

WORKSHOP INTERNACIONAL

Nuevos modelos empresariales en el cooperativismo agroalimentario

El sistema de responsabilidad de los administradores de las cooperativas valencianas

Juan Bataller Grau, Mario Pérez Garrigues, Javier Vercher Moll

Centro de Investigación en Gestión de Empresas (CEGEA)
Universidad Politécnica de Valencia (Spain)

juabagr@urb.upv.es, mapegar7@urb.upv.es, javermol@upv.es

FINANCIADA POR



ORGANIZA



COLABORAN



Resumen

Resumen: Este trabajo trata de conciliar las normas incluidas en la legislación cooperativa valenciana sobre responsabilidad de los administradores a tenor de la nueva regulación sobre sociedades de capital y normativa concursal. Estos tres cuerpos normativos deben interpretarse conjuntamente para clarificar esta controvertida cuestión.

Palabras clave: cooperativas, responsabilidad civil administradores, concurso de acreedores, disolución.

Summary: This paper tries to reconcile the norms included in the cooperative law of Valencia about directors' liability, with the regulation for corporations and bankruptcy. These three bodies of law must be interpreted together to clarify this controversial issue.

Key words: cooperative, directors' liability, bankruptcy, winding up

I.- Introducción.

La creación de una sociedad mercantil implica el nacimiento de una persona jurídica, la cual resulta titular de una serie de derechos y obligaciones de manera interna, para con sus socios, y de manera externa, con el tráfico mercantil. Con el objeto de ejercer los derechos y obligaciones referidas, resulta necesario dotar a la sociedad de los órganos de gobierno pertinentes con la finalidad de que despliegue su actividad. Órganos encarnados en personas físicas, o en una pluralidad de ellas, con la función de manifestar la voluntad del ente social y ejecutarla o hacerla cumplir, así como, desarrollar las actividades jurídicas necesarias para la consecución del fin social.

Atendiendo a la tipología societaria prevista en nuestro ordenamiento jurídico, el gobierno de las sociedades mercantiles es llevado a cabo, de una parte, por un órgano de reunión, deliberación y aprobación de la voluntad social y, por otra parte, un órgano ejecutivo encargado de la gestión permanente de la sociedad y de representación. Ambos órganos reciben un nombre distinto atendiendo al tipo societario de que se trate, de manera que el órgano que se ocupa de la reunión, deliberación y aprobación de la gestión social recibe en las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, comanditaria por acciones, sociedad limitada nueva empresa, sociedades laborales y sociedades de garantía recíproca, el nombre de Junta general; y, en algunas sociedades de base mutualista, dicho órgano es llamado Asamblea general como ocurre en la sociedad cooperativa, en la mutua de seguros y en la mutualidad de previsión social. No obstante, con independencia de su denominación, atendiendo a la especialidad de cada sociedad, la realidad es que el referido órgano ostenta la capacidad de ser el lugar de donde emana la voluntad social.

Por otro lado, en cuanto al órgano ejecutivo de la voluntad social, de gestión permanente y representación de la sociedad, recibe también distinta nomenclatura atendiendo al tipo de sociedad. Así, es entendido genéricamente como órgano de administración en las sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada, comanditaria por acciones, sociedad limitada nueva empresa, sociedades laborales y en las sociedades de garantía recíproca; sin embargo, existen determinadas sociedades en las que el órgano de administración es llamado de forma diferente atendiendo a las funciones complementarias que asume además de las propias del órgano, por lo que en las cooperativas el referido órgano recibe el nombre de consejo rector, en las mutuas de seguro se llama consejo de administración, y en las mutualidades de previsión social recibe el nombre de junta directiva, aunque en este

supuesto puede adoptar una denominación distinta. Con independencia de su denominación, la realidad es que ambos órganos vienen a ser el núcleo central del gobierno de una sociedad, sin perjuicio de las relaciones de poder entre la junta general y el órgano de administración.

La composición de dichos órganos viene dispuesta por personas físicas, de manera que cabe hacer un ejercicio de distinción entre el órgano en sí mismo y su titularidad, por lo que en la junta o asamblea general, como órgano colegiado, son los socios los que configuran la misma y en el órgano de administración son los administradores.

Delimitados los principales órganos de gobierno de las sociedades mercantiles, las sociedades cooperativas, pese a ser sociedades especiales por su carácter mutualista, responden en numerosas ocasiones al sistema de responsabilidad de los administradores propio de una sociedad de capital. Ello no es extraño si atendemos a la concepción que, desde el punto de vista científico y práctico, se utiliza para la cooperativa. En efecto, la cooperativa puede estudiarse desde distintas concepciones, es decir, como empresario social, como sociedad con o sin ánimo de lucro y como sociedad mercantil, sin embargo la declaración de la Alianza Cooperativa Internacional de 1995 la define como *“una asociación autónoma de personas que se han unido de forma voluntaria para satisfacer sus necesidades económicas, sociales y culturales en común mediante una empresa de propiedad conjunta y de gestión democrática”*. Esta definición nos permite acomodar a múltiples actividades la sociedad cooperativa, por lo que pueden participar en cualquier mercado, salvo aquellas limitaciones de carácter legal que impidan su intervención en un sector de la economía determinado. Esta es la razón por la que la cooperativa, pese a su normativa particular, toma en consideración con carácter supletorio el sistema de responsabilidad propio de los administradores de las sociedades de capital.

Por ello, trataremos de abordar el régimen jurídico de la responsabilidad de los miembros del consejo rector de las cooperativas valencianas de forma concordada con el régimen de responsabilidad de la normativa nacional y con la de las sociedades de capital. Además, trataremos el régimen de responsabilidad desde el punto de vista civil, de manera que abordaremos las distintas situaciones societarias en las que pueden encontrarse los administradores.

II.- Órdenes donde existe responsabilidad de los administradores.

Los administradores de una cooperativa valenciana, como en cualquier otra sociedad, tiene una estructura plural:

1. Los administradores están sometidos a una responsabilidad civil, que aunque centrará el objeto de nuestra exposición, conviene adelantar que es una responsabilidad patrimonial, que tiene por objeto indemnizar los perjuicios sufridos.
2. Además, los administradores están sometidos una responsabilidad penal, por la comisión de ciertos delitos tipificados penalmente; en especial los arts. 290 y ss del Código Penal relativos a los delitos societarios.
3. Una responsabilidad administrativa, que permite a la administración competente y respetando el procedimiento respectivo, imponer sanciones administrativas (p. ej. cooperativas de crédito, cooperativas de seguros).
4. Finalmente, una responsabilidad tributaria, donde la Ley General Tributaria llega a responsabilizar de las deudas fiscales a los administradores de cualquier sociedad, incluidas las cooperativas. Así lo establecen los arts. 41 y 43 de la Ley General Tributaria, los cuales recogen el principio de responsabilidad para los *“los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas que, habiendo éstas cometido infracciones tributarias, no hubiesen realizado los actos necesarios que sean de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios, hubiesen consentido el incumplimiento por quienes de ellos dependan o hubiesen adoptado acuerdos que posibilitasen las infracciones. Su responsabilidad también se extenderá a las sanciones”*.

III.- El marco normativo de la responsabilidad civil de los administradores

Dentro del régimen de responsabilidad civil debemos a su vez aludir a los tres frentes que tiene un administrador de una sociedad: la responsabilidad por daños, la responsabilidad por no disolver la sociedad y la responsabilidad concursal.

- 1) La responsabilidad civil por daños de los administradores de sociedades en el ordenamiento jurídico español puede calificarse como orgánica –en cuanto está vinculada a la actuación de los administradores como órgano social- y por culpa -el

administrador responderá por su actuación negligente-. En cambio, si su labor se ajustó al canon de diligencia exigible, en ningún caso responderá de su comportamiento frente a la sociedad, frente a los socios, ni frente a los acreedores. No se trata pues de imputar a los administradores las pérdidas que puedan ocasionarse, sino de exigirle que desarrolle sus funciones según el comportamiento que cabe esperar de un empresario ordenado y un representante leal. Además, conviene recordar que estamos hablando de una responsabilidad civil, esto es, la obligación que genera se centra en reparar, en indemnizar los daños y perjuicios que se hayan producido a la sociedad, a los socios o a la cooperativa como consecuencia de la negligencia del administrador.

2) La responsabilidad civil por no disolver la sociedad se contiene en nuestro ordenamiento en los arts. 367 de la LSC. Efectivamente, el legislador ha previsto un riguroso régimen de responsabilidad para garantizar que los administradores cumplirán con su obligación de convocar a la junta general o para evitar que no soliciten la disolución judicial o el concurso, por lo que impone en caso de incumplimiento de este deber la responsabilidad solidaria de los administradores por las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución. Esta sanción civil de extrema gravedad intenta evitar que se finalice la actividad social por la vía de los hechos, sin acudir a los procedimientos previstos por el legislador que preservan los derechos de los acreedores.

3) Finalmente, y aunque no se contenga en una Ley de sociedades, sino en la Ley concursal, no podemos obviar por la trascendencia que tiene el art. 172 donde se impone al administrador, como consecuencia de la calificación como culpable del concurso, la obligación de pagar las deudas de la sociedad cuando los acreedores concursales no satisfagan íntegramente sus créditos tras la liquidación concursal.

IV.- La responsabilidad civil por daños de los administradores de cooperativas valencianas.

En sede de Derecho cooperativo, una simple lectura de los diferentes artículos que regulan esta cuestión, nos muestra como la construcción de esta importante problemática parte de la elaboración efectuada para los administradores de las sociedades de capital. El art. 43 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas (en

adelante LGC) directamente nos remite al régimen de la sociedad anónima¹. Por su parte, tampoco es difícil encontrar el parentesco entre los arts. 225 –deber de diligente administración- y 236 a 241 de la Ley de sociedades de capital (en adelante LSC) con el art. 47 de la Ley 8/2003, de 24 de marzo, de cooperativas de la comunidad valenciana (en adelante LCV) al establecer cuestiones tales como la acción social, la acción individual o la solidaridad existente entre los miembros del órgano de administración al hacer frente a la posible indemnización. Decimos más, la opción legislativa de tomar como referencia el sistema de responsabilidad civil de los administradores construido para las sociedades de capital es, y probablemente será, la mejor opción, porque no se puede soslayar que es el régimen más acabado. Entonces, los peligros que el legislador tiene que resolver ya no residen en la construcción de un régimen, sino que se desplazan a la necesidad de marcar claramente las diferencias que residen en la diversidad tipológica que presentan la sociedad de capital y la cooperativa. La eterna tentación de la remisión, o la más moderna de cortar y pegar, es la que precisamente nos ha dejado un panorama con demasiadas sombras.

Así, por ejemplo, intuyo que no plantearía demasiadas discrepancias predicar que la responsabilidad por negligencia de un administrador de una sociedad de capital, y con mayor motivo las que cotizan en Bolsa, debería ser más severa que la vigente para los administradores de una cooperativa. El mero contraste de los principios configuradores de ambas sociedades consideramos que avalan más que sobradamente este planteamiento. Ahora bien, si aceptamos lo anterior, ¿cómo ha de interpretarse este parentesco? En la medida en que los deberes del administrador de una sociedad de capital se vayan concretando para dejar de ser un mero concepto jurídico indeterminado (ordenado empresario y representante leal), se planteará siempre el interrogante de precisar su aplicabilidad a los administradores de las cooperativas. Esta decantación del régimen de la sociedad de capital, que puede provenir tanto de la jurisprudencia como del legislador, convierte el concepto indeterminado que ambas sociedades pueden compartir, en concretos deberes más difíciles de conciliar.

Una manifestación de este fenómeno lo podemos encontrar en la Ley del Mercado de Valores y la Ley de Sociedades de Capital con el fin de reforzar la transparencia de las

¹ Entiéndase dicha remisión a las sociedades de capital, concretamente al *Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital*.

sociedades anónimas cotizadas. De la lectura de los arts. 225 a 232 LSC, reguladores de los deberes de los administradores de una sociedad de capital, encontramos las siguientes obligaciones:

- Deber de diligente administración, de manera que se comportará como un ordenado empresario y se informará de la marcha de la sociedad.
- Deber de lealtad, de manera que defenderá mediante su gestión el interés social.
- Prohibición de utilizar el nombre de la sociedad y de invocar la condición de administrador, para la realización de operaciones por cuenta propia o de persona vinculadas a ellos.
- Prohibición de aprovechar oportunidades de negocio, de las que hayan tenido conocimiento con ocasión del ejercicio de su cargo.
- Situaciones de conflicto de intereses entre la sociedad y el administrador, de manera que este se abstendrá de intervenir en las operaciones donde exista dicha conflicto.
- Prohibición de competencia, por lo que el administrador no podrá desarrollar la misma actividad, por cuenta propia o ajena, que la sociedad, salvo autorización de esta.
- Persona vinculadas a los administradores, tanto si esta es persona física como jurídica.
- Deber de secreto, lo que implica guardar reserva respecto de los datos de la sociedad en interés de la misma.

La relación de estos preceptos, que forman parte del régimen de responsabilidad de los administradores de cualquier sociedad de capital, en concordancia con el art. 42 LGC se nos ofrece cuanto menos como conflictiva. Su tenor literal dispone:

1. Será preciso el previo acuerdo de la Asamblea General, cuando la cooperativa hubiera de obligarse con cualquier consejero, interventor o con uno de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, no pudiendo el socio incurso en esta situación de conflicto tomar parte en la correspondiente votación. La autorización

de la Asamblea no será necesaria cuando se trate de las relaciones propias de la condición de socio.

2. Los actos, contratos u operaciones realizados sin la mencionada autorización serán anulables, quedando a salvo los derechos adquiridos de buena fe por terceros.

Las situaciones que generan el conflicto de intereses con la sociedad, así como los mecanismos para solventarlo, a nuestro juicio, difieren. Estimamos que la regulación, tal y como queda en la actualidad, plantea demasiados interrogantes difíciles de resolver y que en nada benefician la seguridad jurídica: ¿Debe prevalecer el art. 226 LSC por ser norma posterior que deroga a la anterior? ¿O todavía resulta aplicable el art. 42 LGC por ser norma especial que prevalece sobre la general? ¿Ha de mantenerse el procedimiento establecido en el art. 42 LGC, pero integrándolo con el ámbito subjetivo y objetivo del art. 226 LSC? ¿Sería justificable desde los principios cooperativos que el régimen de deslealtad de los administradores de una cooperativa sea más laxo que el de una sociedad anónima? (*sobre el diferente tratamiento que merece la responsabilidad por negligencia y por deslealtad véase respecto de la Sociedad anónima PAZ-ARES*).

Por su parte, la ley de cooperativas valencianas, a diferencia de la Ley de cooperativas estatal que se limita a remitirnos al régimen contemplado en la LSC, establece un régimen más minucioso.

En primer lugar dispone, que los miembros del consejo rector han de ejercer el cargo con la diligencia que corresponde a un representante leal y a un ordenado gestor, respetando los principios cooperativos.

Asimismo, no será válida la estipulación de contratos ni la asunción de obligaciones por parte de la cooperativa, no comprendidas en la utilización de los servicios cooperativizados, hechas en favor de los miembros del consejo rector, del director, o de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, si no recae autorización previa o ratificación posterior de la asamblea general. Los socios afectados no podrán tomar parte en la correspondiente votación de la asamblea. No obstante, los derechos adquiridos de buena fe por terceros subadquirentes serán inatacables.

Responden solidariamente ante la cooperativa, los socios y los terceros del perjuicio que causen por acciones u omisiones dolosas o culposas, y siempre que se extralimiten en sus facultades. Quedarán exentos de responsabilidad 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.

No exonerará de esta responsabilidad, el hecho de que la asamblea general haya ordenado, consentido o autorizado el acto o acuerdo, cuando sea competencia exclusiva del consejo rector.

La acción de responsabilidad prescribirá a los tres años desde el momento en que pudo ser ejercitada.

La asamblea general de la cooperativa podrá adoptar el acuerdo de ejercitar la acción de responsabilidad, por mayoría de dos tercios de los socios presentes y representados, aunque no conste en el orden del día. Salvo que expresamente prevea lo contrario, este acuerdo determinará el cese inmediato y provisional de los miembros del consejo afectados, mientras dure el procedimiento judicial o arbitral iniciado contra ellos.

El 5% de los socios, o cincuenta de ellos, podrán pedir a la asamblea general que adopte el citado acuerdo y, si en el plazo de 6 meses no lo hace o no se presenta la demanda judicial o arbitral, podrán interponer la misma acción de responsabilidad por cuenta de la cooperativa.

Los socios, pueden ejercitar libremente las acciones para reclamar la indemnización de daños y perjuicios causados directamente a sus intereses por los acuerdos del consejo rector. La acción prescribe al año desde el momento en que pudo ser ejercitada.

V.- La responsabilidad por pérdidas de los administradores de cooperativas

Junto al régimen general expuesto, el legislador establece otros regímenes especiales que tratan de afianzar el cumplimiento de aquellas obligaciones que gozan de mayor importancia por la trascendencia de los intereses a proteger. La manifestación más drástica de este fenómeno se centra fundamentalmente en el momento de la extinción de las sociedades.

1.- Algunas precisiones conceptuales: disolución y concurso

La cooperativa ha de seguir un proceso para constituirse como tal. El anverso de la moneda, su extinción, también es regulado por el legislador con la finalidad de garantizar los derechos que asisten a acreedores y socios, siempre desde el prisma de los principios cooperativos que penetran esta forma social. La cooperativas, al igual que cualquier otra sociedad dotada de personalidad jurídica, ha de proceder tanto a la resolución de las relaciones internas –es decir, de los socios entre sí y de los socios con la sociedad- como a la liquidación de las relaciones externas –o sea, de los terceros con la sociedad-. Solo así, tras la ordenada liquidación del activo y del pasivo, la sociedad puede alcanzar su extinción, cuya manifestación última es la cancelación de su inscripción en el Registro cooperativo.

Dentro del proceso de extinción, la disolución es aquel hecho, acuerdo o acto jurídico que inicia el procedimiento extintivo, pudiendo procederse a la liquidación del patrimonio social de tres formas:

- A) Cuando nos encontremos ante una fusión o escisión total, la sociedad se extingue sin liquidación, pues el patrimonio -y los socios- de la sociedad o sociedades extinguidas pasan a formar parte de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente.
- B) Cuando la sociedad es solvente, se prevé la liquidación societaria, procedimiento que tras la realización del activo y del pasivo, finaliza con la restitución a los socios de las aportaciones y la asignación del excedente a la entidad asignada en los estatutos o, subsidiariamente, designada por la Administración.
- C) Cuando la sociedad es insolvente, se acudirá a la liquidación concursal, situándose en un primer plano el interés de los acreedores.

La entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (en adelante LCon) sometió a cualquier deudor insolvente -por tanto, también a las cooperativas- al procedimiento concursal. Sobre este procedimiento nos basta, de momento, con señalar dos cosas. En primer lugar, deudor insolvente es aquél que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. En segundo lugar, el procedimiento concursal puede finalizar de dos modos: a través de convenio con los acreedores que permite, tras la correspondiente quita o/y espera, continuar con la actividad social o con la ya apuntada liquidación concursal, que daría por extinguida la cooperativa.

2.- La responsabilidad por no disolver la cooperativa (ni solicitar la apertura del concurso)

El art. 367 sigue el sistema de responsabilidad solidaria de los administradores por las deudas sociales si no instan la disolución social en el caso de que procediese. Esta responsabilidad, que la doctrina mayoritaria ha calificado de sanción civil, pretende –y ha conseguido en numerosas ocasiones- obligar a los administradores a disolver la sociedad, afianzando el cumplimiento de este deber de un modo tajante: su incumplimiento supone que los administradores responden solidaria y personalmente de las deudas sociales.

La LGC y la LCV, por el contrario, no contienen un mandato similar al vigente para las sociedades de capital. En consecuencia, si acogemos la tesis mayoritaria que califica el régimen de “sancionador”, parece lógico concluir que el citado régimen de responsabilidad no es aplicable analógicamente a las cooperativas (VICENT CHULIA, MORILLAS /FELIU, PANIAGUA, SEQUERIA/SACRISTÁN, VAZQUEZ; en contra PASTOR).

Ahora bien, acoger esta tesis conduce a una postrera conclusión. Efectivamente, la LCon ha extendido la responsabilidad por deudas de los administradores a aquellos supuestos en que el administrador de una sociedad de capital no solicite la declaración del concurso. En nuestra opinión, la calificación de la responsabilidad no varía en este supuesto, por lo que la consecuencia ha de ser la misma: la ausencia de previsión expresa del legislador no autoriza a su extensión analógica a las cooperativas.

Sin embargo, conviene advertir que la omisión del administrador no es irrelevante, pues la legislación concursal (arts. 3.1 y 5 LCon) señala a los administradores (o liquidadores) de una persona jurídica como personas obligadas a solicitar la declaración concursal dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. Esta previsión general suscita diversos interrogantes en sede de sociedades de capital al tratar de coordinarla con el régimen de disolución y requiere también de un esfuerzo interpretativo para conciliarla con el Derecho cooperativo vigente.

En primer lugar, se ha defendido que, aunque el deber de declarar el concurso recaiga sobre los administradores, han de contar con el beneplácito de la Junta (Asamblea) general -o al menos intentarlo- antes de solicitar la declaración del concurso. Esta interpretación encuentra fundamento en el art. 367 LSC, donde se reserva un papel

central a la junta general para acordar la disolución o solicitar el concurso. Sin embargo, el diferente tenor de los preceptos cooperativos reguladores de la disolución –que recordemos no han sido adaptados a la nueva LCon- origina que sea dudoso extender la interpretación propuesta a la LCV; y con mayor motivo a la LGC, donde se suprimió deliberadamente la quiebra como causa de disolución. Se hurta así a la Junta general la posibilidad de decidir sobre una vicisitud de suma trascendencia. Pienso que es suficiente mencionar que la declaración del concurso puede evitarse a través de nuevas aportaciones, bien voluntarias, bien obligatorias de los socios, porque dotando de nuevos recursos económicos a la cooperativa, se elude el estado de insolvencia. Quizás se pueda salvar este obstáculo interpretando que concurren los requisitos para una reducción del capital social -la insolvencia siempre implica un estado financiero más severo- y ésta sí ha sido contemplada en la legislación cooperativa como causa de disolución que requiere el acuerdo de la Asamblea General. En fin, sería deseable, en éste y otros puntos, una mejor coordinación entre la nueva Ley concursal y las diferentes leyes cooperativas vigentes en nuestro país.

Los problemas interpretativos expuestos no son óbices para que el legislador entienda que el incumplimiento de este deber de solicitar la declaración del concurso como una de las presunciones de la existencia de dolo o culpa grave requeridos para la calificación del concurso como culpable (art. 165 LCon), con las dramáticas consecuencias que puede acarrear.

3.- La responsabilidad de los administradores en un concurso culpable

Los procedimientos concursales que finalicen bien mediante la aprobación judicial de un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera superior a tres años o bien a través de liquidación darán lugar a la apertura de la sección de calificación (art. 163 LCon). El juez de lo mercantil deberá entonces declarar el concurso fortuito o culpable, aplicándose esta última calificación cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho (art. 164 LCon). Previsión normativa que va acompañada de dos tipos de presunciones para facilitar la labor probatoria: supuestos de hechos a los que se anuda la presunción de concurso culpable (presunciones *iuris et de iure* del art. 164.2 LCon en los que la imputación del

comportamiento determina la calificación del concurso como culpable, sin necesidad de probar nada más) y presunciones de la existencia de culpa grave o dolo (presunciones *iuris tantum* del art. 165 LCon que únicamente prueban uno de los requisitos del tipo -el dolo o la culpa grave-, admitiendo además prueba en contrario). Pues bien, como nos dice el art. 172 LCon la sentencia de calificación se pronunciará:

“3.º La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados”.

A) Presupuestos de la responsabilidad concursal de los administradores

Los sujetos sobre los que recaerá la responsabilidad serán los administradores de derecho o de hecho que ocupen el cargo al ser declarado el concurso, así como los que hubieren tenido esa condición durante los dos años anteriores a la declaración del concurso. En definitiva, se produce una importante ampliación de los posibles sujetos responsables tanto en el plano temporal como material. Por un lado, quedan incluidos los administradores que ejercieron su actividad durante los dos años anteriores aunque ya no mantengan vinculación alguna con la cooperativa. Por otro, no sólo se incluyen los administradores de derecho, sino también a los de hecho. Por tal hemos de entender aquel sujeto que careciendo de nombramiento válido ejerce, de forma directa, continuada, independiente y sin oposición de la sociedad, una actividad de gestión, igual, o al menos, equiparable a la del administrador de la sociedad formalmente instituido (LATORRE CHINER).

La responsabilidad del administrador requiere, en segundo lugar, que el concurso sea calificado como culpable, que como ya hemos visto, se reserva a los concursos en los que el estado de insolvencia sea generado o agravado mediando dolo o culpa grave del administrador. Ahora bien, no todo concurso culpable dará lugar a esta responsabilidad de los administradores, pues el legislador la restringe a aquellos supuestos en que la apertura de la sección de calificación sea consecuencia del inicio de la fase de liquidación, excluyendo los concursos que finalizan mediante convenio - si implican una sustancial pérdida de derechos de los acreedores, también pueden ser considerados culpables-. Parece primar aquí la idea de que la responsabilidad de los administradores desaparece por la aceptación de la quita y/o espera realizada por los acreedores a través de la aprobación del convenio.

Finalmente, ha de concurrir un tercer presupuesto de carácter cuantitativo: la masa activa sea insuficiente para atender los créditos de los acreedores concursales. Es decir, cuando los bienes y derechos integrados en el patrimonio de la cooperativa son insuficientes para atender los créditos de los acreedores de la cooperativa, pues como se ha puesto de manifiesto entre nosotros, no toda las pérdidas fruto de la actividad de la cooperativa han de ser asumidas por ésta (pérdidas ordinarias cooperativas), ni todo el patrimonio de la cooperativa responde de igual modo de las pérdidas (fondo de formación y promoción cooperativa) (FAJARDO).

B) Causas de imputación de la responsabilidad y supuestos exoneratorios.

Una vez constatada la concurrencia de los presupuestos, el art. 172.bis LCon autoriza al Juez a acordar la responsabilidad de los administradores. Ciertamente, el tenor literal de la norma utiliza el verbo “poder” para atribuir dicha potestad al Juez, pero de aquí no debemos deducir que la decisión vaya a ser libremente adoptada. El precepto simplemente viene a marcar las diferencias con el resto de pronunciamientos que ha de contener la sentencia de calificación. El Juez ha de resolver sobre las personas afectadas por la calificación, sobre la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación y sobre la pérdida de derechos y, cuando concurren las circunstancias adicionales requeridas, sobre la responsabilidad de los administradores.

Llegado a este punto, no podemos por menos, compartir las críticas que ha efectuado la doctrina (RODRÍGUEZ/HUERTA, ALCOVER) a una norma que pese a su carácter novedoso, y la trascendencia que auguramos tendrá en la práctica, no ha reflejado con la claridad y precisión convenientes extremos importantes como cuáles son los criterios de imputación de la responsabilidad, cuándo la extensión de la responsabilidad ha de alcanzar la totalidad de las pérdidas de los acreedores o solo a una parte de ellas, o al carácter solidario o mancomunado de la obligación.

Al respecto se están defendiendo dos tesis. Por parte de algunos autores se ha propugnado que el art. 172.bis LCon contiene un supuesto de responsabilidad-sanción (GARCÍA-CRUCES), por lo que el juez deberá atender en cada concurso las concretas infracciones del deber de diligencia de los administradores para establecer, en qué casos procede aplicar la citada responsabilidad, a qué administrador o administradores se le impone y cuál es la cantidad en que se tasa la responsabilidad. Otro sector de la doctrina restringe los criterios de imputación al vincular la infracción

de los deberes de diligencia de los administradores con el daño sufrido por los acreedores (ALONSO UREBA,). Consecuentemente, sólo procederá su imposición en la medida que el comportamiento del administrador genere una merma patrimonial de la sociedad y la cantidad a indemnizar requerirá demostrar los daños que el comportamiento de los administradores generó a la sociedad.

Finalmente, en cuando al alcance subjetivo de esta responsabilidad nos alineamos con quienes han defendido que el Juez debe establecer, tras analizar el caso concreto, qué administradores deben responder, sin que proceda la imputación automática a todos ellos.

C) La compatibilidad de la responsabilidad concursal con el régimen “común” de responsabilidad civil de los administradores.

Por último, nos gustaría apuntar el debate existente en sede de sociedades de capital sobre la compatibilidad entre la responsabilidad concursal y el régimen de responsabilidad civil contenida en los arts. 236 y ss LSC, por ser sus argumentos extrapolables a las cooperativas.

Dejando al margen las cuestiones que surgen en el terreno procesal –p. ej. el embargo preventivo recogido en el art. 48.ter LCon-, el análisis material de la coordinación de las acciones de responsabilidad civil de los administradores ha de partir del art. 48.bis LCon, donde se admite la compatibilidad del procedimiento concursal con el ejercicio de las acciones generales de responsabilidad civil contenidas en la normativa societaria.

La acción social podrá ser ejercitada por los administradores concursales, sin que sea necesario acuerdo previo de la junta general o asamblea de socios. Asimismo, y pese a las críticas recibidas por algunos autores, entendemos que la legitimación otorgada a los administradores concursales no excluye la legitimación subsidiaria que el régimen societario reconoce a los socios minoritarios. Más controvertida resulta la polémica sobre la “confusión” entre ambas acciones, respuesta que depende de la tesis adoptada en torno a la naturaleza de la responsabilidad concursal. Si optamos por la tesis de responsabilidad-sanción, implícitamente estamos decantándonos por la compatibilidad. El distinto fundamento que albergaría la acción social y la concursal conduce a esta solución. Por el contrario, los autores que se inclinan por vincular la responsabilidad concursal a las deudas sociales es lógico que critiquen la existencia

de una superposición, ya que se apreciaría una coincidencia en los presupuestos de ambas acciones.

Menos conflictiva resulta la relación con la acción individual, pues pese a la existencia de alguna crítica (ALONSO UREBA), estimamos que la concurrencia de la responsabilidad social y la concursal no planteará mayores problemas. No tendría sentido restringir el derecho de los socios o acreedores a dirigirse contra los administradores por los actos que lesionen directamente sus derechos y, por otro lado, tampoco parece que se conculque el principio de *par conditio creditorum*, pues una cosa son los acreedores de la sociedad y otra bien distinta los “acreedores” de los administradores por la acción individual (MUÑOZ PLANAS /MUÑOZ PAREDES).

Bibliografía

AA.VV. (COORD. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.) (2004): *Comentarios a la Ley concursal*, Madrid.

ALCOVER GARAU, G. (2002): “La calificación del concurso”, en AA.VV., *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal de 2001*, Madrid.

ALONSO UREBA, A. (2004): “La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal”, en AA.VV., *Derecho concursal*, Madrid.

FAJARDO GARCÍA, I.G. (1997): *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*, Madrid.

FARIAS BATLLE, M. (2004): “La calificación del concurso: presupuestos objetivos, sanciones y presunciones legales”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 251, p. 67 y ss.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (2003): “El problema de la represión de la conducta del deudor”, en AA.VV., *La reforma de la legislación concursal*, Madrid.

LATORRE CHINER, N. (2004): “El concepto de administrador de hecho en el nuevo art. 133.2 LSA”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 254.

MORILLAS JARILLO, M.J.; FELIU REY, M (2002), *Curso de cooperativas*, 2ª ed, Madrid.

MUÑOZ PLANAS, J.M.; MUÑOZ PAREDES, J.M. (2003): “Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores”, *Revista de Derecho Mercantil*, octubre-diciembre, nº 250, p. 1341 y ss.

PANIAGUA ZURERA, M. (2005): *La sociedad cooperativa. Las sociedades mutuas de seguros y las mutualidades de previsión social*, AA.VV., Tratado de Derecho mercantil, t. XII, vol. 1, Madrid/Barcelona.

PASTOR SEMPERE, C. (2007): “La responsabilidad del órgano de administración de las sociedades cooperativas y su necesaria incardinación en el moderno derecho de sociedades”, CIRIEC, nº 18, p. 9 y ss.

PAZ-ARES, C. (2003): “La responsabilidad de los administradores como instrumento del gobierno corporativo”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 20, p. 67 y ss.

PAZ CANALEJO, N. Y VICENT CHULIA, F. (1994): *Ley General de Cooperativas*, vol. 3º, Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.; HUERTA VIESCA, M.I. (2002): “¿Más responsabilidad de los administradores en el Anteproyecto de Ley concursal?”, *Derecho de los negocios*, nº 139, p. 1 y ss.

SEQUEIRA MARTÍN, A.; SACRISTAN BERGIA, F. (2003): “Una reflexión sobre la responsabilidad de los miembros del Consejo Rector de las cooperativas”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 2003.

VAZQUEZ PENA, M.J. (2007): “La aplicación del apartado quinto del art. 262 del TRLSA a las sociedades cooperativas”, CIRIEC, nº 18, p. 37 y ss.