



*Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho
Mercantil*

2013/81

Diciembre 2013

**UNOS APUNTES SOBRE LAS CARENCIAS DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD SOCIETARIA
DEL ADMINISTRADOR DE LA SOCIEDAD COTIZADA**

Blanca Villanueva García-Pomareda

Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.
Universidad Complutense.
Ciudad Universitaria s/n.
28040 Madrid
00 34 -913 94 54 93
E-mail autor: bvillanueva@sanchezcalero.com
<http://www.ucm.es/centros/webs/d321/>

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://www.ucm.es/eprints>
Copyright © 2013 por el autor

**UNOS APUNTES SOBRE LAS CARENCIAS DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD SOCIETARIA
DEL ADMINISTRADOR DE LA SOCIEDAD COTIZADA***

BLANCA VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA

**ABOGADA
DOCTORA EN DERECHO POR LA UCM**

RESUMEN: En el trabajo se exponen de forma sintética las principales dificultades que suscita el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores en el marco de las sociedades cotizadas.

PALABRAS CLAVE: Legitimación, responsabilidad, administrador.

ABSTRACT: This paper examines the main difficulties raised by exercising corporate actions for liability in listed companies.

KEY WORDS: Procedural standing, liability, director.

* Texto de la comunicación presentada en el XI Seminario Harvard-Complutense "Restructuring of the financial system and new negotiation strategies", celebrado en Harvard Law School los días 7,8 y 9 de octubre de 2013, con el patrocinio de ALLEN & OVERY (Madrid), BANCO SANTANDER, ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE MADRID y COLEGIO DE REGISTRADORES DE ESPAÑA.

SUMARIO:

I. CONSIDERACIONES INICIALES	4
II. LA ACCIÓN SOCIAL COMO INSTRUMENTO FALLIDO DE CONTROL ATRIBUIDO A LA JUNTA GENERAL	5
III. LOS DESINCENTIVOS DE LA MINORÍA PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD	7
IV. EL DESINTERÉS DE LOS ACREEDORES POR EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD	11
V. CONSIDERACIÓN FINAL	12

I. CONSIDERACIONES INICIALES

1.- En el XI Seminario Harvard-Complutense, celebrado los pasados días 7, 8 y 9 de octubre de 2013, se abrió una mesa redonda tras la conferencia impartida por D. Ignacio Gomá Lanzón (Notario de Madrid) acerca del *“Poder y dinero en las grandes sociedades: return to the basics”*. El ponente analizó desde una perspectiva filosófico-jurídica algunos de los problemas esenciales del Gobierno Corporativo. Así, cabe destacar la atención que mostró a las competencias de la junta general y del consejo de administración de las grandes sociedades, resaltando el ponente el decaimiento de la junta como órgano soberano de estas sociedades y el correspondiente control asumido por sus órganos de administración. También se pronunció sobre la dificultad de dar una definición al interés social y la relevancia que en ello presenta la política y se detuvo en el papel que juega la remuneración y la responsabilidad de los administradores sociales dentro del Gobierno Corporativo.

2.- El objeto del presente trabajo es exponer sintéticamente las principales carencias o dificultades que presenta el régimen de la responsabilidad societaria de los administradores en el marco de las sociedades cotizadas¹. Además, nos referiremos a las reformas del régimen legal propuestas en esta materia por los últimos textos: la Propuesta de Código Mercantil elaborado por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación que fue presentado al Ministro de Justicia el pasado mes de junio de 2013 (en adelante, PCM) y el Estudio sobre Propuestas de modificaciones normativas elaborado por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, que fue presentado el día 14 de octubre de 2013 (en adelante, el Estudio).

¹ V., también nuestro reciente trabajo publicado en *El Notario del Siglo XXI*, nº 52 (noviembre-diciembre, 2013), pp. 15-18.

II. LA ACCIÓN SOCIAL COMO INSTRUMENTO FALLIDO DE CONTROL ATRIBUIDO A LA JUNTA GENERAL

3.- La Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC), al igual que los textos que ha refundido, atribuye a la junta general la competencia para decidir el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores de la sociedad [art. 160, b) y 238.1 LSC]. Desde hace mucho tiempo se viene atribuyendo a la junta general esta competencia. Al derivar el carácter social de la lesión sufrida por la propia sociedad, se ha considerado que son los accionistas reunidos en junta general, como órgano de expresión de la voluntad social, los que deben tomar la decisión de entablar la acción². Esta tesis parte de la junta general como órgano soberano, es decir, como órgano con poder de decisión en el que los accionistas deliberan y adoptan los acuerdos y, en este caso, deciden exigir responsabilidad a los administradores de la sociedad. Sin embargo, la realidad es que la junta general de las sociedades cotizadas ha pasado a tener un papel residual, por cuanto su poder se ha ido desplazando hacia los administradores³. Son éstos los que, además, tienen el control sobre ella, de modo que es difícil considerar la competencia de la junta general como un instrumento de control efectivo atribuido a la misma sobre su órgano de administración.

4.- El legislador español ha previsto unas especialidades en la adopción de este acuerdo, cuya finalidad es facilitar lo e impedir que los administradores, aprovechándose de su control sobre la junta general, lo dificulten. Estas especialidades son: la posibilidad de que se delibere sobre el ejercicio de la acción social sin que figure previamente en el orden del día (art. 238.1 LSC); la prohibición de que estatutariamente se eleven las mayorías legales de

² Partidarios de esta tesis SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L. "Responsabilidad de los administradores de sociedad anónima (Disciplina jurídica de la acción social)", en *ADC*, Tomo XV, Fascículo IV, Octubre-Diciembre (1962), pp. 931-932; SÁNCHEZ CALERO, F. "Los administradores", en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, (Dir. Sánchez Calero, F.), Tomo IV, Madrid, (1994), pp. 281-283.

³ Por todos, SÁNCHEZ CALERO, F. *La junta general en las sociedades de capital*, Cizur Menor, (2007), pp. 52-53.

votación para su adopción (art. 238.1 LSC) y, por último, la falta de vinculación de todos los accionistas por el acuerdo adoptado en la junta general (art. 239.2 LSC).

5.- A pesar de las particularidades señaladas en el párrafo anterior, sin embargo, sigue siendo difícil que la junta general de una sociedad cotizada adopte el acuerdo de ejercicio de la acción social contra alguno de sus administradores que esté ejerciendo el cargo en dicho momento⁴. Las acciones sociales de responsabilidad que se tramitan en la actualidad a instancia de las propias sociedades cotizadas se dirigen contra antiguos administradores y se han visto vinculadas a cambios de control en el capital social. En estos casos, el propio órgano de administración ha propuesto a la junta general controlada por ellos el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra antiguos administradores que, en su día, controlaron también dicho órgano pero que, tras el cambio de control, carecen de poder alguno sobre el mismo.

6.- En consecuencia, puede afirmarse que el régimen vigente no resulta adecuado y que su aplicación tampoco es conforme con la finalidad con la que fue creado: pese a ser concebido como un instrumento de control atribuido a la junta general sobre su órgano de administración la realidad es que es éste último el que domina la adopción del acuerdo.

⁴ Sobre la dificultad de que la junta general de la sociedad acuerde el ejercicio de la acción social contra los administradores, SÁNCHEZ CALERO, F. *Los administradores en las sociedades de capital*, 2ª ed., Cizur Menor, (2007), pp. 369-370; ESTEBAN VELASCO, G. "La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital", en AA.VV. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital* (Dir. Bolás Alfonso), Madrid, (2000), pp. 72-73; LARA, R. "La acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad", en AA.VV. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, (Dir. Rojo y Beltrán), 4ª ed. Valencia, (2011), p. 98; JUSTE MENCIA, J. "La legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social", en AA.VV. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, (Dir. Rojo y Beltrán), *cit.*, p. 131. ARROYO, I. "La responsabilidad de los administradores en el Derecho español", *Derecho de sociedades. Libro Homenaje al Profesor Morles Hernández*, Caracas, (2012), p. 670 señala que el motivo "quizás hay que buscarlo en la propia estructura de las sociedades mercantiles donde *propiedad* (representada en la junta y en los propios socios y accionistas) y *gestión* o *administración* (ubicada en el órgano de administración) vienen siendo coincidentes".

III. LOS DESINCENTIVOS DE LA MINORÍA PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD

7.- El legislador español también ha atribuido legitimación subsidiaria a la minoría de accionistas para el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra sus administradores⁵. Este reconocimiento responde al deseo de facilitar el ejercicio de la acción de responsabilidad y de evitar los abusos de los administradores, quienes podrán aprovecharse del control sobre la junta general para impedir la adopción del acuerdo.

8.- La atribución de legitimación activa a los accionistas minoritarios supone encomendarles la defensa del interés social. Se trata de una legitimación extraordinaria, por cuanto ejercitan un derecho que no es propio, sino de la sociedad [art. 10 párrafo 2º Ley Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC)]. Éstos deben actuar en interés de ésta (art. 239.2 LSC). Como veremos a continuación, se trata de una facultad atribuida a los accionistas que apenas se ha ejercitado por las dificultades que presenta y por los escasos incentivos que tienen para ello.

9.- La legitimación se atribuye a los accionistas que sean titulares del cinco por ciento del capital social. El legislador contempla este cinco por ciento objetivamente, esto es, se aplica a cualquier sociedad de capital, ya sea una limitada, anónima cerrada, anónima más abierta o una sociedad cotizada⁶. Esta participación la podrá ostentar un único accionista, pero también se podrá conseguir mediante la agrupación de varios accionistas con participaciones inferiores hasta lograr el cinco por ciento exigido por la

⁵ Tanto la PCM como el Estudio proponen el reconocimiento de legitimación directa de la minoría para el ejercicio de la acción cuando ésta se funde en la infracción del deber de lealtad por los administradores. En los demás casos la legitimación será subsidiaria y deberá someterse previamente a la junta general, conforme al régimen actual.

⁶ La PCM, en su artículo 215-18 que regula la “legitimación de los socios” para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, señala que “cualquier socio en las sociedades de personas y la minoría en las sociedades de capital”. Para la definición del concepto de minoría hay que remitirse al artículo 231-23 PCM que contempla distintas minorías de forma decreciente, según incrementa el capital social de las sociedades o, en las sociedades limitadas, de los porcentajes de derecho de voto. Por el contrario, el Estudio contempla un porcentaje fijo, que determina en las sociedades cotizadas en el 3% del capital social y en las no cotizadas, en el 5%.

norma. En el caso de la sociedad cotizada, el eventual accionista titular por sí solo del cinco por ciento estará vinculado con el órgano de administración, por lo que es previsible que tenga escaso interés en el ejercicio de esta acción. Por ello, debemos pensar en el supuesto de agrupación de accionistas con participaciones diminutas en el capital social de la sociedad cotizada. La primera dificultad que se presenta es la de la consecución del porcentaje mínimo, esto es, que se junten accionistas hasta lograr el cinco por ciento del capital social para ejercitar la acción social contra los administradores.

10.- La legitimación se atribuye a la minoría en los siguientes supuestos: cuando la junta general haya adoptado un acuerdo contrario al ejercicio de la acción; cuando el acuerdo hubiera sido favorable pero no hubiera sido ejecutado por la sociedad mediante la presentación de la oportuna demanda en el plazo de un mes desde la adopción del acuerdo y, por último, cuando los accionistas hubieran solicitado la convocatoria de junta general incluyendo en el orden del día el ejercicio de la acción social y el órgano de administración no la hubiera convocado (art. 239.2 LSC).

11.- En ninguno de los escenarios expuestos en el párrafo anterior el accionista minoritario de la sociedad cotizada tiene interés en el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra el administrador de la sociedad. El primer desincentivo es, como ya hemos apuntado, la dificultad de agrupar a accionistas interesados en el inicio de un procedimiento de responsabilidad contra sus administradores.

12.- Pese a ser la sociedad la directamente perjudicada por la conducta ilícita y culpable de sus administradores, ¿sufren los accionistas también un daño? Podría responderse a esta pregunta afirmativamente alegando que los perjudicados, a la postre, serían éstos últimos, que habrían contribuido a la formación del patrimonio de la sociedad y que podrían ver disminuido el valor de sus acciones⁷. Sin embargo, esta tesis debe matizarse cuando el

⁷ En este sentido, GARRIGUES, J. *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, (con Uría, R.) Tomo II, 3ª ed., Madrid, (1976), p. 175.

capital social de la sociedad se encuentra atomizado, como es el caso de la sociedad cotizada. En estos escenarios, el accionista individual no siente ningún menoscabo como consecuencia de la actuación lesiva de los administradores para la sociedad que le lleve a plantearse el inicio de procedimientos judiciales de exacción de responsabilidad contra ellos, que no supondrán, además, un incremento inmediato de su patrimonio personal. La acción social ejercitada por la minoría, por tanto, encuentra su acomodo en sociedades pequeñas y cerradas en las que los accionistas sí sienten un vínculo con la actividad de la compañía.

13.- El ejercicio de la acción por la minoría debe realizarse en interés de la sociedad, lo que significa que la pretensión de indemnización reclamada a los administradores sociales se destina a ésta y no a su patrimonio personal. Los accionistas disponen de otros mecanismos que les permiten litigar en interés propio, como es la acción individual de responsabilidad. Los presupuestos de esta acción son: la existencia de una conducta ilícita y culpable de los administradores sociales, la producción de un daño directamente en el patrimonio de los socios o de los terceros y, por último, la existencia de una relación de causalidad entre la conducta y el daño (art. 241 LSC). Todos los accionistas tienen legitimación para el ejercicio de la acción, con independencia de cuál sea su participación en el capital social de la sociedad. Lo más relevante es que la reclamación del daño sufrido en su patrimonio personal irá directamente a éste y no al de la sociedad. No obstante, los accionistas no pueden libremente elegir entre el ejercicio de una u otra acción, pues se diferencian por el sujeto directamente perjudicado por el acto lesivo. Mas, será habitual que intenten acreditar que el administrador social perjudicó directamente su patrimonio y no el de la compañía. Frontera que no siempre es fácil de perfilar.

14.- La siguiente razón del desinterés de la minoría por el ejercicio de la acción social de responsabilidad se debe al silencio de la LSC sobre el sujeto que ha de pagar las costas causadas a los administradores en el caso de que se desestime la acción. La aplicación estricta de la LEC supone que éstas deberán ser abonadas por la minoría litigante. Por ello, ante el riesgo de verse los accionistas obligados a soportar los gastos del procedimiento

judicial y la condena en costas, les resultará preferible no iniciar el procedimiento judicial que, en ningún caso les generará un beneficio inmediato⁸.

15.- La minoría actúa en el procedimiento en nombre propio y el artículo 394 LEC establece que las costas “se impondrán a la parte” que vea rechazada su pretensión. Por tanto, si la acción es desestimada, la sentencia condenará a la minoría a su abono⁹. Podría valorarse la conveniencia de matizar esta regla en este supuesto, dónde pese a actuar en nombre propio, se litiga en interés ajeno. Al igual que el sujeto beneficiado por la estimación de la pretensión sería la sociedad debería ser ella también la que asumiera las consecuencias negativas, esto es, el pago de las costas derivadas del procedimiento¹⁰. No obstante, para evitar una litigación abusiva por los accionistas minoritarios ante su gratuidad, sería conveniente atribuir una facultad al Juez, consistente en condenar a éstos al pago de las costas cuando el ejercicio de la acción fuera manifiestamente abusivo.

⁸ JUSTE MENCÍA, J. “La legitimación subsidiaria”, *cit.*, p. 130 que afirma que bajo la LSA de 1951 el interés de los accionistas por ejercitar la acción en beneficio de sujeto distinto pero a costa propia, hacía que no tuvieran incentivo para el ejercicio de la acción.

⁹ V., GARRIGUES, J. *Comentario, cit.*, p. 188 que sostuvo que las costas debían ser sufragadas por los accionistas reclamantes.

¹⁰ CALBACHO LOSADA, F. *El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima*, Valencia, (1999), p. 642; QUIJANO GONZÁLEZ, J. “Art. 239 LSC”, en AA.VV. *Comentarios de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. Rojo y Beltrán), Tomo I, Cizur Menor, (2011), p. 1716 se muestran partidarios de que el abono de las costas en caso de desestimación de la pretensión recaiga sobre la sociedad. JUSTE MENCÍA, J. *Los derechos de minoría en la sociedad anónima*, Pamplona, (1995), pp. 459-460 se muestra dudoso al respecto y considera que hubiera sido conveniente acoger el sistema alemán, esto es, hacer depender el pago de las costas del resultado del pleito. Por su parte, PAZ-ARES, C. “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, en *RdS*, nº 20, (2003), p. 82 defiende la imposición de las costas en todo caso a la sociedad y, para ello, propugna que existiera un trámite previo en el que el Juzgado pudiera rechazar las reclamaciones de los accionistas que fueran temerarias.

Sobre esta cuestión, la PCM y el Estudio mantienen el mismo criterio. En ambos textos se prevé el derecho de reembolso atribuido a la minoría litigante y a costa de la sociedad, de los gastos en que hubiera incurrido en el procedimiento, salvo que los hubiera obtenido o podido obtener de forma completa por parte de los administradores demandados. No obstante, este reembolso solo se prevé en caso de estimación total o parcial de la demanda. Por tanto, si la acción fuera desestimada seguiría existiendo el problema actual.

IV. EL DESINTERÉS DE LOS ACREEDORES POR EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD

16.- Los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción social de responsabilidad cuando no hubiera sido ya entablada por la sociedad ni por la minoría de accionistas y cuando el patrimonio social fuera insuficiente para la satisfacción de sus créditos (art. 240 LSC). El incansable deseo del legislador por atribuir legitimación a los acreedores para el ejercicio de la acción social ha venido acompañado de su apatía¹¹, la cual se debe a las mismas razones que las que provocan el desinterés de los accionistas.

17.- El ejercicio de la acción no conlleva ningún beneficio directo en su patrimonio, pues el destino de la cuantía a cuyo pago eventualmente se condene a los administradores es la propia sociedad. Aunque indirectamente ello se traduzca en mayor facilidad por cobrar los créditos que tengan frente a ésta, sin embargo, no aumenta el interés de los acreedores por litigar en su defensa. Éstos disponen de otras medidas con las que lograrán una reintegración efectiva de su patrimonio, si se estiman por el tribunal. Así, cabe plantearse la opción de ejercitar la acción individual de responsabilidad (art. 241 LSC) que, como señalábamos, no se configura como una alternativa a la que pueda recurrir libremente el acreedor pero la difícil frontera entre el carácter directo o indirecto del daño sufrido podrá servir para fundamentar su pretensión.

18.- Además, la insuficiencia patrimonial como presupuesto para el ejercicio de la acción se asemeja a la insolvencia, como presupuesto objetivo del concurso. Los acreedores acudirán a la solicitud del concurso, en el que aparecen como principales protegidos. Además, la legislación concursal incentiva a que los acreedores insten la declaración de concurso del deudor común mediante el reconocimiento de un privilegio general a la mitad de los

¹¹ V., SÁNCHEZ CALERO, F. *Los administradores*, cit., p. 403; ESTEBAN VELASCO, G. "La acción social y la acción individual", cit., p. 75; QUIJANO GONZÁLEZ, J. "Art. 240 LSC", cit., p. 1726; JUSTE MENCÍA, J. "La legitimación subsidiaria", cit., p. 163.

créditos que tuviera el instante del concurso frente al concursado, con excepción de los que fueran subordinados (art. 91.7º LC)¹².

19.- El siguiente motivo que ha generado el desinterés de los acreedores por el inicio de este procedimiento es el silencio legal sobre el sujeto que deberá abonar las costas cuando la pretensión se desestime. Como dijimos, una aplicación estricta del principio de vencimiento conllevará que sean los acreedores litigantes los que deban atender su pago. Sin embargo entendemos que, como señalábamos al analizar el ejercicio de la acción por la minoría, existen algunos argumentos que permiten defender el deber de reembolso por parte de la sociedad.

20.- A raíz de lo expuesto se observa que el acreedor dispone de mecanismos alternativos que le resultarán más sugestivos que el ejercicio de la acción social de responsabilidad. El mantenimiento de la legitimación activa de los acreedores para el ejercicio de la acción tendrá una utilidad escasa mientras no se solucionen los problemas señalados. No sería, además, descabellado en un futuro excluir su legitimación para el ejercicio de esta acción¹³.

V. CONSIDERACIÓN FINAL

El régimen legal de la acción social de responsabilidad contra los administradores presenta algunas carencias que suponen una gran dificultad para el ejercicio de dicha acción en el marco de las sociedades cotizadas. Tanto la legitimación activa ordinaria de la sociedad para el ejercicio de la acción social como la legitimación extraordinaria atribuida legalmente a la minoría y a los acreedores son realidades teóricas que apenas se han visto acompañadas de su aplicación práctica.

¹² Precepto modificado por la Ley 38/2011 de 10 de octubre de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

¹³ La PCM elimina la legitimación de los acreedores para el ejercicio de la acción, mientras que el Estudio la conserva en los mismos términos con que se regula en la vigente LSC.