departamento de Derecho Procesal. Manubens & Asociados Abogados

Este trabajo pretende determinar cuál es el verdadero peso de los argumentos que han sostenido la retroactividad o no de la reforma que, en materia de responsabilidad de administradores, ha introducido la L 19/2005. Consideramos la cuestión especialmente acuciante, pues, más de tres años después de la aprobación de la reforma, nuestros Tribunales se encuentran divididos sobre la materia.

I. LA REFORMA

Como es por todos conocido, la L 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, ha modificado el régimen de responsabilidad de los administradores por deudas sociales prevista en los arts. 262.5 Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989 (LSA) y 105.5 Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo de 1995 (LSRL). Lo hizo, a través de sus disp. finales 1.ª y 2.ª, estableciendo que,

caso de que la sociedad se halle en causa de disolución o concurso, los administradores que no procuren la declaración de tales estados responderán, no de la totalidad de las deudas que la sociedad tuviera contraídas hasta la fecha —según resultaba del régimen anterior a la reforma—, sino únicamente de las nacidas con posterioridad a la concurrencia de la causa que debió determinar la actuación de los administradores.

De acuerdo con ello, el art. 262.5 LSA ha adquirido el siguiente tenor: «Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución, los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o al concurso». En idénticos términos ha quedado redactado el apartado quinto del art. 105 LSRL.

Desde el momento mismo de la aprobación de la L 19/2005, y dado que su disp. final 5.ª se limitó a establecer —siguien-



Audiencia Provincial de Vizcaya
la sentenciadel día
Indemnización de daños y perjuicios por vulneración del derecho moral del autor del puente «Zubi Zuri» a la integridad de su obra
Ponente: Olaso Azpiroz, I. **10**

OPINIÓN

Desde el momento mismo de su aprobación, viene planteándose, específicamente en relación con la modificación del régimen de responsabilidad por deudas de los administradores, la retroactividad de la L 19/2005.

El análisis de la posición de la doctrina y nuestros Tribunales al respecto nos conduce, elementalmente, al siguiente resultado: mientras la primera se muestra contraria a la retroactividad del nuevo régimen, las resoluciones judiciales resultan, sobre esta materia, contradictorias.

Particularmente en relación con la tesis que defiende la irretroactividad, ya anticipamos que los pronunciamientos de nuestros Tribunales (en particular, los de nuestro Tribunal Supremo) adolecen de una total falta de justificación, de modo que, a pesar de la autoridad del órgano, apenas pueden tomarse en consideración para analizar esta materia. Por su parte, los autores sí han invocado determinados argumentos para apoyar esta postura; principalmente, el siguiente: la responsabilidad por deudas no constituye, en rigor, una sanción civil. Al margen de no ser aquí compartida, esta razón resulta, cuando menos, sorprendente, dado que este especialísimo sistema de responsabilidad había sido, hasta el momento de la reforma legislativa, casi unánimemente calificado como sancionatorio.

En este artículo pretendo, partiendo de un somero análisis de la situación previa a la aprobación de la L 19/2005, centrarme en lo esencial: si efectivamente nos hallábamos, en el seno del régimen anterior, ante una verdadera pena civil. De ser así, considero inevitable la aplicación de la disp. trans. 3.ª CC y, por tanto, considerar retroactiva la reforma.

No puedo dejar de mencionar que, en toda esta materia, parece plañear un temor muy concreto: la consideración de que la retroactividad implica injusticia. Considero que se trata de un miedo infundado, pues la misma iniquidad implicaría mantener un régimen en tantas ocasiones calificado de penalidad, y para el que debe jugar una excepción, expresamente contemplada, al principio general de irretroactividad.

do una técnica legislativa que no por habitual resulta menos criticable— que aquélla entraría en vigor al día siguiente a su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, se ha generado una encendida polémica en torno a si dicha Ley está o no provista de efecto retroactivo; esto es, si es de aplicación a los supuestos en los que el incumplimiento del administrador (su pasividad ante la necesidad de declaración de la disolución o el concurso de la sociedad) ha tenido lugar con anterioridad al 16 de noviembre de 2005.

El objeto de este trabajo es analizar los argumentos que apoyan la aplicación retroactiva de la reforma, así como los que sustentan la tesis contraria.

No obstante, con carácter previo, consideramos de gran utilidad analizar la calificación que, con anterioridad a dicha reforma, venía otorgándose a la responsabilidad por deudas de los administradores.

II. LA CALIFICACIÓN COMO SANCIÓN O PENA, CON ANTERIORIDAD A LA REFORMA, DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR DEUDAS

Efectivamente: de la lectura de las sentencias anteriores a la entrada en vigor de la L 19/2005 se alcanza una conclusión ineludible: la práctica unanimidad de aquéllas afirma que la responsabilidad por deudas de los administradores constituye una sanción, pena o penalidad civil, afirmación que, no en pocas ocasiones, aparece adornada mediante epítetos como «auténtica» o «verdadera». Entre otras muchísimas, pueden citarse las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2000 (LA LEY 326/2001), 29 de diciembre de 2000 (LA LEY 2088/2001), 30 de enero de 2001 (LA LEY 1979/2001), 12 de febrero de 2002 (LA LEY 4902/2002), 20 de octubre de 2003 (LA LEY 10776/2004), 16 de diciembre de 2004 (LA LEY 310/2005), 16 de febrero de 2006 (LA LEY 18058/2006) y 5 de octubre de 2006 (LA LEY 110229/2006).

Especialmente citada por otras ha venido siendo la STS de 15 de julio de 1997 (LA LEY 8485/1997), que afirma que: «la sentencia recurrida configura la responsabilidad solidaria de los administradores con la de la sociedad por las deudas sociales como una pena civil, por la inactividad de aquéllos al no solicitar el acuerdo de la disolución de ésta en aquellos casos en que tal causa puede colocar a la entidad en una situación de insolvencia frente a los acreedores, y (...) la argumentación de la decisión impugnada es correcta».

Si esta calificación como sanción o pena civil era o no acertada, es algo que será posteriormente tratado. Por el momento, únicamente nos interesa constatar esta recurrente manifestación, rei-

terada hasta el punto de que resulta difícil encontrar una sentencia que, tras enumerar los caracteres de este particular tipo de responsabilidad, no se deslice afirmando que se trata de una sanción o pena civil.

Conviene además (pues lo considero relevante para el posterior análisis acerca de si efectivamente nos hallamos ante una pena civil) escrutar las razones por las que casi unánimemente se alcanza la conclusión expuesta.

Por mi parte, propongo dos criterios con base en los que se ha venido afirmando el carácter sancionatorio de la responsabilidad por deudas: de un lado, el que atiende a los presupuestos que dan lugar a aquélla, y, de otro lado, aquel que, sin abandonar la referencia a esos presupuestos, toma particularmente en consideración las consecuencias anudadas a esta responsabilidad.

Hagamos algunas consideraciones respecto de cada uno de los criterios anunciados:

El administrador en absoluto actuó negligentemente cuando, anteriormente a la existencia de causa de disolución o concurso, contrajo obligaciones con terceros. Sin embargo, al infringir su obligación de promover la declaración de disolución o concurso, indirectamente sí agrava la posición del acreedor

a) Las sentencias que prestan atención a los presupuestos de la responsabilidad se centran en la particularidad de dos de ellos: en primer lugar, que no se exige una específica culpa de administrador respecto de la causación del daño al acreedor; basta —se prosigue— una negligencia general, no directamente ligada a las deudas contraídas, sino simplemente consistente en que, concurriendo causa de disolución o concurso, el administrador nada hace al respecto, incumpliendo así los deberes propios de su cargo. Especial atención prestan a esta circunstancia sentencias como las del TS de 20 de diciembre de 2000 (LA LEY 1411/2001), 20 de julio de 2001 (LA LEY 6984/2001), 25 de abril de 2002 (LA LEY 4928/2002) y 14 de noviembre de 2002 (LA LEY 10541/2003).

En efecto, el administrador en absoluto actuó negligentemente cuando, anteriormente a la existencia de causa de disolución o concurso, contrajo obligaciones con terceros. Sin embargo, la independencia de culpa con la que esta responsabilidad opera ha sido matizada, pues es igualmente cierto que el administrador, al infringir su obligación de promover la declaración de disolución o concurso, indirectamente sí agrava

la posición del acreedor (insisto: con el que, en su momento, diligentemente contrató), pues aquél verá cómo, sobrevenida, el cobro de su crédito deviene más difícil. Por tanto, puede hablarse de falta de culpa del administrador en la asunción de las deudas anteriores a la causa de disolución o concurso, pero no puede omitirse que su posterior negligencia añade dificultad en un momento posterior, en el desarrollo de la relación obligacional; particularmente, en la posibilidad de satisfacción del acreedor.

En segundo lugar, el carácter sancionatorio de esta responsabilidad se ha apoyado en la inexigibilidad, como requisito para su nacimiento, de rigurosa acreditación de la relación de causalidad entre el comportamiento (pasivo) del administrador y el daño sufrido por el acreedor. Denunciado por nuestra parte que a menudo, con esta base, se habla de responsabilidad objetiva —lo que carece de todo rigor: la responsabilidad objetiva equivale a innecesidad de culpa, y nada tiene que ver con la relación causal: (1)—, dice al respecto la STS de 27 de junio de 2008 (LA LEY 86375/2008): «Respecto de la naturaleza de la responsabilidad que dimana del artículo 262.5, que: “esta Sala ha destacado su carácter abstracto o formal —sentencia de 26 de junio de 2006 (LA LEY 77114/2006)—, y, con mayor propiedad, su naturaleza objetiva o cuasi objetiva (...)”, no requiere una estricta relación de causalidad entre el daño y el comportamiento concreto de administrador, o, en otros términos, no exige más que el enlace causal preestablecido en la propia norma». En similares términos, la STS de 5 de diciembre de 2007 (LA LEY 193575/2007) (2).

Estos dos pilares sobre cuya base se dice que la responsabilidad por deudas es una sanción o pena civil no eliminan por completo, no obstante, los principios generales de responsabilidad previstos en nuestro Ordenamiento jurídico [tanto en el Código Civil (CC), como, en relación con las acciones individuales de responsabilidad de administradores, en la LSA], que deben ser considerados en la apreciación y delimitación de las consecuencias de esta específica responsabilidad (3). Es decir, aun concebidas la culpa y la relación de causalidad con la laxitud descrita, la existencia de un régimen específico no permite orillar por completo el examen de los problemas generales de imputación, tanto objetiva (en la que influyen elementos como el conocimiento del acreedor de la situación de la sociedad, la solvencia de ésta, o la existencia de créditos que puedan ser compensados con los del tercero), como subjetiva (que obliga a sopesar el comportamiento del administrador; singularmente, si llevó a cabo alguna actuación significativa para evitar el daño, o sencillamente no pudo evitarlo).

b) Como se ha adelantado, en otras ocasiones se ha afirmado (si bien con menor frecuencia, y principalmente por nuestra jurisprudencia menor) que la caracterización de esta responsabilidad como sanción o pena viene determinada, no tanto por los presupuestos descritos, sino, primordialmente, por la consecuencia que acarrea, de acuerdo con la que el administrador deviene responsable de unos daños que van mucho más allá de lo que permitirían los generales arts. 1101, 1006, 1007, 1902 y cc. CC, o los 133 y ss. LSA.

En efecto: por no procurar la disolución o concurso, el administrador deviene responsable de las deudas en cuya asunción no se condujo negligentemente —en ese momento, la situación de la sociedad era perfectamente regular—. Por tanto, esa responsabilidad respecto de las deudas anteriores debe entenderse como sanción, pena o (quizá sea el término más expresivo) «castigo», fundado en la negligencia en la que el administrador incurre en relación con algo distinto a mencionada asunción de deudas: la omisión de la convocatoria de Junta, o de la solicitud judicial de disolución o concurso. Insisto: es un castigo, que se concreta en que la indemnización que debe asumir el administrador va mucho más allá de lo que, de acuerdo con las citadas normas reglas de responsabilidad, jamás hubiera podido corresponderle.

A mi juicio, éste, y no el basado en los presupuestos de la responsabilidad, es el verdadero fundamento que permite hablar aquí de sanción o pena civil. Debo llamar la atención acerca de que nuestro Derecho está plagado de regímenes de responsabilidad que, al igual que el aquí estudiado, no requieren concurrencia de culpa efectiva, como tampoco de la acreditación de una perfecta relación de causalidad; no obstante, en ninguno de esos otros casos se ha tenido la tentación de hablar de pena civil, calificación que, no obstante, sí aparece masivamente cuando hablamos de la responsabilidad derivada de los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL. Entiendo, pues, que es el hecho de que estos preceptos impongan al administrador responder de la totalidad de las deudas de la sociedad (y no únicamente de las posteriores a la omisión de su deber, en cuya contracción sí ha obrado con clara negligencia), el desencadenante de que se hayan venido aplicando aquí los términos «sanción» y «pena civil».

Como fundamento de esta sanción, ya que no puede buscarse en los ordinarios principios resarcitorios, debe acudir a razones de política legislativa: evitar, en beneficio de la seguridad jurídica y la confianza de tráfico, que sociedades sin actividad, o que se encuentran en causa de disolución o concurso, continúen existiendo, con el consiguiente fraude para los acreedores, que contratan con ella desconociendo dicha situación y, particularmente, que la sociedad será probablemente incapaz de cumplir, más tar-

de, con sus obligaciones. Así lo revela, por ejemplo, la SAP Salamanca de 18 de abril de 2005 (LA LEY 86041/2005): «Se trata, sin duda, de una responsabilidad configurada como “pena civil” por el incumplimiento de los deberes propios que sobre los administradores hacen recaer los arts. 260 LSA y 104 LSRL en persecución de una finalidad práctica específica, cual es la de evitar, en aras a la seguridad jurídica y la confianza de tráfico mercantil, la pervivencia en él de sociedades netamente despatrimonializadas o sociedades sin actividad alguna, inmersas en una causa de disolución pese a su apariencia registral de vida activa» (4).

Por lo que respecta a la postura de nuestra doctrina, dejando al margen opiniones aisladas —casi exclusivamente, las de ROJO (5) y ESTEBAN VELASCO (6), que han venido hablando de «responsabilidad garantía legal»—, la inmensa mayoría de los autores han concedido a la responsabilidad por deudas de los administradores la misma consideración legal ya expuesta: la de sanción o pena civil (7).

III. ¿EFECTIVAMENTE CONSTITUÍA EL ANTERIOR RÉGIMEN UNA SANCIÓN O PENA CIVIL?

Analizada la casi unánime calificación otorgada a este especial régimen de responsabilidad, corresponde aquí valorar si aquélla era o no adecuada.

Debe advertirse que la respuesta a esta cuestión resulta en extremo difícil, principalmente ante la falta de un concepto jurídico preciso acerca de qué sea sanción y, muy especialmente, pena civil.

Desde luego, descarto, por perfectamente inútil para la finalidad aquí perseguida, el concepto general de sanción habitualmente facilitado por nuestros autores, a saber: el que se presenta como simple y general consecuencia de la infracción del deber que implica toda norma jurídica —por ejemplo, PUIG BRUTAU (8), DIEZ-PICAZO (9) o DE ÁNGEL YÁGÜEZ (10)—. Dice el segundo de los autores citados: «toda norma jurídica impone de una manera primaria el deber jurídico de cumplimiento o de observancia de la prevención o prevenciones establecidas en ella. Si ese deber no se cumple, se desencadenan una serie de consecuencias mediante las cuales se trata de reprobar la conducta antijurídica y de condenar al autor de la misma. La consecuencia que acarrea para el infractor el acto antijurídico puede denominarse, en sentido general, “sanción”».

Por tanto, parece más adecuado tratar de alcanzar una definición más específica acerca de los vocablos pena o penalidad civil. Tampoco esta tarea resulta sencilla: en primer lugar, porque —incurriendo en una clara sinécdoque, y confundiendo la categoría con una de sus concretas manifestaciones— ese

término aparece casi siempre referido a la cláusula penal (arts. 1152 a 1155 CC), y, en segundo término, porque, en los demás casos, las definiciones suelen resultar, de nuevo, excesivamente vagas.

Analicemos, en cualquier caso (y atendiendo, más que a lo que se dice, a lo que parece querer significarse), los conceptos empleados por algunos autores. DÍEZ-PICAZO define la pena civil como «privación de bienes jurídicos o derechos impuesta al infractor de las normas; puede ser la privación de la vida (pena de muerte), la privación de libertad (pena de reclusión, prisión o arresto), la privación de derechos cívicos o políticos (p. ej. inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos), o la privación de bienes de naturaleza económica (p. ej. multa, comiso)» (11).

La definición contenida en el primer inciso del pasaje transcrito (privación de bienes jurídicos o derechos, impuesta al infractor de la norma) adolece del vicio ya advertido: es tan amplia que prácticamente nada añade al general concepto de sanción. No obstante, los ejemplos suministrados por este autor relevan que, sin decirlo, pretende acotar el concepto de pena civil a determinadas reacciones del Ordenamiento ante la infracción de una norma: en concreto, aquéllas especialmente gravosas para el infractor.

Ese carácter restrictivo del término viene confirmado por el hecho de que, a continuación, el propio DÍEZ-PICAZO, acudiendo a la casuística, afirma que: «(...) son penalidades civiles las privaciones de derechos y sanciones que establecen las leyes civiles. Son, por ejemplo, casos de penalidad civil los comprendidos en el artículo 756, en el que se incapacita para suceder al incurso en cualquiera de ellos por causa legal de indignidad». Por cierto, que la calificación de la indignidad como pena civil consta ya reflejada en la STS de 11 de febrero de 1946.

Por su parte, nuestros Tribunales han atribuido el carácter de pena civil a otras reacciones del Derecho. Así, la SAP Barcelona de 27 de noviembre de 2002 (LA LEY 198778/2002), considera pena civil la imposición de la condición de aceptante puro u simple prevenida en el art. 1002 CC («los herederos que hayan sustraído u ocultado algunos efectos de la herencia, pierden la facultad de renunciarla, y quedan con el carácter de herederos puros y simples, sin perjuicio de las penas en que hayan podido incurrir»).

Otro caso que nuestros Tribunales han calificado como pena civil es el de los intereses previstos en el art. 20.4 Ley de Contrato de Seguro (LCS), que prescribe un interés equivalente al legal más dos puntos y, trascurridos dos años, una tasa no inferior al 20%. En este sentido, por ejemplo, la SAP Huesca de 17 de febrero de 2006 (LA LEY 18271/2006), y el AAP Burgos de 20 de abril de 2005 (LA LEY 87421/2005).

Otros autores han hablado de pena civil en el caso de la llamada indemnización punitiva, cuyo alcance va más allá del mero resarcimiento de los daños, y acerca de la que dice BENTOLILA que implica «una reacción del ordenamiento jurídico, con consecuencias económicas gravosas contra el responsable de la causación de un daño, que exceden la reparación del mismo. Ello tiene fundamento en la existencia de un enriquecimiento, por parte del agente dañoso, que supera el resarcimiento del daño en particular» (12).

Desde luego, la primera conclusión que se extrae de lo expuesto es que la pena civil constituye un caso particular de sanción (entendida ésta en el sentido antes expuesto), reservada para los casos en que las consecuencias derivadas de la infracción resultan especialmente graves.

Por mi parte, entiendo que una atinada delimitación de la categoría de pena civil únicamente puede obtenerse mediante la exclusión, de ese concepto amplio de sanción, de determinadas reacciones del Ordenamiento jurídico, y ello con la siguiente peculiaridad: que deben descartarse precisamente aquellas reacciones que (precisamente por no ser demasiado gravosas) son las más habituales y preferentemente previstas por la Ley.

De acuerdo con ello, excluyo del concepto de pena civil:

i) La sanción únicamente consistente en la nulidad, prevista con carácter general en el art. 6.3 CC.

ii) Las sanciones que implican la obligación de cumplimiento *in natura* (arts. 1098 y 1099 CC), o el resarcimiento de daños y perjuicios (arts. 1101 y ss. CC).

Lo anterior implica que sí entran en la categoría de pena civil las indemnizaciones (entonces, en sentido estricto, mal llamadas así) que obligan al infractor al pago de una cantidad superior a los daños sufridos por otra persona y que, por tanto, no responden fielmente al principio general de indemnidad; por ejemplo, la cláusula penal no sustitutiva de los daños o perjuicios, sino acumulativa a éstos, o incluso la que ha sido pactada como sustitutiva, pero cuyo importe claramente excede de los daños que, de acuerdo con las reglas ordinarias, hubieran podido acreditarse.

Que en casos como los descritos puede hablarse de pena lo revela, con especial claridad, el citado AAP Burgos de 20 de abril de 2005, cuando, en referencia al art. 20.4 LCS, dice: «No en vano, el régimen de mora previsto en el precepto que nos ocupa es un régimen especial, que se aparta del aplicable a otros deudores, pues su finalidad no se limita al resarcimiento de los perjuicios causados por la mora, sino que comprende también una pena civil que se impone al asegurador que se retrasa en el pago de la indemnización».

Por lo demás, debe precisarse que (contrariamente a lo que actualmente defienden algunos autores, para defender la irretroactividad de la L 19/2005) la pena civil no es incompatible con la existencia de un correlativo beneficio para otra persona, punto en el que, además, debe llamarse la atención acerca de la enorme dificultad de encontrar supuestos de «castigo» que no impliquen, aun indirecta o eventualmente, un beneficio para otro sujeto.

Analicemos, por ejemplo, la indignidad invocada por DÍEZ-PICAZO: efectivamente, una persona es sancionada con la imposibilidad de suceder; no obstante, de ello resultará beneficiado un tercero, bien por derecho de representación (arts. 921 y ss. CC), bien por derecho de acrecer (arts. 981 y ss. CC). Exactamente lo mismo sucede en el caso —también antes anunciado— del art. 1002 CC: de la imposición a una persona de la condición de heredero puro y simple resultarán beneficiados los acreedores del causante, quienes podrán reclamar sus derechos más allá del valor de los bienes hereditarios adquiridos por el sancionado (art. 1003 CC).

De acuerdo con lo expuesto, considero que el régimen de responsabilidad por deudas anterior a la reforma constituía una verdadera pena civil, más que por sus presupuestos (como se ha dicho, existen otros casos de responsabilidad cuyos requisitos se encuentran igualmente facilitados, que no obstante no han llevado a que se hable de pena), por sus consecuencias, que determinan que el administrador deba responder mucho más allá de lo que permitiría la aplicación de las reglas ordinarias de responsabilidad e indemnidad del perjudicado. Y, como he dicho, esa calificación es perfectamente compatible con que de la sanción resulten a su vez beneficiadas otras personas: en este caso, los acreedores sociales.

IV. LAS REACCIONES A LA REFORMA

Desde este momento, avanzamos que la aplicación retroactiva de la L 19/2005 debe venir sustentada en la consideración del anterior régimen como pena civil y, en consecuencia, la aplicación, con base en el art. 4.3 CC, de la disp. trans. 3.ª del mismo Cuerpo legal, que establece: «Las disposiciones del Código que sancionan con penalidad civil o privación de derechos actos u omisiones que carecían de sanción en las leyes anteriores, no son aplicables al que, cuando éstas se hallaban vigentes, hubiese incurrido en la omisión o ejecutado el acto prohibido por el Código. Cuando la falta esté también penada por la legislación anterior, se aplicará la disposición más benigna».

Y es que si, cuando la nueva ley impone sanciones antes inexistentes, no debe aplicarse retroactivamente, se entiende que sí debe haber retroactividad

cuando es la ley anterior la que imponía una sanción (en este caso, la responsabilidad del administrador respecto de deudas anteriores al incumplimiento de sus obligaciones) que queda sin efecto mediante reforma legislativa. En definitiva, lo que la disposición analizada impone es que, en caso de conflicto temporal entre dos regímenes, debe aplicarse el más beneficioso para el que, en uno u otro, se considere sancionado.

El régimen de responsabilidad por deudas anterior a la reforma constituía una verdadera pena civil, más que por sus presupuestos por sus consecuencias, que determinan que el administrador deba responder mucho más allá de lo que permitiría la aplicación de las reglas ordinarias de responsabilidad

A pesar de ello, como pasamos a comprobar, han sido mayoritarios los pronunciamientos contrarios a la retroactividad de la reforma.

A mi juicio, las primeras reacciones en ese sentido no deben buscarse en sentencias que expresamente citan la L 19/2005, sino en otras que, tras afirmar que el anterior régimen de responsabilidad por deudas implica una sanción o pena civil, inmediatamente a continuación se apresuran a añadir (con toda probabilidad, con la vista ya puesta en la L 19/2005, y preparando la posterior defensa de su irretroactividad) algo nuevo: que los términos «sanción» o «pena civil» deben entenderse, más que como pena civil —afirmación de imposible comprensión—, como reacción del Ordenamiento jurídico, que acarrea un especial régimen de responsabilidad, caracterizado, como ya sabemos, por la ausencia de culpa específica y de causalidad estricta.

En este sentido, por ejemplo, las SSTS de 5 de octubre de 2006 (LA LEY 110229/2006) o 5 de diciembre de 2007 (LA LEY 193575/2007). Esta última corrige el significado de las expresiones «sanción» y «pena civil» como sigue: «(...) expresión que, como se indica en dichas sentencias, evoca no tanto la idea de “pena”, cuanto el concepto de una reacción del ordenamiento ante el defecto de promoción de la liquidación de una sociedad incurso en causa de disolución, o, en general, ante el incumplimiento de deberes legales, que no requiere una estricta relación de causalidad entre el daño y el comportamiento concreto del administrador, ni una negligencia distinta de la prevista en los arts. 265.5 LSA y 105.5 LSRL». En idéntico sentido, las SAP Castellón de 18 de febrero de 2008 (LA LEY 63087/2008), o de la SAP Madrid de 25 de julio de 2007 (LA LEY 172935/2007).

Como he avanzado, me permito libremente sospechar que este notable cambio (aun disfrazado de matiz) en el significado atribuido a las palabras, ha tenido como finalidad una mal disimulada preparación del terreno para la defensa de la irretroactividad de la L 19/2005, sobre la base de que no nos hallamos ante un régimen estrictamente sancionatorio.

La primera sentencia que expresamente (si bien, como veremos, con máximo laconismo y en un *obiter dictum*) se ha pronunciado sobre la retroactividad de la L 19/2005, ha sido la del STS de 31 de enero de 2007 (LA LEY 1069/2007). Analizando un caso de responsabilidad por deudas sometida al régimen previsto en la anterior redacción del art. 262.5 LSA, inmediatamente antes de enumerar las características de dicha responsabilidad, la sentencia afirma, de un modo que no puede ser más fugaz, que la L 19/2005 carece de efectos retroactivos. Puede leerse en el Fundamento de Derecho Segundo: «No está de más traer a colación la doctrina jurisprudencial acerca de la responsabilidad de los administradores sociales, por incumplimiento de los deberes legales en orden a promover la disolución de la sociedad, que establece el art. 262.5.º LSA en la redacción dada por el RDLeg. 1564/1989, de 22 de diciembre, anterior, por tanto, a la reforma introducida por la L 22/2003, de 9 de julio, concursal, y por la L 19/2005, de 14 de noviembre, carentes de efectos retroactivos al respecto».

Con las mismas palabras, y solamente una semana después, se ha expresado la sentencia, también del TS, de 7 de febrero de 2007 (LA LEY 1497/2007), de nuevo analizando un supuesto a resolver de acuerdo con el anterior art. 262.5 LSA. Puede leerse (Fundamento de Derecho Tercero): «Debe adelantarse que el régimen de responsabilidad de los administradores sociales con arreglo al cual ha de analizarse la conducta de los demandados es el que establece el art. 262.5 LSA, en la redacción dada por el RDLeg. 1564/1989, de 22 de diciembre, anterior, por tanto, a la reforma introducida por la L 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y por la L 19/2005, de 14 de noviembre, carentes de efectos retroactivos al respecto, según se ha reiterado en sentencias de esta Sala de 22 de noviembre de 2006 y 31 de enero de 2007».

La última sentencia en que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en la misma línea es la de 25 de marzo de 2008 (LA LEY 128425/2008). Sin embargo, tampoco esta vez se nos ofrece una argumentación mínimamente aceptable: sencillamente se dice que, dado que la responsabilidad por deudas no constituye una sanción, no se plantea cuestión alguna de Derecho intertemporal —algo, por lo demás, incorrecto: pue-

den surgir problemas de Derecho transitorio cualquiera que sea la calificación atribuida a la responsabilidad por deudas— (13).

En la llamada jurisprudencia menor, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 6 de julio de 2006 (LA LEY 118731/2006) afirma también la irretroactividad de la reforma. No obstante, si bien cita, como base para ello, el art. 2.3 CC, más bien parece que esa solución deriva del principio, estrictamente procesal, de litispendencia [arts. 410 y ss. Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)], pues la demanda había sido interpuesta con anterioridad a la entrada en vigor de la L 19/2005. Se dice en el Fundamento de Derecho Segundo: «no es admisible la alegación de la parte recurrida en relación con la modificación introducida en los arts. 262 LSA y 105 LSRL por virtud de L 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España (disps. finales 1.ª y 2.ª), pues siendo cierto que dicha Ley viene a introducir en aquellos preceptos el ámbito temporal de las obligaciones a las que se refiere la reclamación (...), no menos cierto es que dicha norma no tiene carácter retroactivo, de conformidad con lo establecido en su disp. final 5.ª (entrada en vigor al día siguiente al de su publicación en el BOE —núm. 273/2005, de 15 de noviembre—) en relación con lo dispuesto en el art. 2.3 CC, por lo que, interpuesta la demanda inicial de las actuaciones el 27 de julio de 2004 y conforme a lo regulado en el art. 410 LEC, el Juzgador de la Instancia y esta misma Sala han de resolver con sujeción a las normas vigentes a la fecha de interposición de la demanda, sin que a este respecto ni el art. 262 LSA ni el art. 105 LSRL establecieran el ámbito temporal de las obligaciones sociales por razón de las que se efectúe la reclamación».

También la SAP Valladolid de 26 de junio de 2006 (LA LEY 102778/2006) manifiesta que la reforma analizada carece de retroactividad. Sin embargo, para rechazar analizar la controversia de acuerdo con la nueva redacción del art. 262.5 LSA, la Audiencia no sólo se apoya en el art. 2.3 CC, sino, de nuevo, en que la sentencia de primera instancia había recaído antes de la entrada en vigor de la reforma, lo que de nuevo obliga a tomar en consideración el principio de litispendencia. Puede leerse: «Es cierto que de acuerdo con el principio de irretroactividad de la Ley que rige nuestro ordenamiento jurídico (art. 2.3 CC) en ningún caso procederá la aplicación de la Ley anteriormente citada al caso que analizamos, pues no sólo los hechos, sino también la sentencia en instancia, son anteriores no sólo a la entrada en vigor de dicha Ley, sino a su publicación, pero no es menos cierto que la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterada, establece el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

Leída la sentencia con detenimiento, no me atrevo a concluir que en la mente de la Sala no influyese la existencia de la reforma, pues, para ratificar la sentencia de primera instancia y absolver al administrador, refuerza otros argumentos de un modo que difícilmente puede entenderse sin tomar en consideración la publicación de la L 19/2005. En concreto, esta sentencia toma particularmente en consideración que el anterior régimen tenía, inequívocamente, la condición de sanción, así como la doctrina de que esta responsabilidad tampoco está totalmente al margen de los principios generales de responsabilidad; finalmente, como puede comprobarse en el pasaje transcrito, tras afirmar que no procede la aplicación de la L 19/2005, la Audiencia hace una específica y sintomática alusión al carácter complementador del Ordenamiento concedido a la jurisprudencia (art. 1.6 CC).

Para encontrar una resolución que argumente la irretroactividad con un mínimo rigor, debemos acudir a la SAP Guipúzcoa de 27 de marzo de 2007 (LA LEY 24319/2007), que, revocando la dictada por el Juzgado, propone los siguientes motivos (14):

i) El art. 2.3 CC, que consagra el principio general de irretroactividad de las normas, salvo que dispongan lo contrario o la retroactividad se derive de su sentido y naturaleza.

ii) Las SSTS de 24 de noviembre de 2005, 31 de enero de 2007 y 7 de febrero de 2007.

iii) La inaplicabilidad de la disp. trans. 3.ª CC, mediante el entendimiento de que la expresión «penalidad civil» está restringida a la interdicción civil.

A ello se añade que, en materia de responsabilidad de administradores, los términos «sanción» o «pena civil» (en ocasiones empleada por nuestros Tribunales, se afirma) únicamente evoca la idea de reacción del Ordenamiento ante la omisión del administrador, lo que da lugar a un régimen especial de responsabilidad.

Para acabar con las sentencias que han afirmado la irretroactividad, no puede dejar de mencionarse otra en ocasiones invocada por los Tribunales en ese sentido: la STS de 24 de noviembre de 2005 (LA LEY 10111/2006), que sin embargo no analizó la aplicación temporal de la L 19/2005, sino de la propia LSA, más concretamente, la de su art. 262.5.

Fundado el recurso de casación en la aplicación del art. 262.5 LSA, el Tribunal Supremo lo estimó. Lo hizo, no obstante, argumentando como sigue (lo que resulta relevante para sopesar si esta sentencia puede sensatamente invocarse en defensa de la irretroactividad): aunque rechaza, en general, la aplicación retroactiva del art. 262.5 LSA, en el caso analizado no aprecia retroactividad alguna, pues, como ya habían manifestado otras sentencias (15), si bien

los hechos de los que derivaba la responsabilidad prevista en aquel precepto tuvieron lugar antes de la vigencia de la LSA, se habían mantenido o consumado bajo el imperio de la nueva regulación (16).

La invocación aquí de esta sentencia en defensa, por analogía, de la irretroactividad de la L 19/2005, no puede ser más desacertada. Teniendo en consideración que esta resolución únicamente afirma que el art. 262.5 LSA no puede tener efecto retroactivo, y que este precepto establecía un claro agravamiento de la responsabilidad de los administradores por deudas respecto del régimen anterior, debe necesariamente concluirse que, en los casos en que la reforma aligere aquella responsabilidad (como sucede en la L 19/2005), ese efecto retroactivo debe necesariamente reconocerse.

Por lo que respecta a nuestra doctrina, viene también mayoritariamente entendiéndose que la reforma no puede ser retroactivamente aplicada. En esta línea se pronuncia VICENT CHULIÀ, quien, no obstante, se limita a manifestar que, dado que la L 19/2005 no contiene normas de Derecho transitorio, no puede tener efecto retroactivo en favor de los administradores que incurrieron en responsabilidad antes de su entrada en vigor (17).

En el mismo sentido, si bien con mayor argumentación, se ha pronunciado MARÍN DE LA BÁRCENA, que, analizando la STS de 9 de enero de 2006, invoca las siguientes razones en favor de la irretroactividad (18):

i) De nuevo, el art. 2.3 CC.

ii) La disposición preliminar CC («las variaciones introducidas por este Código, que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación anterior, no tendrán efecto retroactivo»).

iii) La disp. trans. 1.ª CC («se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca»).

iv) El entendimiento de que la responsabilidad de los administradores no constituía una sanción, pues también cumplía una función de garantía en favor de los acreedores; esto es: el efecto negativo que este régimen implicaba para los primeros tenía una equivalencia en la garantía que otorgaba los segundos.

Esta postura se ha fundado en el concepto que, ya antes de la reforma, mantenían algunos autores sobre la pena civil; así, por ejemplo, SALVADOR CODERCH afirmaba que una norma que impone determinada sanción, pero que implica la concesión de correlativas facultades a favor de otra persona, no puede ser calificada como pena (19). De modo muy similar mantiene esa tesis, en la actualidad, el citado MARÍN DE LA BÁRCENA, cuan-

do manifiesta que no constituye penalidad civil la pérdida de un derecho que implique la correlativa adquisición de derechos para otros sujetos (20).

Hasta aquí, las resoluciones u opiniones doctrinales que han defendido la irretroactividad de la L 19/2005. Sin embargo, otras sentencias (adelantamos: de menor rango, pero con mayor argumentación) han defendido la tesis opuesta.

En apoyo de esta línea, suele citarse por otras la STS de 9 de enero de 2006 (LA LEY 3611/2006), a pesar de que no analiza la retroactividad de la ley que nos ocupa, sino la del régimen resultante de combinar la LSRL de 17 de julio de 1953, y la reforma operada por la L 19/1989, de 15 de julio, que impulsó que las sociedades de responsabilidad limitada se disolverían por las mismas causas y con iguales efectos que la sociedad anónima (regulación existente al momento en que, en el caso, fue fijado el incumplimiento de los administradores: 31 de diciembre de 1994).

En el supuesto analizado, la sentencia acaba aplicando el régimen sancionatorio contenido en la LSA, con base en que: i) al acaecer los hechos, sí estaba ya vigente la L de 19/1989, que ya se remitía a lo que dispuesto en la LSA (por entonces, también ya promulgada), y ii) el incumplimiento de los administradores había tenido lugar con anterioridad, pero en cualquier caso siguió produciéndose tras la entrada en vigor de la LSRL.

A partir de la resolución de ese caso particular, la sentencia se plantea la retroactividad de las posteriores modificaciones del régimen de responsabilidad por deudas, haciendo expresa mención a las reformas operadas por la Ley Concursal y la L 19/2005. Y concluye que estas disposiciones deben tener aplicación retroactiva, acudiendo al principio de retroactividad de la ley penal más favorable (21).

Por su parte, la SAP Pontevedra de 25 de octubre de 2006 (LA LEY 143494/2006) declara la retroactividad de la reforma, con base en la general consideración de la responsabilidad por deudas —por la que, se afirma, los administradores devienen garantes directos de las deudas sociales— constituye una sanción o pena civil, y aplicando a *sensu contrario* la disp. trans. 3.ª CC (22). En igual sentido, y empleando prácticamente las mismas palabras, la sentencia de la misma Audiencia de 14 de junio de 2007 (LA LEY 144590/2007).

En último lugar, cito la SAP Sevilla de 18 de enero de 2008, que, reconociendo el principio general de irretroactividad de las leyes, recuerda que éste tiene como excepción la disp. trans. 3.ª. Considero especialmente valiosa esta resolución, pues denuncia que no pueden invocarse, en apoyo de la tesis opuesta, las ya mencionadas SSTS 31 de enero y 7 de febrero de 2007, que se limitan a afirmar la irretroactividad sin facilitar la

más mínima explicación, que tampoco se contiene para negar el carácter sancionatorio de la responsabilidad por deudas (23). Por tanto, concluye la sentencia: «Esta falta de motivación o explicación mínima, y el hecho de que tales sentencias se hayan dictado en un espacio muy corto de tiempo por un mismo ponente, determinan que esta Sala no considere que de las mismas pueda deducirse que se ha dejado de tener vigencia la doctrina mayoritaria desarrollada a lo largo de un largo periodo de tiempo de la que es exponente claro la citada sentencia de 9 de enero de 2006, por lo que no constituyen una razón suficiente para variar el criterio sostenido en la sentencia de esta Sala 12 de noviembre de 2007».

V. CRÍTICA DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY 19/2005

Constada la reacción, tanto jurisprudencial como doctrinal, acerca de la retroactividad o no de la L 19/2005, pasamos aquí a analizar (y criticar) los argumentos sobre los que se sostiene la irretroactividad, argumentos que pueden agruparse en el modo siguiente: el art. 2.3 CC; la inaplicabilidad de la disp. trans. 3.ª CC a esta materia, y la cita de las SSTS 24 de noviembre de 2005, 31 de enero de 2007 y 7 de febrero de 2007.

Pasamos a analizar cada uno de ellos:

1.—El art. 2.3 CC impone la irretroactividad de las normas.

Para contrarrestar este argumento basta con afirmar que ese precepto contiene una regla general, que, como tal, tiene excepciones, entre las que sin duda se halla la disp. trans. 3.ª CC, que, para el caso de hallarnos ante una sanción o pena civil, impone la solución opuesta: la aplicación de la disposición más benigna para el sancionado.

2.—También se dice que la disp. trans. 3.ª CC no es aplicable a esta materia, pues el concepto «penalidad civil» en ella contenido debe entenderse limitado al caso de interdicción civil.

A ello se añade la afirmación consistente en que, cuando el Tribunal Supremo ha empleado, en sede de responsabilidad por deudas, los términos «sanción» o «pena civil», más bien ha pretendido referirse a la existencia de una reacción del Ordenamiento jurídico que desencadena un régimen especial de responsabilidad (caracterizado, como sabemos, por la no exigencia de negligencia distinta de la prevista en la Ley, ni estricta relación de causalidad).

Considero que tampoco esta razón es sostenible, por lo siguiente:

a) Resulta absolutamente incoherente que, hasta la aprobación de la L 19/2005, la responsabilidad por deudas fuera casi unánimemente calificada como san-

ción o pena civil y súbitamente, cuando se plantea la retroactividad de aquella, esa opinión varíe y se defienda lo contrario: que, en realidad (ahora hablando con todo rigor, parece quererse decir), no se trataba de una pena.

Desde luego, comprendo perfectamente que, con anterioridad a la L 19/2005, nuestros Tribunales y autores topasen con serias dificultades para justificar por qué los administradores debían responder, no sólo de las deudas sociales posteriores a la causa de disolución, sino también de las anteriores, que habían sido diligentemente contraídas. No obstante, si entonces, para justificar la consecuencia derivada de esa responsabilidad —la imposición de un resarcimiento mucho más amplio del que derivaría del régimen ordinario de responsabilidad—, se acudió a la figura de la sanción o pena civil, ahora debe pecharse con las consecuencias de semejante calificación jurídica.

Es pues inadmisibles el comportamiento pendular consistente en: i) primero, ante la convicción de que el anterior régimen iba más allá de lo resarcitorio, acudir a la extraordinaria calificación de pena civil, y ii) ahora, al parecer considerando que nos hallamos una reforma de excesiva trascendencia (máxime cuando la posibilidad de reclamar responsabilidad por deudas había ya calado en la mente de todos los operadores jurídicos), intentar limitar los efectos que naturalmente derivarían de la calificación concedida al régimen anterior.

b) Específicamente en relación con la posición de la doctrina (por sanción o pena civil debe únicamente entenderse

la interdicción: nadie parece capaz de facilitar un solo ejemplo más), implica atribuir a nuestro Tribunal Supremo un error jurídico de dimensiones monumentales, a saber: aplicar a la responsabilidad por deudas, hasta la actualidad, una calificación que únicamente merecía una figura derogada hace más de 20 años (24).

c) Al margen de lo anterior, la responsabilidad analizada efectivamente merecía, a mi juicio, la consideración de pena civil, más que por sus presupuestos (reitero: existen multitud de supuestos de responsabilidad sin culpa, o sin rigurosa prueba de la relación de causalidad, que jamás han sido calificados como pena), por llevar aparejada unas consecuencias más extensas de lo que cualquier otro régimen de responsabilidad permitiría.

Particularmente, debo insistir en que considero el concepto de sanción o pena civil perfectamente compatible con que el efecto perjudicial derivado para cierta persona conlleve (directa o indirectamente) un correlativo beneficio para otra.

Asimismo, que ahora se diga que no existe pena alguna, sino una reacción del Derecho ante determinado comportamiento, en nada evita que pueda hablarse de una pena civil, que no es más que un particular tipo de sanción (o reacción del Ordenamiento) de los que pueden tener lugar. Afirmar, pues, que no se trata de una pena, sino de una reacción del Derecho, no va más allá de un simple y vacío juego de palabras.

3.—Finalmente, algunas resoluciones de la jurisprudencia menor y ciertos au-

tores se limitan a invocar, para defender de irretroactividad, las SSTs de 24 de noviembre de 2005, 31 de enero de 2007 y 7 de febrero de 2007.

Al margen de la crítica ya vertida respecto de la primera de las sentencias, nos hallamos ante un simple argumento de autoridad, perfectamente inválido para el objetivo que aquí se persigue (analizar el peso de los argumentos de una y otra tesis), especialmente considerando que las sentencias invocadas no contienen el más mínimo esbozo argumentativo.

Por lo expuesto, considero que debe concederse a la L 19/2005 efecto retroactivo. A favor de esta tesis debe añadirse, además, el art. 9.3 CE (que garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionatorias no favorables o restrictivas de derechos individuales), acerca de la que conviene recordar que es también aplicable a las sanciones civiles (25).

Asimismo, debe rechazarse que, para fundar la irretroactividad, pueda acudirse a otras disposiciones transitorias del CC, como la preliminar («Las variaciones introducidas por este Código, que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo»), la 1.ª («Se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos según ella de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo, o no los reconozca»), y la 4.ª («Las acciones y derechos nacidos y no ejercitados antes del regir el Código subsistirán con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente, pero sujetándose en cuanto a su ejercicio,

duración y procedimientos para hacerlos valer, a lo dispuesto en el Código»).

El rechazo se basa, en todos los casos, en el mismo argumento: la existencia de una disposición específica, la disp. trans. 3.ª, que es la única que resuelve el caso en que nos hallemos ante una sanción o pena civil.

Una última consideración quiero hacer constar: como hemos visto, determinadas sentencias, traídas a colación en este artículo, dejan constancia de un principio que impide que pueda hablarse de retroactividad (por ejemplo, las SSTs de 30 de octubre de 2000, 24 de noviembre de 2005 y 9 de enero de 2006). Nos referimos al entendimiento de que dicha retroactividad no existe cuando los hechos determinantes de la responsabilidad, a pesar de haberse iniciado antes de la reforma legislativa —aquí, la introducida por la L 19/2005—, se han mantenido con posterioridad.

Pues bien, sucede que la tesis que ha sostenido la irretroactividad de la reforma en ningún momento ha tratado de criticar esta doctrina. Por tanto, siempre podría argumentarse que, si los administradores, debiendo hacerlo, no procuraron la disolución o concurso antes del 16 de noviembre de 2005, y a día de hoy siguen incurriendo en ese incumplimiento, responderán de acuerdo con la nueva legislación. Lo que, a su vez, desencadena la siguiente paradoja: que los administradores que más tardan en cumplir sus obligaciones (y sean, pues, más negligentes), tienen mayores probabilidades de que les sea aplicado un régimen más beneficioso. ■

NOTAS

(1) Por todos, RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *La responsabilidad civil*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1989, págs. 30 a 34.

(2) Dice esta sentencia: «(...) responsabilidad cuasiobjetiva o, incluso, objetiva, con lo que se quiere decir en realidad que está basada en un hecho objetivo, la omisión de la convocatoria de la Junta o de la solicitud, en general, de la promoción de la liquidación (...) no pudiendo establecer la conexión entre el comportamiento y el daño».

(3) Así, por ejemplo, las SSTs de 1 de marzo de 2001 (LA LEY 3553/2001), 12 de febrero de 2003 (LA LEY 1710/2003), 16 de octubre de 2003 (LA LEY 282/2004), 26 de marzo de 2004 (LA LEY 75857/2004), 16 de febrero de 2006 (LA LEY 18058/2006), 28 de abril de 2006, 5 de octubre de 2006 (LA LEY 110229/2006) y 5 de diciembre de 2007 (LA LEY 193575/2007).

(4) En igual sentido, la SAP Salamanca de 6 de noviembre de 2003 (LA LEY 179747/2003) o la del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia de 15 de abril de 2005, que dice: «tiene por fundamento el evitar la costumbre tan generalizada como dañina para los intereses sociales y de terceros, de que en aquellos supuestos en que por las pérdidas acumuladas o la concurrencia de otra causa legal, se disuelve

de facto la sociedad, cesando, los administradores sin proceder a la liquidación de la misma ni adoptar ninguna medida tendente a evitar perjuicios a terceros».

(5) Ángel ROJO, «La Reforma del Derecho de Sociedades Anónimas», *Boletín del Círculo de Empresarios*, núm. 42, Madrid, 2.º trimestre de 1988, págs. 122 y ss.

(6) Gaudencio ESTEBAN VELASCO, «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 5, Madrid, 1995, págs. 47 y ss.

(7) Por todos, Rodrigo URÍA, Aurelio MENÉNDEZ y Javier GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Mercantil*, Volumen I, coord. Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, Thomson Civitas, Madrid, 2.ª ed., marzo de 2006, págs. 1098 y 1099.

(8) José PUIG BRUTAU, «Introducción al Derecho Civil», editorial Bosch, Barcelona, 1980, páginas 170 y 171.

(9) Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Instituciones de Derecho Civil*, Volumen I, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, pág. 135.

(10) Ricardo DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Introducción al Estudio del Derecho*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1988, pág. 40: «Dicho de otro modo, para que no

resulte frustrada la finalidad organizadora que caracteriza al Derecho se requiere que la violación de sus reglas determine alguna consecuencia para el infractor. A esto se le llama sanción. Entendemos por sanción, pues, la consecuencia que se deriva de la inobservancia de la norma jurídica».

(11) Luis Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *ob. cit.*, pág. 137.

(12) Juan José BENTOLILA, «Notas sobre Teoría General del Derecho»: la indemnización punitiva del Derecho Civil como categoría afín a la pena del Derecho Penal», *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, volumen 30, 2007, Universidad Nacional de Rosario, pág. 13.

(13) Se dice en el Fundamento de Derecho Séptimo: «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales, con carácter solidario con la sociedad, prevista en los arts. 260.1, núms. 3.º y 4.º y 260.5 LSA, constituye una responsabilidad por deuda ajena ex lege (...). No tiene naturaleza de sanción o pena civil por lo que no se plantea en el asunto ninguna eventual consideración de derecho intertemporal».

(14) «El art. 2.3 CC consagra con carácter general del principio de irretroactividad, de suerte que la nueva norma, salvo que expresamente disponga otra cosa o se infiera de su sentido y naturaleza, no

deviene aplicable a las situaciones jurídicas surgidas antes de adquirir vigor (...). Tampoco puede alegarse en apoyo de la aplicación retroactiva de la mencionada norma la disp. trans. 3.ª CC (...). La disposición de esta regla transitoria se asienta por tanto, sobre los conceptos de "penalidad civil", referidos en otros tiempos a la interdicción civil como "sanción" relativa al estado civil, o a la privación de "derechos". Aunque la doctrina y la jurisprudencia califiquen ocasionalmente el régimen de responsabilidad social establecido por el art. 262 LSA como de "sanción" o "pena civil" (...), la expresión evoca no tanto la idea de "pena" cuanto el concepto de una reacción del ordenamiento ante el defecto promoción de la liquidación de una sociedad incurrida en causa de disolución (tan sólo un régimen más estricto de responsabilidad) que no requiere una estricta relación de causalidad entre el daño y el comportamiento concreto del administrador, ni una negligencia distinta de la prevista en los arts. 265.5 LSA y 105.5 LSRL (en este sentido STS de 5 de octubre de 2006)».

(15) Dice, por ejemplo, la STS de 30 de octubre de 2000 (LA LEY 326/2001): «(...) resulta indiferente que la situación económica de la sociedad que constituye el supuesto normativo generador de la obligación legal del Administrador (arts. 260.1.4º y 262.5 LSA) se haya producido en ejercicios económicos anteriores, o que

iniciada entonces se haya consumado o consolidado después del 1 de enero de 1990 (fecha de entrada en vigor de la Ley). Lo que importa es que tal situación exista (o subsista) una vez está en vigor el nuevo régimen legal».

(16) «(...) resulta indiferente que la situación económica de la sociedad que constituye el supuesto normativo generador de la obligación legal del administrador (arts. 260.1.4.º y 262.5 LSA) se haya producido en ejercicios económicos anteriores o que iniciada entonces se haya consumado o consolidado después del 1 de enero de 1990 (fecha de entrada en vigor de la Ley), dado que lo que importa es que tal situación exista (o subsista) una vez está en vigor el nuevo régimen legal».

(17) Francisco VICENT CHULIÀ, «La responsabilidad de los administradores en el concurso», RDCP, núm. 4, 2006, pág. 27: «(...) como la Ley 19/2005 no incluye normas de Derecho transitorio, el nuevo texto entró en vigor «para las relaciones y situaciones producidas desde el 16 de noviembre de 2005 y posteriores, y sin efecto retroactivo en favor de los administradores que incurrieron antes en estos supuestos de responsabilidad».

(18) Fernando MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN («Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital por no promoción de la disolución o el concurso (sobre la retroactividad de la reforma de los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL)», STS 1.º, 9 de enero de 2006, RJ 2006/199» Revista de Derecho de Sociedades, Ed. Aranzadi, 2006, Navarra, págs. 455 a 473): «La Disposición

Preliminar del Código Civil establece que: "Las variaciones introducidas por este Código, que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación anterior, no tendrán efecto retroactivo". De conformidad con la disp. trans. 1.ª "Se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca". De la coordinación del art. 2.3 CC con las citadas disposiciones transitorias se puede extraer la idea de que, salvo que de la norma se deduzca lo contrario, no cabe la retroactividad cuando ello condujera a perjudicar derechos adquiridos según la legislación anterior (...). Lo anteriormente expuesto permite extraer las siguientes conclusiones preliminares: a.— el hecho del incumplimiento de los deberes sobre promoción de la disolución antes de la reforma generó el derecho de los acreedores sociales (anteriores y posteriores) a exigir responsabilidad a los administradores (...). En definitiva, la norma cumple una función de garantía de los acreedores y el efecto negativo que tiene para los administradores se corresponde precisamente con el positivo que tiene de refuerzo de aquéllos».

(19) Pablo SALVADOR CODERCH, Comentario del Código Civil, AA.VV., Ed. del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993 págs. 16 y ss.: «(...) una norma que atribuye a uno una facultad frente a otro, en aras a la protección de los intereses particulares de aquél, no puede calificarse como pena civil aunque produzca un efecto negativo frente a uno de los sujetos (...) ya que, lo que es restricción del derecho de una parte supone ampliación de la esfera jurídica de la

contraria y esto priva a la norma del carácter exclusivamente restrictivo.»

(20) Fernando MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, ob. cit. pág. 469: «El concepto de sanción es una forma de referirse a la penalidad civil y a la privación de derechos fuera del espacio de una relación jurídica donde la pérdida de algún derecho vendría aparejada por la adquisición de algún derecho correlativo o correspondiente por el otro sujeto o sujetos de la misma relación».

(21) «Se trata de las modificaciones introducidas por la L 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), y por la reciente Ley sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, L 19/2005, de 14 de noviembre (LSE publicada en el BOE de 15 de noviembre, que ha entrado en vigor el siguiente día, disp. final 5.ª). Se trataría de aplicar retroactivamente la «Ley penal más favorable» como se establece en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 47 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que el art. 10.2 CE trae a causa para la interpretación de las normas».

(22) «La disp. trans. 3.ª CC establece que: "Las disposiciones del Código que sancionan con penalidad civil o privación de derechos, actos u omisiones que carecían de sanción en las leyes anteriores, no son aplicables al que, cuando éstas se hallaban vigentes, hubiese incurrido en la omisión o ejecutado el acto prohibido por el Código. Cuando la falta esté también penada por la legislación anterior, se aplicará la disposición más benigna". De forma que, atendiendo a la excepción del segundo apartado, según sea más benigna

o favorable una u otra legislación, se aplicará un u otra. Si según la disp. trans. 2.ª el acto realizado bajo la vigencia del derecho anterior deberá regirse, en sus consecuencias jurídicas, por dicho derecho, sin embargo cuando el acto no es fuente de derechos sino de sanciones, como es el caso, debe acudir a otro principio general: irretroactividad de las normas sancionadoras, que se refleja en la disp. trans. 3.ª CC, y art. 9.3 CE».

(23) «Es cierto que la sentencia de dicho Tribunal de 7 de febrero de 2007, con cita de las de 22 de noviembre de 2006 y 31 de enero de 2007, todas por otro lado del mismo ponente, parece sostener un criterio contrario. Sin embargo la de 22 de noviembre de 2006 en absoluto trata la cuestión de la retroactividad de la vigente redacción de los artículos 262.5 y 105.5 de la Ley de Sociedades anónimas, a pesar de que las otras dos parecen citarla en torno a esa cuestión. Estas otras dos sentencias por su parte se limitan a decir escuetamente que las leyes que dan su actual redacción al art. 262.5 son "carentes de efectos retroactivos", sin dar una explicación de los motivos por los que se aparta de la doctrina sentada hasta ese momento en torno al carácter sancionador de la consecuencia que dicho artículo establece para el caso de que el administrador no cumpla su obligación en caso de concurrir causa de disolución, y su posible retroactividad caso de ser la norma posterior más benigna que la anterior».

(24) L 6/1984, de 31 de marzo.

(25) Por ejemplo, Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Sistema de Derecho Civil, Volumen I, editorial Tecnos, Madrid, 1995, pág. 114.

Revista de Derecho del MERCADO de VALORES

NUEVO

Una perspectiva jurídica
y práctica del mercado
bursátil realizada por los
más prestigiosos autores

La primera y única publicación que aúna toda la información que los profesionales demandan ante el crecimiento del sector del mercado de valores.

Analiza, desde un punto de vista jurídico, las cuestiones, de frecuente complejidad técnica, que generan los mercados bursátiles.

Está orientada al tratamiento en profundidad y con vocación de generalidad de la teoría y práctica del Derecho del Mercado de Valores español y comparado, en sus vertientes de producción doctrinal, legislativa y jurisprudencial, con un alto nivel académico.

DIRECCIÓN

Cándido Paz-Ares
Alberto Alonso Ureba



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

Infórmese en nuestro
Servicio de Atención al Cliente:

Tel.: 902 420 010

clientes@laley.es / www.laley.es

