

2644

ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD CONTRA ADMINISTRADORES

**SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 2014
(RJ 2014, 6902)**

JESÚS ANTONIO ROMERO FERNÁNDEZ

Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil 99
Septiembre - Diciembre 2015
Págs. 289 a 306

RESUMEN Y OBJETO: falta de precisión del acuerdo de la junta general en la determinación de los administradores contra los que se pretende ejercitar la acción social de responsabilidad y en la conducta antijurídica que se les imputa.

PALABRAS CLAVE: acción social de responsabilidad, presupuestos de la responsabilidad social de los administradores.

ABSTRACT: inaccuracy of the agreement of the general meeting in determining managers against those who intended to exercise social responsibility and action in the illegal conduct they are accused.

KEYWORDS: Corporate liability action, budgets of social responsibility of managers.

PARTES: INMOBILIARIA COLONIAL S.A. (recurrente) contra DAVID y JUSTINO, administradores.

PONENTE: Excmo Sr. Ignacio Sancho Gargallo.

FALLO: Ha lugar a recurso.

DISPOSICIONES LEGALES APLICADAS: arts. 133.3 y 134.1 LSA (actualmente, arts. 238.1 y 237 LSC), arst. 133.1 y 133.4 LSA (actualmente art. 236.1 y 236.2 LSC).

de 2012, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) en el rollo de apelación nº 446/12, dimanante de los autos de Juicio Ordinario nº 228/10 del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Madrid».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El primero de casación se funda en la infracción de los arts. 134.1 y 133.3 LSA (actualmente, arts. 238.1 y 237 LSC), porque el acuerdo de la junta general de accionistas de Inmobiliaria Colonial de 30 de junio de 2009 sí reúne, con suficiente determinación, los elementos esenciales para el ejercicio de la acción social de responsabilidad. En el desarrollo del motivo, además de una referencia al modo en que puede haberse suscitado la adopción del acuerdo en el seno de la junta, que resulta irrelevante, se argumenta que del acuerdo es posible determinar contra quienes se pretende ejercitar la acción, pues limita el período temporal en el que debían ser miembros del consejo de administración (el período comprendido entre marzo y diciembre de 2007), y la regla de la responsabilidad solidaria contenida en el art. 133 LSA permite que el órgano de representación de la sociedad ejercite la acción social acordada por la junta contra uno, algunos, o todos los que fueron miembros del consejo de administración de Colonial en aquel período de tiempo. En el desarrollo del motivo se razona que el acuerdo sí identifica la conducta antijurídica imputada a los administradores, y que la Audiencia, al concluir en sentido contrario, confunde los presupuestos de validez del acuerdo de la junta general con los presupuestos para que se estime la demanda en que se ejercita la acción social. La mención contenida en el acuerdo impugnado a los cuantiosos daños ocasionados a la sociedad «por la compra de acciones propias realizadas entre los meses de marzo y diciembre de 2007, ambos inclusive», es suficiente para identificar la conducta antijurídica respecto de la que se ejercita la acción social. El acuerdo, además, indica en qué consiste el daño causado, sin que sea necesario que se especifique

su cuantía. Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación. La legitimación originaria para el ejercicio de la acción social de responsabilidad conforme a lo prescrito en el art. 134.1 LSA corresponde a la sociedad, que es la que ha sufrido el daño cuya indemnización se pretende. El precepto establece que el ejercicio de la acción requiere un previo acuerdo de la junta general de accionistas, que debe indicar respecto de qué conducta debe exigirse responsabilidad, sin que sea necesario un grado de especificación tan grande que detalle todas las razones de la ilicitud de la conducta o de su falta de justificación. En nuestro caso está claro que, junto a otras dos conductas, la junta se refiere a «la compra de acciones propias realizadas entre los meses de marzo a diciembre de 2007». Con esta mención se identifica perfectamente la conducta sobre la que se pretende ejercitar la acción de responsabilidad por los daños que ocasionó a la sociedad, que fue quien adquirió sus propias acciones, y que no era necesario cuantificar en ese momento. También era necesario identificar a los administradores frente a quienes se pretende ejercitar la acción de responsabilidad, y aquí, en contra del parecer de la Audiencia, entendemos que lo están, en la medida en que se refiere primero a quienes eran administradores en el momento en que se realizó aquella conducta y luego excluye de entre ellos a quienes en el momento de adoptarse el acuerdo social seguían siendo administradores. Los dos administradores demandados estaban incluidos dentro de los que especificaba el acuerdo social, puesto que eran administradores en el momento en que se realizaron las operaciones de adquisición de las propias acciones y ya no lo eran cuando se adoptó el acuerdo. Desde esta perspectiva no

puede imputarse al acuerdo un defecto que inhabilite para el ejercicio de la acción social de responsabilidad. Las cuestiones sobre a quién debía imputarse la conducta, si sólo a los dos administradores demandados o también al resto de los que formaban parte del consejo de administración, es una cuestión extraña al acuerdo y guarda relación con la prosperabilidad de la acción y sus consecuencias, sobre todo si se concluye que la conducta era imputable al consejo, y por ello son responsables solidarios todos sus miembros, tanto los demandados como los no demandados.

Pero como apuntábamos, esta es una cuestión ajena al acuerdo de la junta sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad, que debe limitarse a identificar contra qué administradores se pretende exigir responsabilidades y por qué comportamiento antijurídico. En este sentido, conviene advertir que resulta irrelevante que la acción de responsabilidad se haya ejercitado sólo respecto de una de las tres conductas mencionadas en el acuerdo, como tampoco es relevante que, además de los dos demandados, pudiera haber otros administradores respecto de quienes también se acordaba por la junta el ejercicio de la acción de responsabilidad. Esto queda en el marco del cumplimiento de la voluntad de la junta por quien tenía encomendado su ejecución, pero no afecta a la suficiencia del acuerdo sobre las acciones finalmente ejercitadas, en relación con la apreciación del cumplimiento de este primer presupuesto legal.

2. El motivo segundo del recurso de casación denuncia denuncia la infracción del art. 133.1 LSA (actualmente, art. 236.1 LSC), porque la sentencia recurrida confunde y aplica incorrectamente los presupuestos de la responsabilidad social de los administradores. Después de recordar que la acción social de responsabilidad no difiere, en cuanto a sus presupuestos, de los de la responsabilidad civil general, advierte que la sentencia recurrida confunde el requisito de la causalidad y el de la negligencia, cuando afirma que «ni la evolución de la cotización, debido a los múl-

tiples factores que inciden en ella, ni la explotación de la burbuja inmobiliaria pueden ser consecuencias imputables a los demandados, por lo que no se aprecia la concurrencia del imprescindible nexo causal entre la conducta y el daño pretendidamente causado». El recurrente entiende que la imprevisibilidad de la crisis económica que refiere la sentencia recurrida para negar la imputación del resultado a los demandados nos remite al análisis del caso fortuito y de la fuerza mayor, que permitirían excluir o limitar la responsabilidad, pero en ningún caso afirmar la ausencia de imputación objetiva, pues el curso causal puesto en marcha por los administradores fue adecuado para producir los daños sufridos por Colonial. Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación. Conviene advertir que no podemos examinar la cuestión como si fuéramos una tercera instancia, y sustituir el enjuiciamiento realizado por la Audiencia, por el que habríamos realizado si hubiéramos estado en su lugar. Nos corresponde tan sólo analizar si en el enjuiciamiento realizado por el tribunal de apelación sobre la responsabilidad de los administradores, que concluyó con la desestimación de la acción social ejercitada, se ha cometido la infracción normativa que se denuncia en el recurso. El precepto que se denuncia infringido, el art. 133.1 LSA (en la actualidad se corresponde con el art. 236.1 LSC), dispone que «[l]os administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo». Este régimen de responsabilidad, que se enmarca dentro del sistema de responsabilidad civil, está sujeto a sus propios requisitos. La jurisprudencia entiende «que para dar lugar a la responsabilidad prevista en el mismo (art. 133.1 LSA) es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: un comportamiento activo o pasivo desplegado por los administradores; que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en

cuanto tal; que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la Ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; que la sociedad sufra un daño; y que exista relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño» (Sentencia 391/2012, de 25 de junio, con cita de las anteriores sentencias 760/2011, de 4 de noviembre, y 477/2010, de 22 de julio). La sentencia respeta esta exigencia, y analiza la concurrencia de estos requisitos en el presente caso. Examina si la conducta de los administradores demandados podía calificarse de antijurídica, pero no juzgando *ex post facto*, sino situándose en el momento en que se realizó, antes del estallido de la burbuja inmobiliaria. Y para ello, apoyándose en el informe Accuracy, advierte que, a finales de 2007, cuando se habían realizado las compras de autocartera, los principales índices mundiales, incluso del sector inmobiliario, se encontraban en su punto más alto. Luego expone como las entidades expertas y con mayor conocimiento de la situación financiera y patrimonial de la sociedad y de sus exigencias, y con el mayor interés en que la sociedad cumpliera con sus obligaciones, no sólo no formularon reproche alguno, sino que incluso facilitaron las operaciones. Y concluye que no cabe calificar de comportamiento antijurídico la actuación de los administradores demandados.

La sentencia no confunde la relación de causalidad con el requisito de la conducta negligente. Se entiende que desde el momento en que la actuación de los administradores no era contraria a la ley ni a los estatutos, sólo podía ser calificada de antijurídica si no se ajustaba «al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal». Para juzgar sobre ello, había que entrar a analizar si no se ajustaba a ese estándar la compra de autocartera que realizaron los administradores demandados, en aquel momento. Para ello necesariamente debe juzgarse en atención a las perspectivas que existían entonces sobre la evolución de la cotización de los

propios valores, pues eso determinaría que a la postre pudiera concluirse que la inversión en autocartera era conveniente para la sociedad o fue una actuación claramente negligente. Y para ello, es lógico que se valoren las causas que determinaron el posterior desplome del valor de las propias acciones, pues influyen necesariamente en el enjuiciamiento sobre la antijuridicidad de la conducta. En cualquier caso no cabe obviar la valoración de la ilicitud de la conducta, como parece que se desprende del recurso, pues constituye una exigencia del precepto legal que regula este régimen de responsabilidad de los administradores, ni limitar la relación de causalidad a la aplicación de la regla de la equivalencia de las condiciones, para luego aplicar, en su caso, alguna causa de exoneración de responsabilidad. La conducta a la que se pretende imputar la responsabilidad por la causación de un daño, en este caso la pérdida significativa de una inversión, debe ser contraria a la Ley o a los estatutos, o constituir un incumplimiento de deberes inherentes al desempeño del cargo, como precisa el art. 133.1 LSA, y, además, es preciso que podamos atribuirle la causalidad del daño.

3. El motivo tercero del recurso de casación denuncia la infracción del art. 133.1 y 4 LSA (actualmente art. 326 LSC), pues la conducta de los administradores demandados, consistente en la compra de autocartera, es antijurídica e imputable, por haber incurrido en negligencia dichos administradores. La sentencia recurrida interpreta erróneamente el contenido de *equity swap*, e ignora los riesgos insitos de la compra de autocartera y la exigencia de redoblar los deberes de precaución en un escenario de crisis. El recurrente entiende que el estallido de la burbuja inmobiliaria no puede servir de coartada a los administradores negligentes. En el desarrollo del motivo, después de recordar que la conducta negligente consistía en la adquisición de autocartera en el periodo comprendido entre los meses de marzo y diciembre de 2007, parece que centra su argumentación en la adquisición de autocartera realizada el 28 de noviembre, en relación con el *equity*

swap suscrito en mayo de 2007 con Societé Générale. En este *equity swap* se estableció que el método de liquidación o pago fuera el *cash settlement*, esto es, el pago dinerario por diferencias, pero en los *amendments* realizados los días 15 de noviembre de 2007, 23 de noviembre de 2007 y 26 de noviembre de 2007, se cambió el método de liquidación por el de entrega física de acciones. De tal modo que, en lugar de pagar la pérdida de la diferencia, los administradores optaron por la adquisición de la autocartera. E insiste en que la adquisición de autocartera realizada el 27 de noviembre de 2007 no procedía del contrato originario de *equity swap* de mayo de 2007, sino de la modificación realizada por los administradores en noviembre de 2007. El recurso también combate la apreciación judicial que entiende disculpable la conducta de los administradores por la imprevisibilidad del daño, en concreto, porque en el periodo de la adquisición no era previsible el estallido de la burbuja.

Vuelve a razonar por qué la compra de autocartera, realizada en las condiciones en que se hizo, no se ajusta a la diligencia propia de las decisiones empresariales. Argumenta, además, que no puede servir de circunstancia exoneradora de responsabilidad para los administradores demandados la circunstancia de que las operaciones de compra de autocartera contaran con la autorización de la junta general de accionistas de Colonial, porque el acuerdo de 5 de junio de 2007 por el que se renovaba la autorización era extremadamente parco y omitía las exigencias legales sobre el número máximo de acciones propias que se autorizaba adquirir y el contravalor mínimo y máximo que podía pagarse por ellas. Tales omisiones obligaban a los administradores demandados a extremar la prudencia en las operaciones de compra de autocartera. E insiste en lo que constituye la razón esencial esgrimida desde el principio: repugna a las más básicas reglas de diligencia comprar acciones propias en un periodo de cotización a la baja y pagando por tales acciones un precio muy superior al de la cotización. El recurso insiste en que la compra

de autocartera encerraba enormes riesgos, era un negocio jurídico de riesgo sobre un activo ficticio. En definitiva, se trata de actos altamente negligentes, puesto que contravienen las más elementales exigencias de diligencia, que causaron un daño a la sociedad, daño que era previsible, sin que el estallido de la burbuja inmobiliaria pueda servir de excusa a la responsabilidad de los administradores demandados. Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación. Con este motivo se pretende la revisión de la valoración realizada por el tribunal de instancia, por la que concluyó que la adquisición de autocartera, dentro de los límites legales y con los requisitos establecidos en la ley, no podía calificarse de una actuación negligente de los administradores. Como hemos recordado en el fundamento jurídico 14, entre los presupuestos de la acción social de responsabilidad de los administradores, se encuentra que estos hayan realizado un acto ilícito, por ser contrario a la Ley, a los estatutos o sin la diligencia debida, al que se pueda imputar la causación del daño cuya indemnización se pretende. Identificada la conducta, que es la adquisición para Colonial de acciones propias durante el periodo comprendido entre marzo y noviembre de 2007, su ilicitud, a los efectos de la acción de responsabilidad, no radica en que estuviera prohibido por la Ley, pues se hizo dentro de los límites permitidos y con los requisitos legales, entre los que se encuentra la autorización de la junta general de accionistas (art. 75 LSA), sino en que se trataba de un acto altamente negligente. Dentro de los márgenes de revisión de la valoración judicial que permite en este caso el recurso de casación, podemos advertir que la sentencia recurrida parte de una premisa adecuada al juzgar sobre esta conducta no *ex post facto*, sino en el momento en que se realizó. En ese momento, de acuerdo con lo declarado probado, Colonial se encontraba en un proceso de expansión en segmentos que diversificaban su actividad, respaldado por los inversores y los bancos financiadores, justo antes del estallido

de la burbuja inmobiliaria. Aunque el acuerdo de la junta general no puede constituir en todo caso una exención de responsabilidad de los administradores (art. 133.4 LSA), no por ello no podía ser tenido en consideración, como hizo la sentencia recurrida, para valorar la conducta de los administradores. En nuestro caso, la autorización que en su día había otorgado la junta general de Grupo Inmocaral (29 de junio de 2006), para que el consejo de administración pudiera llevar a cabo, directa o indirectamente, la adquisición derivativa de acciones propias, por cualquier modalidad de adquisición («compraventa, permuta o cualquier otra modalidad de negocio a título oneroso»), dentro de los límites legalmente establecidos (5% del capital social) y por un período de 18 meses, fue renovada más tarde por un acuerdo de la junta general de Inmobiliaria Colonial (5 de junio de 2007), una vez inscrita la fusión. La operación de adquisición de autocartera, en aquel momento, después de la fusión y tras la diversificación de actividades, mediante la compra de la mayoría de las acciones de Riofisa y del 15% de FCC, era, obviamente, un acto de especulación sobre las propias acciones, permitido por la Ley, y que, como apreció el tribunal de instancia, aunque entrañaba un riesgo, no estaba totalmente desaconsejado, sin perjuicio de que hubiera sido más «prudente» no hacerlo, y, sobre todo, no consumarlo en noviembre de 2007, cuando el valor de las acciones había bajado. En este sentido, la referencia contenida en el desarrollo del motivo a la interpretación errónea del equity swap, en cuanto que pretende centrar el carácter antijurídico de la compra de autocartera en la realizada en noviembre de 2007, cuando se optó por liquidar el equity swap, en vez de mediante el pago de la pérdida de la diferencia, mediante la adquisición de la autocartera, aunque no constituye una alegación nueva, pues sustancialmente aparece en los hechos de la demanda, no resulta tan relevante como se pretende para concluir que se tratara de una actuación que permite, por sí sola, calificarla de negligencia grave. Si bien en ese momento

los indicadores eran negativos, y podría considerarse de poco aconsejable la operación de liquidación realizada, todavía no se había producido el estallido de la burbuja inmobiliaria y el derrumbe de la cotización de las acciones de Colonial, que es lo que, *ex post facto*, muestra lo equivocado de la decisión. Desde esta perspectiva, el estallido de la burbuja no es la excusa empleada por el tribunal para eximir de responsabilidad a los administradores, como se argumenta en el recurso, sino que fue un hecho que claramente contribuyó de forma decisiva a la drástica pérdida de valor de las acciones de Colonial, y no está tan claro que fuera tan predecible en aquel momento, o por lo menos con la gravedad que luego mostró y que todavía padecemos, pues afectó a todo el sector inmobiliario y, por efecto reflejo, a toda la economía. La valoración realizada por el tribunal de instancia, al no considerar que en el período en que se realizó la adquisición de la propia cartera (marzo-noviembre de 2007), fuera evidente la drástica pérdida de valor de las acciones de Colonial que luego se produjo, no es tan claramente errónea o absurda como para contradecir el art. 133 LSA, como se sostiene en el motivo, razón por la cual, sin que nos esté permitido sustituir aquella valoración por la que hubiéramos realizado como tribunal de instancia, debemos rechazar también este el motivo.

4. El motivo cuarto denuncia la infracción del art. 133.1 LSA (actualmente, art. 236.1 LSC), por haber incurrido la sentencia en un error al tratar el concepto y los límites jurídicos del daño indemnizable. En el desarrollo del motivo se argumenta que «al amparo del principio de reparación integral del daño (...), parece evidente que las operaciones sobre acciones propias llevadas a cabo en 2007 (tanto de compra como de contratación de derivados) comportaron una lesión de los intereses económicos de la compañía. Así, por ejemplo, i) la compra al contado se llevó a cabo por precio superior al de mercado; ii) las operaciones con derivados supusieron pérdidas contabilizadas por la propia sociedad dentro del concepto de

gastos por instrumentos financieros derivados; o iii) la imposibilidad o inoponibilidad de la venta de la autocartera hasta 2009 supuso importantes costes financieros derivados de su mantenimiento». Sobre lo anterior, concluye que, en este caso, «el daño se produce en el momento en que se perfeccionaron aquellas operaciones, con independencia de las decisiones que pudieran acontecer posteriormente y que sólo influirían a efecto de determinar la extensión de los referidos daños, pero no su propia existencia». El motivo quinto se funda en la infracción del art. 133.1 LSA (actualmente,

art. 236.1 LSC), por la incorrecta aplicación de los criterios de imputación objetiva en la determinación del nexo de causalidad. Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación. La desestimación de los motivos segundo y tercero, hace innecesario entrar a examinar el cuarto y el quinto, pues una vez confirmado que no concurre el requisito de que la conducta de los administradores sea antijurídica, no puede prosperar la acción social de responsabilidad, y, por ello, resulta irrelevante juzgar sobre lo cuestionado en estos dos últimos motivos de casación.

COMENTARIO

SUMARIO: I. CONTENIDO DEL ACUERDO DE LA JUNTA GENERAL. 1. Preliminar. 2. Determinación de la conducta antijurídica. 3. Identificación de los sujetos pasivos de la acción social de responsabilidad. II. LA ANTIJURIDICIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LOS ADMINISTRADORES. III. AMBITO OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD: DE QUÉ SE RESPONDE (NUEVOS ARGUMENTOS).

I. CONTENIDO DEL ACUERDO DE LA JUNTA GENERAL

1. Preliminar

Tal y como se pone de relieve en los antecedentes de hecho, la Audiencia desestima el recurso y con él la acción de responsabilidad porque el acuerdo de la junta que debía habilitar para el ejercicio de la acción no precisa los elementos esenciales sobre los que se pretendía sustentar el ejercicio de la acción social, lo que motiva la ausencia de uno de los presupuestos básicos para que pueda prosperar la acción. En concreto, el tribunal de apelación desestima la acción porque el acuerdo de la junta general que decidió que se ejercitase la acción era defectuoso, pues indicaba tres conductas [i) *la compra de activos por la Compañía para reinversión del precio de los compradores en acciones de la misma, vinculados o no al aumento de capital de 29 de junio de 2006; ii) la adquisición de acciones de Riofisa, S.A.; y iii) la compra de acciones propias realizadas entre los meses de marzo a diciembre de 2007] sobre las que se pretendía ejercitar la acción social de responsabilidad, y no se especificaba contra qué administradores se ejercitaba, pues se limitaba a hacer la siguiente mención: «contra los administradores responsables en los términos más adecuados para la defensa del interés social». La Audiencia entiende que esta mención es tan imprecisa que no permite determinar quiénes son los administradores responsables en relación a los tres diversos hechos a los que se hace mención. El acuerdo tan sólo excluye a los miembros del consejo de administración que también lo sean en el momento de adoptarse el acuerdo: «la acción social no se ejerce frente a ninguno*

de los actuales miembros del Consejo de Administración». La sentencia de apelación razona que «del acuerdo no se desprende ni de forma directa ni indirecta, a quien se está refiriendo en concreto». Además de la falta de precisión en la determinación de los administradores contra quienes se pretende dirigir la acción, el tribunal de apelación advierte que el acuerdo no concreta la conducta antijurídica que se imputa a los administradores, pues se limita a indicar unos hechos sin explicar el motivo por el que resultan antijurídicos. Y añade que tampoco se especifica qué daño se ha ocasionado a la sociedad.

Frente a esta decisión de la Audiencia el motivo primero del recurso de casación interpuesto por la recurrente (Inmobiliaria Colonial S.A.) contra la resolución de la Audiencia, se basa en la infracción de los arts. 134.1 y 133.3 LSA (actualmente, arts. 238.1 y 237 LSC) porque, a juicio de la recurrente, el acuerdo de la junta general de accionistas de aquella entidad celebrada el día 30 de junio de 2009, sí reúne, con suficiente determinación, los elementos esenciales para el ejercicio de la acción social de responsabilidad. En concreto se argumenta que del acuerdo es posible determinar contra quienes se pretende ejercitar la acción, pues limita el período temporal en el que debían ser miembros del consejo de administración (el período comprendido entre marzo y diciembre de 2007), y la regla de la responsabilidad solidaria contenida en el art. 133 LSA permite que el órgano de representación de la sociedad ejercite la acción social acordada por la junta general contra uno, algunos, o todos los que fueron miembros del consejo de administración de Inmobiliaria Colonial S.A. en aquel período de tiempo. En el desarrollo del motivo se razona que el acuerdo sí identifica la conducta antijurídica imputada a los administradores, y que la Audiencia, al concluir en sentido contrario, confunde los presupuestos de validez del acuerdo de la junta general con los presupuestos para que se estime la demanda en que se ejercita la acción social. La mención contenida en el acuerdo impugnado a los cuantiosos daños ocasionados a la sociedad «por la compra de acciones propias realizadas entre los meses de marzo y diciembre de 2007, ambos inclusive», es suficiente para identificar la conducta antijurídica respecto de la que se ejercita la acción social. A juicio de la recurrente el acuerdo, además, indica en qué consiste el daño causado, sin que sea necesario que se especifique su cuantía.

El Alto Tribunal estima el recurso, sobre la base de dos motivos. En primer lugar, porque el acuerdo de la junta general de accionistas identifica la conducta sobre la que se pretende ejercitar la acción de responsabilidad. En segundo lugar, porque de dicho acuerdo se deduce sin ninguna clase de dudas los administradores frente a quienes se pretende ejercitar aquella acción.

2. Determinación de la conducta antijurídica

El art. 134.1 LSA (actual 238.1 LSC) establece que el ejercicio de la acción requiere un previo acuerdo de la junta general de accionistas, que debe indicar respecto de qué conducta debe exigirse responsabilidad, sin que sea necesario un grado de especificación tan grande que detalle todas las razones de la ilicitud de la conducta o de su falta de justificación. En nuestro caso está claro que, junto

a otras dos conductas, la junta general se refiere a «la compra de acciones propias realizadas entre los meses de marzo a diciembre de 2007». Con esta mención se identifica perfectamente la conducta sobre la que se pretende ejercitar la acción de responsabilidad por los daños que ocasionó a la sociedad, que fue quien adquirió sus propias acciones, y que no era necesario cuantificar en ese momento.

Creemos que el sentido literal del art. 134.1 LSA (que no ha sido modificado en este extremo por el actual art. 238.1 LSA), permite considerar que la conducta esgrimida como antijurídica («la compra de acciones propias realizada entre los meses de marzo a diciembre de 2007») sea suficientemente clarificadora de su presunta ilicitud o de su falta de justificación. Además creemos que los hechos que se expongan en la demanda al entablar la acción social de responsabilidad no tiene porqué coincidir plenamente con las causas que sirvieron como justificación del acuerdo de la junta general. Si admitiésemos lo contrario nos obligaría a una minuciosa justificación del acuerdo y a no poder acumular en la demanda conductos que fueran descubiertos con posterioridad a su adopción y antes de la presentación del escrito de demanda. Además, si la demanda tuviésemos que fundamentarla en los mismos hechos alegados en la junta, ocasionaría que los socios minoritarios o los acreedores sociales cuando interpusiesen la acción social de responsabilidad precisamente porque el acuerdo ha sido contrario a la exigencia de esa responsabilidad, tendríamos que consentirles que alegasen en la demanda los hechos que tuvieran por conveniente, con lo que se llegaría al resultado absurdo de que ellos tendrían más libertad para fundamentar la demanda que la propia sociedad [SÁNCHEZ CALERO, «Administradores», en *Comentarios a la ley de sociedades anónimas* (dir. SÁNCHEZ CALERO), Madrid, 1994, págs. 283 y 284].

3. Identificación de los sujetos pasivos de la acción social de responsabilidad

El segundo de los motivos invocados por la Sala para estimar el recurso interpuesto por la recurrente es que era necesario identificar a los administradores frente a quienes se pretende ejercitar la acción de responsabilidad, y aquí, en contra del parecer de la Audiencia, la Sala del TS entiende que lo están, en la medida en que se refiere primero a quienes eran administradores en el momento en que se realizó aquella conducta y luego excluye de entre ellos a quienes en el momento de adoptarse el acuerdo social seguían siendo administradores. Los dos administradores demandados estaban incluidos dentro de los que especificaba el acuerdo social, puesto que eran administradores en el momento en que se realizaron las operaciones de adquisición de las propias acciones y ya no lo eran cuando se adoptó el acuerdo. Desde esta perspectiva no puede imputarse al acuerdo un defecto que inhabilite para el ejercicio de la acción social de responsabilidad.

A nuestro juicio, el acuerdo de la junta general que sirva de base para la interposición de la acción social de responsabilidad contra los administradores debe hacer referencia directa (mediante la identificación concreta de uno o varios administradores) o indirecta (los administradores mancomunados o al consejo de administración) a aquellos que estén afectados por el citado acuerdo, resultando

únicamente frente a éstos a los que en virtud de la referida decisión societaria se pueda demandar en ejecución de la misma. No podemos olvidar que nos encontramos ante una responsabilidad personal de los titulares del órgano de administración y no del propio órgano [SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital*, Pamplona, 2005, págs. 313 y ss; LARA, R., «Acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad», en AA.VV. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (dir. ROJO, A., BELTRÁN, E.), Valencia 2013, pág. 105-106]. En el caso de autos, no cabe ninguna duda sobre la identidad de los administradores contra los que se acuerda entablar la acción de responsabilidad, porque se refiere primero a los que lo eran en el instante en que se realizó la conducta presuntamente antijurídica y además excluye de entre ellos a quienes en el momento de adoptarse el acuerdo social seguían siendo administradores. Distinto a este caso sería el de aquellos en los que el cargo de administrador recae en un persona jurídica, obligada a designar persona física representante que ejerce las funciones del cargo (y por ello mismo, contrae responsabilidad como los demás miembros del órgano), o aquellos otros en que intervienen administradores de hecho (figura introducida por la «Ley de transparencia» de 2003), que constituyen una figura abierta de supuestos, que debe ser ponderada en su aplicación para evitar que una extensión excesiva lleve a calificar como tal toda hipótesis de influencia sobre las decisiones orgánicas.

Creemos que las cuestiones sobre a quién debía imputarse la conducta, si sólo a los dos administradores demandados o también al resto de los que formaban parte del consejo de administración, es una cuestión extraña al acuerdo y guarda relación con la futura prosperidad de la acción y sus consecuencias, sobre todo si se concluye que la conducta era imputable al consejo, y por ello son responsables solidarios todos sus miembros, tanto los demandados como los no demandados. Creemos que el acuerdo de la junta general sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad debe limitarse a identificar contra qué administradores se pretende exigir responsabilidades y por qué comportamiento antijurídico. En este sentido, conviene advertir que resulta irrelevante que la acción de responsabilidad se haya ejercitado sólo respecto de una de las tres conductas mencionadas en el acuerdo, como tampoco es relevante que, además de los dos demandados, pudiera haber otros administradores respecto de quienes también se acordaba por la junta el ejercicio de la acción de responsabilidad. Esto queda en el marco del cumplimiento de la voluntad de la junta por quien tenía encomendado su ejecución, pero no afecta a la suficiencia del acuerdo sobre las acciones finalmente ejercitadas, en relación con la apreciación del cumplimiento de este primer presupuesto legal.

II. LA ANTIJURIDICIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LOS ADMINISTRADORES

El motivo segundo del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Inmobiliaria Colonial denuncia la infracción del art. 133.1 LSA (actualmente, art. 236.1 LSC), porque la sentencia recurrida y dictada en Apelación confunde y aplica incorrectamente los presupuestos de la responsabilidad social de

los administradores. Después de recordar que la acción social de responsabilidad no difiere, en cuanto a sus presupuestos, de los de la responsabilidad civil general, en el recurso se advierte que la sentencia recurrida confunde el requisito de la causalidad y el de la negligencia, cuando afirma que «ni la evolución de la cotización, debido a los múltiples factores que inciden en ella, ni la explotación de la burbuja inmobiliaria pueden ser consecuencias imputables a los demandados, por lo que no se aprecia la concurrencia del imprescindible nexo causal entre la conducta y el daño pretendidamente causado». El recurrente entiende que la imprevisibilidad de la crisis económica que refiere la sentencia recurrida para negar la imputación del resultado a los demandados nos remite al análisis del caso fortuito y de la fuerza mayor, que permitirían excluir o limitar la responsabilidad, pero en ningún caso afirmar la ausencia de imputación objetiva, pues el curso causal puesto en marcha por los administradores fue adecuado para producir los daños sufridos por Colonial.

El Alto Tribunal, entra a valorar si en el enjuiciamiento realizado por el tribunal de apelación sobre la responsabilidad de los administradores, que concluyó con la desestimación de la acción social ejercitada, se ha cometido la infracción normativa que se denuncia en el recurso (en concreto el art. 133.1 LSA –actual 236.1 LSC–). Para aquella valoración transcribe lo dispuesto en el art. 133.1 LSA y sobre todo reitera los presupuestos necesarios que viene exigiendo la jurisprudencia consolidada para que surja la responsabilidad de los administradores sociales, en concreto «un comportamiento activo o pasivo desplegado por los administradores; que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la Ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; que la sociedad sufra un daño; y que exista relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño» (Sentencia 391/2012, de 25 de junio, con cita de las anteriores sentencias 760/2011, de 4 de noviembre, y 477/2010, de 22 de julio).

Más concretamente, para la llegar a la desestimación del motivo de recurso de casación segundo la Sala analiza si la actuación de los administradores demandados es antijurídica como se invoca en el recurso interpuesto por la actora. La conclusión a la que se llega, de forma contundente, es la de mantener el pronunciamiento del Tribunal de Apelación en el sentido de entender que desde el momento en que la actuación de los administradores no era contraria a la ley, ni a los estatutos, solo podía ser calificada de antijurídica si no se ajustaba «al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante legal». En suma, la cuestión a debatir se encuentra en discernir si no se ajustaba a ese estándar la compra de autocartera que realizaron los administradores demandados, en aquél momento. Para ello necesariamente debe juzgarse en atención a las perspectivas que existían entonces sobre la evolución de la cotización de los propios valores, pues eso determinaría que a la postre pudiera concluirse que la inversión en autocartera era conveniente para la sociedad o fue una actuación claramente negligente. Y para ello, es lógico que se valoren las causas que determinaron el posterior desplome del valor de las propias acciones, pues influyen necesariamente en el enjuiciamiento sobre la antijuridicidad de la conducta.



En este estado de cosas, es imprescindible valorar si la conducta a la que se pretende imputar la responsabilidad por causación de un daño (en este caso la pérdida significativa de una inversión) es o no contraria a la Ley o a los estatutos, o representa un incumplimiento de deberes inherentes al desempeño del cargo (como precisa el art. 133.1 LSA). Descartado por el Tribunal que la compra de autocartera que realizaron los administradores demandados (que ocasiona una pérdida significativa de una inversión) se pudiese encuadrar dentro de los actos que fuesen contrarios a la ley, ni a los estatutos, deja en el aire en su interpretación que dicha actuación pudiese haber sido realizada «sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo», para concluir que en ningún caso la actuación que se analiza tiene encaje dentro de este último presupuesto. Hay que advertir que el Alto Tribunal hace esta valoración dentro del encuadre del art. 133 LSA y no de los parámetros del nuevo art. 236.1 LSC que exige como presupuesto de la responsabilidad de los administradores que en la actuación realizada por los administradores intervenga «*dolo o culpa*».

Por último, es imprescindible comprobar si de la actuación desarrollada por los administradores se ocasiona un daño a la sociedad que pueda ser atribuible directamente. Pues bien, en el caso de autos no queda demostrado que la inversión en autocartera ejecutada por los administradores haya sido el motivo directo de la pérdida que se alega. La jurisprudencia (entre otras, SSTS de 19 de mayo de 2003; de 20 de noviembre de 2003; de 27 de mayo de 2004; de 22 de Julio de 2004, etc.) viene exigiendo que tanto la prueba del daño como la relación de causalidad entre el acto y aquél incumbe a quien lo sufre, cosa que no se acredita en este caso. Es decir, en la perspectiva de la relación de causalidad lo que se exige es que el daño sea la consecuencia del comportamiento ilícito del administrador, quedando remitidos a la doctrina general de la responsabilidad civil, los difíciles y debatidos problemas de la misma (DÍEZ-PICAZO *Derecho de daños*, Madrid, 1999, págs. 331 y ss), donde, como es sabido, hoy se distingue entre la relación causal, como cuestión de hecho, que debe decidirse conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones, y como cuestión jurídica, que desarrollada en el ámbito de la dogmática penal tiene el cometido de fijar criterios normativos por los cuales un resultado (en el que reside la lesión de un bien jurídico) es atribuible a un comportamiento y que se extiende en la doctrina para corregir el alcance de la teoría de la equivalencia de las condiciones y que, en realidad, va más allá de la causalidad (DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pág. 341; PANTALEÓN, «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en AAVV., *Centenario del Código civil*, II, Madrid, 1990, págs. 1561 y ss.; XIOL RÍOS, «la imputación objetiva en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, Práctica, derecho, daños», *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, nº 84, 2010, págs. 1 y ss.)

III. ÁMBITO OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD: DE QUÉ SE RESPONDE (NUEVOS ARGUMENTOS)

El motivo tercero del recurso de casación vuelve a denunciar la infracción del art. 133.1 y 4 LSA (actualmente art. 236 LSC), porque, en suma, la actuación



de los administradores consistente en la compra de autocartera que se alega, es antijurídica e imputable, por haber incurrido en negligencia. A juicio del recurrente esta conducta de los administradores debe encuadrarse dentro de los actos altamente negligentes, puesto que contravienen las más elementales exigencias de diligencia, que causaron un daño a la sociedad, daño que era previsible, sin que el estallido de la burbuja inmobiliaria pueda servir de excusa a la responsabilidad de los administradores demandados. A juicio del recurrente la sentencia de la Audiencia interpreta erróneamente el contenido de *equity swap*, e ignora los riesgos ínsitos de la compra de autocartera y la exigencia de redoblar los deberes de precaución en un escenario de crisis. El recurrente entiende que el estallido de la burbuja inmobiliaria no puede servir de coartada a los administradores negligentes.

En concreto en el desarrollo del motivo tercero del recurso, tras recordar que la conducta negligente consistía en la adquisición de autocartera en el periodo comprendido entre los meses de marzo y diciembre de 2007, parece que centra su argumentación en la adquisición de autocartera realizada el 28 de noviembre, en relación con el *equity swap* suscrito en mayo de 2007 con Societé Générale. En este *equity swap* se estableció que el método de liquidación o pago fuera el pago dinerario por diferencias (cash sttlement), pero en los *amendments* realizados los días 15 de noviembre de 2007, 23 de noviembre de 2007 y 26 de noviembre de 2007, se cambió el método de liquidación por el de entrega física de acciones. Como consecuencia de ello, se argumenta que en lugar de pagar la pérdida de la diferencia, los administradores optaron por la adquisición de la autocartera. Se insiste en que la adquisición de autocartera realizada el 27 de noviembre de 2007 no procedía del contrato originario de *equity swap* de mayo de 2007, sino de la modificación realizada por los administradores en noviembre de 2007.

El recurso también combate la apreciación judicial que entiende disculpable la conducta de los administradores por la imprevisibilidad del daño, en concreto, porque en el periodo de la adquisición no era previsible el estallido de la burbuja. Vuelve a razonar por qué la compra de autocartera, realizada en las condiciones en que se hizo, no se ajusta a la diligencia propia de las decisiones empresariales. Se argumenta, además, que no puede servir de circunstancia exoneradora de responsabilidad para los administradores demandados la circunstancia de que las operaciones de compra de autocartera contaran con la autorización de la junta general de accionistas de Inmobiliaria Colonial S.A., porque el acuerdo de 5 de junio de 2007 por el que se renovaba la autorización era extremadamente parco y omitía las exigencias legales sobre el número máximo de acciones propias que se autorizaba adquirir y el contravalor mínimo y máximo que podía pagarse por ellas. Tales omisiones obligaban a los administradores demandados a extremar la prudencia en las operaciones de compra de autocartera. Además de todo ello se insiste en lo que constituye la razón esencial esgrimida desde el principio: repugna a las más básicas reglas de diligencia comprar acciones propias en un periodo de cotización a la baja y pagando por tales acciones un precio muy superior al de la cotización. El recurso insiste en que la compra de autocartera encerraba enormes riesgos, era un negocio jurídico de riesgo sobre un activo ficticio.

El Alto Tribunal desestima el motivo con contundencia en base a las razones que acertadamente expone en su argumentación.

En este motivo tercero del recurso de casación el recurrente vuelve a alegar que la conducta de los administradores antes descrita se encuadra dentro de los parámetros a que se refiere el art. 133.1 LSA (actual art. 236 LSC). Aunque la conducta de los administradores como posible actuación negligente ya fue esgrimida en la formulación del motivo primero de casación y desestimado por el Alto Tribunal, la nueva argumentación empleada por el recurrente para sostener este motivo tercero de casación y la consiguiente fundamentación de derecho esgrimida por el Tribunal para desestimarlos nos obliga a su análisis.

Hay que volver a recordar que la actuación de los administradores denunciada como negligente consiste en la adquisición para la recurrente de acciones propias durante el periodo comprendido entre marzo y noviembre de 2007. La presunta ilicitud, a los efectos de la acción de responsabilidad, no radica en que estuviera prohibido por la Ley, pues se hizo dentro de los límites permitidos y con los requisitos legales, entre los que se encuentra la autorización de la junta general de accionistas (art. 75 LSA), sino en que se trataba de un acto altamente negligente.

El recurrente a la hora de fundamentar este motivo de recurso tercero de casación lo que pretende es la revisión de la valoración realizada por el tribunal de instancia, por la que concluyó que la adquisición de autocartera, dentro de los límites legales y con los requisitos establecidos en la ley, no podía calificarse de una actuación negligente de los administradores. En el recurso se alega, de forma errónea, que el estallido de la burbuja es la excusa empleada por el tribunal para eximir de responsabilidad a los administradores. Ello no es cierto, porque el tribunal de instancia argumenta que aquella fue un hecho que claramente contribuyó de forma decisiva a la drástica pérdida de valor de las acciones de Colonial, y no está tan claro que fuera tan predecible en aquel momento, o por lo menos con la gravedad que luego mostró y que todavía se padece, pues afectó a todo el sector inmobiliario y, por efecto reflejo, a toda la economía. La valoración realizada por el tribunal de instancia, al no considerar que en el periodo en que se realizó la adquisición de la propia cartera (marzo-noviembre de 2007), fuera evidente la drástica pérdida de valor de las acciones de Colonial que luego se produjo, no es tan claramente errónea o absurda como para contradecir el art. 133 LSA, como se sostiene en el motivo, razón por la que el Alto Tribunal desestima el recurso.

El art. 133.1 LSA (actual art. 236 LSC) responde a los cánones clásicos de la responsabilidad civil, que exige cuatro elementos: un acto u omisión, que sean antijurídicos, un daño, y una relación de causalidad entre ambos (STSS 20.12.2002; 30.12.2002; 12.02.2010, entre otras). Conforme a lo dispuesto en el art. 133.1 LSA para que la actuación de los administradores descrita fuese antijurídica debería ser contraria a la ley o a los estatutos o realizada incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo (el nuevo art. 236 LSC añade que en esta actuación debe mediar «dolo o culpa»). En primer lugar, los actos contrarios a ley significan que el administrador incumple obligaciones legales (*vid.*, SÁNCHEZ CALERO, «Administradores», cit., págs. 249-250, quien en este punto distingue dos categorías de actos

contrarios a Ley: i) un primer grupo estaría constituido por la contravención u omisión de obligaciones precisas impuestas a los administradores. ii) otro grupo se integraría por las actuaciones que implican una violación de la Ley porque exceden de las facultades encomendadas, usurpan las competencias de otros órganos). En segundo lugar, los actos contrarios a los estatutos no requieren mayor aclaración (se trata de una novedad introducida por la Ley de 1989, que no existía en la ley anterior de 1951). Conviene subrayar que los estatutos no pueden imponer obligaciones contrarias a la Ley, porque en ese caso vulnerarían el principio de legalidad y serían, por tanto nulos. Además, la función calificadora del registrador impide su inclusión en el Registro Mercantil. En tercer lugar, el art. 133.1 LSA (actual 236.1 LSC) tipifica «los actos realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo» (en el nuevo art. 236.1 se añade que «...siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa»). Dejado sentado lo anterior correspondía al TS valorar si la conducta denunciada y que sirve de base para el motivo de recurso de casación tercero se encuadra dentro de los anteriores parámetros a que se refiere el precepto (art. 133.1 LSA –actual art. 236 LSC–). En concreto, era necesario atender si la conducta de los administradores descrita podía encuadrarse dentro de los presupuestos del art. 133.1 LSC (actual 236 LSC).

La sentencia de la Audiencia que se recurre parte de una premisa adecuada al juzgar sobre esta conducta no *ex post facto*, sino en el momento en que se realizó. En ese momento, de acuerdo con lo declarado probado, Inmobiliaria Colonial S.A. se encontraba en un proceso de expansión en segmentos que diversificaban su actividad, respaldado por los inversores y los bancos financiadores, justo antes del estallido de la burbuja inmobiliaria. Aunque el acuerdo de la junta general no puede constituir en todo caso una exención de responsabilidad de los administradores (art. 133.4 LSA), no por ello no podía ser tenido en consideración, como hizo la sentencia recurrida, para valorar la conducta de los administradores. En nuestro caso, la autorización que en su día había otorgado la junta general de Inmocaral (29 de junio de 2006), para que el consejo de administración pudiera llevar a cabo, directa o indirectamente, la adquisición derivativa de acciones propias, por cualquier modalidad de adquisición («compraventa, permuta o cualquier otra modalidad de negocio a título oneroso»), dentro de los límites legalmente establecidos (5% del capital social) y por un periodo de 18 meses, fue renovada más tarde por un acuerdo de la junta general de Inmobiliaria Colonial (5 de junio de 2007), una vez inscrita la fusión. La operación de adquisición de autocartera, en aquel momento, después de la fusión y tras la diversificación de actividades, mediante la compra de la mayoría de las acciones de Riofisa y del 15% de FCC, era, obviamente, un acto de especulación sobre las propias acciones, permitido por la Ley, y que, como apreció el tribunal de instancia, aunque entrañaba un riesgo, no estaba totalmente desaconsejado, sin perjuicio de que hubiera sido más «prudente» no hacerlo, y, sobre todo, no consumarlo en noviembre de 2007, cuando el valor de las acciones había bajado.

En este sentido, la referencia contenida en el desarrollo del motivo a la interpretación errónea del equity swap, en cuanto que pretende centrar el carácter antijurídico de la compra de autocartera en la realizada en noviembre de 2007, cuando

se optó por liquidar el *equity swap*, en vez de mediante el pago de la pérdida de la diferencia, mediante la adquisición de la autocartera, aunque no constituye una alegación nueva, pues sustancialmente aparece en los hechos de la demanda, no resulta tan relevante como se pretende para concluir que se tratara de una actuación que permite, por sí sola, calificarla de negligencia grave. Si bien en ese momento los indicadores eran negativos, y podría considerarse de poco aconsejable la operación de liquidación realizada, todavía no se había producido el estallido de la burbuja inmobiliaria y el derrumbe de la cotización de las acciones de Inmobiliaria Colonial S.A., que es lo que, *ex post facto*, muestra lo equivocado de la decisión. La valoración realizada por el tribunal de instancia, al no considerar que en el periodo en que se realizó la adquisición de la propia cartera (marzo-noviembre de 2007), fuera evidente la drástica pérdida de valor de las acciones de Inmobiliaria Colonial S.A. que luego se produjo, no es tan claramente errónea o absurda como para contradecir el art. 133 LSA, como se sostiene por el recurrente en el motivo de casación tercero, razón por la que el Alto Tribunal lo desestima.

Adviértase, además, que el Alto Tribunal no valora si la actuación de los administradores se ha realizado mediando dolo o culpa como exige el art. 236.1 LSC, que es una novedad introducida por este precepto que no estaba contemplada por el art. 133 LSA (que es el aplicable al presente supuesto). No obstante, aunque la presencia del dolo o la culpa no se encuentren previstos en el art. 133.1 LSA, frecuentemente los tribunales han acudido a estos parámetros para valorar si la actuación de los administradores puede ser reprochable jurídicamente, lo que implica aplicar las reglas generales del Derecho común de la responsabilidad civil y excluye los supuestos de fuerza mayor, caso fortuito, acción o error justificable atendidas las circunstancias, etc. Una vez que ha desaparecido la franquicia que suponía la fórmula histórica («malicia, negligencia grave y abuso de facultades»), la culpabilidad en cualquiera de sus formas (*in comittendo*, *in omittendo*, *in vigilando*, *in eligendo*, *in instruendo*) o el dolo o intencionalidad ha sido tenido en cuenta por los Tribunales, en función de la estructura interna del órgano, y en cualquiera de sus grados, ya valorados en función de la gravedad del comportamiento negligente y de la naturaleza de la diligencia exigida. En este supuesto, creemos que la actuación de los administradores descrita en el recurso no parece ser reprochable en el sentido de haber sido realizada mediante dolo o culpa, lo que previsiblemente hubiese llevado al Alto Tribunal a un pronunciamiento diverso a pesar del texto del art. 133.1 LSA aplicable a este caso concreto.