

04 MAY 2021

# Revista de Derecho Mercantil

2015

Número 297 (Julio-Septiembre 2015)

Jurisprudencia

Comentarios de jurisprudencia

1. Acción individual de responsabilidad y garantía de la devolución de las cantidades entregadas a cuenta (CARLOS GÓRRIZ)

## Comentarios de jurisprudencia

### 1 Acción individual de responsabilidad y garantía de la devolución de las cantidades entregadas a cuenta<sup>\*)</sup>

(Comentario de la Sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona [Sección 15<sup>a</sup>] de 6 de noviembre de 2014)

**CARLOS GÓRRIZ**

*Profesor titular de Derecho mercantil Universidad Autónoma de Barcelona*

**ISSN 0210-0797**

**Revista de Derecho Mercantil 297  
Julio - Septiembre 2015**

#### Sumario:

##### I. El supuesto de hecho

1. El contrato de compraventa de vivienda
2. La Ley 57/1968, de 27 de julio RCL 1968, 1335, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas
3. Las obligaciones impuestas por la Ley 57/1968 RCL 1968, 1335
  - 3.1. Obligaciones anteriores a la perfección del contrato privado de compraventa
  - 3.2. Obligaciones del promotor al concertar el contrato privado de compraventa
  - 3.3. Obligaciones posteriores a la conclusión del contrato privado de compraventa
4. El derecho de opción del comprador
5. La ausencia de las garantías de la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio pactado

##### II. La sentencia de la audiencia provincial de barcelona de 6 de noviembre de 2014

1. Las primeras sentencias

2. El cambio de criterio: la incidencia de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2014

### III. Comentario de la sentencia

1. La acción individual de responsabilidad
  - 1.1. Génesis de la norma legal
  - 1.2. Naturaleza jurídica
  - 1.3. Los presupuestos de responsabilidad
2. El distinto fundamento de la acción contra la sociedad por incumplimiento de contrato y de la acción individual contra los administradores por daños a los contratantes
3. El deber de asegurar el cumplimiento por la sociedad de las normas legales imperativas
  - 3.1. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona: deber de cuidado de los administradores
  - 3.2. Deberes de los administradores de las sociedades de capital
  - 3.3. Conclusión: deber de asegurarse del cumplimiento por la sociedad de las normas imperativas
4. Los administradores responsables
  - 4.1. La delimitación subjetiva: legitimación pasiva de los administradores
  - 4.2. La responsabilidad por infracción inicial y por infracción continuada del deber de diligencia
  - 4.3. El carácter solidario de la responsabilidad
  - 4.4. Conclusión
5. La cesión de derechos sobre la promoción inmobiliaria
  - 5.1. El momento de la cesión
  - 5.2. La inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario

### IV. Conclusiones

### V. Bibliografía

## I. EL SUPUESTO DE HECHO

El objeto de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 353/2014, de 6 de noviembre es la responsabilidad de los administradores de una sociedad anónima. En ella se abordan dos cuestiones. La primera es la determinación del ilícito cometido y la segunda la legitimación pasiva de los administradores. El origen del litigio es una compraventa de vivienda con entrega de cantidades a cuenta del precio final. El demandante explica que entregó diversas sumas a la promotora Felipromo, SA para la adquisición de una vivienda en Almenara (Castellón de la Plana). Concertaron un contrato privado de compraventa el 30 de abril de 2007. En él previeron que otorgarían la escritura pública el 30 de mayo de 2009. Pero llegó esa fecha sin que se hubiera terminado la edificación. Después de varios meses, el comprador resolvió el contrato y exigió a la promotora la devolución de las cantidades adelantadas. Ante el fracaso de su petición ejercitó la acción individual de responsabilidad contra los administradores. Esencialmente alegó que habían cometido dos ilícitos. El primero era que no le habían proporcionado ningún aval bancario que garantizase la devolución de las sumas entregadas a cuenta del precio final. El segundo, la falta de depósito de las cuentas anuales de la sociedad promotora en el Registro Mercantil.

### 1. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE VIVIENDA

Para valorar correctamente la decisión de la Audiencia Provincial es necesario partir de la relación que generó la controversia y tener en cuenta sus singularidades. Se trata de una compraventa de

vivienda «sobre plano» con entrega de cantidades a cuenta del precio final. Tres elementos caracterizan esta figura y explican la existencia de normas especiales. El primero es su objeto: una vivienda. Su importancia resulta indiscutible; tanto que el artículo 47<sup>o</sup> de la Constitución Española reconoce el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. El elevado coste que acostumbra a tener comporta que la mayor parte de los compradores deban destinar una porción muy considerable de sus ingresos y endeudarse durante muchos lustros para poder adquirirla.

El segundo elemento relevante es que la vivienda se adquirió «sobre plano»; es decir, no existía en el momento en que se perfeccionó el contrato (privado). Se trataba, pues, de una compraventa de cosa futura, cuya existencia dependía de la actividad del vendedor. En este tipo de contratos aparecen obligaciones propias de la compraventa y otras del arrendamiento de obra<sup>1)</sup>. La doctrina cuestiona su naturaleza jurídica, siendo mayoritaria la tesis que adopta el criterio de la voluntad de las partes para decidir entre la compraventa y el arrendamiento de obra<sup>2)</sup>. Sin embargo, resulta más satisfactoria la interpretación que propugna aplicar el régimen de esos tipos contractuales en función de la obligación en cuestión, pues otorgar eficacia a la normativa de un único contrato puede llevar a resultados irracionales<sup>3)</sup>.

De otro lado, este tipo de contratos acostumbran a formalizarse en dos fases<sup>4)</sup>. En la primera las partes concluyen un contrato «privado» de compraventa. En ese acto y, a menudo, durante toda la construcción de la vivienda, es usual que el comprador adelante cantidades a cuenta del precio final. Una vez terminada ésta se otorga la escritura pública que da paso a la transmisión de la propiedad al comprador. La eficacia del último documento suscita polémica cuando no coincide con el contrato inicial<sup>5)</sup>. Algún autor mantiene que comporta una novación de la relación, de modo que fija el objeto de la transacción y las obligaciones de las partes<sup>6)</sup>. Otros autores entienden que supone simplemente la elevación a público de un contrato perfectamente delimitado. Es la tesis que ha mantenido el Tribunal Supremo en la sentencia 1256/2006 de 7 de diciembre<sup>7)</sup>.

La tercera circunstancia que condiciona el desarrollo de la relación se produce cuando el comprador tiene la condición de consumidor, lo que sucede cuando actúa «con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión»<sup>8)</sup>. Normalmente se halla en una situación de inferioridad frente al promotor, que suele ser un profesional del sector inmobiliario que se rodea de expertos para llevar a cabo su cometido<sup>9)</sup>. Entre ellos se hallan juristas que redactan el contrato y los demás documentos que se imponen al comprador. Así pues, el contrato de compraventa de vivienda con entrega de cantidades a cuenta es normalmente un contrato de adhesión, preestablecido e impuesto por el promotor-vendedor<sup>10)</sup>.

Estas circunstancias explican que el comprador corra un gran riesgo pues puede perder la inversión si el vendedor no le entrega la vivienda y no puede devolver el capital anticipado<sup>11)</sup>. Las causas pueden ser muchas y diversas, desde el fraude del promotor a su concurso fortuito. Cabe tener en cuenta que el promotor-vendedor es el propietario del inmueble hasta que no se produce la entrega al comprador y que el contrato ha sido impuesto por el primero, por lo que difícilmente protegerá al último. Ante esta situación el legislador dicta normas que tutelan a los adquirentes. Las cautelas son de tres tipos. En primer lugar, se incrementa la información que deben ofrecer los promotores a fin de que los adquirentes sean conscientes de los riesgos que corren. Segundo, se incide en el contenido del contrato bien imponiendo determinadas cláusulas bien prohibiendo otras. Y tercero, se adoptan medidas para conseguir que el consumidor recupere la inversión hecha en caso de que no pueda acceder a la morada.

## **2. LA LEY 57/1968, DE 27 DE JULIO, SOBRE PERCIBO DE CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA CONSTRUCCIÓN Y VENTA DE VIVIENDAS**

A mediados del siglo XX se produjeron determinados fraudes inmobiliarios que minoraron la confianza de la población. El legislador reaccionó promulgando, entre otras, la norma que rige la compraventa del caso que nos ocupa: la Ley 57/1968, de 27 de julio<sup>o</sup>, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas<sup>12)</sup>. Su preámbulo justifica su aprobación por la «reiterada comisión de abusos» y explica que su finalidad es conseguir que los promotores

apliquen el capital adelantado por los compradores a la construcción de las viviendas y que éstos puedan recuperarlo en caso de que no se les entregue la casa en el plazo estipulados. En desarrollo de esta Ley se sancionaron diversas disposiciones; varias el mismo año. La primera fue la Orden de 5 de octubre de 1968 sobre propaganda y publicidad de la venta de viviendas que no sean de protección oficial<sup>13)</sup>. La segunda fue la Orden de 29 de noviembre de 1968<sup>14)</sup> sobre el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas. Luego se publicaron el Decreto 3144/1968, de 12 de diciembre, sobre aplicación de la Ley 57/1968, de 27 de julio, a las comunidades y cooperativas de viviendas y el Decreto 3115/1968, de 12 de diciembre, por el que se fija el procedimiento para exceptuar a los Organismos de carácter oficial del régimen establecido en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Veinte años más tarde se promulgó el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril<sup>15)</sup>, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas.

El Código Penal de 1995 derogó el artículo 6<sup>16)</sup> de la Ley 57/1968, que sancionaba con multa administrativa el incumplimiento de la ley y calificaba la no devolución de las cantidades entregadas a cuenta como falta o delito de estafa o de apropiación indebida ex artículos 587.3 y 535 del Código Penal de 1932, revisado en 1963<sup>14)</sup>. Cuatro años más tarde la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup><sup>17)</sup> de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación introdujo diversas modificaciones en la Ley 57/1968. Extendió su aplicación a la promoción de viviendas en régimen de comunidad de propietarios o de sociedad cooperativa. Ordenó aplicar el régimen de garantías tanto a las sumas adelantadas en efectivo como mediante efectos cambiarios. Modificó el montante de los intereses en caso de que la garantía contratada fuera un seguro: sustituyó el 6% de la versión original por el interés legal del dinero. Y dio un nuevo contenido a las multas administrativas previstas por el artículo 6 para sancionar el incumplimiento.

Recientemente, cuando este comentario ya estaba en prensa, se ha derogado la Ley 57/1968. En efecto, la Ley 20/2015, de 14 de julio<sup>18)</sup>, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras ha modificado la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup><sup>19)</sup> de la Ley de Ordenación de la Edificación para regular en ella la garantía de la devolución de las cantidades a cuenta en la compraventa de viviendas. Consecuentemente, ha suprimido la Ley 57/1968, el Decreto 3114/1968 y la Orden de 29 de noviembre de 1968<sup>20)</sup>. No obstante, analizaremos estas normas dado que constituían el régimen vigente en el momento en que se produjo el ilícito, en que se planteó la demanda y en que se emitió la sentencia comentada. Sin embargo, nos referiremos a la nueva regulación cuando sea conveniente para resaltar los cambios que ha introducido. Interesa añadir que entrará en vigor el 1 de enero de 2016 (Disposición Final 21.<sup>a</sup><sup>21)</sup>)

El ámbito de aplicación de la Ley 57/1968 estaba delimitado por cuatro elementos. El primero era que el objeto de la relación debía ser una vivienda; es decir, un inmueble construido para ser habitado por personas. Resultaba indiferente que fuera a constituir la residencia habitual o tuviera un destino secundario o temporal, pues el artículo primero incluía todos esos tipos. En cambio, quedaban excluidos los inmuebles que servían a un propósito diferente, como los locales de negocio o las oficinas<sup>15)</sup>. Se generaban dudas cuando tenían un destino accesorio a la casa, como los trasteros o incluso los garajes. A nuestro modesto entender, sólo se les aplicaba la ley cuando aparecían vinculados a la morada que era objeto del contrato. Es decir, en caso de que se transmitieran como unidades autónomas no quedaban sometidos a la Ley 57/1968<sup>22)</sup>. Por otra parte, también quedaban excluidas las fincas de protección oficial<sup>16)</sup>. Así lo disponía expresamente el artículo primero, cuyo supuesto de hecho se refería expresamente a «viviendas que no sean de protección oficial». La razón de la exclusión era que ya existía una regulación tuitiva específica cuando se aprobó la Ley, que además guardaba gran similitud en cuanto a la protección del comprador<sup>17)</sup>. La nueva regulación introducida por la Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras termina con la dualidad y se aplica tanto a las viviendas de protección oficial como a las demás.

En segundo lugar, la finalidad del contrato era la transmisión de la vivienda. La Ley 57/1968

utilizaba una expresión sorprendente pues no se refería a la compraventa sino a la «cesión» del inmueble y a las partes de la relación como «cedente» y «cesionario». La doctrina explicaba que la razón era la voluntad de abarcar todos los contratos que permitían su adquisición y evitar que se utilizaran determinadas fórmulas contractuales para sortear la aplicación de la norma<sup>18)</sup>. Criticaba acertadamente la deficiente técnica legislativa ya que se hubieran podido utilizar términos más adecuados, como «transmisión» o «adquisición», que es precisamente la expresión que aparece en la Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras. Ahora bien, pocas dudas caben que la disposición se aplicaba a los contratos de compraventa de vivienda sobre plano con entrega de cantidades a cuenta.

La Ley 57/1968 también regía la adquisición en régimen de comunidad de propietarios y de cooperativas de viviendas. Para regular ambas modalidades se dictó el Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre<sup>19)</sup>. Incidía, esencialmente, en la persona que debía prestar la garantía y en la publicidad y documentación del contrato. En el caso de las cooperativas, el artículo 4 hacía responsable de la garantía a los miembros de la junta rectora y permitía sustituir el aval solidario o el seguro por una «certificación de garantía otorgada a favor de la Cooperativa por la ‘Obra Sindical de Cooperación’». La nueva regulación se refiere expresamente a las comunidades de propietarios y cooperativas de viviendas que quedan incluidos dentro de su radio de eficacia. Pero no introduce ninguna especialidad respecto de quién debe contratar la garantía.

Tercero, la doctrina y la jurisprudencia exigían que el comprador adquiriera la vivienda para su utilización y no para ponerla de nuevo en el mercado<sup>20)</sup>. Reconocían que la norma no especificaba ese requisito, pero lo deducían de su finalidad. A esos efectos resultaba esclarecedor su preámbulo, en el que se aludía al «...estado de necesidad de alojamiento familiar en que se encuentran a la entrega de cantidades antes de iniciarse la construcción o durante ella». También era significativo que el desencadenante de la elaboración de la Ley fuera la alarma social generada por una serie de abusos que alteraron la convivencia social y causaron perjuicios irreparables. Esa exigencia excluía a los inversores profesionales puesto que no eran merecedores de una protección tan intensa como la dispensa por la disposición comentada.

El último presupuesto del ámbito de aplicación era la necesidad de que el adquirente hubiera adelantado cantidades a cuenta del precio final. Constituía uno de los elementos esenciales de la norma, pues se dictaba para conseguir que las sumas se canalizaran en la edificación y asegurar su restitución en caso de que no se iniciaran las obras o no se entregase la vivienda a tiempo. Ahora bien, la versión original de la Ley 57/1968 no precisaba la forma en que debían haberse entregado, con lo que surgía la duda de si también cubría entregas que no fueran en efectivo. La jurisprudencia había mantenido una interpretación amplia para evitar que se defraudara el régimen tuitivo<sup>21)</sup>. La Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley de Ordenación de la Edificación legalizó esa doctrina al extender la protección de aquella norma a los efectos cambiarios. Desafortunadamente, la Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras no ha previsto esa posibilidad. Es más, tras la modificación introducida, el apartado Uno.1 de la Disposición Adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación podría generar la impresión contraria al referirse a «entregas de dinero». Sin embargo, debe mantenerse la exégesis vigente hasta la actualidad y defender que se aplica el régimen tuitivo a las entregas de efectos cambiarios. El fundamento es la finalidad de la norma.

La Ley 57/1968 era imperativa. Así se desprendía de su finalidad y literalidad. En cuanto a la primera, la voluntad de proteger al comprador obligaba a imponer determinadas obligaciones sobre el promotor-vendedor y no permitirle que escapase a su dictado. Si la norma fuera dispositiva, los promotores no contratarían las garantías referidas por una cuestión de costes, a pesar de que si lo hicieran podrían competir en calidad. En cuanto a la letra, la Ley estaba redactada en clave de futuro o imperativo y no existía ninguna alusión a la autonomía de la voluntad de las partes. Además el artículo 7 establecía el carácter irrenunciable de los derechos del cesionario<sup>22)</sup>.

La duda que se plantea es si la imperatividad afectaba también a terceros diferentes del promotor-cesionario y del comprador-cesionario; en particular, a las entidades de seguro o de crédito que

otorgaban las garantías o que gestionan la cuenta donde debían depositarse las cantidades anticipadas. Podría pensarse que la respuesta debía ser negativa, pues la Ley 57/1968 se centraba en el contrato de cesión de vivienda, por lo que parecería afectar exclusivamente a la relación entre el promotor-cedente y el adquirente-cesionario. Sin embargo, una parte de la doctrina civilista, a la que nos adherimos, había mantenido lo contrario en virtud de la finalidad de la disposición<sup>23</sup>. La voluntad de proteger al adquirente exigía extender su imperatividad a todas las personas que intervenían en la operación. A nuestro modesto entender, existía otro argumento que apoyaba esa interpretación: la normativa que desarrollaba la Ley 57/1968 imponía determinadas obligaciones a terceros diferentes del cedente y del cesionario. Así sucedía, en particular, con la Orden de 29 de noviembre de 1968 sobre el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas. Consecuentemente, debe mantenerse que las entidades de seguro y de crédito también estaban vinculadas por la Ley 57/1968 cuando participaban en una operación de compraventa de vivienda con entrega de cantidades a cuenta.

No obstante, cabe significar que el Tribunal Supremo ha interpretado de forma restrictiva el círculo de imperatividad de la Ley 57/1968. En las sentencias 467/2014, de 25 de noviembre y 367/2015, de 18 de junio, mantiene que sólo afectaba a las partes del contrato de compraventa, pero no a la entidad de crédito que había descontado letras de cambio aceptadas por el comprador. Así las cosas, rechaza la excepción del último basada en el incumplimiento de la sociedad promotora y en la imperatividad de la disposición referida. Habrá que ver si esta doctrina cambia cuando se aplique el nuevo régimen jurídico producto de la Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras. El hecho de que la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley de Ordenación de la Edificación se refiera e imponga deberes a las entidades que otorgan las garantías y gestionan la cuenta en la que se depositan las cantidades adelantadas justifica mantener que deben quedar afectadas por el régimen tuitivo entre el promotor y el comprador.

### 3. LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS POR LA LEY 57/1968

La normativa existente impone diversas obligaciones al promotor-vendedor cuando recibe cantidades a cuenta del precio final de la vivienda. Centramos nuestra atención en las que derivaban de la Ley 57/1968, pues regía el contrato de compraventa que dio lugar a la sentencia objeto de comentario. Y entre ellas, dedicamos una consideración especial a la garantía de la devolución del capital adelantado en caso de incumplimiento del promotor, pues fundamentó la acción individual objeto del litigio comentado<sup>24</sup>. Por razones de claridad clasificamos las obligaciones en tres grupos en función del momento de su cumplimiento.

#### 3.1. Obligaciones anteriores a la perfección del contrato privado de compraventa

Existían tres obligaciones básicas que el promotor-cedente debía afrontar antes de perfeccionar el contrato privado de compraventa. La primera era contratar una garantía que asegurase la devolución de las cantidades adelantadas; la segunda, abrir una cuenta corriente que permitiera depositar esa sumas; y la tercera, poner a disposición de los interesados y de las autoridades públicas determinada información sobre la promoción. La cronología de estas obligaciones resultaba del deber que gravaba sobre la entidad que abría la cuenta corriente de comprobar que el promotor había otorgado la garantía y del hecho que la publicidad de la promoción debía hacer referencia a las dos obligaciones anteriores<sup>25</sup>.

La Ley 57/1968 exigía que el promotor-cedente garantizase la devolución de las cantidades entregadas a cuenta más el interés correspondiente en caso de que no se iniciasen las obras o no se entregara la vivienda en las fechas previstas. Para ello debía contratar con una compañía de seguros o con una entidad de crédito una garantía global en un momento inicial –pues en la publicidad debía informar acerca de las garantías otorgadas– y conseguir las cauciones individuales que protegieran a cada comprador-cesionario al contratar con él. El artículo 1 de la Ley imputaba esa obligación al promotor<sup>26</sup>. Ahora bien, en el caso de las cooperativas de viviendas, la obligación recaía hasta ahora sobre la junta rectora: el artículo 4 del Decreto

3114/1968, de 12 de diciembre obligaba a sus miembros a conseguir la cautela. Esta previsión ha desaparecido tras la reforma de 2015: la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley de Ordenación de la Edificación no establece ninguna especialidad para las cooperativas de viviendas.

La Ley 57/1968 se refería a dos clases de garantía: un seguro o un aval. En el primer supuesto se trataba de un seguro de caución, regulado en el artículo 68 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, y debía concertarse con una compañía aseguradora autorizada para operar en España<sup>27</sup>. En el caso del aval, se exigía que fuera solidario -circunstancia no requerida respecto del seguro- y debía contratarse con una entidad de crédito también autorizada<sup>28</sup>. La modificación introducida por la Ley de Ordenación de la Edificación en 1999 generaba dudas acerca de si subsistía esa alternativa puesto que se refería exclusivamente al seguro de caución. De ahí que pudiera interpretarse que quiso eliminar la garantía bancaria. Sin embargo, prevalecía la exégesis contraria<sup>29</sup>. En primer lugar, no existía razón alguna que justificara la supresión. Segundo, la Ley de Ordenación de la Edificación no establecía que no pudiera acudirse al aval; simplemente se refería a la contratación de un seguro para garantizar que el comprador podía recuperar las sumas adelantadas. Y tercero, no existía prueba alguna de que el legislador hubiera querido eliminar la alternativa. El preámbulo de la Ley de Ordenación de la Edificación justificaba la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> por la voluntad de extender la garantía de la Ley 57/1968 a las comunidades de propietarios y a las cooperativas de viviendas. Actualmente no existe duda de que el promotor puede acudir a las dos posibilidades pues, tras la reciente reforma de 2015, la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> se refiere a ambas.

El objeto de la garantía era la restitución de las cantidades a cuenta más los intereses correspondientes en caso de que no se iniciasen las obras o no se entregaran la vivienda en los términos estipulados. Debería garantizarse la restitución de todo el capital entregado a cuenta del precio final. Mayores dudas generaba el interés debido a la modificación introducida por la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley de Ordenación de la Edificación en 1999<sup>30</sup>. Inicialmente la Ley 57/1968 imponía el 6% del interés anual (artículo 1.1), pero la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> se refería al interés legal del dinero vigente en el momento en que se hiciera efectiva la devolución. Dado que este precepto mencionaba sólo el seguro, surgía la duda de si la modificación también debía predicarse del aval. La doctrina civilista había mantenido las dos posibles soluciones<sup>31</sup>. A nuestro modesto entender, no existían razones suficientes que justificaran una diferencia de trato. Por lo tanto, debía defenderse que la entidad que había otorgado la garantía debería satisfacer al comprador los intereses legales vigentes en el momento de la devolución de todas las sumas adelantadas. La Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras ha despejado la incógnita pues impone el interés legal tanto para el seguro como para el aval. Pero, además, añade los impuestos aplicables que haya satisfecho el comprador. El apartado 2.º de la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley de Ordenación de la Edificación dispone que la garantía comprende las cantidades aportadas por los adquirentes, los impuestos aplicables y el interés legal del dinero. En cuanto a los supuestos que desencadenan la eficacia de la garantía, la Ley 57/1968 aludía exclusivamente a la falta de inicio de las obras y a la entrega de la vivienda en las fechas acordadas, que analizaremos *ut infra*.

La duración de la garantía debía extenderse hasta la fecha de entrega acordada por el promotor y el comprador. Así resultaba del artículo 4 de la Ley 57/1968 que sólo permitía cancelarla cuando se hubiera expedido la cédula de habitabilidad y se hubiera acreditado la transmisión del inmueble al comprador<sup>32</sup>. La imperatividad de la disposición impedía que las partes de la garantía pudieran establecer una duración menor, siendo nulas las cláusulas que no respetaran esa previsión<sup>33</sup>. Cabe destacar que la prórroga no estaba incluida *prima facie* en la garantía. El comprador debía ser consciente de que ésta no cubría el plazo extraordinario que concediera al promotor para que terminase las obras o entregase la vivienda con todos los permisos y autorizaciones. Por último, el seguro de caución y el aval solidario estaban dotados de fuerza ejecutiva cuando fueran acompañados de un documento fehaciente que acreditase la no iniciación de las obras o la falta de entrega de la vivienda (artículo 3)<sup>34</sup>. No obstante, esta previsión ha desaparecido de la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley de Ordenación de la Edificación tras la reforma introducida por la Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades

Aseguradoras y Reaseguradoras.

La segunda obligación del promotor-cedente era abrir una cuenta corriente en una entidad de crédito –que podía ser la misma que otorgaba el aval o una diferente- en la que debía depositar el dinero recibido a cuenta del precio final. La finalidad era conseguir que el promotor lo destinase a la construcción del inmueble. De ahí que la Ley exigiera que sólo pudiera disponer de él para esa finalidad. Dos consecuencias se desprendían. La primera era que debía abrirse una cuenta por cada promoción, no resultando lícito destinar las sumas recibidas en una de ellas a otra. La segunda era que la entidad de crédito debía controlar el destino de las cantidades de las que fuera disponiendo el promotor. La imperatividad de la Ley 57/1968 tanto respecto de las partes del contrato de cesión de la vivienda como respecto de los terceros que interviniesen en la operación fundamentaba esa afirmación. No obstante, se había denunciado la falta de cumplimiento de esta obligación en la práctica, que debería conllevar la responsabilidad correspondiente<sup>35</sup>. Por último, la Ley exigía que la entidad de crédito comprobase que se había otorgado la garantía de devolución de las cantidades al abrir la cuenta. Por razones cronológicas, debía tratarse de la caución global y no de las singulares, que debían conseguirse al concertar los contratos privados de compraventa de la vivienda.

La tercera obligación era la de poner a disposición del público y de las autoridades competentes determinada información sobre la promoción<sup>36</sup>. El artículo 5 de la Ley 57/1968 exigía que en su propaganda y publicidad se hiciera constar que la actividad y contratación del promotor-cedente quedaba sometida a esa norma y que se identificara la entidad de seguros o de crédito que garantizasen la devolución de los importes anticipados.

El artículo 5 fue desarrollado originariamente por la Orden 5 de octubre de 1968. Posteriormente se aprobó el Real Decreto 515/1989 con el mismo objeto, por lo que debe entenderse que la sustituyó<sup>37</sup>. Esencialmente exige que la publicidad sea cierta y veraz, de modo que no pueda inducir a error al consumidor y que no silencie datos fundamentales. En segundo término, declara vinculantes los datos de la publicidad y de la oferta aunque no resulten incorporados al contrato. Tercero, establece la información que los promotores deberán tener a disposición del público y de las autoridades competentes. Además de sus datos, de los del arquitecto, del constructor y de la vivienda, debe constar el precio y la forma de pago, las autorizaciones exigidas para la construcción, los estatutos y normas de funcionamiento de la comunidad, el estado de pago de los tributos que gravan la propiedad, así como la fecha de entrega y la fase de construcción en cada momento. Interesa destacar que el artículo 7 obliga asimismo a tener a disposición del público y de las autoridades competentes copia del documento o documentos en los que se formalicen las cautelas. Por último, el artículo 8 regula la información que deben proporcionar los folletos, entre la que se encuentra también la relativa a las garantías a constituir.

El régimen actual no varía. La Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley de Ordenación de la Edificación exige que la publicidad de la promoción de viviendas indique que queda sometida a ella y se identifique la entidad garante y aquélla en la que está abierta la cuenta en la que deben depositarse las sumas adelantadas. Nada dispone respecto del Real Decreto 515/1989 por lo que debe entenderse que no lo ha derogado.

### 3.2. Obligaciones del promotor al concertar el contrato privado de compraventa

La Ley 57/1968 imponía una parte del contenido del contrato privado de compraventa. Exigía que se especificar el derecho del cesionario a recuperar las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con los intereses correspondientes, en caso de que la construcción no se iniciara o terminase en el momento acordado. Igualmente debía identificarse la garantía constituida a esos efectos, especificando su tipo y la entidad que la otorgaba. Además había que indicar la cuenta y la entidad en la que deberían depositarse las sumas adelantadas<sup>38</sup>.

El Real Decreto 515/1989 también afecta al contenido del contrato y a la documentación que el promotor debe entregar<sup>39</sup>. En cuanto al primero, exhorta a que se redacte de forma clara y sencilla, sin remisión a otros textos que no se faciliten simultáneamente al comprador. Requiere

asimismo el respeto de los principios de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones y prohíbe específicamente determinadas cláusulas (artículo 10<sup>40</sup>). Respecto de la documentación, insta al promotor-cedente a aportar copia de los documentos que debe tener a disposición del público y de las autoridades (artículo 9<sup>41</sup>). De ese modo, el cedente debe facilitar al adquirente copia del aval o del seguro que garantice la devolución del dinero anticipado. Interesa subrayar que el artículo 2<sup>42</sup> *in fine* de la Ley 57/1968 puntualizaba que debía tratarse de la garantía «individualizada»<sup>40</sup>. El legislador acertó puesto que sólo la cautela singular protege al adquirente. En efecto, la contratación de una garantía global que asegure la devolución de todas las cantidades entregadas a cuenta en una promoción no resulta suficiente puesto que no identifica a los adquirentes y, por lo tanto, no les protege. Solamente el otorgamiento de una garantía singular, en el marco de la general, les legitima para recuperar las sumas adelantadas. De ahí que el promotor incumpla sus obligaciones si solamente les proporciona copia del contrato global de garantía otorgado con la entidad de seguros o de crédito<sup>41</sup>.

Por otra parte, la Ley 57/1968 requería también que el promotor recibiera las cantidades anticipadas a través de la cuenta abierta a esos efectos. Por lo tanto, los compradores debían ingresar en ella la sumas correspondientes, pudiendo el promotor disponer de ellas exclusivamente para destinarlas a la construcción. En caso de que éste último recibiera directamente el capital de manos de los compradores, debía hacer el ingreso correspondiente. Esta obligación regía durante toda la duración de la relación entre el promotor-cedente y el comprador-cesionario.

En la práctica existía la duda de cómo afectaba el incumplimiento de esta obligación al seguro de caución. La razón era que el artículo 4.f)<sup>43</sup> de la Orden de 29 de noviembre de 1968 condicionaba el cumplimiento del asegurador a «...que las garantías entregadas a cuenta de la vivienda hayan sido mediante ingreso en la cuenta especial a que se refiere el apartado segundo del artículo primero de la Ley de 27 de julio de 1968»<sup>42</sup>. Algunas compañías aseguradoras opusieron esa norma para negarse a cumplir con la garantía exigida. Sin embargo, el Tribunal Supremo rechazó esa interpretación en virtud de la finalidad de la Ley y por entender que era una cuestión entre el vendedor y la aseguradora<sup>43</sup>.

### 3.3. Obligaciones posteriores a la conclusión del contrato privado de compraventa

En esta fase el promotor deberá iniciar y terminar los trabajos de construcción de la vivienda. Evidentemente, deberá tener las características acordadas en el contrato y las previstas en la información y publicidad del promotor. En caso contrario, habrá incumplido sus obligaciones. Asimismo, deberá conseguir los permisos y licencias necesarios para que el inmueble cumpla su función de morada. De nuevo, la falta de alguno de ellos constituirá un incumplimiento que abrirá las puertas a la responsabilidad. A esos efectos cabe recordar la importancia que tiene la Ley de Ordenación de la Edificación pues impone determinadas garantías y responsabilidades incluso para la fase posterior a la entrega de la casa.

La Ley 57/1968<sup>44</sup> otorgaba al cesionario-comprador una opción en caso de que el promotor cedente no iniciase las obras o libre la vivienda a tiempo: le permitía elegir entre rescindir el contrato y recuperar el capital anticipado más el interés correspondiente o bien conceder una prórroga al promotor. Constituye el objeto del epígrafe siguiente.

## 4. EL DERECHO DE OPCIÓN DEL COMPRADOR

Conviene empezar analizando el supuesto de hecho desencadenante del derecho de opción. El artículo 3<sup>45</sup> se refería exclusivamente a dos hipótesis: la falta de inicio de las obras y la no entrega de la vivienda en las fechas acordadas<sup>44</sup>. La doctrina criticó esa limitación pues existen otros incumplimientos graves del promotor-cedente frente a los que debería protegerse al consumidor<sup>45</sup>. Así sucede, por ejemplo, cuando el inmueble no cumple las expectativas que derivaban de la publicidad o del contrato privado de compraventa<sup>46</sup>. Sin embargo, se rechazó extenderles por vía exegética el derecho de opción debido a su carácter extraordinario. Aun

aceptando esa afirmación, debe mantenerse que el cesionario-comprador tiene a su disposición los remedios que le ofrece la teoría general del Derecho de contratos y obligaciones. Entre ellos, la facultad de exigir el cumplimiento forzoso o la resolución del contrato en caso de que el incumplimiento contractual tenga entidad suficiente (artículo 1124 del Código civil). Y en ambos casos podrá obtener la indemnización de los daños y perjuicios.

El primer supuesto que daba lugar al derecho de opción era la falta de inicio de las obras en el plazo acordado. Se discutía cuándo tiene lugar: mientras que una parte de la academia consideraba que bastaba con obtener la licencia de obras, que exigía haber realizado el proyecto arquitectónico básico, otros autores reclamaban alguna actividad material de construcción y aludían, en particular, al acta de replanteo o de comienzo<sup>47</sup>). Resultaba preferible la segunda interpretación al ser más coherente con la finalidad de la Ley. La llamada acta de replanteo es una operación por la que se plasman fácticamente en el inmueble las dimensiones y formas indicadas en los planos que integran la documentación técnica de la obra.

La segunda hipótesis era la falta de entrega de la vivienda en la fecha prevista. Dos consideraciones resultan necesarias. La primera es que la jurisprudencia consideraba que no era suficiente con un mero retraso. Era necesario que frustrase la finalidad del contrato; es decir, que el comprador no tuviera interés en la entrega<sup>48</sup>). De ahí que el Tribunal Supremo exigiera que se ejercitase la acción resolutoria antes de que el vendedor instara al comprador a otorgar la escritura pública por estar la vivienda ya terminada y en disposición de ser entregada<sup>49</sup>). Esta doctrina tiene una explicación razonable: evitar el abuso de derecho. La idea que subyace es impedir que el comprador se prevalga de cualquier mínimo retraso para resolver un contrato válido y eficaz pero que, debido a la coyuntura económica, deja de interesarle.

Por otra parte, cabe denunciar la mala praxis existente en relación con los plazos de entrega. No es infrecuente que los contratos califiquen esta fecha como meramente orientativa o dejen su determinación a la discrecionalidad del promotor. Esas cláusulas son abusivas y, por lo tanto, nulas. El artículo 5.5 del Real Decreto 515/1989 exige que se identifique con toda claridad el momento de transmisión de la vivienda y el artículo 85.8 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios declara abusivas «(l)as cláusulas que supongan la consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del empresario».

A pesar de que el artículo 3 se refería sólo a los dos supuestos anteriores, se había defendido que el comprador también tenía el derecho de opción cuando se entregara el inmueble sin los permisos y autorizaciones que permitieran su habitabilidad<sup>50</sup>). Esa tesis se fundamentaba en que diversos preceptos de la Ley 57/1968 equiparaban los tres supuestos. Así, el artículo 2 exigía que se hiciera constar en el contrato que el promotor quedaba obligado a devolver las cantidades consignadas a cuenta en caso de que entregara la vivienda sin la cédula de habitabilidad –que debe entenderse hoy día sustituida por los permisos y autorizaciones correspondientes emitidos por las Comunidades Autónomas-<sup>51</sup>). Y el artículo 4 vinculaba la cancelación de las garantías a la entrega de la finca provista del citado documento<sup>52</sup>). Igual sucedía con la finalidad de la Ley, pues cabe recordar que se promulgó para garantizar el acceso a las viviendas. Un inmueble desprovisto de los correspondientes permisos y licencias no puede utilizarse como tal<sup>53</sup>).

Estas tres hipótesis desencadenaban el derecho de opción de forma automática. Resultaba indiferente la causa. Tanto si era imputable al vendedor como si había acontecido un suceso imprevisible e inevitable, el comprador tenía derecho a conceder una prórroga o a rescindir el contrato.

La primera opción que tenía el comprador era conceder una prórroga al promotor<sup>54</sup>). Es decir, acordar un nuevo plazo para el inicio o terminación de las obras y entrega de la vivienda<sup>55</sup>). El legislador exigía que se modificase el contrato de compraventa para proteger al adquirente, de modo que se incluyera una cláusula adicional en la que se especificara el nuevo plazo de terminación de las obras y entrega de la vivienda. Esta cláusula debía gozar de la misma protección que las anteriores: debía concretar la nueva fecha, no dejando discrecionalidad al promotor para determinarla ni prorrogarla.

La doctrina civilista advertía al comprador de los riesgos que entrañaba esta opción puesto que la prórroga no afectaba necesariamente a la garantía de la devolución de las cantidades entregadas a cuenta<sup>56</sup>). Las razones eran dos. De un lado, la duración del seguro o del aval se extendía hasta la fecha de entrega de la vivienda prevista en el contrato inicial de compraventa. De otro, la prórroga generaba una agravación del riesgo o carga asumida por el garante, por lo que no era de recibo que lo asumiera contra su voluntad. Esta interpretación contaba además con el respaldo del Derecho positivo. Amén del artículo 1851<sup>57</sup> del Código civil, la letra d) del artículo 4<sup>58</sup> de la Orden de 29 de noviembre de 1968 facultaba -pero no obliga- al asegurador a prorrogar la garantía en caso de que el comprador haya concedido un plazo adicional al promotor para la entrega de la vivienda. Pero es necesario que el promotor pague la prima que se acuerde a esos efectos.

La segunda opción era rescindir el contrato de compraventa y recuperar las cantidades entregadas a cuenta incrementadas con los intereses correspondientes. La doctrina civilista discutía acerca de la naturaleza de la institución; en particular, si se trataba de una verdadera hipótesis de rescisión o de un supuesto de resolución<sup>57</sup>). Somos partidarios de la última tesis dado que la rescisión es una solución supletoria pensada para supuestos en que un contrato válido lleva a resultados injustos<sup>58</sup>). No es el caso que nos ocupa: la facultad conferida al comprador trae causa del incumplimiento del promotor-cedente y podría llegarse a un resultado similar a partir del artículo 1124<sup>59</sup> del Código civil<sup>59</sup>).

El comprador debía recuperar todo el dinero que había entregado al promotor. Deben resultar irrelevantes los diferentes conceptos bajo los que se habían ido librando las cantidades, deviniendo muchas veces un puro nominalismo utilizado para sortear la aplicación de la Ley. No obstante, el destino de las sumas adelantadas podía generar problemas pues la Ley está pensada para que el comprador pudiera recuperar los importes destinados a financiar la construcción de la vivienda. Por lo tanto, podría entenderse que el promotor no estaba obligado a devolver los montantes recibidos con otras finalidades; por ejemplo, para satisfacer determinados gastos que corriesen por cuenta del comprador según el contrato<sup>60</sup>). Creemos que esa interpretación no debía ni debe prosperar. La razón es que tanto la Ley 57/1968 como la normativa vigente exigen que se devuelva todo el capital entregado a cuenta del precio final. Debe resultar irrelevante si se había acordado que serviría para financiar la construcción: el comprador debe poder recuperar todas las cantidades adelantadas que se imputasen al precio de la vivienda. Por otra parte, la normativa de defensa de los consumidores tiene gran importancia pues limita, explícita o implícitamente, los gastos que puede asumir el usuario. Así sucede, por ejemplo, con los costes de titulación de la compraventa (artículo 5.4.a)<sup>61</sup> del Real Decreto 515/1989).

El pago de los intereses devengados suscitaba tres cuestiones. La primera era el tipo aplicable. Recuérdesse que el artículo 3<sup>62</sup> de la Ley 57/1968 establecía el 6% anual mientras que la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup><sup>63</sup> de la Ley de Ordenación de la Edificación de 1999 impuso el interés legal. A pesar de que el último precepto se refería exclusivamente al seguro, debía entenderse que había modificado la Ley 57/1968 en este punto de modo que el interés legal se aplicaba tanto si la garantía concertada era un seguro de caución como un aval solidario<sup>61</sup>). En segundo lugar, debía determinarse el *dies a quo* del cómputo de los intereses. Aunque la ley no lo preveía expresamente, se devengaban desde el momento en que se entregaron las cantidades a cuenta, pudiendo ser diferentes si las fechas fueron diversas. El fundamento era la finalidad de la retribución de los réditos: compensar al comprador por el tiempo en que no pudo disponer de las sumas confiadas al promotor. La Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras ha introducido expresamente esa solución en el apartado 2, número 1 letra b) y número 2 letra b) de la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley de Ordenación de la Edificación. Por último, el *dies ad quem* era el momento en que se cumpliera la obligación de restituir el capital adelantado más los intereses. Así lo disponía la letra c) de la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley de Ordenación de la Edificación. En la actualidad así lo establece el apartado segundo, 1.b) y 2.b) de la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de esa Ley, tras la modificación de la Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras.

La obligación de devolver las cantidades entregadas a cuenta más los intereses legales gravaba

sobre el promotor-cedente. La cuestión residía en si el comprador podía dirigirse directamente contra los garantes sin requerir previamente a aquél la restitución del dinero adelantado. La respuesta dependía de la configuración de las garantías, que estaba condicionada por la Ley 57/1968 dada su imperatividad. Pocas dudas cabían que sí tenía acción directa contra la entidad de crédito que hubiera prestado el aval, puesto que la Ley lo calificaba de solidario. Por lo tanto, eliminaba el beneficio de excusión y permitía que el comprador pudiera exigir al garante la devolución de las sumas libradas amén de los intereses.

Mayor incertidumbre generaba el seguro. La Ley no lo configuraba como solidario y el artículo 4.f.2<sup>61</sup> de la Orden de 29 de noviembre de 1968 exigía que se hubiera requerido notarialmente o de otra manera indubitada al promotor. No obstante, podía mantenerse la tesis contraria. El riesgo asegurado era el incumplimiento del promotor de no iniciar las obras o entregar la vivienda a tiempo. Por lo tanto, en caso de que se produjera, el comprador podía dirigirse contra el cedente o contra cualquiera de los garantes. Tres argumentos soportaban la afirmación. En primer lugar el contenido de la Ley 57/1968. Sus artículos referían la garantía siempre a las hipótesis de falta de inicio de las obras, de falta de entrega de la vivienda o de no obtención de la cédula de habitabilidad. Así lo preveían específicamente los artículos 1.1<sup>62</sup> y 3<sup>63</sup>. Además el último no identificaba las personas obligadas a devolver las cantidades entregadas a cuenta, sino que utilizaba una fórmula impersonal<sup>62</sup>. En segundo término, la Ley 57/1968 dotaba de fuerza ejecutiva a la garantía cuando se acreditase con documento fehaciente que no se iniciaron las obras o no se entregó la vivienda en el plazo establecido. No requería que el comprador demostrase que había exigido al promotor la restitución de los anticipos y los intereses, ni que se hubiera incumplido esta obligación. Y tercero, no existía ninguna razón de peso, más allá de la letra de la ley, que justificase la diferencia entre el seguro y el aval en este extremo. Es más, parece que la idea del Ministerio que desarrolló la Ley 57/1968 era la contraria, de ahí que la Orden de 29 de noviembre de 1968 calificase el seguro como «de afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas». Así las cosas, podía interpretarse que la Ley 57/1968 otorgaba acción directa también contra la compañía de seguros que garantizaba la devolución del capital adelantado.

La Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras ha aclarado el tema. Actualmente no existe acción directa contra los garantes salvo cuando no sea posible reclamar previamente al promotor. Así lo disponen claramente las letras h) del número 1 y b) del número 2 del apartado 2 de la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley de Ordenación de la Edificación. Tanto frente al asegurador como al avalista, exige que primero se requiera de forma fehaciente al promotor para la devolución del capital adelantado, más los impuestos e intereses. Sólo resulta posible dirigirse directamente contra las entidades garantes «...cuando no resulte posible la reclamación previa al promotor». Ahora bien, el problema será interpretar y aplicar esta condición.

En cuanto a la prueba, el comprador-cesionario debía demostrar que entregó cantidades a cuenta del precio final y que el promotor había incumplido alguna de las obligaciones que generaban el derecho de opción. No necesitaba acreditar que el dinero se depositó en la cuenta destinada a esos efectos ni que el promotor pagó la retribución acordada al garante pues eran obligaciones propias del promotor frente al banco o a la aseguradora. Además, la Orden 29 de noviembre de 1968<sup>64</sup> establecía expresamente que la compañía de seguros no podía oponer al comprador la falta de pago de la prima<sup>63</sup>. Idéntica previsión contiene la letra e) del número 1 del apartado 2 de la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup><sup>65</sup> de la Ley de Ordenación de la Edificación en la actualidad.

En cuanto al plazo para que los garantes cumplan con la obligación de restituir los importes adelantados y los intereses, la Orden de 1968 preveía 30 días desde que se formulase la reclamación a la que acompañase copia del mencionado requerimiento. Desafortunadamente no existía estipulación alguna para el aval; pero podía recurrirse a la analogía para solucionar la laguna y mantener que el lapso debía ser el mismo. La Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras no ha previsto ningún termino para la devolución de las cantidades adelantadas al modificar la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley de Ordenación de la Edificación. Solamente fija un plazo de dos años desde el incumplimiento del promotor sin requerimiento del adquirente para la caducidad del aval (apartado 2, número 2, letra

c)

Por último, interesa destacar que el párrafo final del artículo 3 de la Ley 57/1968 salvaba los demás derechos que el comprador pudiera tener con arreglo a la legislación vigente. Por lo tanto, la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades anticipadas más los intereses no agotaban sus derechos. Podía ejercitar además todos aquéllos que fueran conformes al ordenamiento vigente. La doctrina acostumbraba a ejemplificar esa previsión con la indemnización de daños y perjuicios que el incumplimiento del promotor hubiera causado<sup>64</sup>). A los efectos que nos interesan, la acción de responsabilidad contra los administradores de la promotora también encontraría cobijo en esa previsión, si fuera necesario. La Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley de Ordenación de la Edificación carece de una previsión similar en la actualidad. Sin embargo, puede llegarse a la misma conclusión en virtud del criterio teleológico de interpretación.

## 5. LA AUSENCIA DE LAS GARANTÍAS DE LA DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES ENTREGADAS A CUENTA DEL PRECIO PACTADO

La falta de garantías de la devolución de las sumas adelantadas tiene gran trascendencia en la sentencia que se comenta pues da lugar a la acción individual de responsabilidad ejercitada. De ahí que procedamos a su análisis. Pero antes interesa significar que esta situación se plantea tanto cuando no se concierta contrato alguno con una entidad de seguros o de crédito, como cuando existe una garantía global pero falta la individual. En efecto, la ausencia de la última deja desprotegido al comprador puesto que su derecho a la restitución del capital entregado más los réditos no aparece específicamente contemplado en la garantía global y, por lo tanto, tampoco está cubierto por ella. Al respecto resulta significativo el artículo 5<sup>o</sup> de la Orden de 29 de noviembre de 1968. De un lado, imponía la emisión de las pólizas individuales a medida que se fueran incorporando asegurados. De otro, fijaba las condiciones mínimas que deberían aparecer en ellas. En particular, la identificación del asegurado y, en caso de que fuera diferente, del beneficiario; la fecha de ingreso de las cantidades anticipadas; y las fechas de inicio de la construcción y de entrega de la casa. Tras la reforma de 2015, la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley de Ordenación de la Edificación impone un contenido mínimo<sup>65</sup>).

La Ley 57/1968 castigaba expresamente la ausencia de garantías. Su artículo 6 establecía una sanción penal y otra administrativa. En cuanto a la primera, disponía que la ausencia de devolución de las sumas anticipadas podía ser constitutiva de una falta o delito de los previstos en los artículos 587.3<sup>o</sup> y 535<sup>o</sup> del texto revisado del Código Penal de 1932/1963; es decir, de apropiación indebida o de estafa<sup>66</sup>). El Código Penal de 1995 derogó esta norma<sup>67</sup>). En cuanto a la sanción administrativa, preveía una multa conforme a la Ley 49/1959, de 30 de julio, de Orden Público. La Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley de Ordenación de la Edificación revisó esa disposición en 1999. Su letra d) otorgaba legitimación a las Comunidades Autónomas para imponer las sanciones pero fijaba el límite del 25% de las cantidades cuya devolución debía ser asegurada o por lo dispuesto en la normativa propia de las Comunidades Autónomas. La Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras ha dedicado a las infracciones y sanciones el apartado 7 de la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley de Ordenación de la Edificación. En primer lugar, afirma que el incumplimiento de las obligaciones previstas en ella supone una infracción en materia de consumo y se remite a la normativa especial correspondiente. Salva las competencias de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Segundo, permite que las Comunidades Autónomas establezcan una sanción para la falta de la contratación de la garantía de la devolución del capital entregado. Pero, al igual que la versión anterior, establece un máximo del 25% de las cantidades anticipadas. Y tercero, se podrán acumular a las dos anteriores sanciones las previstas en la normativa de ordenación de la edificación.

En cuanto a las consecuencias civiles, la falta de constitución de las garantías del artículo 1<sup>o</sup> de la Ley 57/1968 justificaba la negativa del comprador a cumplir sus obligaciones ( *exceptio non adempti contractus* ). Resultaba discutible si además permitía resolver el contrato en virtud del artículo 1124<sup>o</sup> del Código civil, existiendo posiciones encontradas en la doctrina<sup>68</sup>). La clave

residía en si se trata de un incumplimiento grave de una obligación esencial para la relación contractual<sup>69</sup>). A favor de la respuesta afirmativa cabía argumentar que era la *ratio* de la Ley 57/1968. El legislador dictó esta disposición para conseguir que los promotores destinasen las cantidades anticipadas a la construcción de la vivienda y para que garantizaran su devolución en caso de que incumplieran. Además, configuró esos derechos como irrenunciables. Sin embargo, la esencia de estas obligaciones justificaba la solución contraria, que defendemos. Se trataba de obligaciones accesorias al servicio de la obligación principal que era la construcción y entrega de la vivienda con todos los permisos y autorizaciones. Es decir, carecían y carecen de mayor trascendencia en caso de que el promotor cumpla sus obligaciones y también si incumple pero restituye las sumas recibidas a cuenta del precio final más los intereses correspondientes<sup>70</sup>). Y así lo ha entendido la jurisprudencia al privar de significación a la falta de garantías cuando la vivienda ha podido acabarse y entregarse a tiempo<sup>71</sup>).

La ausencia de garantías resulta en extremo preocupante cuando el promotor no inicia las obras o no entrega la vivienda en las fechas estipuladas. Especialmente cuando, como suele ser habitual, el inmueble se hipotecó para conseguir la financiación necesaria para la construcción. En caso de que no resulte razonable la prórroga, el comprador se halla en una encrucijada difícil pues, en principio, fía la recuperación del capital entregado a la solvencia del promotor. De ahí que cuando no exista intente recurrir a otros remedios para recuperar la inversión realizada; entre ellos, la acción individual de responsabilidad contra los administradores de la sociedad promotora, como sucede en el litigio que nos ocupa.

## II. LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2014

### 1. LAS PRIMERAS SENTENCIAS

La Audiencia Provincial de Barcelona se había enfrentado en dos ocasiones con anterioridad al problema de la responsabilidad de los administradores por la falta de garantías de la devolución de las cantidades entregadas a cuenta. En los dos casos había desestimado las demandas al considerar que no se había probado ilícito alguno. En la sentencia 64/2012, de 22 de febrero defendió que «... esa conducta omisiva [no haber contratado los seguros o avales que exige el artículo 1 de la Ley 57/1968] no cabe imputarla propiamente a los dos administradores sino a la sociedad concursada, ya que era ésta la obligada a ingresar las cantidades anticipadas en una cuenta garantizada o a otorgar los avales ...». Por lo tanto, no concurrían los requisitos de la acción individual de responsabilidad porque «... el daño no derivaría directamente de un acto u omisión propia de los demandados sino de la sociedad». Y utilizó un argumento adicional: el demandante había participado en la constitución de la promotora y había asistido, en calidad de socio, a la junta general que acordó no otorgar los avales referidos. Un año más tarde mantuvo la misma doctrina en la sentencia 311/2013, de 18 de julio, reproduciendo literalmente fragmentos de la decisión anterior.

Otras Audiencias Provinciales también se habían pronunciado sobre la cuestión. La de Pontevedra se había alienado en la misma dirección en el fallo 98/2012, de 8 de marzo. En este caso el problema residía en el destino de las cantidades a cuenta. La promotora había terminado la vivienda pero no pudo entregarla ni cancelar la hipoteca que gravaba sobre la misma y cuya ejecución privó definitivamente a los compradores de la propiedad sobre el inmueble. Pese a reconocer la gravedad del incumplimiento, la Audiencia desestimó la acción pues era imputable a la sociedad y no a sus gestores<sup>72</sup>). Los demandantes no habían acreditado ningún ilícito de éstos, con lo que faltaba un elemento esencial de la acción individual de responsabilidad. Añadió además que la falta de otorgamiento de las garantías habían devenido irrelevante al haberse terminado la edificación a tiempo.

En cambio, las Audiencias Provinciales de Burgos y Logroño sí habían estimado la acción individual de responsabilidad. En la sentencia 310/2012, de 31 de julio, la primera justificó su decisión en que la promotora era una cooperativa y el artículo 4 del Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre extendía a las juntas rectoras la obligación de garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta. En la sentencia 43/2012, de 15 de febrero la Audiencia de Logroño argumentó

que los administradores habían incumplido una obligación propia; en particular, la de velar por el cumplimiento de las obligaciones de la promotora.

## 2. EL CAMBIO DE CRITERIO: LA INCIDENCIA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE MAYO DE 2014

Diez meses después de la segunda resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona, el Tribunal Supremo estimó una acción individual de responsabilidad en un supuesto harto similar. La sentencia 242/2014, de 23 de mayo tiene su origen en un contrato de compraventa de vivienda con entrega anticipada de cantidades a cuenta del precio final. El comprador resolvió el contrato debido al retraso en la entrega del inmueble por carecer de la licencia administrativa de primera ocupación y al no haberse contratado las garantías necesarias para asegurar la devolución de las sumas adelantadas. Litigó tanto contra la promotora como contra sus administradores. La primera instancia estimó la demanda en su integridad. La Audiencia Provincial confirmó la decisión en cuanto a la promotora pero no respecto de sus dirigentes al carecer de legitimación pasiva. El Tribunal Supremo acogió el recurso de casación interpuesto por el comprador. Afirmó que los gestores sociales habían incumplido un «deber objetivo de cuidado» que tiene su origen en las obligaciones contractuales de la sociedad: «la fuente de deberes que se le imponen en su condición de administradores es, entre otras, la de cumplir y respetar las normas que afectan a la actividad social o sectorial, si se prefiere». Y continuó más adelante: «La infracción de este deber, supone un incumplimiento de una obligación de la sociedad, que es imputable a los administradores, por negligencia, en el ejercicio de sus funciones en el cargo, actuando como órgano social»<sup>73</sup>).

El posicionamiento de la máxima autoridad judicial condiciona el fallo de la Audiencia Provincial de Barcelona, que se siente obligada a revisar su doctrina. Empieza justificando sus dos decisiones anteriores con el argumento de que la obligación de constituir las garantías recaía sobre la sociedad promotora y no sobre sus administradores. Mas explica que el Tribunal Supremo ha alterado esa tesis al estimar la acción individual. La Audiencia de Barcelona no comparte plenamente su justificación «...porque puede suponer hacer responsables a los administradores personalmente de cualquier infracción de las normas legales o de los deberes de cuidado por parte de la sociedad, sean de *ius cogens* o no...» Sin embargo, adopta la nueva interpretación porque «... dicha sentencia se adecua plenamente al sistema de responsabilidad establecido en los arts. 133<sup>o</sup>, y 135<sup>o</sup> LSA (arts. 236<sup>o</sup> y 241<sup>o</sup> LSC)». Consecuentemente, afirma que el incumplimiento de las obligaciones de la sociedad es personalmente imputable a los administradores «...al haber infringido éstos una norma de cuidado que el ordenamiento jurídico les impone para proteger el interés del tercero que demanda y que, en nuestro caso y en el contemplado en la referida STS, ese inexcusable incumplimiento de la norma legal resulte personalmente imputable a los administradores pues sin aquél no se hubiera producido un daño a tercero, cumpliéndose así la necesaria relación de causalidad directa y adecuada entre la imputación y el daño inferido que el artículo 135 LSA (y 241 LSC) precisa». También rechaza las excepciones de falta de legitimación pasiva esgrimidas por los administradores, como veremos más adelante. Esencialmente afirma que los demandados eran miembros del órgano de gestión y representación de la promotora cuando se produjo el ilícito.

Interesa apuntar que la Audiencia Provincial de Barcelona aplica la Ley de Sociedades Anónimas (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre<sup>o</sup>) y no la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio<sup>o</sup>)<sup>74</sup>). La razón es que los hechos se produjeron antes de que entrara en vigor la última. El contrato privado de compraventa se firmó el 30 de abril de 2007 y debía otorgarse la escritura pública el 30 de mayo de 2009. El comprador comunicó la resolución del contrato algunos meses después de la última fecha, pidiendo la devolución de las cantidades entregadas a cuenta. La Disposición Final 3.<sup>a</sup><sup>o</sup> del Real Decreto Legislativo 1/2010 fija la entrada en vigor de la Ley de Sociedades de Capital.

## III. COMENTARIO DE LA SENTENCIA

### 1. LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD

## 1.1. Génesis de la norma legal

La acción individual de responsabilidad está regulada actualmente en el artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital. Trae causa del artículo 81 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951. El Código de comercio de 1885 dedicaba a esta cuestión el artículo 156; mas se trataba de una acción social y no individual<sup>75)</sup>. Era la sociedad la que podía actuar contra sus gestores en caso de que hubieran obrado con malicia, abuso de facultades o negligencia grave (artículo 156)<sup>76)</sup>. Además, concebía la relación entre ambos como un mandato. De ahí la inadecuación de su régimen jurídico.

El Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas de 1947 introdujo la acción individual inspirándose en el artículo 2395 del Código Civil italiano<sup>77)</sup>. Contemplaba la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad, a los socios y a los acreedores en caso de malicia, abuso de facultades o negligencia grave. Y preveía las dos acciones: social e individual. Ese régimen se incorporó a la Ley de Sociedades Anónimas de 1951. Su artículo 81 rezaba: «No obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, quedan a salvo las acciones de indemnización que pueda corresponder a los socios y a los terceros por actos de Administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos». Pasó literalmente al artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 y de ahí al artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital. Pero durante el último trasvase se perdió el introito que salvaba el contenido de los preceptos anteriores.

En la actualidad, la Ley de Sociedades de Capital contempla tres acciones contra los administradores: la social, la individual y la de responsabilidad por deudas. La primera se halla disciplinada en el Capítulo V ( *La responsabilidad de los administradores* ) del Título VI ( *La administración de la sociedad* ) y es una responsabilidad por daños que tiene por finalidad el resarcimiento de los perjuicios que los gestores sociales ocasionan a la persona jurídica. De ahí que la legitimación corresponda a la propia sociedad y la indemnización se destine a restaurar su patrimonio<sup>78)</sup>. Ahora bien, a fin de reforzar su eficacia y evitar que el primer legitimado la frustre, se habilita subsidiariamente a socios que alcancen un porcentaje determinado del capital social y a los acreedores para ejercitar la acción social<sup>79)</sup>.

La acción individual se diferencia de ella esencialmente en el interés lesionado. El artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital deja claro que su fundamento reside en el perjuicio directo al patrimonio de los socios o terceros<sup>80)</sup>. Esa diferencia justifica la diversidad de legitimación activa: sólo pueden ejercitarla los socios o terceros –acreedores de la sociedad o no- que hayan sufrido un daño directo en sus intereses. En caso de que tenga éxito, el resarcimiento irá destinado a reparar su patrimonio y no el de la sociedad.

La responsabilidad por deudas está tipificada en el artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital, enmarcado en el Capítulo I ( *La disolución* ) del Título X ( *Disolución y liquidación* )<sup>81)</sup>. Los administradores incurren en ella cuando incumplen su obligación de convocar junta general para que disuelva la sociedad, o cuando no solicitan su disolución judicial o su concurso en caso de que la junta no se haya constituido o no haya acordado disolver la compañía. La sanción que se les impone no es resarcir el daño causado sino responder solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al advenimiento de la causa legal o estatutaria de disolución. De ahí que resulte irrelevante el perjuicio ocasionado y que la persona que ejercita la acción no necesite probar ni el quebranto patrimonial ni la relación de causalidad con la omisión de los gestores.

La acción individual difiere de la última en que tiene por objeto una responsabilidad por daños y no por deudas<sup>82)</sup>. De ahí que entre sus presupuestos estén el perjuicio causado a los socios o terceros y la relación de causalidad con el acto u omisión de los administradores. Y aquí reside la segunda gran diferencia. La responsabilidad por deudas sólo se produce cuando el administrador incumple determinadas obligaciones relacionadas con la disolución por causas legales o estatutarias de la compañía. En cambio, la responsabilidad por daños a la que se refiere el artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital se genera cuando los dirigentes sociales contravienen la ley, los estatutos o incumplen sus deberes, como veremos.

## 1.2. Naturaleza jurídica

La Ley de Sociedades de Capital se muestra excesivamente parca al regular la acción individual de responsabilidad. Su artículo 241 se limita a especificar tres extremos: la finalidad indemnizatoria, su origen en actos u omisiones de los administradores sociales y la lesión de los intereses de socios o terceros. De ahí la necesidad de pronunciarse sobre su naturaleza jurídica. La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia la configuran como una responsabilidad societaria y «orgánica»<sup>83</sup>. Es decir, una responsabilidad que se enmarca en el Derecho de sociedades y que deriva de la actuación de los administradores en el ejercicio de sus funciones. Comparte así el régimen jurídico de la acción social, de modo que sus presupuestos serían los mismos, con la diferencia que genera la necesidad de que el daño afecte directamente al patrimonio de los socios y terceros.

No obstante, autorizadas opiniones han mantenido una tesis diferente en relación con los artículos 83 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y 135 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989<sup>84</sup>. Han desprovisto a esos preceptos de contenido sustantivo, considerándoles simples normas de remisión. Fundan su posición en diversos argumentos, el primero de los cuales es la literalidad de esas disposiciones, pues utilizaban la fórmula típica de las normas de remisión («quedan a salvo») y no sólo salvaban la aplicación de los artículos 80 de la Ley de Anónimas de 1951 y 134 de la de 1989 sino también de los artículos 79 de la Ley de Anónimas de 1951 y 133 de la de 1989. El segundo argumento es histórico: el Código de comercio y el proyecto de Ley de 1947 se referían exclusivamente a la responsabilidad por daños a la sociedad. Tercero, el artículo 2395 del Código civil italiano y el artículo 19 de la Propuesta de Quinta Directiva no regulaban una acción específica sino que se limitaban a prever la posibilidad de recurrir contra los administradores en caso de que hubieran causado daños a terceros. El último argumento es de orden sistemático: el artículo 135 se apartaba de los artículos 133 y 134, que formaban una unidad entre sí.

Compartimos la tesis mayoritaria por tres razones. En primer lugar, la escasa trascendencia de la interpretación contraria. Poco aporta la configuración del artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital como una simple norma de remisión pues, aunque no existiera, la solución sería la misma. En cambio, sí resulta trascendente configurarla como un supuesto más de responsabilidad de los administradores. Y, a pesar de su parquedad, la disposición citada proporciona los elementos claves del régimen de responsabilidad: su finalidad resarcitoria, la delimitación del ilícito como un acto de los administradores y la necesidad de que cause un daño directo a los intereses de los socios o terceros. Por lo tanto, puede dotarse de contenido material al artículo 241. En segundo término, la ubicación del precepto dentro del Capítulo V del Título VI de la Ley de Sociedades de Capital obliga a calificar la responsabilidad como «orgánica». Los gestores sociales responden porque los daños causados derivan de la actividad desarrollada en el ejercicio de sus funciones. De ahí que sea objeto de regulación por la Ley de Sociedades de Capital. En tercer y último lugar, la voluntad del legislador lleva a afirmar el paralelismo entre las dos acciones de responsabilidad por daños. La supresión de la proposición inicial «No obstante lo dispuesto en los artículos precedentes...» no altera el contenido esencial del precepto pero refuerza su vinculación con los anteriores y la configuración «orgánica» de la acción individual. Así, los artículos 236 y 237 establecen los presupuestos y una de las principales consecuencias de la responsabilidad de los administradores; los artículos 238, 239, 240 y 241 disciplinan las dos acciones; y el 241 bis fija el plazo para su ejercicio. El último precepto refuerza todavía más la tesis defendida<sup>85</sup>. Al establecer el mismo plazo para ejercitar las dos acciones, robustece el paralelismo existente y la identidad de su naturaleza.

La doctrina se ha mostrado más dividida sobre la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad de los administradores objeto de la acción individual. Mientras que unos autores han defendido la primera opción, otros han mantenido la tesis contraria<sup>86</sup>. Y buena parte de la academia ha afirmado que procedía una u otra calificación en función de los casos<sup>87</sup>. Por ejemplo, frente a los socios la responsabilidad sería contractual pues los administradores estarían obligados a respetar sus derechos. En cambio, sería extracontractual frente a terceros al no existir vínculo

obligacional entre ellos y los dirigentes de la compañía. La jurisprudencia fluctuó entre las dos posiciones hasta que el Tribunal Supremo fijó su posición sobre la prescripción en la conocida sentencia 749/2001, de 20 de julio<sup>88</sup>).

Debe mantenerse la naturaleza extracontractual de la responsabilidad de los administradores objeto de la acción individual. Es cierto que puede derivar del incumplimiento de sus deberes, pero su contraparte es la sociedad y no los socios o terceros. El administrador no está obligado frente a ellos, pues la finalidad de las disposiciones que establecen los deberes de diligencia y lealtad es proteger a la compañía<sup>89</sup>). También puede existir una relación contractual que vincule a ésta con los terceros, pudiendo darse el caso de que el daño traiga causa de su incumplimiento. Mas no por ello la responsabilidad de los dirigentes sociales sería contractual, pues ninguna relación obligacional les vincula a los socios o terceros que ejercitan la acción individual. Además, la responsabilidad también puede derivar de la infracción de la ley o de los estatutos. Por último, la acción individual tiene una finalidad indemnizatoria. Del artículo 241<sup>90</sup> se deriva que sirve para reparar los perjuicios directamente ocasionados al patrimonio de los socios y terceros.

### 1.3. Los presupuestos de responsabilidad

La calificación de la acción individual como societaria, orgánica y resarcitoria determina que sus presupuestos sean los previstos en el artículo 236<sup>91</sup> de la Ley de Sociedades de Capital. Coinciden, por lo tanto, los de las dos acciones, la social y la individual, con la diferencia que producen la diversidad de intereses perjudicados<sup>90</sup>). La Audiencia Provincial de Barcelona mantiene esa tesis en la sentencia comentada. Considera que el artículo 135<sup>92</sup> de la Ley de Sociedades Anónimas entroncaba con el artículo 133<sup>93</sup> (artículos 236<sup>94</sup> y 237<sup>95</sup> de la Ley de Sociedades de Capital) y conformaban un sistema con el artículo 134<sup>96</sup> (artículos 238<sup>97</sup>, 239<sup>98</sup> y 240<sup>99</sup>).

El artículo 236<sup>100</sup> exige en primer lugar un acto u omisión de los administradores. Ahora bien, deben enmarcarse en el ejercicio de sus funciones para que resulte aplicable el régimen de la Ley de Sociedades de Capital. Se genera la duda de si deben incluirse también los actos de representación porque, en este caso, las consecuencias jurídicas recaen sobre la sociedad. Deviene titular de los derechos, obligaciones y responsabilidades derivados de la actividad de los administradores en nombre y por cuenta suya. Por lo tanto, también responde de los perjuicios que hayan ocasionado en el ejercicio de las funciones representativas del cargo. De ahí que una parte de la doctrina ciña la acción individual a la actuación orgánica no representativa del administrador<sup>91</sup>). Sin embargo, dos argumentos nos llevan a alinearnos con la posición contraria, mayoritaria hoy en día. El primero es que la ley no distingue; en particular, no excluye la actuación representativa del ámbito de responsabilidad de los administradores. El segundo es evitar el blindaje: la aplicación rígida de la doctrina de la representación orgánica llevaría a una exoneración frente a las acciones de terceros, de modo que los gestores sociales sólo responderían frente a la sociedad que están gestionando<sup>92</sup>). Esa solución no es admisible al suponer un trato de favor injustificado. De ahí que deba propugnarse que los perjuicios generados por la actuación representativa de los administradores puedan entrañar la responsabilidad tanto de la sociedad como de sus gestores.

En segundo término, el acto u omisión lesivo debe suponer la infracción de la ley o de los estatutos o bien el incumplimiento de los deberes inherentes al cargo. Cabe hacer dos precisiones en relación con el caso que nos ocupa. No toda violación de una ley fundamenta la acción individual; es necesario que se trate de una norma imperativa que imponga obligaciones a los administradores por su condición de miembros del órgano de gestión y representación<sup>93</sup>). No es el caso de la Ley 57/1968, pues sus destinatarios son los promotores-cedentes y no sus dirigentes. Así se deduce claramente de la letra de la disposición y lo confirma el régimen de la construcción de viviendas por cooperativas al imponer la garantía de la devolución de las sumas adelantadas a los miembros de la junta rectora (artículo 4 del Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre). En cuanto al régimen vigente tras la reforma de 2015, la solución debe ser la misma, pues el promotor, sea persona física o jurídica, es el destinatario de las obligaciones impuestas por la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup><sup>101</sup> de la Ley de Ordenación de la Edificación, como reza la rúbrica de su apartado

primero.

En cuanto a los deberes, resulta evidente que su titular debe ser el administrador y no la persona jurídica gestionada. La Ley de Sociedades de Capital los regula en el Capítulo III del Título VI<sup>93</sup>. Como veremos, los artículos 225 a 232 no contienen una lista tasada de deberes de los administradores sino que algunos, por su carácter general y preferente, ocupan la cúspide del sistema y generan nuevas obligaciones para los dirigentes de las compañías. Pero esa caracterización no debe servir para sortear la exigencia del presupuesto. La persona que ejercita la acción individual de responsabilidad debe especificar el deber que ha resultado incumplido y reconducirlo al sistema previsto en el Capítulo III.

Tercero, el acto u omisión de los administradores debe ser doloso o culposo. No es suficiente con que suponga una infracción de la ley, de los estatutos o un incumplimiento de los deberes inherentes al cargo. El artículo 236<sup>94</sup> exige además el dolo o la culpa de los gestores sociales<sup>94</sup>. Interesa recordar que la Ley de Sociedades de Capital presume su concurrencia cuando se ha infringido una ley o los estatutos. Se trata de una presunción relativa que el administrador podrá combatir; pero tiene la carga de la prueba. No existe una norma similar para el incumplimiento de los deberes. La persona que ejercita la acción individual de responsabilidad debe acreditar su existencia<sup>95</sup>.

El cuarto presupuesto es la producción de un daño directo en el patrimonio de los socios o terceros. Así lo establece el artículo 241<sup>96</sup>, de modo que no cabe ejercitar la acción individual cuando el daño sufrido sea consecuencia del ocasionado a la sociedad; aunque la lesión del patrimonio social repercuta en el de los socios y terceros<sup>96</sup>. En ese caso sólo cabe la acción social. Por eso, no ha prosperado una demanda en que un socio reclamaba las cantidades que le corresponderían en los beneficios ocultados en tres ejercicios sociales y por el traspaso del negocio que desarrollaba la sociedad, así como las sumas retiradas injustificadamente por los administradores de la caja social<sup>97</sup>. Igual ha sucedido cuando la imposibilidad de cobrar los créditos deriva de la situación de insolvencia de la sociedad y no de que los administradores incumplieran sus deberes<sup>98</sup>. En cambio, el Tribunal Supremo ha estimado una acción ejercitada por dos acreedores de una sociedad en concurso debido a que los administradores no incluyeron determinadas regularizaciones y saneamientos en las cuentas anuales, que no ofrecían una imagen fiel de la delicada situación patrimonial de la sociedad. En palabras del propio Tribunal: «... lo relevante era que la información contable distorsionada de la sociedad generó una confianza en los dos acreedores demandantes que les llevó a asumir un riesgo que no hubieran adoptado de haber tenido conocimiento de la verdadera situación patrimonial de la sociedad deudora»<sup>99</sup>. Evidentemente, la carga de la prueba de la lesión directa del patrimonio grava sobre el titular de la acción individual, pues se trata de uno de sus presupuestos.

Interesa añadir que también es posible que una misma acción u omisión puede dañar directamente tanto el patrimonio social como el de los socios y terceros. La doctrina ilustra esa posibilidad con el supuesto de la elaboración de cuentas anuales falsas<sup>100</sup>. Puede causar daños a la sociedad al posibilitar el pago de una remuneración exorbitante a los administradores o el desembolso de dividendos irreales. Igualmente, puede incitar a los socios a adquirir acciones de la sociedad y a los terceros a contratar con ella, con lo que sus respectivos intereses pueden resultar perjudicados. Sin embargo, la prueba se plantea harto difícil, por lo que la jurisprudencia normalmente considera que los daños a los socios o terceros derivan de los infligidos a la sociedad<sup>101</sup>.

Por último, es necesario que exista una relación de causalidad entre esos dos elementos: el daño directo debe ser consecuencia de la conducta de los administradores, enmarcada en el ejercicio de las funciones propias del cargo. La doctrina más autorizada distingue la imputación objetiva y la causalidad, caracterizando a la última por la determinación de si un hecho es la causa de un resultado<sup>102</sup>. Constituye una cuestión fáctica. En cambio, la imputación objetiva presenta una naturaleza jurídica y consiste en fijar criterios normativos por los cuales un resultado es atribuible o no a un comportamiento. Se parte de la equivalencia de las condiciones pero se identifican cinco criterios que excluyen la imputación objetiva que deriva de esa teoría. Los criterios son conocidos

como: el riesgo general de la vida, la prohibición de regreso, el criterio de la provocación, el fin de protección de la norma, el incremento del riesgo y la competencia de la víctima. En el ámbito de la responsabilidad de administradores presenta gran importancia la solidaridad impuesta por el artículo 237 de la Ley de Sociedades de Capital, que analizaremos más adelante.

La necesidad de que el daño sea directo y de que exista un nexo de causalidad con el ilícito explican la irrelevancia de la falta de depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil. El demandante también alegó esa circunstancia, mas no se le da mayor trascendencia en la sentencia. Esa decisión es correcta pues la falta de depósito no permite estimar la acción ejercitada al no generar ninguna pérdida directa en el patrimonio del demandante<sup>103</sup>). Es posible que existiera un daño indirecto derivado del perjuicio que pudiera ocasionar a la compañía. Mas ese menoscabo es insuficiente para fundamentar la acción individual de responsabilidad.

## **2. EL DISTINTO FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN CONTRA LA SOCIEDAD POR INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO Y DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL CONTRA LOS ADMINISTRADORES POR DAÑOS A LOS CONTRATANTES**

La persona que contrata con una sociedad tiene una diversidad de acciones en caso de que los administradores hayan causado el incumplimiento de las obligaciones contractuales. La razón es que el fundamento y el régimen jurídico de estas acciones es diferente. En el caso de la compañía, la acción derivaría del incumplimiento del contrato y se regiría por las normas especiales que lo regularan o, en su defecto, por la teoría general de las obligaciones y contratos. En cambio la responsabilidad de los administradores exige que un acto u omisión antijurídico suyos, enmarcado en el ejercicio de sus funciones, haya causado un perjuicio directo a los intereses de la contraparte de la sociedad.

El análisis del supuesto de hecho de la sentencia comentada permite apreciar esta diferencia. Cabe recordar que la persona que ejercitó la acción individual era el adquirente de la vivienda, vinculado a la promotora por un contrato de compraventa. Esta sociedad había incumplido dos obligaciones al menos: no había suscrito las garantías que prescribía el artículo 1 de la Ley 57/1968 y no había acabado la edificación a tiempo, con lo que no había entregado el inmueble en la fecha prevista. Como hemos comentado, resulta discutible si el primer incumplimiento tenía tanta envergadura que permitía resolver el contrato ex artículo 1124 del Código civil<sup>104</sup>). Pero ninguna duda cabe de que fundamentaba una acción de indemnización de daños y perjuicios. En cuanto a la falta de entrega de la vivienda, el artículo 3 de la Ley 57/1968 facultaba al comprador para rescindir el contrato y exigir la restitución de todas las sumas anticipadas más los intereses correspondientes. Pero además tenía derecho a que se le resarcieran los perjuicios que esa omisión le había ocasionado. Así se deducía del párrafo final del artículo 3, que reservaba al cesionario los demás derechos que le pudieran corresponder de acuerdo con la legislación vigente.

El ejercicio de estas acciones podría carecer de interés si la sociedad promotora era insolvente. Aunque la pretensión del comprador triunfara, lo cual resultaba bastante probable, su efectividad quedaría sometida a las vicisitudes del concurso. Consecuentemente, las probabilidades de ver realizado su crédito se reducirían en gran medida. Ante esa situación cabía intentar vías alternativas, como la acción individual de responsabilidad contra los administradores de la promotora.

El comprador del inmueble estaba facultado para ejercitar la acción individual puesto que el artículo 241 establece una legitimación activa muy amplia: cualquier socio o tercero, tanto si es acreedor de la sociedad como no. Pero es necesario que haya sufrido un daño que traiga causa de un acto u omisión doloso o culposo de los administradores que, además, suponga la infracción de la ley o de los estatutos, o un incumplimiento de los deberes inherentes al cargo. Por lo tanto, no basta con demostrar que la promotora no ha entregado la vivienda en la fecha acordada, con los permisos y autorizaciones necesarios, o que no ha concertado las garantías que la ley exige. Estas obligaciones gravan sobre la sociedad y no sobre sus gestores. El comprador debe probar que han vulnerado la ley, los estatutos o que han incumplido sus deberes de forma dolosa o negligente;

además, que esta acción u omisión ha dañado sus intereses y que ese perjuicio no deriva del inferido a la compañía. Es decir, no basta con probar que las posibilidades de ver realizados sus derechos contra la sociedad han disminuido a consecuencia de la conducta negligente de los administradores.

Interesa añadir que la disparidad en el fundamento tiene reflejo en el plazo para ejercitar la acción y en la competencia judicial. El término para actuar contra la sociedad promotora o contra sus administradores es diferente<sup>105</sup>). En el primer caso depende de que la acción traiga causa del incumplimiento de una obligación. Si la respuesta es afirmativa, habrá que estar al régimen jurídico de la obligación incumplida. En el caso que nos ocupa, sería de 15 años en aplicación del artículo 1964 del Código civil. La razón es que la Ley 57/1968 no fijaba ningún periodo para el ejercicio de la acción de rescisión. Por lo tanto, hay que acudir a las normas generales del contrato de compraventa. Como el Código civil tampoco establece lapso específico para la resolución por incumplimiento, deviene aplicable el general previsto para las acciones personales que no tengan señalado un término específico. En caso de que la responsabilidad de la compañía fuera extracontractual, el plazo para ejercitar la acción sería de un año de prescripción en virtud del artículo 1968.2 del Código civil, salvo cuando existiera una norma jurídica especial que estableciera una duración diferente.

El plazo para el ejercicio de la acción individual de responsabilidad contra los administradores de las sociedades mercantiles es de 4 años en virtud del artículo 241 bis de la Ley de Sociedades de Capital<sup>106</sup>). Cabe recordar que la cuestión había sido polémica<sup>107</sup>). La jurisprudencia oscilaba entre el plazo de 1 año de la responsabilidad extracontractual, en aplicación del artículo 1968.2 del Código civil por remisión del 943 del Código de comercio, y el de 4 años del artículo 949 del Código de comercio. El Tribunal Supremo fijó su doctrina en la sentencia 749/2001, de 20 de julio, que falló a favor de la aplicación del último precepto. Finalmente la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo «legalizó» esa solución al introducir el artículo 241 bis en la Ley de Sociedades de Capital.

En cuanto a la competencia judicial, el artículo 45 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil legitima a los juzgados de primera instancia para conocer de los incumplimientos derivados del contrato de compraventa. En cambio, corresponde a los juzgados de lo mercantil decidir sobre las acciones de responsabilidad contra los administradores. El fundamento es la letra a) del apartado 2.º del artículo 86 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, que les reconoce competencia sobre las cuestiones civiles que «...se promuevan al amparo de la normativa reguladora de la sociedades mercantiles». La creación de los últimos órganos judiciales generó dudas sobre la posibilidad de acumular las acciones contra la sociedad y contra sus administradores así como a quién correspondía a su conocimiento. Tanto la doctrina como la jurisprudencia menor mantuvieron diversas posiciones al respecto<sup>108</sup>). El Tribunal Supremo zanjó la cuestión en la sentencia 539/2012, de 10 de septiembre, en la que declaró la acumulabilidad de ambas acciones y la competencia de los juzgados de lo mercantil<sup>109</sup>). Reconoció que el artículo 73 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no servía de fundamento para la acumulación. Pero lo halló en la estrecha conexión que existía entre ambas acciones; conexión que obligaría a interponer una doble demanda, lo que sería contrario a la economía procesal<sup>110</sup>). Afirmó que esa situación respondía a una laguna legal que podía solucionarse aplicando analógicamente las normas sobre acumulación. Así las cosas, otorgó competencia a los juzgados de lo mercantil para conocer de las acciones acumuladas en base a tres argumentos<sup>111</sup>). El primero era que ante ellos se ejercitaba la acción más específica: la de responsabilidad de los administradores. El segundo era que el artículo 45 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que otorgaba competencia a los juzgados de lo civil para decidir las materias no atribuidas a otros órganos judiciales, era una norma de cierre del sistema, por lo que no podía prevalecer sobre las normas que otorgaban competencia a los juzgados de lo mercantil. Por último, esta solución producía una alteración mínima en el sistema y respetaba la efectividad de la ley que creó los juzgados de lo mercantil.

### 3. EL DEBER DE ASEGURAR EL CUMPLIMIENTO POR LA SOCIEDAD DE LAS NORMAS LEGALES IMPERATIVAS

#### 3.1. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona: deber de cuidado de los administradores

La sentencia comentada resulta criticable porque la Audiencia Provincial no precisa el deber incumplido por los administradores. En efecto, afirma que infringieron «una norma de cuidado que el ordenamiento jurídico les impone para proteger el interés del tercero que demanda y que ... ese inexcusable incumplimiento de la norma legal resulte personalmente imputable a los administradores».

A nuestro modesto entender la determinación del ilícito carece de la precisión y fundamentación necesarias. Resulta excesivamente genérica al no identificar la conducta ilegal. La Audiencia no especifica qué acto u omisión de los gestores sociales ha generado el daño cuya indemnización se reclama. Y segundo, tampoco identifica la norma jurídica que recoge el ilícito; simplemente alude al incumplimiento de una «norma [ *rectius* , deber] de cuidado» y de una «norma legal». Sin embargo, ni la Ley de Sociedades Anónimas<sup>111</sup> ni la Ley de Sociedades de Capital<sup>112</sup> tipifican semejante deber. Ninguno de sus preceptos alude a un «deber de cuidado». E igual sucede con la Ley 57/1968<sup>113</sup>. Por una parte, no establecía ningún deber de cuidado. Por otra, el destinatario de las obligaciones que imponía era la sociedad promotora y no sus dirigentes<sup>112</sup>. De ahí que la referencia al incumplimiento de una norma legal también sea criticable al no especificarse de qué disposición se trata.

La Audiencia Provincial de Barcelona parece considerar que los administradores de la promotora debían velar por que ésta cumpliera las obligaciones que impone la Ley 57/1968; en particular, que concertaran las garantías necesarias para asegurar la devolución de las sumas recibidas a cuenta del precio final. Resulta evidente que se ve condiciona por la sentencia del Tribunal Supremo 242/2014, de 23 de mayo. Pero como tiene reparos intelectuales al respecto, la sigue sin la convicción necesaria. El problema es que, al no establecer el fundamento jurídico del deber de cuidado infringido, su fallo produce la impresión de que los administradores responden porque la sociedad ha incumplido sus obligaciones. Parecería pues que estarían garantizando el cumplimiento de las obligaciones de la compañía. Esa impresión es contraria a principios básicos de las sociedades de capital; en particular, al de autonomía de su personalidad jurídica respecto de los socios. Y esa autonomía determina que ni éstos ni los administradores deban responder por las obligaciones de la sociedad, salvo cuando exista una ley que prevea lo contrario.

#### 3.2. Deberes de los administradores de las sociedades de capital

Opiniones autorizadas han mantenido que los gestores sociales tienen un deber de cuidado que les obliga a velar por que la actividad de la sociedad no cause daños a terceros<sup>113</sup>. Pero fundamentan su existencia. Para unos, se trata de una concreción del deber de diligencia expresamente tipificado en el artículo 225<sup>114</sup> de la Ley de Sociedades de Capital (artículo 127<sup>115</sup> de la Ley de Sociedades Anónimas). Otros autores, lo derivan del principio general de buena fe (artículos 7<sup>116</sup> del Código civil y 57<sup>117</sup> del Código de comercio).

A nuestro modesto entender, el punto de partida es la configuración legal de los deberes de los administradores de las sociedades de capital, que se hallan regulados en el Capítulo III del Título VI<sup>118</sup>. Al interpretar los artículos 225 a 232 de la Ley de Sociedades de Capital es necesario tener en cuenta su historia, su sistemática y su semántica. Cabe recordar que su origen inmediato está en el artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, que obligaba a los administradores a actuar con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal. La Ley de Sociedades Anónimas de 1989 repitió la misma configuración. El primer apartado del artículo 127<sup>119</sup> reprodujo esa fórmula, con la sustitución del término «comerciante» por «empresario». El segundo introdujo el deber de secreto. La conocida como Ley de Transparencia de 2003 desarrolló ese paradigma<sup>114</sup>. Separó los deberes de diligencia y fidelidad, previendo diversas concreciones del último bajo la denominación de «deberes de lealtad»<sup>115</sup>. La Ley de Sociedades de Capital recogió y

mejoró esa configuración al prescindir del binomio fidelidad-lealtad y dedicar un artículo a cada una de las concreciones del deber de lealtad. Finalmente, la Ley 31/2014<sup>116</sup> ha profundizado en el desarrollo de los deberes básicos; por ejemplo, plasmando legalmente la protección de la discrecionalidad empresarial.

La Ley diseña un sistema jerárquico presidido por los deberes de diligencia y lealtad<sup>116</sup>. Su carácter positivo y, a la vez, general determina que sean fuente directa e inmediata de nuevos deberes para los administradores, en el sentido de que les exige que realicen determinados actos o que se abstengan de ellos<sup>117</sup>. La Ley ha previsto específicamente alguna de esas concreciones, como los deberes de dedicación, de prohibición de utilizar el nombre de la sociedad o de evitar situaciones de conflicto. Pero existen otras que no se hallan específicamente previstas en la ley sino que su existencia depende de las circunstancias del caso. De ahí que, cuando se aleguen, es necesario justificar su fundamento; es decir, argumentar que constituyen la plasmación de los deberes previstos legalmente. Por otra parte, diligencia y lealtad representan las dos caras de la misma moneda, pues cubren las dos vertientes esenciales de la labor de los administradores: la maximización del valor de la empresa y su distribución entre sus titulares legítimos<sup>118</sup>.

Los artículos 225<sup>119</sup> y 226<sup>120</sup> tienen por objeto el deber de diligencia. El primer apartado del artículo 225 lo define al exigir que los administradores ejerzan su cargo y cumplan la ley y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, debiendo tenerse en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas. Como se puede observar, no está concretando el contenido de la actividad sino que cualifica su ejercicio: exige que los dirigentes sociales apliquen la *lex artis* al desarrollo de su actividad orgánica<sup>119</sup>. La Ley contiene tres plasmaciones concretas suyas: exige a los administradores que tengan la dedicación necesaria, les impone el deber y les otorga el derecho a estar informados sobre la marcha de la sociedad y les preserva un determinado espacio de discrecionalidad a fin de que puedan ejercer sus funciones de acuerdo con la práctica empresarial.

El artículo 227<sup>121</sup> tipifica el deber de lealtad que exige al administrador anteponer los intereses de la sociedad sobre los propios y los de terceros, igual que haría un representante leal<sup>120</sup>. El artículo 228<sup>122</sup> contiene determinadas plasmaciones. Exige que desarrollen las facultades de acuerdo con los fines para las que le han sido concedidas, que guarden secreto, que se abstengan de intervenir en los acuerdos o decisiones en los que exista un conflicto de intereses, que actúen con libertad de criterio e independencia respecto de terceros y que eviten incurrir en situaciones de conflicto de intereses. El artículo 229<sup>123</sup> desarrolla el deber de evitar conflictos de intereses. Por último, el artículo 230<sup>124</sup> declara la imperatividad del deber de lealtad, si bien admite la dispensa.

### 3.3. Conclusión: deber de asegurarse del cumplimiento por la sociedad de las normas imperativas

La Ley de Sociedades de Capital no obliga específicamente a los administradores a asegurarse de que la sociedad cumple la ley. El legislador ha optado por una configuración general de los deberes de los gestores sociales que no desciende a ese detalle. Además, no ha tipificado el contenido del deber de diligencia, sino que se limita a exigir que actúen conforme al paradigma del ordenado empresario.

La ausencia de tipificación no significa que los administradores no estén obligados a velar por que la compañía cumpla sus obligaciones y las leyes. Es posible afirmar que así es, pero deberá procederse casuísticamente, valorando tres condicionantes para fundamentar la afirmación. El primero es la diligencia profesional. Deberá analizarse cómo hubiera actuado un «ordenado empresario» en esa coyuntura concreta. En particular, si hubiera cumplido la ley o sus obligaciones. Aunque resulte sorprendente, no será siempre así; piénsese en casos en que existe un incumplimiento generalizado de una determinada disposición legal. El segundo condicionante es el deber de lealtad, que obliga a anteponer los intereses de la sociedad sobre los propios y los de terceros. Por lo tanto, en un caso concreto deberá valorarse si el cumplimiento de la ley es más beneficioso que su incumplimiento. Un ejemplo podría ser el caso en que el incumplimiento genera múltiples ventajas mientras que la sanción es nimia. Por último, las circunstancias del caso

devienen esenciales para valorar si los administradores debían haber conseguido el cumplimiento de las normas imperativas por parte de su compañía. Y habrá que tener en cuenta tanto las circunstancias de ésta, sobre todo de la relación con los terceros que ejercitan la acción individual, como las de los gestores. En particular, si en ellos concurre la condición de socios de la promotora y qué porcentaje detentan del capital.

Así las cosas, en el caso que nos ocupa hay diversas coyunturas que el juez debería tomar en consideración al valorar si existía ese deber de cuidado que fue incumplido por los administradores. Una de ellas es que la compraventa se concertó cuando todavía estaba en su apogeo la burbuja inmobiliaria y que se resolvió después de que estallara. En esa época, muchos compradores se aferraron a cualquier resquicio legal para deshacerse de un negocio que no les reportaría los beneficios deseados o cuando no podrían cumplir sus obligaciones debido a la caída del crédito. A esos efectos, resulta relevante el hecho de que el Tribunal Supremo valore la buena o mala fe en el ejercicio de la acción de responsabilidad<sup>121</sup>). Otra circunstancia que podría tener interés sería analizar el nivel cumplimiento de la Ley 57/1968<sup>122</sup> en las promotoras de las características de Felipromo, SA, sin por ello olvidar que esta norma tenía carácter imperativo y que se aprobó precisamente para que los promotores destinaran las cantidades recibidas a cuenta del precio final a la construcción de la vivienda. Y también podría ser significativo investigar la composición del accionariado de la promotora, la conformación del órgano de administración y la relación entre ambos. Como bien recuerda una opinión autorizada, la sociedad no existe ni puede actuar con independencia de sus órganos<sup>122</sup>).

#### 4. LOS ADMINISTRADORES RESPONSABLES

La Audiencia Provincial se pronuncia sobre la legitimación pasiva de los administradores dado que algunos demandados cuestionaron ese extremo. Uno de ellos, el señor Luis Manuel, basó su defensa en que había cesado en el cargo a finales de diciembre de 2009 y en que desconocía la gestión ordinaria de la sociedad. La Audiencia Provincial rechaza el primer alegato con el argumento de que el recurrente era administrador cuando se produjo el ilícito<sup>123</sup>). En cuanto al segundo, también lo desestima al considerar que no incide en la legitimación pasiva: el hecho de que estuviera o no informado de la marcha de la compañía no le privaba de su condición de miembro del órgano de gestión y representación.

##### 4.1. La delimitación subjetiva: legitimación pasiva de los administradores

La legitimación pasiva es la vinculación jurídica de una persona con el objeto del litigio que determina que deba asumir las consecuencias de la tutela judicial requerida. En el caso de la acción individual de responsabilidad, recae sobre todas las personas que eran miembros del órgano de administración en el momento en que se produjo el ilícito. El fundamento es el artículo 236<sup>124</sup> de la Ley de Sociedades de Capital, que establece el supuesto de hecho de la responsabilidad de los gestores sociales<sup>124</sup>). Se refiere a todos ellos sin excepción, haciéndoles responsables de los actos y omisiones lesivos imputables al órgano de gestión y representación. Dada la relación orgánica que le une tanto a la acción social como a la individual, debe concluirse que determina la legitimación pasiva en ambos casos<sup>125</sup>). Por lo tanto, todas las personas que eran miembros del órgano de administración en el momento en que se produjo el ilícito podrán ser demandadas.

La legitimación pasiva de los gestores sociales empieza cuando aceptan el nombramiento y termina cuando cesan en el cargo. El principal problema se plantea cuando el hecho ilícito se produce después del cese pero antes de su inscripción en el Registro Mercantil dada la trascendencia de este acto. En efecto, los administradores suelen alegar que no son responsables pues ya habían cesado y la inscripción del mismo no es constitutiva. Los terceros que ejercitan la acción objetan que no les es oponible ese acto al no haber sido publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

La posición de los dirigentes de la compañía cuenta con el apoyo de la jurisprudencia española que distingue los efectos materiales del cese de los formales. Afirma que la dimisión o la separación del administrador determina que deje de responder de las actuaciones u omisiones del órgano. La

causa es que «... no concurre el ineludible requisito de que la acción u omisión determinante de que surja el deber de responder pueda imputarse precisamente en condición de administrador a quien ha cesado»<sup>126</sup>). En cambio, sí es determinante el dato de la inscripción del cese en el Registro Mercantil a efectos del inicio del cómputo de prescripción, al menos frente a terceros de buena fe. La justificación reside en que resulta obligatoria a tenor del artículo 22.2 del Código de comercio. Por lo tanto, «...si no consta el conocimiento por parte del afectado del momento en que se produjo el cese efectivo por parte del administrador, o no se acredita de otro modo su mala fe, el cómputo del plazo de cuatro años que comporta la extinción por prescripción de la acción no puede iniciarse sino desde el momento de la inscripción, dado que sólo a partir de entonces puede oponerse al tercero de buena fe el hecho del cese y, en consecuencia, a partir de ese momento el legitimado para ejercitar la acción no puede negar su desconocimiento»<sup>127</sup>).

No puede compartirse esa exégesis pues lleva a confundir la legitimación pasiva con la imputación de los ilícitos<sup>128</sup>). El artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital determina que la primera recaiga sobre los administradores mientras no hayan sido cesados. Y el cese no es oponible a los terceros de buena fe hasta que no se publica en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Es cierto que la inscripción no es constitutiva, pero resulta obligatoria en virtud del artículo 22.2 del Código de comercio. Y conforme a los artículos 21.1 del Código de comercio y 9.1 del Reglamento del Registro Mercantil (Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio) sólo es oponible a terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil<sup>129</sup>). Ahora bien, los socios –que también pueden ejercitar la acción individual de responsabilidad- no merecen la consideración de terceros al quedar vinculados por los acuerdos de la junta general. Por lo tanto, no pueden desconocer la decisión del órgano soberano de separar a los administradores o la renuncia presentada por éstos en una reunión de la junta.

En cuanto a la imputación, cabe recordar que el artículo 237 de la Ley de Sociedades de Capital establece una presunción de solidaridad, de modo que el ilícito se atribuye a todos los miembros del órgano de administración<sup>130</sup>). Sólo quedan liberados los que prueben que no intervinieron en la adopción y ejecución del ilícito y que desconocían su existencia, o que si lo conocían hicieron todo lo posible para evitar el daño, o al menos se opusieron<sup>131</sup>). Por lo tanto, los administradores que cesan en el cargo pero continúan apareciendo como tales en el Registro Mercantil están pasivamente legitimados respecto de la acción individual de responsabilidad ejercitada por terceros; pero podrán esgrimir las causas de exoneración referidas<sup>132</sup>). Por otra parte, el inicio del plazo de prescripción de 4 años del artículo 241 bis de la Ley de Sociedades de Capital no debe situarse en la inscripción del cese en el Registro Mercantil sino en la publicación del mismo en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Así se deduce de los artículos 21.1 del Código de comercio y 9.1 del Reglamento del Registro Mercantil.

#### **4.2. La responsabilidad por infracción inicial y por infracción continuada del deber de diligencia**

La alegación del señor Luis Manuel de que cesó en el cargo invita a reflexionar sobre la posición de los nuevos administradores en relación con el ilícito. La respuesta es diferente según sea de tracto único o sucesivo. En el primer caso, la clave reside en el momento en que se produjo, de modo que los nuevos dirigentes sociales carecerían de legitimación pasiva si accedieron al cargo con posterioridad<sup>133</sup>). La ley no introduce ninguna excepción en sentido contrario. La respuesta sería diferente cuando el ilícito se dilata en el tiempo y perdura cuando los nuevos administradores acceden al cargo. Estarían legitimados y deberían responder frente a los perjudicados.

En el caso que nos ocupa podría pensarse que carecían de legitimación pasiva los administradores que fueron nombrados después de la perfección del contrato privado de compraventa pues las garantías debían haberse otorgado con anterioridad. Podría parecer excesivo exigirles que verificaran ese extremo y consiguieran el seguro o el aval que sus antecesores no habían otorgado. Es posible que se considere un nivel de diligencia desproporcionado, incluso para un ordenado empresario, a la luz de la política de indulgencia que acertadamente reivindican opiniones autorizadas<sup>134</sup>). Sin embargo, existe fundamento para afirmar que debería exigírseles ese cuidado

y responsabilizarles en caso que la promotora no concertara el seguro o el aval correspondiente, al menos durante la fase de construcción. Dos argumentos sustentan la afirmación. El primero es la extensión temporal de la garantía: cubre el riesgo de que no se entregue la vivienda en la fecha otorgada y sólo puede cancelarse una vez expedida la cédula de habilitabilidad o el documento equivalente<sup>135</sup>). El segundo es que el promotor está obligado a tener a disposición del público y de las autoridades copia del documento que formaliza la garantía hasta que las obras no estén totalmente terminadas (artículo 7 del Real Decreto 515/1989). Así lo han interpretado tanto el Tribunal Supremo como la Audiencia Provincial de Barcelona<sup>136</sup>).

#### 4.3. El carácter solidario de la responsabilidad

La sociedad promotora del caso que nos ocupa, Felipromo, SA, estaba gestionada por una pluralidad de administradores. De ahí que convenga recordar que la Ley de Sociedades de Capital impone la solidaridad. En efecto, el artículo 237<sup>137</sup>) dispone que todos los miembros del órgano de administración responden solidariamente<sup>137</sup>). Antes que nada, conviene advertir que no afecta a la legitimación pasiva sino a la imputación del ilícito. El artículo 236<sup>138</sup>) determina que deban considerarse pasivamente legitimadas todas las personas que formaban parte del órgano de administración en el momento en que se produjo. Ahora bien, no todas ellas deben responder. El principio culpabilístico determina que deban exonerarse los que obraron diligentemente. No obstante, la necesidad de proteger a las personas ajenas al órgano justifica que se presuma la culpa de todos sus miembros.

La doctrina discute si la solidaridad se predica respecto de todas las formas de estructurar el órgano de administración. Opiniones autorizadas mantienen que no afecta al supuesto de administradores solidarios al resultar incompatible con él<sup>138</sup>). El hecho de que cada uno de los miembros del órgano pueda actuar por su cuenta, justifica que no se les deba hacer responder por los actos y omisiones de los demás, realizados sin consenso alguno. El fundamento de esta tesis reside en la *ratio* de la solidaridad. A su juicio se trata de una presunción de colegiabilidad y culpabilidad de los miembros del órgano de administración. Consideran que el legislador ha partido de su configuración colegiada y de la obligación que recae sobre todos los dirigentes de actuar diligentemente, tanto en la gestión y representación de la compañía como en el control de los demás.

Otros autores, a los que nos sumamos, mantienen la tesis opuesta: la solidaridad se predica respecto de todos los supuestos de pluralidad de administradores<sup>139</sup>). El primer argumento es que el artículo 237<sup>140</sup>) de la Ley de Sociedades de Capital no distingue: establece la responsabilidad solidaria de todos los miembros del órgano de administración, con independencia de la forma en que se estructure. En segundo lugar, el argumento de la presunción de colegiabilidad carece de soporte positivo puesto que no aparece ni en la ley ni en los trabajos legislativos. Y en cuanto a la presunción de culpabilidad, también puede predicarse de los administradores solidarios dado que cada uno de ellos debe controlar a los demás, en la medida de sus funciones. No puede considerarse diligente su actuación cuando se hace caso omiso de la gestiones de los demás dirigentes.

Cabe plantearse si la solidaridad también se aplica a la acción individual de responsabilidad. Aunque la cuestión pueda parecer baladí, tiene sentido puesto que opiniones de reconocida solvencia sustentan la solidaridad en la imputabilidad del ilícito al órgano de administración y no a los diferentes administradores<sup>140</sup>). En cambio, la acción individual no se predica del órgano sino individualizadamente de cada uno de sus miembros<sup>141</sup>). Si el acto u omisión ilícito se imputara al órgano, debería responder la sociedad. Ahora bien, la naturaleza de la acción individual y la letra de la ley fundamentan que también deba aplicarse el principio de solidaridad en el caso que nos ocupa. La concepción de la acción individual como societaria, orgánica e indemnizatoria obliga a armonizar los artículos 236<sup>142</sup>) a 241 bis<sup>143</sup>) de la Ley de Sociedades de Capital y mantener que tanto los presupuestos de la responsabilidad como el carácter solidario de la misma se predicen de las dos acciones tipificadas en la Ley. Y en segundo lugar, ni el artículo 237 ni el 241 introducen particularidad alguna para la acción individual.

La consecuencia es que cada uno de los administradores responde de la integridad de los perjuicios causados por el acto ilícito. De ese modo, conforme a las normas generales del Código civil, la acción podrá interponerse contra todos, contra algunos o solamente contra uno de ellos. Los que hayan pagado la indemnización tendrán acción de regreso contra los demás responsables (artículo 1145 del Código civil).

Ahora bien, el artículo 237 de la Ley de Sociedades de Capital admite determinadas causas de exoneración. Para ello es necesario, aunque no suficiente, que el gestor en cuestión no interviniera en la adopción y ejecución del acto perjudicial. Pero además, resulta imprescindible que no conociera la existencia de ese acto. O bien, si lo conocía, se opusiera expresamente a él o hiciera todo lo conveniente para evitar el perjuicio. Cabe añadir que la exoneración es individual, debiendo ser alegadas y probadas sus circunstancias por el gestor social que desee excluir su responsabilidad<sup>142</sup>.

#### 4.4. Conclusión

La decisión de la Audiencia Provincial sobre la legitimación del señor Luis Manuel resulta criticable al no precisar el momento en que se produjo el ilícito. A nuestro modesto entender, esa cuestión resultaba esencial para fijar la legitimación pasiva de los gestores sociales. Conforme a la Ley 57/1968 y las normas que la desarrollaban, la sociedad promotora debía haber contratado la garantía referida al concertar el contrato privado de compraventa. Recuérdese que entonces debía proporcionar un ejemplar al comprador y que no era suficiente con una copia de la cobertura global; debía tratarse de la individual. Dado que la responsabilidad de los administradores derivaba de no haber velado por que la sociedad promotora contratara la garantía, estaban legitimadas todas las personas que eran administradores al perfeccionarse el contrato de compraventa; pero no los que habían cesado con anterioridad.

En cambio, la segunda instancia acierta al desestimar el argumento de la falta de información pues ni privaba de legitimación al señor Luis Manuel ni le exoneraba. El hecho de que no se documentara sobre la marcha de la compañía o que no se le proporcionaran los datos necesarios no afectaba a su condición de administrador ni, por lo tanto, a la legitimación activa. Y tampoco le liberaba de responsabilidad. Al contrario, supondría un incumplimiento de sus deberes, pues el artículo 225.3 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 127.2 de la Ley de Sociedades Anónimas) obliga a los administradores a informarse diligentemente sobre la marcha de la compañía<sup>143</sup>. Sólo podría haberse eximido si hubiera acreditado que, pese a estar al corriente, no pudo conocer la decisión de no constituir las garantías que la ley exige a la compañía<sup>144</sup>.

### 5. LA CESIÓN DE DERECHOS SOBRE LA PROMOCIÓN INMOBILIARIA

También cuestionaron su legitimación pasiva otros tres administradores demandados, los señores Valeriano, Feliciano y Benedicto. De un lado, opusieron haber transmitido la sociedad promotora, Felipromo SA, a Caixa Galicia y, de otro, la falta de litisconsorcio pasivo necesario de la sociedad Adepo Conducto SL, que había recibido los derechos sobre la promoción inmobiliaria de Caixa Galicia. La segunda instancia rechaza ambos argumentos. Subraya que se estaba ejercitando la acción individual de responsabilidad y no una acción derivada del contrato de compraventa, que había sido resuelto con anterioridad<sup>145</sup>. Y añade el argumento utilizado para desestimar la excepción del señor Luis Manuel: el ilícito se había realizado mientras los demandados ocupaban el cargo de administradores.

#### 5.1. El momento de la cesión

La primera cuestión a considerar es el objeto de la operación que oponen los administradores demandados, pues se refieren a la cesión de una sociedad, mientras que la Audiencia alude a la transmisión de derechos sobre la propiedad inmobiliaria. Se trata de dos negocios diferentes. Desafortunadamente el relato de los hechos que hace la sentencia comentada no permite pronunciarse sobre cuál se trataba.

El negocio al que se refieren los gestores demandados tiene por objeto la transmisión de las acciones de una sociedad. A pesar de su trascendencia práctica, dejaba incólume el contrato de compraventa que generó el litigio pues se mantenían sus dos partes; sólo se había producido un cambio en el accionariado de la sociedad promotora. En cuanto a la acción individual de responsabilidad, sólo resultaría afectada si el cambio en la titularidad de las acciones hubiera comportado la sustitución de los administradores sociales antes de que se perfeccionara el contrato privado de compraventa. La razón es que carecerían de legitimación pasiva al no ser miembros del órgano de gestión y representación de la promotora cuando se produjo el ilícito. Desgraciadamente la sentencia no proporciona información suficiente al respecto.

La cesión de los derechos de la propiedad inmobiliaria hubiera podido tener trascendencia si la acción ejercitada fuera la de rescisión del contrato por falta de entrega de la vivienda. La razón es que habría habido un cambio en la parte contractual que ocupaba la posición deudora de la prestación incumplida; cambio que debía haber sido consentido por los acreedores que estaban ejercitando la acción. Mayores dudas generaría la situación si la acción ejercitada fuera la de indemnización de los daños y perjuicios derivados por no otorgar las garantías previstas en el artículo 1 de la Ley 57/1968. Recordemos que esta obligación debía haberse cumplido al perfeccionar el contrato privado de compraventa, por lo que en principio la persona responsable era la sociedad promotora. La cesión posterior de los derechos sobre la propiedad inmobiliaria resultaría irrelevante salvo que el cesionario y el cedido hubieran aceptado que el último se subrogara en la posición del cedente respecto de todas las circunstancias del contrato de compraventa.

Sin embargo, la acción ejercitada fue la individual de responsabilidad contra los dirigentes de la promotora. Su fundamento era, según la Audiencia Provincial, la violación de un deber de cuidado: no haber procurado que la sociedad concertara las garantías a las que estaba obligada. La cesión de los derechos de propiedad inmobiliaria sólo resultaría importante si hubiera acontecido antes de la perfección del contrato privado de compraventa y hubiera contado con el asentimiento de los compradores. Aunque no parece que así sucediera, la sentencia comentada no aporta información suficiente al respecto. La Audiencia solamente explica que los actos y omisiones ilícitos se produjeron mientras los demandados ocupaban el cargo de administradores. Como hemos dicho, hubiera sido deseable un mayor grado de precisión.

## 5.2. La inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario

Las consideraciones hechas con anterioridad sirven también para el problema del litisconsorcio pasivo necesario. La segunda instancia acierta al advertir que los demandantes no habían ejercitado una acción derivada del contrato de compraventa, con lo que no era de recibo plantear la posible titularidad plural de las obligaciones inherentes a esa relación o su sucesión en el tiempo.

En la demanda los compradores solicitaron la indemnización de los daños y perjuicios derivados de una omisión antijurídica de los administradores de la sociedad promotora. El hecho de que ésta hubiera transmitido los derechos de propiedad inmobiliaria a terceros carecía de trascendencia, salvo cuando incidiera en los deberes de los gestores de la primera impidiendo su incumplimiento. El relato fáctico de la decisión comentada no proporciona mayor certidumbre al respecto.

## IV. CONCLUSIONES

La Ley 57/1968 protegía al comprador de una vivienda que había adelantado cantidades a cuenta del precio final imponiendo determinadas obligaciones sobre el promotor. Entre ellas destacaba la consecución de un aval solidario o de un seguro de caución que garantizase la devolución del capital recibido por anticipado más los intereses correspondientes en caso de que no se iniciaran las obras o no se entregase el inmueble en los plazos pactados. Cuando se producía cualquiera de estas dos circunstancias, el comprador tenía derecho a elegir entre conceder una prórroga al promotor o rescindir el contrato y recuperar la inversión, supuesto para el que estaban pensadas las cautelas referidas.

La ausencia de contratación de un seguro o de un aval que garantizase la recuperación del capital invertido y de los intereses generaba un gran riesgo para el comprador. Desafortunadamente, la Ley 57/1968 no establecía una sanción específica. Existen dudas acerca de si era posible resolver el contrato de compraventa en virtud del artículo 1124 del Código civil, habiéndose posicionado la jurisprudencia en sentido contrario. En cambio, resultaba indiscutible que el comprador podría exigir la indemnización de los perjuicios sufridos y acudir a los demás remedios que previera la legislación vigente. Entre ellos se hallaba la posibilidad de demandar a los administradores de la promotora.

La naturaleza de la acción individual de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital genera dudas debido a la parquedad del artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital. Nos adherimos a la doctrina mayoritaria y consideramos que se trata de una responsabilidad societaria, orgánica y extracontractual. Existe, pues, un paralelismo entre la acción social y la individual, que se diferencian esencialmente en el interés perjudicado. Por lo tanto, los presupuestos de la acción individual son una acción u omisión del administrador, enmarcada en el ejercicio de sus funciones orgánicas, mediando dolo o culpa, que ocasione un daño directo en el patrimonio de los socios o terceros y que exista una relación de causalidad entre el acto u omisión y el perjuicio. Es compatible con el ejercicio de una acción contra la sociedad al ser diferentes sus fundamentos.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona comentada aborda dos cuestiones: la determinación del ilícito y la legitimación pasiva de determinados administradores. La respuesta a ambas adolece de falta de precisión. Respecto del primero se limita a afirmar que incumplieron un deber de cuidado impuesto por una norma legal. Desafortunadamente no indica de qué deber se trata ni cuál es su fundamento. Éste no puede ser la Ley 57/1968, pues el destinatario de las obligaciones que imponía era la sociedad promotora y no sus administradores. La Ley de Sociedades de Capital no especifica que los administradores deban velar por que las compañías que gestionan cumplan las leyes. No obstante, podría deducirse un deber de cuidado a partir de los deberes de diligencia y lealtad que sí prevea. Pero para ello es necesario proporcionar una justificación adecuada. Al no aportarla, la decisión comentada genera la impresión de que los gestores sociales responden por los incumplimientos de la compañía, lo que contraviene principios básicos de las sociedades de capital.

El mismo problema presenta la legitimación pasiva. El gran argumento que utiliza la Audiencia para rechazar las objeciones de los administradores es que eran miembros del órgano de gestión y representación cuando se produjo el ilícito. Sin embargo, no concreta ese momento. No precisa cuándo los administradores incumplieron el deber de cuidado que genera su responsabilidad. El examen del régimen de la compraventa de vivienda con entregas a cuenta permite afirmar que la promotora debía contratar las garantías generales en un momento inicial de la operación y conseguir las individuales antes de perfeccionar los contratos individuales de compraventa. Por lo tanto, cabe referir a ese lapso el deber de cuidado de los administradores. Pero no se agota en él, puesto que la compañía está obligada a informar de las garantías y tener copias de su documentación a disposición del público y de las autoridades durante toda la fase de construcción. En cambio, la Audiencia acierta al rechazar otros argumentos, como el litisconsorcio pasivo necesario o la cesión de los derechos de promoción inmobiliaria, dado que la acción ejercitada era la individual de responsabilidad.

## V. BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ, M. Á.: «Acción individual de responsabilidad frente a los administradores» (Comentario a la STS de 21 de mayo de 1992), en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 30, 1992, 801 - 817.

ALFARO, J.: «La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales», en *RdS*, núm. 18, 2002, 46-76.

ALONSO ESPINOSA, F. J.: *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus*

*elementos configuradores* , [Thomson Civitas], 2006.

ALONSO UREBA, A. «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», en *RDM* , núm. 198, 1990, 639-727.

ARROYO, I. y BOET, E. en Arroyo, Embid y Górriz (Coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas. Volumen II* , 2.ª ed., Madrid [Tecnos], 2009, 1568-1578.

ARROYO, I. y FRANCO, J.: «La competencia de los juzgados de lo mercantil en materia de responsabilidad civil de los administradores. Examen de la denominada jurisprudencia menor sobre la posible acumulación de acciones de reclamación de cantidad frente a la sociedad y de responsabilidad de los administradores sociales», en *RDM* , núm. 259, 2006, 171-192.

ATAZ, J.: «Compraventa y contrato de obra futura», en Carrasco (Dir.): *Tratado de la compraventa. Estudios Bercovitz, I* , Cizur Menor [Thomson Reuters Aranzadi], 2013, 107-116.

BELTRÁN, E.: «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales», en Rojo y Beltrán (Dir.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* , 5.ª ed., Valencia [Tirant lo Blanch], 2013, 249-293.

BERCOVITZ, R.: *Comentarios al Código civil* , 3.ª ed., [Aranzadi Thomson-Reuters], 2009.

CABANILLAS, A.: «Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas para la construcción de la vivienda», en *Derecho privado y Constitución* , núm. 6, 1995, 9-42.

CALBACHO, F.: *El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima (Doctrina y jurisprudencia)* , Valencia [Tirant lo Blanch], 1999.

CAMACHO, C.: «Delimitación del contenido obligacional del contrato de compraventa de vivienda con consumidores, en caso de discrepancia contractual entre documentación precontractual y contractual. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 15 de abril 2010 (Ar. 2347; MP: Sr. José Antonio Seijas Quintana)», en *Indret* , núm. 2, 2011, 12 págs.

CARRASCO, A.; CORDERO, E. y GONZÁLEZ, C.: *El derecho de la construcción y la vivienda* , 4.ª ed., Madrid [Dilex], 2003.

DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico* , Madrid [Civitas], 1985.

DÍAZ ECHEGARAY, J. L.: *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* , Cizur Menor [Thomson Aranzadi], 2004.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: «Cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda», en Carrasco (Dir.): *Tratado de la compraventa. Estudios Bercovitz II* , Cizur Menor [Thomson Reuters Aranzadi], 2013, 1077-1090.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de daños* , Madrid [Civitas], 1999.

- *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Volumen I. Introducción. Teoría general del contrato* , 6.ª ed. [Thomson-Civitas], 2007.

DOMÍNGUEZ, J.: *La recuperación de las cantidades anticipadas por el adquirente de vivienda en construcción* , 2.ª ed., Valencia [Tirant lo Blanch], 2011.

EHEVARRÍA, F.: «El contrato de compraventa de vivienda sobre plano», en Carrasco (Dir.), *Tratado de la compraventa. Estudios Bercovitz II* , Cizur Menor [Thomson Reuters Aranzadi], 2013, págs. 1103-1103.

EMBED, J. M.: «Apuntes sobre los deberes de fidelidad y lealtad de los administradores de las sociedades anónimas», en *Cuadernos de Derecho y Comercio* , núm. 46, 2006, 9-48.

- «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima tras la ley de transparencia», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* , núm. 685, 2004, 2379-2413.
- ESTEBAN, G.: «La acción individual de responsabilidad», en Rojo y Beltrán (Dir.), *La responsabilidad de los administradores* , 5.ª ed., Valencia [Tirant lo Blanch], 2013, 161-247.
- «La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital», en Bolás (Dir.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* , Madrid [Consejo general del Poder Judicial], 2000, 57-130.
- «La administración de las sociedades de capital», en *RdS* , 36 (2011), 149-170.
- ESTRUCH, J.: *Las garantías de las cantidades anticipadas a cuenta en la compraventa de viviendas en construcción* , Madrid [Civitas], 2009.
- «Compraventa de viviendas en construcción, cantidades anticipadas y resolución del contrato», en *Diario La Ley* , 7210, 2009.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *Derecho de sociedades. Volumen I* , Valencia [Tirant lo Blanch], 2010.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: «El significado de la Ley de Transparencia en la modernización del derecho societario español», en *RdS* , núm. 22, 2004, 87-114.
- FONT GALÁN, J. I.: «El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales», en *RdS* , núm. 25, 2005, 71-107.
- FRANQUET, M. T.: «La ausencia de inscripción en el Registro del cese de los administradores y el problema de su responsabilidad», en *Boletín del Centro de Estudios Regionales de Cataluña* , núm. 87, 2000, 329 ss.
- GARCÍA VILLAVERDE, R.: «Exoneración de la responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima y la sociedad limitada por falta de culpa (artículo 133.2 LSA)», en AA.VV.: *Derecho de sociedades. Estudios Sánchez Calero II* , McGrawHill, Madrid, 2002, 1321-1350.
- GARRETA, J. M.: *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades* , 4.ª ed., Madrid [Marcial Pons], 1997.
- GARRIGUES, J.: *Tratado de Derecho mercantil. Tomo I. Volumen 2 .º* , Madrid [Revista de Derecho Mercantil], 1947.
- GARRIGUES, J. y URÍA, R.: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas. Tomo II* , 3.ª ed., Madrid, 1976.
- GIMENO-BAYÓN, R.: «Algunos aspectos conflictivos de la responsabilidad de los administradores por no promover la disolución de las sociedades anónimas concurriendo causa», en Gimeno-Bayón (Dir.): *Derecho de sociedades II* , Madrid [Consejo General del Poder Judicial], 1998, 25-142.
- GIRÓN, J.: *Derecho de Sociedades Anónimas* , Valladolid [Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho], 1952.
- GONZÁLEZ CABRERA, I. y GÓMEZ LOZANO, M. M.: «Responsabilidad de los administradores sociales, deber de diligencia y garantías de los adquirentes de vivienda (Una reflexión a la luz de la STS, Sala Primera, de 23 de mayo de 2014)», en *RdS* , núm. 43, 2014, 357-386.
- JUSTE, J.: «Legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social», en Rojo y Beltrán (Dir.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* , 5.ª ed., Valencia [Tirant lo Blanch], 2013, págs. 121-159.
- JUSTE, J. e IGARTUA, F.: «Deberes de los administradores (Reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)», en *RdS* , núm. 24, 2005, 75-89.

LARA, R.: «La acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad», en Rojo y Beltrán (Dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 5.ª ed., Valencia [Tirant lo Blanch], 2013, págs.89-120.

LLEBOT, J. O.: *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Madrid [Civitas], 1996.

- «EL sistema de responsabilidad de los administradores. Doctrina y jurisprudencia», en *RdS*, núm. 7, 1996, 49-70.

- «Los deberes y la responsabilidad de los administradores», en Rojo y Beltrán (Dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 5.ª ed., Valencia [Tirant lo Blanch], 2013, 23-54.

MARÍN DE LA BARCENA, F.: *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital (artículo 135 LSA)*, Madrid – Barcelona [Marcial Pons], 2005.

MARTÍNEZ SANZ, F.: «Ámbito subjetivo de la responsabilidad», en Rojo y Beltrán (Dirs.), *La responsabilidad de los administradores*, 2.ª ed., Valencia [Tirant lo Blanch], 2008, 53-79.

PANTALEÓN, F.: «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código Civil (1889-1989). Tomo II*, Madrid [Centro de Estudios Ramón Areces], 1990, 1561 ss.

PAZ-ARES, C.; Díez-PICAZO, L.; BERCOVITZ, R. y SALVADOR, P. (Dirs.): *Comentario del Código civil. Tomos I y II*, Madrid [Ministerio de Justicia], 1991.

- «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», en [www.indret.com](http://www.indret.com), octubre de 2003, *working paper* núm. 162.

- *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, Madrid [Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España], 2007.

PICÓ I JUNOY, J.: «El problema de la acumulación de acciones ante los juzgados de lo mercantil. La legalidad versus la lógica: un problema que debe resolverse», en *Diario La Ley*, núm. 6499, de 7 de junio de 2006.

POLO, E.: *Los administradores y el consejo de administración en la sociedad anónima (Artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)*, Madrid [Civitas], 1992.

QUIJANO, J.: *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, Valladolid [Universidad de Valladolid y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Salamanca], 1985

- «La acción social de responsabilidad contra los administradores: el acuerdo y legitimación para ejercitarla. Comentario a la Sentencia 380/2012, de 5 de diciembre de 2012, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28», en *RDM*, núm. 290, 2013, 437-454.

RECALDE, A.: «Del “Código Olivencia” a la aplicación de la Ley de Transparencia (Un balance provisional -y decepcionante- sobre la reforma del “gobierno corporativo” en las sociedades cotizadas españolas)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2005 (692), 1861-1904.

RIBAS, V.: *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, Madrid [La Ley], 2010.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: *Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración*, Madrid [Montecorvo], 1971.

- «El deber de diligencia», en Esteban (Coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid [Marcial Pons], 1999, 419-445.

ROJO, Á.: «El derecho a obtener certificación de los acuerdos sociales», en *La Ley*, núm. 2, 1984, 1131-1143.

ROJO, Á. y BELTRÁN, E. (Coord.): *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital. Tomo I*, Cizur Menor [Thomson-Reuters], 2011.

RONCERO, A.: «La acción individual de responsabilidad», en Guerra (Coord.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Madrid [La Ley], 2011.

RUBIO, J.: *Curso de Derecho de sociedades anónimas*, 2.ª ed., Madrid [Editorial de Derecho Financiero], 1964.

SAAVEDRA, J. P. y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, R.: «¿Es la acción individual de responsabilidad frente a los administradores una herramienta real de protección del acreedor de una sociedad de capital en concurso?», en *RdS*, núm. 43, 2014, 303-331.

SÁNCHEZ CALERO, F.: «Supuestos de responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima», en AA.VV.: *Derecho mercantil de la Comunidad Europea. Estudios Girón*, Madrid [Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio – Civitas], 1991, 903-934.

- *Los administradores en las sociedades de capital*, 2.ª ed., Cizur Menor [Thomson Civitas], 2007.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «La acción social de responsabilidad (algunos apuntes)», en Piloñeta e Iribarren (Coord.), *Estudios Muñoz Planas* [Civitas Thomson Reuters], 2011, 783 - 798.

SERRANO, J. M.: *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, Madrid [Publicaciones del Real Colegio de España], 2008.

SOLER, L. A.: «Los consumidores ante la adquisición de un bien inmueble en proyecto o en fase de construcción», en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I núm. 3, 2008, 93-106.

SUÁREZ-LLANOS, L.: «Responsabilidad de los administradores de sociedad anónima (disciplina jurídica de acción social)», en *Anuario de Derecho Civil*, núm. IV, 1962, 921-997.

TORRES, J. A.: «Deberes precontractuales de información en las compraventas de inmuebles al consumo», en Carrasco (Dir.), *Tratado de la compraventa. Estudios Bercovitz II*, Cizur Menor [Thomson Reuters Aranzadi], 2013, 1011-1020.

UBEDA, J. J.: «Aspectos sustantivos de la acción individual de responsabilidad del artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas», en Calbacho (Dir.), *Responsabilidad civil derivada de los procesos concursales*, Madrid [Consejo General del Poder Judicial], 1999, 285-347.

VICENT, F.: *Compendio crítico de Derecho mercantil. Tomo I. Volumen 1 .º*, 3.ª ed., Barcelona [Bosch], 1991.

---

## FOOTNOTES

---

1

ECHEVARRÍA, F.: «El contrato de compraventa de vivienda sobre plano», en Carrasco (Dir.), *Tratado de la compraventa. Estudios Bercovitz II*, Cizur Menor [Thomson Reuters Aranzadi], 2013, pág. 1104, quien explica que el vendedor debe actuar diligentemente para conseguir que se ejecuten las obras en el tiempo y en las condiciones previstas.

---

2

Así lo afirma SOLER, L. A.: «Los consumidores ante la adquisición de un bien inmueble en proyecto o en fase de construcción», en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I núm. 3, 2008, pág. 96, aunque reconoce la necesidad de aplicar la normativa de los contratos de ejecución de obra a las obligaciones de hacer asumidas por el vendedor. También el Tribunal Supremo ha mantenido esa tesis. Véase su sentencia 822/2012, de 18 de enero.

---

3

ATAZ, J.: «Compraventa y contrato de obra futura», en Carrasco (Dir.): *Tratado de la compraventa. Estudios Bercovitz I*, Cizur Menor [Thomson Reuters Aranzadi], 2013, pág. 108.

---

4

ECHIVARRÍA, «El contrato de compraventa de vivienda sobre plano», cit., págs. 1105 ss. y SOLER, «Los consumidores ante la adquisición de un bien inmueble en proyecto o en fase de construcción», cit., págs. 97 ss.

---

5

ECHIVARRÍA, «El contrato de compraventa de vivienda sobre plano», cit., pág. 1107.

---

6

Así SOLER, «Los consumidores ante la adquisición de un bien inmueble en proyecto o en fase de construcción», cit., pág. 97, quien mantiene que se trata de dos contratos complementarios.

---

7

Negó a la escritura pública la condición de «negocio jurídico de fijación» puesto que el contrato privado de compraventa no determinaba con exactitud la superficie de la vivienda. En palabras del Tribunal Supremo: «... no es posible atribuir ese carácter y alcance a las escrituras públicas de compraventa y de rectificación de las mismas en el caso de autos, pues esa eficacia novatoria que de ellas se predica se ve empañada por la falta de claridad que se aprecia a la hora de referirse a la superficie del inmueble objeto de cada una de las compraventas, habida cuenta de que no se precisa si la expresada era la superficie construida o la útil ... Esta coincidencia impide afirmar con rotundidad que las escrituras públicas de compraventa y sus rectificaciones hayan introducido variaciones respecto de los contratos privados en lo tocante a la superficie de los inmuebles transmitidos, por lo que no cabe atribuirles más que una eficacia meramente probatoria y, en su caso, registral ... pero en modo alguno la eficacia novatoria...».

---

8

Artículo 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo texto refundido fue

aprobado por el Real Decreto-Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

---

9

CABANILLAS, A.: «Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas para la construcción de la vivienda», en *Derecho privado y Constitución*, núm. 6, 1995, pág. 12.

---

10

ESTRUCH, J.: *Las garantías de las cantidades anticipadas a cuenta en la compraventa de viviendas en construcción*, Madrid [Civitas], 2009, pág. 271.

---

11

CABANILLAS, «Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas para la construcción de la vivienda», cit., pág. 10 y ECHEVARRÍA, «El contrato de compraventa de vivienda sobre plano», cit., págs. 1103 y 1105.

---

12

Cinco años antes había aprobado el Decreto 9/1963, de 3 de enero, por el que se regula el periodo de cantidades a cuenta y la publicidad de venta de vivienda de protección estatal con anterioridad a la calificación definitiva. Esta disposición fue derogada y sustituida por el Decreto 2114/1968, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación del Texto Refundido de Viviendas de Protección Oficial. Véase su artículo 114.

El Decreto 9/1963 exigía que el promotor obtuviera una autorización administrativa para poder recibir cantidades a cuenta, que fuera el propietario de los terrenos y que se hallasen libres de cargas, así como que otorgara un aval bancario o un contrato de seguro que garantizase la devolución de las cantidades recibidas a cuenta en caso de que no se iniciaran las obras o no se terminaran dentro del plazo fijado o en la prórroga concedida. Igualmente exigía que las cantidades recibidas a cuenta se depositaran en una cuenta especial, separadas de las restantes del promotor, y que se destinasen a la construcción de la vivienda.

Existen otras normas que también pueden regir las compraventas sobre plano con cantidades entregadas a cuentas. Destacamos dos. La primera es la Ley 38/1999, de 21 de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación. Regula el sector, estableciendo, entre otros aspectos, los requisitos básicos de los edificios para proteger a los usuarios. Asimismo, fija las obligaciones y la responsabilidad de los agentes que intervienen y los seguros que deben concertar. Interesa recordar que su Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> modificó la Ley 57/1968.

Por otra parte, la condición de usuario del comprador otorga eficacia a la normativa tuitiva correspondiente; en particular, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Diversos preceptos suyos presentan gran interés para la compraventa de viviendas con entregas a cuenta. Destacan el artículo 13.i), que prohíbe utilizar ingredientes, materiales y demás elementos susceptibles de generar riesgos para la salud y seguridad de las personas en la construcción de viviendas. El artículo 61 ordena

integrar el contrato con la oferta, promoción y publicidad hechas por el empresario aun cuando no consten en él. Al respecto merece citarse la sentencia del Tribunal Supremo 114/2010, 15 de marzo de 2010 que le niega carácter imperativo. La doctrina ha criticado esta interpretación. Así CAMACHO, C.: «Delimitación del contenido obligacional del contrato de compraventa de vivienda con consumidores, en caso de discrepancia entre documentación precontractual y contractual», en *Indret*, núm. 2, 2011, pág. 12, que mantiene que el consumidor debe poder valerse de la información y publicidad precontractual cuando le sea más favorable. Otra norma que presenta gran importancia es el artículo 85.8, que considera abusivas las cláusulas que supongan la consignación de fechas de entrega meramente indicativas, condicionadas a la voluntad del empresario. Igual sucede con el artículo 89, que califica como abusivas las cláusulas que imponen al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad. Al respecto véase DÍAZ MARTÍNEZ, A.: «Cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda», en Carrasco (Dir.), *Tratado de la compraventa. Estudios Bercovitz II*, cit., págs. 1077-1090. Comenta que la jurisprudencia ha considerado abusivas, por ejemplo, las cláusulas por las que se imputan al comprador los gastos de constitución de las garantías de devolución de las cantidades entregadas a cuenta (pág. 1081), aquéllas por las que el comprador renuncia a exigir la integridad del objeto adquirido a través de contrato privado (pág. 1083) o las que dejan indeterminada la fecha de entrega (pág. 1084), las que prevén una prórroga de duración indeterminada (pág. 1085). Por último, el artículo 149 aplica su régimen de responsabilidad por los daños causados a usuarios a quienes construyan o comercialicen viviendas en el marco de una actividad empresarial por los daños causados por defectos de la vivienda que no estén cubiertos por un régimen legal específico.

---

13

ESTRUCH ( *op. cit.*, pág. 343) considera que la Orden contiene un error al referir la sanción por el incumplimiento al apartado 2.º del artículo 6 de la Ley 57/1968. Se trata de una sanción desproporcionada para el incumplimiento de una obligación de publicidad. Por esa razón interpreta que el legislador debería estar refiriéndose al apartado 1.º

---

14

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. En cuanto al Código penal de 1932, téngase en cuenta que la Ley de 19 de julio de 1944 autorizó la publicación de un texto refundido y que en 1963 el Decreto 691/1963, de 28 de marzo aprobó el texto revisado del Código penal a cuyos artículos 535 y 587.3 se refiere la Ley 57/1968.

ESTRUCH ha entendido que el Código Penal de 1995 derogó todo el artículo 6 pero que la normativa autonómica ha recuperado las sanciones administrativas. Así ESTRUCH, *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción*, cit., pág. 354. Sin embargo, esa disposición suscita dudas pues la Ley de Ordenación de la Edificación modificó la cuantía de las sanciones administrativas. Por lo tanto, podría entenderse que la Disposición Derogatoria única del Código Penal de 1995 eliminó la sanción penal pero no la administrativa.

A pesar de la derogación expresa del artículo 6, es posible que la falta de devolución de las cantidades entregadas a cuenta suponga la comisión de un ilícito penal. El Tribunal Supremo ha mantenido que puede ser constitutiva de un delito de apropiación indebida (por ejemplo sentencia 148/2008, de 29 de abril) o de estafa (sentencia 752/2007, de 2 de octubre). *Vid.* ESTRUCH, *Las garantías de las cantidades anticipadas en la*

*compra de viviendas en construcción* , cit., pág. 368 ss.

---

15

Véase ESTRUCH, *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción* , cit., págs. 65 ss.

---

16

Sin embargo en la sentencia 133/2015, de 23 de marzo, el Tribunal Supremo aplica la Ley 57/1968 a la adquisición de viviendas protegidas.

---

17

Así CABANILLAS, «Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas para la construcción de la vivienda», cit., pág. 39 y DOMÍNGUEZ, J.: *La recuperación de las cantidades anticipadas por el adquirente de vivienda en construcción* , 2.<sup>a</sup> ed., Valencia [Tirant lo Blanch], 2011, pág. 33. Respecto de la normativa aplicable a las viviendas de protección oficial véase la nota 13.

---

18

CABANILLAS, «Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas para la construcción de la vivienda», cit., pág. 14; ESTRUCH, *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción* , cit., págs. 68 ss y DOMÍNGUEZ, *La recuperación de cantidades anticipadas por el adquirente de vivienda en construcción* , cit., pág. 34.

Existían dudas sobre la aplicación de la ley a determinados contratos, como los de permuta de solar por obra futura o los mixtos de compraventa de solar y obra futura. Al respecto ESTRUCH, *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción* , cit., págs. 68 ss.

---

19

Por eso sorprende que el preámbulo de la Ley de Ordenación de la Edificación explicara que la finalidad de su Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> era extender el régimen de garantías a la promoción por comunidades de propietarios y cooperativas. Y así lo hacía la letra a) de esa norma en su versión original. A nuestro modesto entender, esa previsión no era necesaria puesto que ya lo especificó el Decreto 3114/1968, tal y como ha afirmado el profesor ESTRUCH, *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción* , cit., págs. 53 ss.

---

20

SOLER, «Los consumidores ante la adquisición de un bien inmueble en proyecto o en fase de construcción», cit., pág. 102; CABANILLAS, «Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas para la construcción de la vivienda», cit., pág. 13 y ESTRUCH, *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas*

*en construcción* , cit., págs. 30 ss y 65.

---

21

ESTRUCH, *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción* , cit., pág. 213, quien subraya acertadamente que no debe despistar el nombre dado a las cantidades entregadas a cuenta sino que el criterio de valoración debe ser su condición de parte del precio final.

---

22

CABANILLAS justificaba la irrenunciabilidad por tratarse de una materia de orden público y recurría a la naturaleza de las sanciones previstas para apoyar su afirmación. Así CABANILLAS, «Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas para la construcción de la vivienda», cit., pág. 19.

---

23

ESTRUCH, *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción* , cit., págs. 166 y 205, por ejemplo, y DOMÍNGUEZ, *La recuperación de cantidades anticipadas por el adquirente de vivienda en construcción* , cit., págs. 38 ss. y 41 ss.

---

24

Ahora bien, cabe mencionar que existen otras normas que generan obligaciones para el promotor-vendedor. Entre ellas destacan, cuando el comprador tenga la condición de usuario, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y, en desarrollo suyo, el Real Decreto 515/1989, especialmente importantes respecto de la información precontractual, el contenido del contrato y la documentación que debe proporcionarse al comprador. Téngase también en cuenta la Ley de Ordenación de la Edificación, esencial sobre todo respecto de los aspectos técnicos de la construcción y las garantías posteriores a la entrega de la vivienda. Véase la nota 13.

Por otra parte, el comprador también alegó que la sociedad promotora no había depositado las cuentas anuales en el Registro Mercantil. Al respecto véase *infra* § 1.3. Los presupuestos de responsabilidad.

---

25

La doctrina civilista afirmaba que el promotor debía contratar la garantía global durante los tratos preliminares. Así ESTRUCH, *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción* , cit., págs. 351 s.; SOLER, «Los consumidores ante la adquisición de un bien inmueble en proyecto o en fase de construcción», cit., pág. 98 y CABANILLAS, «Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas para la construcción de la vivienda», cit., pág. 36.

---

26

El artículo 9.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación define al promotor como «cualquier persona,

física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título».

---

27

Antes de la reforma introducida por la Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, tenía gran importancia la Orden de 29 de noviembre de 1968. Es cierto que la evolución de la normativa de ordenación y supervisión de los seguros privados ponía en cuestión una parte de sus preceptos; sin embargo, como explicó el profesor ESTRUCH, continuaba siendo la norma de referencia de las pólizas que se emitían en la práctica. Así ESTRUCH, *op. cit.*, pág. 177. Como hemos dicho, ha quedado derogada por la Ley 20/2015.

---

28

ESTRUCH subrayaba la diferencia entre el seguro y el aval. Como el primero no tenía que ser solidario, sólo se podía exigir a la compañía aseguradora que cumpliera su obligación cuando el promotor no devolvía las cantidades entregadas a cuenta más los intereses correspondientes. Así ESTRUCH, *op. cit.*, pág. 172. También la jurisprudencia diferenciaba las dos garantías. En la sentencia de 34/1995, 26 de enero el Tribunal Supremo explicó que el fiador se obligaba a cumplir en caso de que el deudor no lo hiciera. En cambio, la compañía de seguros resarciría los daños y perjuicios que ese incumplimiento hubiera causado. En el mismo sentido sentencia del Tribunal Supremo 222/2003, de 12 de marzo.

En cuanto al seguro, merece comentarse que el artículo 2 de la Orden de 1968 configuraba al promotor como tomador mientras que el comprador devenía el asegurado y el beneficiario. La misma estructura prevé la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley de Ordenación de la Edificación tras la reforma de 2015.

---

29

ESTRUCH, *op. cit.*, pág. 156, quien, entre otras razones, recuerda que debe tenerse extrema cautela con las derogaciones legales tácitas.

---

30

DOMÍNGUEZ explicaba que tenían carácter remuneratorio y no moratorio y que la finalidad era reparar el perjuicio por la pérdida temporal del dinero. Así DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, págs. 53 ss.

---

31

ESTRUCH (*op. cit.*, págs. 162 2.) predicaba el interés legal del dinero tanto respecto del seguro como del aval solidario. En cambio, DOMÍNGUEZ (*op. cit.*, págs. 45 s.) mantenía que la modificación introducida por la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley de Ordenación de la Edificación sólo afectaba al seguro; mantenía el tipo del 6% para el aval.

---

Idéntica previsión contiene actualmente la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley de Ordenación de la Edificación en su apartado quinto. Pero añade también la negativa a recibir la vivienda por el comprador siempre que se haya expedido la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculden para ocupar la morada.

---

En ese sentido ESTRUCH, *op. cit.* , págs. 164, 205 y 325.

---

Véase ESTRUCH, *op. cit.* , págs. 313 ss. Subrayaba las diferencias que introducía la Orden de 29 de octubre de 1968 respecto de la Ley 57/1968 y recordaba que el principio de jerarquía normativa obligaba a neutralizarlas.

---

ESTRUCH, *op. cit.* , págs. 124 ss. *Cfr.* también la sentencia de la  [Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de marzo de 2001](#) (AC 2001\2438) que no permitió que la entidad de crédito se dirigiera contra el comprador que había aceptado letras de cambio entregadas a cuenta del precio final porque el banco no había controlado el destino de las cantidades descontadas.

---

Al respecto ECHEVARRÍA, «El contrato de compraventa de vivienda sobre plano», *cit.*, págs. 1108 s. y SOLER, «Los consumidores ante la adquisición de un bien inmueble en proyecto o en fase de construcción», *cit.*, págs. 99 ss.

---

Su Disposición Derogatoria suprime «cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en la presente disposición». Sobre la información a proporcionar en esa fase inicial véase CARRASCO, A.; CORDERO, E. y GONZÁLEZ, C.: *El derecho de la construcción y la vivienda* , 4.<sup>a</sup> ed., Madrid [Dilex], 2003, pág. 511.

Interesa añadir que existen otras normas que inciden en la información que el promotor debe proporcionar, como se expone en la nota 13. La doctrina ha criticado la superposición de disposiciones al perjudicar la seguridad jurídica. Véase TORRES, J. Á.: «Deberes precontractuales de información en las compraventas de inmuebles al consumo», en Carrasco (Dir.), *Tratado de la compraventa. Estudios Bercovitz II* , *cit.*, págs. 1015 ss.

---

La Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley de Ordenación de la Edificación impone un contenido similar en su apartado tercero.

---

39

Además, su artículo 5.4 protege al comprador otorgándole el derecho a la elección del notario y especificando que no debe correr con los gastos de titulación. *Vide SOLER, loc. cit.* , págs. 103 ss.

---

40

En el mismo sentido véase el párrafo final del apartado tercero de la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley de Ordenación de la Edificación, tras la modificación introducida por la Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras.

---

41

Al respecto ESTRUCH, *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción* , cit., págs. 116 y 187 s.

---

42

Esa previsión ha desaparecido de la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley de Ordenación de la Edificación. En efecto, la reforma introducida por la Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras no contempla una previsión semejante.

---

43

 [Sentencias del Tribunal Supremo 7.6.1983](#) (RJ 1983\3450);  [22.10.1985](#) (RJ 1985\4961); 798/1997, de 22 de septiembre; 212/2001, de 8 de marzo; 817/2014, de 19 de julio y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 30/2008, de 22 de diciembre, en la que puede leerse: «La obligación de depositar las cantidades adelantadas en una cuenta especial abierta a tal fin en entidad bancaria o en una caja de ahorros, restringe la posibilidad de prestar el aval a ciertas entidades, que resultan muy favorecidas financieramente, pues no solo reciben la prima del seguro o aval que debe abonar el promotor, sino que usualmente, como en el presente caso Caja Navarra, se benefician también financiando la promoción misma y subrogando a los compradores en una hipoteca concertada con el promotor, por lo que no es lógico que se haga recaer sobre los compradores de viviendas la falta de ingreso en la cuenta especial señalada al efecto, cuando la entidad financiera ha cobrado una prima por un seguro o aval, se ha lucrado con todo el proceso de promoción, y es ella la que debe velar por el correcto discurrir de la relación de afianzamiento, vigilando su cumplimiento, exigiendo al promotor el ingreso en la cuenta especial, y requiriendo en caso de incumplimiento la posible cancelación del aval o la relevación de la fianza». En la doctrina, ESTRUCH, *op. cit.* , págs. 138 y 181 ss.

---

44

La misma norma contiene el apartado cuarto de la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley de Ordenación de la Edificación, tras la reforma introducida por la Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras. Cabe significar que no se refiere a fecha alguna, pero debe considerarse implícita en la disposición.

---

45

DOMÍNGUEZ, obra citada, pág. 28 y CABANILLAS, obra citada, págs. 24 y 31.

---

46

Cabe recordar que el Real Decreto 515/1989 incluye, en la información y documentación que debe ponerse a disposición del público y de las autoridades públicas, el plano de la vivienda con la descripción y el trazado de las redes de abastecimiento, la descripción de la misma con expresión de su superficie útil y la descripción general del edificio y de los materiales que se emplearán. Igualmente exige que se especifique la fecha de entrega y la fase en la que se encuentre la edificación en todo momento. Asimismo conviene no olvidar que el artículo 61 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios ordena integrar el contrato con la oferta, promoción y publicidad de los bienes y servicios. Véase la nota 13.

---

47

Véase ESTRUCH, *op. cit.*, págs. 254 ss., quien se posicionaba a favor de la segunda exégesis.

---

48

Por ejemplo, sentencia del  [Tribunal Supremo 9.6.1986](#), comentada por REBOLLEDO en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 11, 1986, págs. 3735 ss. Al respecto ECHEVARRÍA, «El contrato de compraventa de vivienda sobre plano», cit., 1112.

ESTRUCH (*op. cit.*, págs. 247 ss., en particular pg. 251) criticaba esta doctrina: «...la afirmación bastante generalizada de que la fecha de entrega de una vivienda no constituye un término esencial cuyo incumplimiento faculta al comprador para resolver el contrato (...), a la vista de lo dispuesto en la Ley 57/1968 debería ser matizada, pues no debe tener aplicación frente al consumidor adquirente de vivienda que ha entregado al promotor-vendedor cantidades anticipadas durante la construcción de la vivienda».

---

49

Sentencias del Tribunal Supremo 1.4.2014 (recurso 475/2012) 5.5.2014 (recurso 328/2012), 778/2014, de 20 de enero y 218/2015, de 22 de abril de 2015, en la que no permite al avalista oponer esta excepción puesto que la Ley 57/1968 no la contempla; 236/2015, de 30 de abril y 237/2015 de 30 de abril. En la última empieza afirmando el régimen especial del retraso en la Ley 57/1968 pero mantiene que no permite rescindir el contrato cuando el comprador actúa de mala fe; es decir, cuando las pretensiones resolutorias de los compradores encubran incumplimientos oportunistas de los mismos carentes de un interés jurídicamente protegible. Y el mismo razonamiento aplica a la invocación de falta de otorgamiento de la garantía de devolución de las cantidades entregadas a cuenta.

---

ESTRUCH, *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción*, cit., págs. 241 y, sobre todo, 246, 259 ss. En la jurisprudencia, véase la sentencia del Tribunal Supremo 281/2015, de 20 de mayo.

---

La misma norma aparece en la letra a) del apartado tercero de la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley de Ordenación de la Edificación.

---

Igual sucede en el apartado cuarto de la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley de Ordenación de la Edificación.

---

*Cfr.* la sentencia 317/2015, de 2 de junio, en la que el Tribunal Supremo consideró incumplido el contrato porque el sótano vendido como vivienda no era habitable.

---

ESTRUCH afirmaba que el comprador debía ser totalmente libre a la hora de elegir entre las opciones que se le presentaban, de modo que debía tenerse por no puesta en el contrato la cláusula que coartase su libertad. Así ESTRUCH, *op. cit.*, págs. 279 ss., en especial 284, y 293.

El Tribunal Supremo excluye el mutuo disenso: afirma que en ese caso no cabe ejercitar el aval. Se trata de la sentencia 133/2015, de 23 de marzo, en la que el comprador había renunciado a una vivienda de protección oficial; renuncia aceptada por la Administración competente mas considerada injustificada. El Tribunal Supremo fundamenta su decisión en la no posibilidad de equiparar el mutuo disenso a los incumplimientos previstos en el artículo 3 de la Ley 57/1968 y en el carácter accesorio del aval (artículo 1847 del Código civil).

---

La prórroga también puede haberse concedido mediante un convenio concursal. Véase en ese sentido las sentencias del Tribunal Supremo 146/2015, de 26 de marzo y 147/2015, de 26 de marzo, en la que se declara que el convenio, y no el plan de viabilidad, marca la duración de la prórroga. En ambas decisiones el Tribunal Supremo critica la inactividad de los compradores-acreedores en el concurso y, en particular, en la fase de convenio.

---

ESTRUCH, *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción*, cit., págs. 331.

---

57

CABANILLAS consideraba que se trataba de una hipótesis de resolución y criticaba la defectuosidad de la técnica legislativa. Véase su artículo «Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas para la construcción de la vivienda», cit., pág. 17.

---

58

Nos basamos en DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Volumen I. Introducción. Teoría general del contrato*, 6.ª ed., Cizur Menor [Thomson-Civitas], 2007, 612 ss.; DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, Madrid [Civitas], 1985, págs. 519 s. y 523 y MORENO, B. en Paz-Ares, Díez-Picazo, Bercovitz y Salvador (Dirs.), *Comentario del Código civil. Tomo II*, Madrid [Ministerio de Justicia], 1991, págs. 520 ss.

---

59

Ahora bien, la trascendencia práctica era mínima al estar las consecuencias principales específicamente tipificadas en la Ley 57/1968. En ambos casos el contrato de compraventa perdía su eficacia *ex nunc* y el comprador podía exigir la devolución de las sumas adelantadas más los intereses así como ejercitar los demás derechos que la legislación vigente preveía. La principal diferencia reside en el plazo para ejercitar la acción: 4 años en el caso de la rescisión (artículo 1299 del Código civil) y 15 en el de la resolución (artículo 1964 del Código civil).

---

60

La reforma introducida por la Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras favorece al adquirente. De un lado, no aparece previsión alguna que vincule las cantidades adelantadas con el destino de la construcción de la vivienda. De otro, añade también los impuestos aplicables; es decir, el promotor deberá restituir al comprador el capital destinado a la liquidación de los tributos que graven la transmisión o la construcción. Esos dos datos junto a la finalidad de la norma permiten mantener que deben restituirse todo el dinero entregado al promotor.

---

61

Véase *supra* § 3.1. Obligaciones anteriores a la perfección del contrato privado de compraventa. En la actualidad, la cuestión es pacífica pues, tras la reforma introducida por la Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, la Disposición Adicional 1.ª impone el interés legal tanto para el seguro como para el aval.

---

62

No obstante, cabe reconocer que el artículo 2.a) fundamentaba la interpretación opuesta, pues refería la

obligación de devolución al promotor-cedente. Sin embargo, su explicación podía ser que estaba imponiendo el contenido del contrato de compraventa, del que no eran parte los garantes.

---

63

Véase *supra* § 3.2. Obligaciones del promotor al concertar el contrato privado de compraventa.

---

64

Así, CABANILLAS, «Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas para la construcción de la vivienda», cit., pág. 17, quien vinculaba esta previsión con la naturaleza de la facultad del comprador de rescindir (resolver a su entender) el contrato. En el mismo sentido ESTRUCH, *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción*, cit., págs. 285, quien subrayaba la necesidad de probar los perjuicios sufridos a causa del retraso, aunque la mayoría de la jurisprudencia rechazaba que cupiera indemnizar los daños morales.

---

65

Véase el número 1 del apartado 2 de la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley de Ordenación de la Edificación.

---

66

Véase *supra* § 2. La Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

---

67

Véase la nota 15.

---

68

A favor de la posibilidad de resolver el contrato se posiciona ECHEVARRÍA, «El contrato de compraventa de vivienda sobre plano», cit., 1112. En contra ESTRUCH, *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción*, cit., págs. 221 y 230 y ESTRUCH, J.: «Compraventa de viviendas en construcción, cantidades anticipadas y resolución del contrato», *Diario La Ley*, núm. 7210, 2009, pág. 13/23.

El Tribunal Supremo ha destacado la importancia de la constitución de las garantías. Véase las sentencias 706/2011, de 25 de octubre, aunque no aplica la Ley 57/1968 al haberse adquirido la vivienda como inversión; 25/2013, de 5 de febrero y 498/2013, de 19 de julio, en la que se declaró el carácter esencial de la obligación de constituir la garantía pero se desestimó la demanda porque los compradores querían aprovecharse oportunamente de un retraso no esencial de los vendedores.

No obstante, la sentencia 731/2012, de 10 de diciembre introdujo una cierta matización al vincular el cumplimiento de su obligación con la finalidad buscada. Negó que el incumplimiento de constituir la

garantía referida permitiera resolver el contrato puesto que la vivienda ya estaba terminada y lista para ser entregada. En las sentencias 221/2013, de 11 de abril y 40/2014, de 29 de enero siguió manteniendo el carácter esencial de la obligación de constituir la garantía pero sólo respecto de la fase de construcción o pendencia de la obra proyectada. En cambio, consideró que carecía de sentido el aval respecto la fase de realización de la prestación si no había sido exigido antes.

---

69

Rafael ÁLVAREZ VIGARAY en Paz-Ares, Díez-Picazo, Bercovitz y Salvador, *Comentario del Código civil II*, cit., pág. 97 y BERCOVITZ, G. en Bercovitz, *Comentarios al Código civil*, 3.ª ed., Cizur Menor [Aranzadi Thomson-Reuters], 2009, pág. 1336.

---

70

De ahí que ESTRUCH afirme que no afectan de modo decisivo a la economía del contrato. ESTRUCH, *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción*, cit., pág. 230.

---

71

Véase las sentencias del Tribunal Supremo 978/1999, de 15 de noviembre, que aborda el tema marginalmente, de la Audiencia Provincial de Pontevedra 98/2012, de 8 de marzo y del Juzgado de lo Mercantil número 1 de La Coruña 135/2010, de 8 de marzo.

---

72

«...en el presente supuesto la sociedad demandada podrá haber infringido lo establecido en el artículo 1º de la Ley 57/68, de 27 de julio, pero los recurrentes no han acreditado suficientemente que tales infracciones hayan sido imputables o sean consecuencia directa del incumplimiento culpable por parte del demandado de sus deberes, u obligaciones legales o estatutarias como administrador de aquélla. El citado precepto hace recaer la responsabilidad de las obligaciones en él establecidas a la sociedad promotora, no a sus administradores específicamente si bien entre sus obligaciones está actuar con arreglo a la ley, pero no se deduce que su falta de suscripción o de cumplimiento aquel requisito legal como un acto negligente de los administradores demandados, constituye en el caso una práctica comercial de alto riesgo porque ningún indicio o prueba existe sobre que a la fecha de suscripción del contrato la sociedad atravesara una situación de crisis o que se pudiera tener conocimiento de la imposibilidad de poder devolver las cantidades entregadas por los compradores a cuenta, caso de resolverse el contrato.»

---

73

Véase el comentario de GONZÁLEZ CABRERA, I. y GÓMEZ LOZANO, M. M.: «Responsabilidad de los administradores sociales, deber de diligencia y garantías de los adquirentes de vivienda (Una reflexión a la luz de la STS, Sala Primera, de 23 de mayo de 2014)», en *Revista de Derecho de Sociedades (RdS)*, núm. 43, 2014, págs. 357 ss.

Interesa señalar que existía un precedente relativo. En la sentencia 111/2006, el 7 de febrero, el Tribunal

Supremo condenó a los miembros del consejo rector de una cooperativa por no haber otorgado las garantías que exigía la Ley 57/1968. Ahora bien, hay una diferencia muy importante con la sentencia de 2014 y es que la normativa de las cooperativas obliga a los miembros del consejo rector a garantizar la devolución de las cantidades recibidas a cuenta. Y el Tribunal Supremo se basó en ella para fallar la responsabilidad de los demandados.

---

74

Sobre los cambios introducidos por la Ley de Sociedades de Capital respecto de la Ley de Sociedades Anónimas en relación al órgano de administración véase ESTEBAN, G.: «La administración de las sociedades de capital», en *RdS*, núm. 36, 2011, págs. 149 ss.

---

75

Sobre los orígenes del artículo 81 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 véase QUIJANO, J.: *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, Valladolid [Universidad de Valladolid y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Salamanca], 1985, págs. 122 ss. También presenta interés para entender la evolución normativa el artículo del profesor ALONSO, A.: «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», en *Revista de Derecho Mercantil (RDM)*, núm. 198, 1990, págs. 640 ss.

---

76

El profesor GARRIGUES concebía la acción individual como extracontractual pues excedía de la relación entre la sociedad y el administrador. De ahí que no le fuera aplicable el artículo 156 del Código de comercio sino el 1902 del Código civil. Vide su *Tratado de Derecho mercantil. Tomo I. Volumen 2 .º*, Madrid [Revista de Derecho Mercantil], 1947, págs. 1066 ss.

---

77

QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, cit., pág. 135.

---

78

LARA, R.: «La acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad», en Rojo y Beltrán (Dir.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 5.<sup>a</sup> ed., Valencia [Tirant lo Blanch], 2013, págs. 90 ss.

---

79

Al respecto JUSTE, J.: «Legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social», en Rojo y Beltrán, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, cit., págs. 121 ss. También SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «La acción social de responsabilidad (algunos apuntes)», en Piloñeta e Iribarren (Coord.), *Estudios Muñoz Planas*, Cizur Menor [Civitas Thomson Reuters], 2011, 783 ss. y QUIJANO, J.: «La acción social

de responsabilidad contra los administradores: el acuerdo y legitimación para ejercitarla. Comentario a la Sentencia 380/2012, de 5 de diciembre de 2012, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28», en *RDM*, núm. 290, 2013, págs. 440 ss., quien recuerda la diferencia entre la titularidad originaria y la legitimación para ejercitar una acción.

---

80

Así Rojo, Á.: «El derecho a obtener certificación de los acuerdos sociales», en *La Ley*, núm. 2, 1984, pág. 1142. En el mismo sentido, ARROYO y BOET subrayan que los bienes jurídicos protegidos son diferentes: el patrimonio de la sociedad en el caso de la acción social y el de los socios o terceros en el de la individual. Véase ARROYO, I. y BOET, E. en Arroyo, Embid y Górriz (Coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas. Volumen II*, 2.ª ed., Madrid [Tecnos], 2009, pág. 1575.

La inmensa mayoría de la doctrina y la jurisprudencia sitúan la diferencia entre la acción social y la individual en el interés dañado. El profesor LLEBOT mantiene un criterio diverso debido a «(l)a escasa capacidad del referido criterio como guía en la correcta selección y aplicación del régimen...». A su entender, el canon debe ser el carácter colectivo o individual de los deberes infringidos por la conducta de los administradores. *Vid.* LLEBOT, J. O.: «El sistema de la responsabilidad de los administradores. Doctrina y jurisprudencia», *RdS*, núm. 7, 1996, pág. 51.

---

81

Véase BELTRÁN, E.: «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales», en Rojo y Beltrán, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, cit., págs. 249 ss., quien subraya el carácter legal de la imputación de la responsabilidad, de modo que opera como una penal civil (pág. 275).

---

82

De ahí que el Tribunal Supremo considere incongruente la sentencia que condena al administrador en base en el artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas cuando se ha ejercitado la acción individual de responsabilidad. *Cfr.* su sentencia 749/2001, de 20 de julio.

---

83

Véase así ESTEBAN, G.: «La acción individual de responsabilidad», en Rojo y Beltrán, *La responsabilidad de los administradores*, cit., págs. 166 s.; ESTEBAN, G.: «La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital», en Bolás (Dir.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Madrid [Consejo general del Poder Judicial], 2000, 80 ss.; ESTEBAN, G. en el comentario al artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital en Rojo y Beltrán (Coord.), *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital. Tomo I*, Cizur Menor [Thomson-Reuters], 2011, pág. 1729; ARROYO, I. y BOET, E. en Arroyo/Embid/Górriz (Coor.): *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas. Volumen II*, 2.ª ed., Madrid [Tecnos], 2009, págs. 1569 y 1572; ALONSO UREBA, A.: «Presupuesto de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», en *Revista de Derecho Mercantil (RDM)*, núm. 198, 1990, pág. 639, 658; RONCERO, A.: «La acción individual de responsabilidad», en Guerra (Coord.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Madrid [La Ley], 2011, pág. 2 s./11; ALCALÁ,

M. A.: «Acción individual de responsabilidad frente a los administradores» (Comentario a la STS de 21 de mayo de 1992), en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil (CCJC)*, núm. 30, 1992, págs. 801, 808 s.; MARÍN DE LA BARCENA, F.: *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital (artículo 135 LSA)*, Madrid – Barcelona [Marcial Pons], 2005, págs. 122 ss.; SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, 2.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor [Thomson Civitas], 2007, pág. 406; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *Derecho de sociedades. Volumen I*, Valencia [Tirant lo Blanch], 2010, págs. 754 ss.; CALBACHO, F.: *El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima (Doctrina y jurisprudencia)*, Valencia [Tirant lo Blanch], 1999, págs. 328 s. y ALONSO ESPINOSA, F. J.: *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores*, [Thomson Civitas], 2006, págs. 130 ss.

En la jurisprudencia, a título de ejemplo, véase las sentencias 1086/1999, de 15 de diciembre; 27/2000, de 18 de enero; 749/2001, de 20 de julio; 87/2004, de 16 de febrero; 242/2014, de 23 de mayo y 737/2014, de 22 de diciembre.

---

84

ALFARO, J.: «La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales», *RdS*, núm. 18, 2002, págs. 46, 48 ss. Critica la doctrina mayoritaria que confiere a los preceptos referidos un carácter exorbitante. Por una parte, considera que, conforme a las normas generales de la responsabilidad, el administrador no debe responder frente a los acreedores contractuales de la sociedad. Por otra, hacerle responder frente a los acreedores extracontractuales de la sociedad significaría responsabilizarle de los daños derivados de una falta en la organización.

Mantiene una tesis parecida SÁNCHEZ CALERO, F.: «Supuestos de responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima», en AA.VV.: *Derecho mercantil de la Unión Europea. Estudios Girón*, Madrid [Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio – Civitas], 1991, pág. 909, quien diferenciaba los artículos 133 y 134, que establecían un régimen especial de responsabilidad de los administradores, del 135 que «...fundamentalmente lo que hace es remitirse al régimen común de responsabilidad, sea contractual o extracontractual...»; GIRÓN, J.: *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid [Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho], 1952, pág. 383; QUIJANO *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, cit., págs. 131 ss., en particular, 138 y SUÁREZ-LLANOS, L.: «Responsabilidad de los administradores de sociedad anónima (disciplina jurídica de acción social)», en *Anuario de Derecho Civil*, núm. IV, 1962, 921-997, págs. 923 s. Aunque el profesor Polo vinculaba la acción individual a la actuación orgánica y no representativa del administrador, diferenciaba el régimen jurídico en función del acto lesivo realizado o del bien jurídico lesionado. Véase POLO, E.: *Los administradores y el consejo de administración en la sociedad anónima (Artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)*, Madrid [Civitas], 1992, págs. 372 ss. y 378. En sentido parecido, GARRETA, J.M.: *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid [Marcial Pons], 1997, págs. 168 ss., quien disecciona los diversos tipos de actos de los administradores a efectos de aplicar el artículo 135. Más ecléctico DÍAZ ECHEGARAY, J. L.: *Deberes y responsabilidades de los administradores de sociedades de capital*, 2.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor [Thomson-Aranzadi], 2006, págs. 357 s., quien escinde los regímenes de la acción social y de la individual, aunque mantiene la aplicación del artículo 133 a la última.

---

85

Fue introducido por el apartado veintidós del artículo único de la Ley 31/20014, de 3 de diciembre, por la

que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

---

86

A favor del carácter contractual LLEBOT, «El sistema de la responsabilidad de los administradores. Doctrina y jurisprudencia», cit., pág. 51. Cabe recordar que parte del carácter plural o individual de los deberes infringidos por los administradores para diferenciar la acción social de la individual. Véase la nota 81.

Mantienen la naturaleza extracontractual de la responsabilidad ARROYO y BOET, *loc. cit.*, págs. 1571 y 1578; ESTEBAN, «La acción individual de responsabilidad», cit., pág. 176; MARÍN DE LA BARCENA, *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital*, cit., págs. 232 ss., quien acertadamente distingue entre deberes y obligaciones; VICENT, F.: *Compendio crítico de Derecho mercantil. Tomo I. Volumen 1* .º, 3.ª ed., Barcelona [Bosch], 1991, pág. 660; ALONSO UREBA, «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», cit., págs.. 658 s., quien no obstante matiza que la calificación resulta discutible en el caso de que el perjudicado sea un socio; RONCERO, «La acción individual de responsabilidad», cit., pág. 2/11, a pesar de que subraya que los deberes orgánicos de los administradores tienen una proyección tanto interna como externa; RUBIO, J.: *Curso de Derecho de sociedades anónimas*, 2.ª ed., Madrid [Editorial de Derecho Financiero], 1964, pág. 267.

---

87

GARRIGUES, J. y URÍA, R.: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas. Tomo II*, 3.ª ed., Madrid, 1976, pág. 197; GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas*, cit., pág. 383, quien consideraba el artículo 81 LSA 1951 como una norma de remisión al régimen del Derecho común; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: *Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración*, Madrid [Montecorvo], 1971, pág. 406; SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., págs.. 419 ss.; POLO, *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima*, cit., pág. 372 y DÍAZ ECHEGARAY, *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, cit., pág. 330.

El profesor QUIJANO calificaba la responsabilidad como legal y afirmaba que contenía elementos propios de las dos naturalezas: los presupuestos de la responsabilidad utilizan criterios contractuales mientras que los supuestos de aplicación de la acción individual se acercan al régimen extracontractual. *Vide su La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, cit., págs. 140 s.

---

88

En algunas decisiones el Tribunal Supremo había mantenido que el plazo era de un año en virtud del artículo 1968.2 del Código civil, aplicable por remisión del artículo 943 del Código de comercio. Justificaba su decisión en que la responsabilidad era extracontractual, al no existir ninguna relación obligacional entre el administrador y el tercero que ejercitaba la acción. Ejemplifica esa posición la sentencia de 21 de mayo de 1992 (ROJ STS 14024/1992 – ECLI: ES:TS:1992:14024).

Otras veces había aplicado el artículo 949 del Código de comercio. Los fundamentos variaban. En ocasiones negaba que la responsabilidad fuera extracontractual. Es el caso de la sentencia 626/1995, de 22 de junio, en el que la acción traía causa del incumplimiento de un contrato de suministro de materiales por parte de la sociedad, que había sido demanda junto con los administradores. El Tribunal Supremo responsabilizó a ambos del incumplimiento del contrato. En otras ocasiones, había argumentado que la naturaleza orgánica

de la responsabilidad determinaba la aplicación del artículo 949 del Código de comercio. Así sucede en la sentencia de 29 de abril de 1999 (recurso 2300/94).

Y tampoco han faltado los casos en los que el Tribunal Supremo ha afirmado que rige el plazo de un año cuando la responsabilidad es extracontractual y de cuatro años cuando tiene naturaleza orgánica. Véase por ejemplo las sentencias 588/1999, de 2 de julio, en relación con la responsabilidad por deudas.

En la sentencia 749/2001, de 20 de julio, zanjó la cuestión y mantuvo la aplicación del artículo 949 del Código de comercio. En primer lugar, explicó que el artículo 943 del Código de comercio se aplica a las acciones que no tienen un plazo previsto. No era el de caso de la responsabilidad de los administradores pues el artículo 949 del Código de comercio fijaba un lapso de cuatro años sin establecer distinción alguna. Segundo, el artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas era una norma mercantil, por lo que sus complementos debían buscarse antes en el Código de comercio que en el civil. Profundizando en la misma línea, afirmó que no cabía acudir a una norma civil «menos específica» cuando existía una norma especial en el Código de comercio. En cuarto lugar, la polémica entre la naturaleza contractual y extracontractual de la acción individual era estéril dada la existencia de una regulación específica. Quinto, la aplicación del artículo 949 unificaba el plazo del ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores y proporcionaba seguridad jurídica. Por último, debía optarse por el plazo mayor al ser la prescripción una figura de interpretación restrictiva.

---

89

ALFARO, «La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales», cit., págs. 59 s.

---

90

Respecto de los requisitos de la acción individual véase las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1985 (Roj: STS 1896/1985); 272/1998, de 20 de marzo, en la que estimó la acción individual porque los administradores habían negado el ejercicio de los derechos del socio al demandante sin existir causa justificada para ello; 1086/1999, de 15 de diciembre, en la que desestimó la demanda y absolvió al demandado porque no se probó que estuviera actuando como administrador; 766/2002, de 18 de julio, en la que denunció la confusión de la instancia entre las acciones ex artículo 135 y 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas; 207/2003, de 6 de marzo; 87/2004, de 16 de febrero; 864/2004 de 22 julio; 950/2005, de 30 de noviembre; 417/2006, de 28 de abril, donde se subrayó el carácter subjetivo de la responsabilidad; 85/2008, de 14 de febrero; 312/2010, de 1 de junio; 670/2010, de 4 de noviembre; y 669/2011, de 4 de octubre, en la que desestimó la acción al no existir relación causal entre la actuación de los administradores y el daño. En la doctrina, por todos, ESTEBAN, «La acción individual de responsabilidad», cit., págs. 178 ss.

---

91

ASÍ GARRIGUES y URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas II*, cit., pág. 159 y POLO, *Los administradores y el consejo de administración en la sociedad anónima*, cit., págs. 374 s.

---

92

ROJO, «El derecho a obtener certificación de los acuerdos sociales», cit., pág. 1141 y nota 38, y ESTEBAN, «La acción individual de responsabilidad», cit., págs. 165 y 170.

---

93

El profesor QUIJANO mantiene que «ley» es toda norma escrita imperativa, sea cuál sea su naturaleza. Véase su comentario al artículo 236 en Rojo y Beltrán, *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital I*, cit., pág. 1697. En el mismo sentido FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de sociedades, I*, cit., pág. 750, quien añade que esa norma debe imponer obligaciones a los administradores en su condición de miembros del órgano social y ALONSO, «Presupuesto de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», cit., pág. 676.

---

94

Las Leyes de Sociedades Anónimas de 1951 y 1989 no lo explicitaban, pero la doctrina deducía ese requisito de los principios generales en materia de responsabilidad civil. Así Rojo, «El derecho a obtener certificación de los acuerdos sociales», cit., pág. 1142.

---

95

Véase las sentencias del Tribunal Supremo 864/2004 de 22 julio; 637/1998, de 2 de julio; 749/2001, de 20 de julio y 207/2003, de 6 de marzo.

---

96

ROJO, «El derecho a obtener certificación de los acuerdos sociales», cit., pág. 1142, quien advierte que la necesidad de que el daño derive directamente de la actuación de los administradores no impide indemnizar todos los perjuicios sufridos por los socios o terceros. «El adverbio “directamente” se refiere al *an* de la indemnización, y no al *quantum debetur*» .

En cambio, el profesor RONCERO ( *loc. cit.* , pág. 1/11) mantiene que debería admitirse excepcionalmente el ejercicio de la acción individual para daños reflejos. Contempla dos casos: cuando no sea posible ejercitar la acción social y cuando la reparación del daño al patrimonio social no satisfaga el interés de los socios o terceros también perjudicados.

---

97

Sentencia del Tribunal Supremo 396/2013, de 20 de junio.

En la doctrina, por todos, ESTEBAN, «La acción individual de responsabilidad», cit., págs. 165 s. Interesa añadir que Juan Pedro SAAVEDRA y Raquel SÁNCHEZ HERNÁNDEZ afirman que desde 2010 el Tribunal Supremo se muestra más restrictivo con el requisito del daño directo y desestima, salvo supuestos excepcionales, las acciones individuales ejercitadas por acreedores de la sociedad. Véase su artículo: «¿Es la acción individual de responsabilidad frente a los administradores una herramienta real de protección del acreedor de una sociedad de capital en concurso?», *RdS*, núm. 43, 2014, págs. 322 ss.

---

Sentencias del Tribunal Supremo 312/2010, de 1 de junio y 1038/1996, de 10 de diciembre.

---

Sentencia del Tribunal Supremo 737/2014, de 22 de diciembre de 2014. También sentencias del Tribunal Supremo 670/2010, de 4 de noviembre y 919/2011, de 23 de diciembre.

---

Así ARROYO y BOET, *op cit.* , pág. 1757. En la jurisprudencia sentencia del Tribunal Supremo 670/2010, de 4 de noviembre.

---

Así SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital* , cit., pág. 411.

---

DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de daños* , Madrid [Civitas], 1999, 340 ss. y PANTALEÓN, F.: «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código Civil (1889-1989). Tomo II* , Madrid [Centro de Estudios Ramón Areces], 1990, págs. 1561 ss.

---

Diferente es la llevanza de la contabilidad y la formulación de las cuentas anuales. La negligencia de los administradores al respecto sí puede causar un daño directo a socios y terceros, como afirmó el Tribunal Supremo en la sentencia 737/2014, de 22 de diciembre.

---

*Vide supra* § 5. La ausencia de las garantías de la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio pactado.

---

En el mismo sentido, Arroyo y Boet, *loc cit.* , pág. 1577, quienes sin embargo mantienen que el hecho perjudicial es el mismo, por lo que la causa de pedir sería idéntica.

---

Respecto del *dies a quo* , véase la crítica de MARÍN DE LA BARCENA ( *op. cit.* , págs. 238 ss.) a la aplicación del artículo 949 del Código de comercio a la acción individual de responsabilidad *ex* artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989.

---

107

Véase la nota 89.

---

108

Véase una exposición de los argumentos que sustentaban las diferentes posiciones en ARROYO, I. y FRANCO, J.: «La competencia de los juzgados de lo mercantil en materia de responsabilidad civil de los administradores. Examen de la denominada jurisprudencia menor sobre la posible acumulación de acciones de reclamación de cantidad frente a la sociedad y de responsabilidad de los administradores sociales», en *RDM* , núm. 259, 2006, 171 ss. así como en PICÓ I JUNOY, J.: «El problema de la acumulación de acciones ante los juzgados de lo mercantil. La legalidad versus la lógica: un problema que debe resolverse», en *Diario La Ley* , núm. 6499, de 7 de junio de 2006.

---

109

En la misma dirección, reproduciendo literalmente sus argumentos, la sentencia del Tribunal Supremo 315/2013, de 23 de mayo.

---

110

«Entre ambas acciones existe una estrecha conexión, ya que (i) entre ambas hay una relación de prejudicialidad, pues el éxito de la acción frente a la sociedad es presupuesto para que proceda la acción de responsabilidad de los administradores; (ii) la acción de responsabilidad exige acreditar la concurrencia de las circunstancias legalmente establecidas determinantes de la misma, sobre las que gravitará normalmente el peso del proceso; pero el presupuesto de ambas acciones es el incumplimiento de la sociedad; (iii) la finalidad que persigue la parte con el ejercicio de ambas acciones es única: el resarcimiento de los perjuicios que le ha ocasionado el incumplimiento por la sociedad; (iv) la responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales constituye una responsabilidad por deuda ajena *ex lege* [según la ley] que tiene naturaleza de responsabilidad solidaria impropia exigible directamente por los acreedores de la sociedad y opera muy frecuentemente en situaciones de insolvencia total o parcial de esta (la responsabilidad de los administradores puede surgir como consecuencia del incumplimiento de sus deberes de promover la disolución de la sociedad en caso de disminución de su patrimonio, entre otras situaciones de significado análogo) y como remedio a la misma en íntima relación causal con el incumplimiento por parte de aquella.»

---

111

No obstante, en el caso falló la competencia del juzgado de primera instancia por razones coyunturales.

---

La Ley 57/1968 establecía obligaciones tanto para el promotor como para la entidad que recibía las aportaciones de los compradores. Esencialmente el primero estaba obligado a otorgar una garantía que permitiese la restitución de las cantidades entregadas a cuenta; la segunda a percibir esas sumas y depositarlas en una cuenta especial que sólo permitiera disponerlas para aplicarlas a la construcción de las viviendas. El Tribunal Supremo ha mantenido que esas obligaciones no se extienden a terceros. En la sentencia de  [16 de enero de 2015](#) (RJ\2015\278) declaró que no afectaban a la entidad que financió la promoción. En la de 13 de enero de 2015 (ROJ STS 275/2015) falló que no se podía obligar al comprador a depositar las sumas adelantadas en la cuenta especial como condición para que quedasen aseguradas. Igualmente, en la 25/2013, de 5 de febrero negó que se pudiera extender la obligación de otorgar la garantía del artículo 1 a la entidad de crédito en la que se depositaron las cantidades entregadas a cuenta.

Diferente era el caso de las promotoras que adoptan la forma de cooperativas. El artículo 4 del Decreto 3114/1968 obligaba a las juntas rectoras a garantizar la devolución de las sumas entregadas a cuenta. De ahí que en la sentencia 111/2006, el 7 de febrero el Tribunal Supremo responsabilizara a los miembros de la junta por la falta de garantía. En la misma dirección véase la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos 310/2012, de 31 de julio.

En la doctrina, MARÍN DE LA BARCENA, *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital*, cit., pág. 181; ESTEBAN, «La acción individual de responsabilidad», cit., pág. 170 y ALFARO, «La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales», cit., págs. 60 y 63, si bien considera que se trata de una responsabilidad exclusivamente interna, «...se le imponen tales obligaciones *para proteger el patrimonio social*». Respecto de la arquitectura de los deberes de los administradores véase RIBAS, V.: *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, Madrid [La Ley], 2010, *passim*, así como la doctrina que citamos en GÓRRIZ, C.: «El deber de lealtad de los administradores de las sociedades de capital (artículos 226 a 231 LSC)», en *Estudios Sánchez Andrés*, Cizur Menor [Civitas-Thomson Reuters], 2010, págs. 665 ss.

Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1546/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas.

La doctrina se mostró crítica con la reforma. Por ejemplo denunció la ausencia de estructuración de los deberes de los administradores, la escisión de la fidelidad y la lealtad, la falta de definición del último así como de tipificación de algunas de sus concreciones importantes o la contraposición entre el apartado 4.º del artículo 127 ter y el 2.º del artículo 132. Véase RECALDE, A.: «Del “Código Olivencia” a la aplicación de la Ley de Transparencia (Un balance provisional -y decepcionante- sobre la reforma del “gobierno corporativo” en las sociedades cotizadas españolas)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2005 (692), 1899; PAZ-ARES, C.: «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno

corporativo», en [www.indret.com](http://www.indret.com), octubre de 2003, *working paper* núm. 162; FONT, J. I.: «El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales», en *RdS*, núm. 25, 2005, págs. 84 ss.; JUSTE, J. e IGARTUA, F.: «Deberes de los administradores (Reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)», *RdS*, núm. 24, 2005, pág. 78 y DÍAZ ECHEGARAY, *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, cit., pág. 122.

---

116

Nos sumamos así a la posición mayoritaria en la doctrina española. Véase, por ejemplo, EMBID, J. M.: «Apuntes sobre los deberes de fidelidad y lealtad de los administradores de las sociedades anónimas», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 46, 2006, pág. 15; FONT GALÁN, «El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales», cit., págs. 85 ss.; SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., pág. 189, quien configura los deberes de fidelidad y diligencia como «un medio o presupuesto para el cumplimiento de los deberes legales o estatutarios que pesan sobre los administradores»; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: «El deber de diligencia», en Esteban (Coor.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid [Marcial Pons], 1999, pág. 422; SERRANO, J. M.: *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, Madrid [Publicaciones del Real Colegio de España], 2008, págs. 236 ss., quien centra su construcción en la separación entre los deberes inherentes, que serían esencialmente los previstos en los artículos 127 a 127 quáter de la Ley de Sociedades Anónimas, y los demás deberes impuestos por las leyes; y FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: «El significado de la Ley de Transparencia en la modernización del derecho societario español», en *RdS*, núm. 22, 2004, págs. 102 s.

El profesor RIBAS ordena los deberes de los administradores en base a círculos concéntricos. El más amplio estaría formado por el deber de buena fe, que se aplicaría a todo el Derecho privado. A continuación aparecería el deber de diligencia, que regiría la contratación en general. Dentro de él se ubicaría el deber de fidelidad, en sentido genérico, que cobraría eficacia respecto de las relaciones de colaboración. Del mismo derivaría el de lealtad, que se aplicaría a la gestión de los administradores de sociedades. Véase su monografía *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, cit., págs. 159 ss. y, en relación con los artículos 127 ss. de la Ley de Sociedades Anónimas, 254 ss. así como su comentario al artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital en ROJO y BELTRÁN, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, I*, cit., 1608 ss.

---

117

Constituye un lugar común en la doctrina española calificar como *numerus apertus* la relación de deberes de los administradores tipificados en la ley que derivan del principio general de la actuación como un ordenado empresario y un representante leal. Véase por ejemplo SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., 192; PAZ-ARES en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho mercantil, I*, Madrid [Civitas], 1999, pág. 603 y JUSTE E IGARTUA, «Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas», cit., pág. 928.

---

118

La idea está presente en FONT GALÁN, «El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales», cit., pág. 88. Véase también SERRANO CAÑAS, *op. cit.*, págs. 249 ss., donde otorga contenido a la cláusula general del empresario ordenado y representante leal.

---

LLEBOT, J. O.: «Los deberes y la responsabilidad de los administradores», en Rojo y Beltrán (Dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 5.<sup>a</sup> ed., Valencia [Tirant lo Blanch], 2013, pág. 27.

En el mismo sentido EMBID, J. M.: «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima tras la ley de transparencia», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 685, 2004, págs. 2385 s.; FONT, «El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales», cit., 89; JUSTE e IGARTUA, «Deberes de los administradores (Reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)», cit., 78 y RIBAS, V. en el comentario del artículo 226, en ROJO y BELTRÁN, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, I*, cit., págs. 1621 s. En cambio, LLEBOT (*Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Madrid [Civitas], 1996, págs. 91 ss.) separa el interés social del deber de lealtad. «El significado de la primera consiste, como sabemos, en la obligación de desempeñar el cargo persiguiendo los intereses de la sociedad. El significado del deber de lealtad derivado del modelo de conducta del “representante leal” no puede coincidir con el de la obligación de perseguir el interés social puesto que entonces carecería de sustantividad propia. Por tanto, el significado del modelo de conducta del “representante leal” no puede ser otro que el expresado más arriba, esto es, el deber de los administradores de abstenerse de obtener cualquier beneficio personal a expensas de la sociedad».

Véase una construcción detallada del significado y funciones del deber de fidelidad en SERRANO, *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., págs. 247 s. y 299 ss. Parte del conjunto del sistema de deberes y del contenido literal del artículo. Afirma que introduce un nuevo parámetro de interpretación y aplicación del deber de diligencia, dotándole de un contenido ético. «Surge así una diligencia sobreexigida o comprometida con el interés social; diligencia cualificada por un plus de exigencia dimanante del compromiso ético y jurídico con la promoción y defensa del interés social» (315). Por lo tanto, constituye una «subcláusula general» del deber de diligencia que trasciende todos los deberes de los administradores.

En la sentencia 395/2012, de 18 de junio, desestimó la demanda porque el demandante era el presidente del consejo de administración cuando la sociedad contrajo la obligación cuyo incumplimiento generó la demanda. Véase también el fundamento séptimo del fallo 472/2010, de 20 de julio, en el que la autoridad judicial recordó que los acuerdos de la junta general no liberan de responsabilidad a los administradores. Pero matizó que «(o)tra cosa es que las circunstancias puedan justificar entender contradictorio exigir responsabilidad al administrador con el hecho de haber participado afirmativamente quien lo pretenda en la adopción del acuerdo luego ejecutado por aquel o en la del de ratificación de lo que hubiera realizado antes».

También la Audiencia Provincial de Barcelona ha otorgado relevancia a un dato parecido en una sentencia sobre responsabilidad por el incumplimiento de no constituir las garantías que exige el artículo 1 de la Ley 57/1968. En la decisión 64/2012, de 22 de febrero reforzó su decisión de desestimar la demanda con el argumento de que el demandante era socio de la compañía y participó en la junta general en la que se había decidido no otorgar las garantías.

---

ALFARO, «La llamada acción individual de responsabilidad de los administradores sociales», cit., pág. 61.

---

La misma respuesta había dado la Audiencia Provincial de Barcelona en la sentencia 64/2012, de 22 de febrero. E idéntico argumento utilizó en la 311/2013, de 18 de julio. En esta última el demandado se había defendido alegando que no era inicialmente administrador sino que accedió al cargo después de que la sociedad promotora recibiera las cantidades a cuenta. La Audiencia consideró que el deber de garantizar la devolución de los montantes recibidos perduraba en el tiempo, hasta que se hubieran acabado y entregado las viviendas. *Cfr.* también la sentencia del Tribunal Supremo 472/2010, de 20 de julio, si bien en relación a la acción social de responsabilidad.

El Tribunal Supremo utilizó el mismo argumento mas en sentido contrario en la sentencia 669/2011, de 4 de octubre. Confirmó la no responsabilidad de los demandados porque no eran administradores en el momento en que se produjo el ilícito: bien habían cesado en el cargo, bien no habían accedido todavía a él. En esa dirección también SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., pág. 323, quien añadía que los administradores sí responderían si continuaban ejerciendo el cargo tras el cese.

---

Así QUIJANO en Rojo y Beltrán, *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital, I*, cit., pág. 1694.

---

No obstante, el introito de su apartado 1.º genera dudas al divergir del artículo 241 en cuanto a la legitimación activa. En efecto, el primero refiere el ejercicio de la acción a la sociedad, socios y acreedores. El examen de los artículos 238 a 240 evidencia que está pensado exclusivamente para la acción social. A diferencia suya, el artículo 241 no otorga legitimación a la sociedad y sí, en cambio, a cualquier tercero, sea acreedor de la compañía o no. Esta divergencia es un argumento en contra de la caracterización de la acción individual como societaria y orgánica. Véase nota 85.

---

Son palabras de la sentencia del Tribunal Supremo 184/2011, de 21 de marzo de 2011, en relación con la responsabilidad por deuda *ex* artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas. Sobre la eficacia de la inscripción del cese véase GIMENO-BAYÓN, R.: «Algunos aspectos conflictivos de la responsabilidad de los administradores por no promover la disolución de las sociedades anónimas concurriendo causa», en Gimeno-Bayón (Dir.): *Derecho de sociedades II*, Madrid [Consejo General del Poder Judicial], 1998, págs. 70 ss.

---

Sentencia del Tribunal Supremo 123/2010, de 11 de marzo, en la que además se afirmó que, como los administradores cesados continuaron desempeñando sus funciones, devinieron administradores de hecho. En el mismo sentido véase las sentencias 664/2006 de 26 de junio; 669/2008, de 3 de julio; 249/2009, de 14 de abril, que consideró esencial, respecto de los efectos materiales, la ausencia de carácter constitutivo de la inscripción del cese en el Registro, pero calificó al demandado como administrador de hecho para fundamentar su responsabilidad; 402/2009, de 12 de junio; 415/2009, de 18 de junio, en las que se mantuvo que la posibilidad de oponer el cese por no estar inscrito no excusaba la necesaria concurrencia de los demás requisitos constitutivos de la responsabilidad; 206/2010, de 15 de abril; 291/2010, de 18 de mayo; 700/2010, de 11 de noviembre; 96/2011, de 15 de febrero; 184/2011, de 21 de marzo; 810/2012, de 10 de enero; y 732/2013, de 19 de noviembre, entre otras.

En la doctrina, por ejemplo, BELTRÁN, «La responsabilidad de los administradores concursales por obligaciones sociales», cit., 288 s., en relación con la responsabilidad por deudas.

---

128

En sentido parecido, el profesor VICENT comentaba que no era suficiente con que el nombramiento estuviera inscrito en el Registro Mercantil para hacer responder al administrador; pero tampoco le exoneraba el simple hecho de su caducidad. Véase su *Compendio crítico de Derecho mercantil, I, 1*, cit., pág. 651.

---

129

Por lo tanto, el cese sí será eficaz, a efectos de legitimación pasiva, frente a los socios que acudieron a la junta general que adoptó el acuerdo de separar al administrador o en la que éste dimitió o que, por cualquier causa, tenían conocimiento de esa circunstancia. En el mismo sentido, MARÍN DE LA BARCENA, *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital*, cit., pág. 241.

---

130

Véase el comentario de QUIJANO, J. en Rojo y Beltrán, *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital, I*, cit., págs. 1700 ss. y también CALBACHO, *El ejercicio de las acciones de responsabilidad*, cit., págs. 378 s. y 500, quien subraya que no se trata tanto de una presunción de culpa como de participación conjunta en el hecho culposo.

---

131

Al respecto véase GARCÍA VILLAVERDE, R. «Exoneración de la responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima y la sociedad limitada por falta de culpa (artículo 133.2 LSA)», en AA.VV.: *Derecho de sociedades. Estudios Sánchez Calero, II*, Madrid [McGrawHill], 2002, págs. 1321 ss.

---

132

Compartimos así la tesis de QUIJANO en Rojo y Beltrán, *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital, I*, cit., pág. 1694.

Resulta ilustrativa la sentencia del Tribunal Supremo 950/2005, de 30 de noviembre, que confirmó el fallo de la Audiencia Provincial de Valencia. Uno de los demandados había alegado la ausencia de su condición de administrador, al haber cesado en el cargo, y que no podía imputársele la emisión del pagaré, firmado por otro administrador, cuyo impago había desencadenado la demanda. La alta autoridad judicial rechazó el primer argumento puesto que el demandado había sido nombrado secretario del consejo y el cargo continuaba vigente. En cuanto al segundo, mantuvo la imputación del ilícito y comentó que «...debe señalarse que no hay nada extraño en que el pagaré haya sido librado por la persona del consejo que tenía poder para ello».

En la doctrina, mantiene una interpretación parecida CALBACHO, *El ejercicio de las acciones de responsabilidad*, cit., págs. 512 ss., en particular 516. Sobre la doctrina de la escisión de los efectos materiales y formales véase MARTÍNEZ SANZ, F.: «Ámbito subjetivo de la responsabilidad», en Rojo y Beltrán (Dir.), *La responsabilidad de los administradores*, 2.ª ed., Valencia [Tirant lo Blanch], 2008, pág. 79; ESTEBAN, «La acción individual de responsabilidad», cit., págs. 228 ss.; FRANQUET, M. T.: «La ausencia de inscripción en el Registro del cese de los administradores y el problema de su responsabilidad», en *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 87, 2000, págs. 329 ss. y UBEDA, J.J.: «Aspectos sustantivos de la acción individual de responsabilidad del artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas», en Calbacho (Dir.), *Responsabilidad civil derivada de los procesos concursales*, Madrid [Consejo General del Poder Judicial], 1999, págs. 285, 324.

---

133

En ese sentido, el profesor SÁNCHEZ CALERO («Supuestos de responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima», cit., pág. 911) afirmaba que los administradores no respondían de los actos lesivos de los que les hubieran precedido en el cargo «...salvo que, cuando conozcan esos actos, oculten la conducta responsable de los administradores anteriores, pero en este caso responden de su propia culpa por ese ocultamiento».

---

134

PAZ-ARES, C.: *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, Madrid [Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España], 2007, págs. 17 ss., donde mantiene la necesidad de diferenciar el régimen de responsabilidad en función de que la obligación incumplida sea de diligencia o de lealtad.

---

135

CARRASCO, A.; CORDERO, E. y GONZÁLEZ, C.: *El derecho de la construcción y la vivienda*, 4.ª ed., Madrid [Dilex], 2003, pág. 512.

---

136

Sentencia del Tribunal Supremo 472/2010, de 20 de julio, si bien en relación a la acción social de responsabilidad, y sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 311/2013, de 18 de julio. En esta última el demandado se había defendido alegando que no era inicialmente administrador sino que accedió

al cargo después de que la sociedad promotora recibiera las cantidades a cuenta. La Audiencia consideró que el deber de garantizar la devolución de los montantes recibidos perduraba en el tiempo, hasta que se hubieran acabado y entregado las viviendas.

---

137

Deriva del artículo 133.2 de la Ley de Sociedades Anónimas que vino a resolver el problema que presentaba el régimen de su antecesora de 1951. Al no existir previsión al respecto, regía el principio de no solidaridad en virtud de la eficacia del artículo 1137 del Código civil. *Cfr.* por ejemplo GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas*, cit., págs. 375 s.; SÁNCHEZ CALERO, «Supuestos de responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima», cit., págs. 921 y ALONSO UREBA, «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», cit., págs. 690 ss.

---

138

Así QUIJANO en Rojo y Beltrán, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, cit., pág. 1700 s.; SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., pág. 336 y SÁNCHEZ CALERO, «Supuestos de responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima», cit., pág. 911.

---

139

VICENT, *Compendio crítico de Derecho mercantil, I, 1 .º*, cit., pág. 654 y ALONSO UREBA, «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», cit., págs. 694 ss., quien explica que el régimen de solidaridad se basa en consideraciones puramente pragmáticas, debido al diverso punto de partida de las partes: los socios y terceros carecen de información, lo que les dificulta probar la negligencia de todos los miembros del órgano de administración. De ahí que su fundamento no resida en el *collegium* sino en su pertenencia al órgano de administración.

---

140

QUIJANO en el Rojo y Beltrán, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, cit., pág. 1701. Ahora bien, el profesor QUIJANO exceptúa los casos en que el comportamiento lesivo resulta tan individualizable que no hay base para trasladarlo a los demás (pág. 1703).

---

141

Así SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., pág. 412, quien califica la responsabilidad de personal e individualizada de los titulares del órgano de administrador, no del órgano en sí. Igualmente, SÁNCHEZ CALERO, «Supuestos de responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima», cit., pág. 911 y ALONSO UREBA, «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», cit., pág. 654.

---

142

143

La doctrina del Tribunal Supremo confirma esa interpretación. Véase sus sentencias 950/2005, de 30 de noviembre, en la que se afirmó que la pasividad no era propia del comportamiento diligente de un miembro del consejo de administración; 664/2006, de 26 de junio, que admitió que el desconocimiento absoluto sobre la marcha de la sociedad podía tener eficacia liberadora, pero sólo respecto de la responsabilidad por no promover la disolución de la sociedad a tiempo y 732/2013, de 19 de noviembre. Especial interés tiene el fallo de la Audiencia Provincial de Logroño 43/2012, de 15 de febrero, dada la identidad de su supuesto de hecho con el de la sentencia objeto de comentario.

---

144

En ese sentido GONZÁLEZ CABRERA y GÓMEZ LOZANO, «Responsabilidad de los administradores sociales, deber de diligencia y garantías de los adquirientes de vivienda», cit., pág. 383.

---

145

El Tribunal Supremo había utilizado el mismo razonamiento en la sentencia 950/2005, de 30 de noviembre. Rechazó el alegato de los administradores de que habían vendido sus acciones de la sociedad a un tercero. Señaló que ese negocio no eliminaba su condición de miembros del consejo de administración. Además, el ilícito se había producido antes de esa transacción.

---

•

Este comentario se incardina en el Proyecto de Investigación “Desarrollo del derecho de sociedades en la Unión Europea: libertad de establecimiento, fiscalidad e interacción con los ordenamientos nacionales” financiado por la Subdirección General de Proyectos de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad. Referencia DER-2013-46535-P