

EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Autora: BLANCA ANDREA VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA

Tesis doctoral dirigida por Juan SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE y MÓNICA FUENTES NAHARRO en la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Mercantil.

CRISTINA MARQUÉS MOSQUERA

Notaria

La responsabilidad de los administradores es una de las cuestiones que más interés y casuística ha suscitado en los últimos tiempos a raíz del gran número de empresas que se han cerrado en nuestro país como consecuencia de la crisis económica que nos azota sin piedad desde hace ya más de un lustro, ya que en algunos casos un factor coadyuvante y determinante ha sido la mala gestión de los órganos directivos.

La cuestión de la responsabilidad de los administradores fue una de las cuestiones centrales de la reforma operada en nuestro derecho de sociedades anónimas por la Ley de reforma parcial y adaptación de nuestro de derecho de sociedades, de 25 de julio 1989, que vino a solventar determinadas carencias puestas de manifiesto por la doctrina: excluyó el requisito de que la culpa fuera grave; estableció la responsabilidad solidaria de todos los administradores; excluyó la exoneración de responsabilidad por el hecho de que el acuerdo lesivo fuera aprobado por la Junta, y trató de acabar con una serie de prácticas tales como la delegación, como

forma de eludir la responsabilidad de los consejeros, o los acuerdos de separación de administradores acompañados de pactos de renuncia a ejercitar acciones posteriores de responsabilidad.

Sin embargo, con el paso de los años se ha demostrado que este sistema, tan riguroso en el trato de la conducta negligente, no lo era en cambio respecto a posibles conductas desleales, las cuales pueden de hecho suponer un mayor enriquecimiento de los administradores. A mayor abundamiento, la progresiva globalización de la economía provoca la imperiosa necesidad de evitar una gestión excesivamente conservadora y burocrática y de potenciar el riesgo y la innovación empresarial. Por ello, son muchos los que propugnan establecer un pequeño ámbito excluido de la posterior revisión judicial, y que comprendería aquellas decisiones que tomadas de buena fe comportan un riesgo empresarial, y en las que el ulterior fracaso no pueda servir de fundamento para una posterior imputación por negligencia.

Todas estas consideraciones fueron apuntadas en el Informe Aldama (y en su precedente Informe Olivencia), el cual señaló la conveniencia de una reglamentación de los deberes de información y transparencia y de una tipificación de las conductas que suponen una violación del deber de lealtad.

En esta línea son diversos los cambios operados por el legislador en esta materia en épocas recientes. En primer lugar, y por lo que se refiere al régimen general de responsabilidad de los administradores de los artículos 133 y ss. LSA, la Ley de 17 de julio de 2003 modificó algunos aspectos, respondiendo a la idea de configurar la responsabilidad como un instrumento de control de la gestión de los administradores o de buen gobierno corporativo. En segundo lugar, la Ley Concursal de 2003 modificó el régimen de la responsabilidad por deudas del artículo 262 LSA, ligándolo no sólo a la no disolución de la sociedad sino también a la falta de declaración de concurso. Además, la misma Ley Concursal estableció *ex novo* en el artículo 172.3 LC, en caso de calificación culpable, una responsabilidad concursal de los administradores, concebida como un instrumento de protección del concurso. Por su parte, el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC), ha pretendido llevar a cabo una labor de sistematización, aclaración y amonización de la normativa reguladora de las sociedades de capital, extendiendo en algunos casos a todas las sociedades de capital algunas normas previstas para sólo un tipo. Concretamente, en materia de responsabilidad de los administradores, tal y como pone de manifiesto Blanca VILLANUEVA en la obra objeto de esta recensión, la sistemática seguida por la Ley de Sociedades de Capital permite resolver algunas de las cuestiones que se habían planteado bajo la vigencia de la legislación anterior.

Partiendo del panorama general esbozado que ofrece nuestro ordenamiento en materia de responsabilidad de los administradores, la tesis doctoral escrita por

Blanca VILLANUEVA, pendiente de publicación, analiza de forma exhaustiva el posible ejercicio de lo que se conoce como acción «social» de responsabilidad frente a los administradores sociales en sociedades anónimas, ya sea por la propia sociedad, por la minoría social o por los acreedores. La autora, partiendo de una aproximación a los presupuestos de la responsabilidad de los administradores aborda la diversa y rica problemática que el ejercicio de una acción de este tipo conlleva no sólo desde un punto de vista societario, sino también desde un punto de vista procesal, sin olvidarse de reseñar las principales particularidades que el ejercicio de esta acción presenta en derecho italiano, alemán y estadounidense. La misma fue presentada en la Universidad Complutense de Madrid bajo la dirección de Juan SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE y Mónica FUENTES NAHARRO el pasado mes de enero de 2013, obteniendo la puntuación máxima, «sobresaliente *cum laude* por unanimidad».

La extensa obra contiene un prolijo análisis de la materia estudiada en el que la autora, lejos de dejar algo en el tintero, va desgranando con gran claridad expositiva y rigor técnico las diversas facetas que presenta el ejercicio de la acción social de responsabilidad. Se divide en un preámbulo, siete capítulos y unas conclusiones finales.

El primer capítulo contiene una aproximación a la responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima. Partiendo de la naturaleza del cargo de administrador, la autora distingue entre los distintos tipos de responsabilidad en que puede incurrir el mismo: tributaria, penal, administrativa y laboral, para detenerse en los presupuestos de la responsabilidad civil de los administradores, concluyendo que no existe en nuestro ordenamiento un régimen singular de responsabilidad de los administradores, sino que tan sólo nos encontramos con ciertas especialidades respecto del régimen común de responsabilidad civil, dada la profesionalización y ámbito en que desarrollan su actividad los administradores y poniendo de manifiesto la dudas existentes en torno a la interpretación del deber de diligencia exigible a los mismos. En este capítulo, VILLANUEVA recoge también los presupuestos de la responsabilidad civil del administrador de las sociedades anónimas, tanto en el Derecho estadounidense como en el Derecho italiano y en el alemán, destacando las diferencias con nuestro sistema.

El capítulo segundo analiza en profundidad cómo ha de ser el acuerdo en Junta general para el ejercicio de la acción social, distinguiendo distintos aspectos. En primer término, la autora analiza la conveniencia de que, en nuestra legislación, la competencia se atribuya de forma exclusiva a la Junta general y el hecho de que el acuerdo de ejercicio de la acción social pueda ser adoptado aun sin estar incluido en el orden del día. En segundo lugar, se aborda la cuestión de cuál es el quórum de constitución de la Junta general y si el mismo puede ser reforzado estatutariamente, entendiendo Blanca VILLANUEVA que si bien no es conforme a Ley la fijación por vía estatutaria de un quórum reforzado para la

constitución de la Junta que vaya a tratar el ejercicio de la acción social de responsabilidad, no existe ningún obstáculo en elevar por vía estatutaria y con carácter general el quórum de constitución. Asimismo, se analiza cuál ha de ser el papel que juegue el presidente de la Junta en el supuesto, el más habitual en la práctica, de que sea administrador de la sociedad, en cuyo caso habrá de velar por la existencia de debate para evitar incurrir en responsabilidad. Otra cuestión de sumo interés que es tratada en el trabajo que nos ocupa es cuál ha de ser la posición del administrador en caso de ser accionista de la sociedad, defendiendo la autora, fundamentalmente en base a una interpretación teleológica de la Ley de Sociedades de Capital, el deber de abstención del administrador en este supuesto. Además, se abordan cuestiones tales como la mayoría necesaria para la adopción del acuerdo o el contenido mínimo que ha de tener el mismo, el cual, a juicio de VILLANUEVA, habría de incluir al menos la determinación de la conducta activa u omisiva reprochable de los administradores responsables, así como del daño producido en el patrimonio social. Tal y como expone la autora, esta concreción de determinados extremos en el acuerdo obedece a la necesidad de salvaguardar el derecho de información de los accionistas, de garantizar el respeto al régimen de distribución de competencias formulado por la Ley fijando las bases para el ejercicio de la acción, de permitir una actuación coordinada de los distintos legitimados para el ejercicio de la acción y de minimizar los costes del ejercicio de la acción. En cuanto a la falta de exoneración de responsabilidad de los administradores por la adopción, autorización o ratificación por parte de la Junta general del acuerdo lesivo que prescribe el artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital, se pone de manifiesto cómo las diversas manifestaciones de la Junta en esta línea pueden tener trascendencia a la hora de analizar la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad con la consiguiente reducción del *quantum* de la responsabilidad, así como el hecho de que para un sector doctrinal la aplicación de la doctrina de los actos propios en este ámbito puede conllevar una inversión de la carga probatoria en el ámbito judicial. A continuación, en este segundo capítulo se analizan los efectos del acuerdo de ejercicio de la acción sociedad de responsabilidad contra los administradores: la destitución del administrador afectado, justificando el carácter necesario y obligatorio de la misma y recogiendo el debate doctrinal acerca de si la Junta general tiene competencia para decidir sobre el ejercicio de la acción social frente a los administradores nombrados por representación proporcional; y el nombramiento de nuevos administradores, desarrollando la cuestión acerca de si este extremo ha de constar o no en el orden del día. Finalmente, la autora se detiene en analizar la regulación de esta materia en algunos países, tales como Estados Unidos, donde se admite la exclusión o limitación de la responsabilidad de los administradores; Italia, donde es reseñable la prohibición del administrador de votar en la deliberación sobre su propia responsabilidad, y Alemania, donde destaca tanto el hecho de que junto a la competencias del Consejo de vigilancia, se atribuya a la Junta general competencias de control sobre los dos órganos de gobierno corporativo, como la circunstancia de que se establezca una exoneración de responsabilidad de los administradores cuando el

acto lesivo se hubiera tomado sobre las bases de un acuerdo legalmente adoptado por la Junta general.

El tercer capítulo se ocupa del ejercicio de la acción social de responsabilidad por la sociedad. En un primer momento, la autora dilucida sobre la arbitrabilidad del régimen de responsabilidad civil de los administradores, pronunciándose a favor de esta posibilidad, así como a favor de la posibilidad de sumisión a mediación de las controversias en esta materia. En segundo término, VILLANUEVA analiza la eficacia ejecutiva del acuerdo de la Junta favorable al ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores partiendo de la redacción del artículo 202 de la Ley de Sociedades de Capital, que declara ejecutables los acuerdos a partir de la fecha de aprobación del acta. No obstante lo cual, la autora se inclina por defender la eficacia del acuerdo de la Junta desde su adopción, momento en el cual comenzaría el cómputo del plazo de un mes para entablar la correspondiente demanda, caducando el derecho de la sociedad en caso contrario, con el fin de proteger no sólo a la minoría social, sino también la seguridad jurídica del tráfico. En tercer lugar, el trabajo se refiere a quien ha de ejecutar el acuerdo, aludiendo al interés social que debe prevalecer en todo momento y distinguiendo según que la ejecución se lleve a efecto por los administradores o por terceras personas, posibilidad esta última que ha sido discutida doctrinalmente y que defiende VILLANUEVA sobre la base de defender una interpretación flexible de la competencia de representación de la sociedad. Otra de las cuestiones desarrolladas en este capítulo es el plazo de ejercicio de la acción, cuestión no resuelta con carácter expreso en nuestra legislación, si bien, tal y como pone de manifiesto la autora, es lugar común en nuestra doctrina y jurisprudencia defender la aplicación del plazo de prescripción de cuatro años del artículo 949 del Código de Comercio, tanto a la acción social como a la individual de responsabilidad, aunque no resulta claro cuál ha de ser el *dies ad quo*. También se analizan los efectos que pudiera producir tanto el hecho de presentarse la demanda sin acompañar el acuerdo de la Junta general, como que la demanda vaya acompañada de un acuerdo insuficiente de Junta, así como la posible intervención por parte de accionistas o acreedores de la sociedad en el procedimiento judicial una vez interpuesta la demanda. Finalmente, la autora dedica un epígrafe a los efectos derivados de la sentencia en el procedimiento instado por la sociedad, en particular el efecto de cosa juzgada y sus límites, haciendo un breve apunte sobre el ejercicio de la acción por la sociedad en Derecho italiano y alemán.

El cuarto capítulo trata el ejercicio de la acción social de responsabilidad por la minoría. En un primer término, la autora aborda el concepto de minoría social, poniendo de manifiesto cómo en nuestro ordenamiento no existe un tratamiento unitario del mismo, por lo que propone una reforma en este sentido que conceda una solución adecuada en función del tipo de sociedad de que se trate. En segundo lugar, VILLANUEVA analiza las razones de lo que califica de «apatía» de la minoría para el ejercicio de la acción y qué ha de entenderse por el «5 por 100 del

capital social» al que el artículo 239 de la Ley de Sociedades de Capital atribuye la facultad de ejercitar la acción de responsabilidad. Otras cuestiones abordadas en este capítulo son la posibilidad o no de alteración de los derechos de la minoría en este ámbito por vía estatutaria, la legitimación subsidiaria que la Ley atribuye a la minoría y los presupuestos de ésta; falta de convocatoria de la Junta general, falta de ejecución del acuerdo de la Junta general favorable al ejercicio de la acción en el plazo de un mes o acuerdo de la Junta general contrario al ejercicio de la acción y su prueba en el procedimiento. Asimismo, la autora diserta acerca del plazo que tiene la minoría para el ejercicio de la acción, defendiendo la aplicación por identidad de ratio del plazo de un mes previsto en la Ley para la sociedad, sobre las costas y su imposición y sobre los efectos de la sentencia que se dictare. Finalmente, VILLANUEVA analiza la «derivative action» del Derecho estadounidense, esto es, el derecho individual que se reconoce al accionista para litigar en defensa de la compañía persiguiendo la responsabilidad civil en que hubieran podido incurrir los administradores; así como las particularidades que el ejercicio de la acción de responsabilidad de los acreedores por la minoría presenta tanto en el Derecho italiano como en el Derecho alemán.

El capítulo quinto está dedicado al ejercicio de la acción social de responsabilidad por los acreedores y pone de manifiesto cómo, a pesar de las sucesivas reformas en este ámbito, el legislador no ha conseguido ninguna de sus dos principales objetivos: clarificar los requisitos exigidos para el ejercicio de la acción y lograr que los acreedores tengan más interés en su ejercicio. Para ello, se analizan los presupuestos para el ejercicio de la acción por los acreedores y su legitimación, diversas cuestiones procesales que plantea el ejercicio de la acción, así como el ejercicio durante el concurso de la sociedad. Finalmente, la autora realiza una breve referencia a la regulación del ejercicio de la acción por los acreedores en el Derecho estadounidense, en el Derecho italiano y en el Derecho alemán.

El sexto y último capítulo tiene por objeto el estudio de la renuncia y transacción al ejercicio de la acción social de responsabilidad y contiene una breve referencia a la regulación de estas figuras en Derecho italiano y alemán. Se trata de una cuestión que plantea numerosas dudas interpretativas, en particular por lo que se refiere al plazo del que dispone la sociedad para adoptar el acuerdo de renuncia o transacción, a la posibilidad de que la Junta general adopte estos acuerdos en la misma reunión en que se acuerde la exigencia de responsabilidad y a su ejercicio por parte de los legitimados subsidiariamente.

La obra termina con unas conclusiones en las que la autora pone de manifiesto las principales deficiencias detectadas en nuestro sistema en materia de ejercicio de la acción social de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad anónima, apuntando posibles soluciones, algunas de ellas importadas de los derechos de nuestro entorno.

Por todo lo anterior, no hay duda de que estamos ante una herramienta extraordinariamente útil a la hora de estudiar el posible ejercicio de una acción social de responsabilidad frente a los acreedores, en la que la autora, lejos de limitarse a analizar profundamente todas las facetas de la misma, mantiene una visión crítica de su regulación en nuestro ordenamiento, propugnando soluciones y apuntando pautas que de seguirse redundarían sin duda en un mayor éxito en el ejercicio de este tipo de acciones.

*(Trabajo recibido el 15/12/2013
y aceptado para su publicación el 23/12/2013)*