

ACTUALIDAD EN DERECHO MERCANTIL.

Rafael Antuña Egocheaga – Abogado.

LA ACCION SOCIAL DE RESPONSABILIDAD Y SUS SINGULARIDADES. COMENTARIOS A UNA RECIENTE E ILUSTRATIVA SENTENCIA.

1

Dentro de una de las ramas del derecho de más actualidad y con mayor aplicación práctica, la de la RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES MERCANTILES, vamos a centrarnos en la llamada **acción social de responsabilidad**, hoy regulada en el art.238 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC).

Su nota diferenciadora se centra en que los administradores habrían producido DAÑO A LA PROPIA SOCIEDAD, lo que es diferente de que el daño se le cause directamente a los socios y a los terceros, lo que nos llevaría a la acción individual del art.241 de la LSC.

Ambas acciones, la SOCIAL y la INDIVIDUAL, comparten elementos, que el **Catedrático Don Francisco Vicent Chuliá**, resume como sigue, de un modo muy interesante:

Según la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, los presupuestos de dicha responsabilidad son tres: conducta, culpa y daño. Pero, **en nuestra opinión, ayuda más a su análisis y comprensión distinguir seis presupuestos**, que contribuyen a destacar la complejidad e importancia práctica de presupuestos como la imputabilidad --basada en el efectivo ejercicio del cargo, "como tales"-- o la antijuridicidad. Estos seis presupuestos son:

1.º) Una *conducta*, que comprende una acción ("*acto, acuerdo*") u omisión (*lo que parece olvidar la Ley*).

2.º) Que sea la causa de un daño, real o incluso sólo inminente, para el patrimonio social o directamente para el de los socios o de terceros (relación de causalidad, que podrá probarse, en materia civil, por presunciones judiciales: art. 386 LEC). No obstante, para que exista relación de causalidad no basta la causalidad material o física, sino que es necesaria, además la "causalidad jurídica", que la haga relevante para originar responsabilidad.

3.º) La *imputabilidad* de dicha acción u omisión, en atención al *efectivo ejercicio del cargo*, no bastando la mera subsistencia de su inscripción en el RM, si dejaron de ejercerlo.

4.º) La *antijuridicidad*, por ir en contra de las leyes (la LSC y otras leyes y disposiciones reglamentarias), los estatutos o "los deberes inherentes al desempeño del cargo".

5.º) La *culpabilidad*, la cual, no obstante, se presume, una vez probados los demás presupuestos, salvo prueba en contrario del administrador demandado ("presunción *juris tantum*": art. 385.2 LEC). Pero no es necesaria la *tipicidad* --violación de una norma legal concreta-- propia de la responsabilidad administrativa y penal.

6.º) El *daño* efectivo, causado por su acción u omisión, y su *cuantía*, que podrá determinarse en ejecución de sentencia.

3. La responsabilidad de los administradores *se basa en la culpa, con inversión de la carga de la prueba, en atención al principio de inmediatez a los medios de prueba que tienen los administradores demandados.*

La ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD puede ejercitarla la sociedad, o bien los socios o los acreedores cuando se lo piden a la sociedad y ésta no la ejercita (arts.239 y 240 LSC) y su objetivo es que se condene al administrador demandado a reintegrar o abonar a la sociedad la cantidad equivalente al daño causado a la misma.

Este tipo de asuntos son en la práctica muy escasos en comparación con los relacionados con la acción individual de responsabilidad y la llamada acción de responsabilidad por deudas del art.367 de la LSC (reclamaciones individuales de acreedores cuando la sociedad presenta pérdidas cualificadas en su patrimonio y los administradores no promueven su disolución o su concurso)

Por ello, resulta de especial interés difundir la extensa **Sentencia dictada con fecha 28 de enero de 2014 por Don Francisco Pañeda, titular del el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Gijón**, cuyo interés doctrinal es evidente, al tratar varios aspectos de interés en este tipo de acción.

Nuestros comentarios serán breves, pues el contenido de la Sentencia los hace en gran medida innecesarios.

1.- LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN.

La Sentencia es concisa y contundente en este particular (fundamento segundo), pues la doctrina jurisprudencial está consolidadísima a esterespecto (4 años desde el cese, **Sentencia del T.S. de 4 de diciembre de 2008** y otras muchas); manifestando:

La excepción de prescripción fundada en el art. 949 del Código de Comercio dispone que "La acción contra los socios Gerentes y administradores de las compañías o sociedades terminará a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración", siendo muy reiterada -y por ello dispensada de cita- la doctrina jurisprudencial que sitúa el "dies a quo" para el cómputo de dicho plazo prescriptivo, de acuerdo con la propia literalidad del precepto, en la fecha de cese de los administradores contra los que la acción se dirige sin perjuicio de las consecuencias de la falta de inscripción en determinados supuestos, con lo que, no habiéndose producido el cese del ahora demandado (o, al menos, no probado dicho cese en el presente procedimiento por quien alega la excepción), la acción ejercitada el2012, fecha de interposición de la demanda, no puede considerarse prescrita al no haber transcurrido aún el mencionado plazo cuatrienal.

El planteamiento del demandado con arreglo al cual resultarla más apropiado que la prescripción se computase desde: o bien la realización del acto virtualmente generador de responsabilidad, o el cese de la actividad de la mercantil, o bien la fecha del acuerdo de la junta de socios por el que se desestima el ejercicio de la acción; no pasa de constituir un punto de vista personal acerca del modo como el legislador debiera regular la materia pero que, hoy por hoy, carece por completo de respaldo legal.

2.- LA LEGITIMACIÓN ACTIVA Y SU RELACIÓN CON EL PERÍODO DE TIEMPO RESPECTO DEL CUAL SE EXIGE LA RESPONSABILIDAD.

Estamos ante un supuesto donde, como hemos visto, debe existir un previo acuerdo de Junta de Socios o la solicitud de socios o acreedores para que se convoque esa Junta o incluso en medio de una junta cualquiera sin estar en el orden del día, de modo que si la sociedad no ejercita la acción, puedan ejercitarla ellos como legitimados subsidiariamente.

De ahí se deriva la necesidad de concretar el contenido de la acción en este tipo de actos previos a la demanda, que luego condicionarán la misma, por si la responsabilidad se refiere en la demanda a supuestos no mencionados en las juntas o intentos de juntas.

En el caso de la Sentencia se expresó en junta solo la referencia a daños producidos en ejercicios 2006 y los anteriores; pero en la demanda se amplió a los ejercicios 2007 y 2008.

Esta ampliación trató de ampararse en que se trataba del mismo tipo de actos y eran DAÑOS CONTINUADOS, pero la Sentencia (fundamento tercero) es contundente al estar al contenido de la ley en sentido formal y por tanto lo rechaza.

Se esgrime por el demandado que no consta el cumplimiento del art. 134.4 LSA (actual 239.2 LSC) que ampare el ejercicio de la acción social por los actores, como socios minoritarios de, por las retribuciones que reclaman abonadas de los ejercicios 2007 y 2008.

El actual art. 239.2 LSC establece que "podrán también entablar conjuntamente la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando éste hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad".

De la lectura de ambos preceptos se concluye que la legitimación de los socios para ejercitar esa clase de acción es subsidiaria a la de la sociedad, lo que exige, para que el socio tenga vía libre para interponer la correspondiente demanda, que se haya solicitado convocatoria de junta general para que ésta decida si procede ejercitar la acción y tras ello, bien que ésta no fuese convocada por los administradores, bien que de serlo se adoptase un acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad, o bien, de obtenerlo a favor, se mostrase pasividad de la sociedad no entablando demanda en el plazo de un mes.

En el caso que nos ocupa, los demandantes aportan junto con la demanda (doc.....) acta notarial de la junta general celebrada eljunio de 2007 en la que consta la solicitud por el representante de los actores a la junta para que apruebe conforme al art. 134 LSA, "el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra el administrador Sr. por haber causado daños y perjuicios a la sociedad que han disminuido el haber social con múltiples actuaciones en el ejercicio 2006 y anteriores" (reverso del folio.....). Sin embargo, no consta la convocatoria de cualquier

otra junta posterior con el propósito de ejercitar acciones sociales de responsabilidad respecto de actos posteriores cometidos por el demandado.

Argumentan los actores (en sede de conclusiones) que no resulta exigible tal requisito previo por tratarse de un daño continuado, así como por darse la circunstancia de haber sido privados los actores indebidamente de la representación del 5% requerido para ello por la junta de ampliación de capital.

Hemos de rechazar el segundo de los argumentos planteados, pues desde la fecha en que se declaró la nulidad de la ampliación de capital acordada por la junta celebrada el ...de julio de 2006 (sentencia del JM nº 1 de Oviedo de 12 de enero de 2010), hasta la fecha de la interposición de la demanda, los actores cumplían con las condiciones legalmente (5% del capital social) exigidas para la convocatoria de la junta general con tales fines. Tampoco resulta suficiente el argumento relativo a la previsible falta de prosperabilidad de la petición por no gozar de mayoría suficiente, pues es precisamente tal supuesto el que contempla la norma para conceder la legitimación subsidiaria a los socios y a los acreedores.

Mayores problemas interpretativos presenta la argumentación relativa al daño continuado realizado por el demandado y sus consecuencias jurídicas. No compartimos el criterio de los actores que sustenta la no necesidad de requerir la convocatoria de nueva junta general para debatir el ejercicio de acciones sociales de responsabilidad, pues el presunto daño imputado al demandado, si bien coincidimos que es continuado, no es menos cierto que el mismo se encuentra perfectamente concretado o identificado desde un plano estrictamente temporal, esto es, presenta un inicio determinado (ejercicio 2004 -para el caso de las retribuciones salariales-, y año 2007 -en lo relativo a las cotizaciones de la Seguridad Social abonadas por la mercantil-, así como un término final (ejercicio 2008 en ambos casos).

Por ello, habiéndose agotado definitivamente el presunto daño final causado a la mercantil en el ejercicio 2008, nada impedía a los actores requerir al órgano de administración en el sentido indicado por la Ley, especialmente en lo que respecta a las percepciones del régimen de autónomos abonadas a la Seguridad Social (cuestión no referida en la junta de socios de 2006), cuya ausencia, como requisito de procedibilidad, debe conducir a la estimación de la falta parcial de acción excepcionada por el demandado.

A mayor abundamiento, un supuesto distinto, que sí que permitiría el planteamiento defendido por los actores, sería aquel en el que el ejercicio de la acción se produce cuando todavía no ha cesado el administrador en la causación del daño, encontrándose perfectamente legitimado el socio para reclamar, en beneficio de la sociedad, no solamente los daños ya causados, sino aquellos otros que se hayan ido produciendo con posterioridad de forma ininterrumpida y continuada, sin necesidad de efectuar continuamente requerimientos al órgano de administración en dicho sentido.

El resto de la Sentencia (fundamento cuarto) se centra de modo general en la acción y en su supuesto de hecho, algo tan de moda en nuestra práctica y jurisprudencia, como los supuestos de retribución indebida por parte de los administradores sociales.

Como es sabido, la sociedad actora ejercita la denominada acción social de responsabilidad contra quien fuera su administrador único, para ser indemnizada por los daños y perjuicios causados al patrimonio social por dicho administrador. Es una responsabilidad basada en la concurrencia del daño y la culpa, exigiéndose la consiguiente relación de causalidad, sin que, como ha recordado la jurisprudencia (**STS 20 diciembre 2002** (.....)), pueda entenderse que el art. 133 TRLSA establece una responsabilidad objetiva. Consiguientemente, según esta doctrina, los presupuestos para que pueda prosperar la acción social de responsabilidad son tres: que concurra una conducta del administrador, bien antijurídica por ser contraria a la Ley o a los Estatutos, o bien culposa por no haber observado la diligencia con que se debe desempeñar el cargo; y que el daño sea consecuencia de la actuación objeto de reproche.

En el presente supuesto, el daño se identifica por los actores en las retribuciones indebidamente percibidas por el demandado durante los ejercicios 2004 a 2006 (respecto al resto ya nos hemos pronunciado sobre la improcedencia de la reclamación en el FJ anterior), y plantea el importante debate de la retribución de los administradores al margen de la fijada en los estatutos sociales, cuestión abundantemente tratada por nuestra jurisprudencia y doctrina científica.

Así, podemos mencionar **la reciente Sentencia del TS de 18 de junio de 2013** (ponente Don Rafael Saraza Jimena) en la cual se

afirma lo siguiente: *"Esta Sala ha afirmado que la exigencia de que consten en los estatutos sociales el carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución «aunque también tutela el interés de los administradores, tiene por finalidad primordial potenciar la máxima información a los accionistas a fin de facilitar el control de la actuación de éstos en una materia especialmente sensible, dada la inicial contraposición entre los intereses particulares de los mismos en obtener la máxima retribución posible y los de la sociedad en minorar los gastos y de los accionistas en maximizar los beneficios repartibles -en este sentido: la sentencia 441/2007, de 24 de abril, afirma que su finalidad es "proteger a los accionistas de la posibilidad de que los administradores la cambien (la retribución) por propia decisión"; y la sentencia 448/2008, de 29 de mayo, que "se inspira en la conveniencia de hacer efectivo el control de los socios sobre la política de retribución de los administradores, mediante una imagen clara y completa de ella"» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 893/2012, de 19 de diciembre de 2011 , recurso núm. 1976/2008) . En el caso allí enjuiciado se trataba de una sociedad anónima, pero los razonamientos son igualmente aplicables a la sociedad limitada, como es la demandada.*

Este criterio legal, que persigue que los socios estén correctamente y suficientemente informados sobre la entidad real de las retribuciones y compensaciones de todo tipo que percibe el administrador social, se refleja también en otros preceptos, como los que regulan las cuentas anuales, en las que deben recogerse, en lo que aquí interesa, los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase que los administradores hubieran percibido de la sociedad. **Esta finalidad de fomentar la transparencia y lo que se ha venido a llamar una "gobernanza empresarial sana" está también presente en las Recomendaciones 2004/913/CE, 2005/162/CE y 2009/385/CE de la Comisión Europea y en los códigos de buen gobierno elaborados por las autoridades reguladoras.**

Son frecuentes los litigios relativos a administradores que han percibido retribuciones de la sociedad pese a no existir previsión estatutaria de que el cargo tenga carácter retribuido, en los que el pago de tales retribuciones se intenta justificar por la existencia de un vínculo con la sociedad distinto del que supone el cargo de administrador. Lo habitual es que se alegue la prestación de servicios de alta dirección. La cuestión se ha planteado no solo

ante esta Sala, sino también ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo y la de lo Social de este tribunal.

La sentencia de la Sala la del Tribunal Supremo núm. 448/2008, de 29 mayo, recurso núm. 322/2002 aborda este problema sintetizando la jurisprudencia existente al respecto.

En ella se hicieron las siguientes declaraciones de interés para resolver el presente caso: «[...] la jurisprudencia ha ido perfilando en los últimos tiempos una doctrina contraria a la posibilidad de que la retribución del administrador de las sociedades de capital se sustraiga a la transparencia exigida en los artículos 130 del Real Decreto legislativo 1.564/1989 (LA LEY 3308/1989) y 66 de la Ley 2/1995 , por el expediente de crear un título contractual de servicios de alta dirección con causa onerosa, en tanto no sea posible deslindar esa prestación de la debida a la sociedad por el administrador en el funcionamiento de la relación societaria.

»Para admitir la dualidad de regímenes jurídicos de la retribución, uno contractual y otro estatutario, esto es, para no aplicar el establecido en la legislación de las sociedades de capital a la retribución convenida a favor del administrador como alto cargo, las sentencias de 5 de marzo de 2004 y 21 de abril de 2005 exigieron la concurrencia de un elemento objetivo de distinción entre las actividades debidas por una y otra causa.

»La sentencia de 24 de abril de 2007 precisó que, para que el régimen estatutario de la retribución de los administradores pueda ser eludido con un contrato, es necesario que las facultades y funciones atribuidas en él al administrador rebasen las propias de los administradores, ya que "admitir otra cosa significaría la burla del mandato contenido en el artículo 130, mediante el rodeo propio del *fraus legis*".

»Lo mismo declaró la sentencia de 31 de octubre de 2007, con el argumento de que, "de otro modo, el contrato de alta dirección no sería más que una forma de encubrir la remuneración como consejero, sin estar prevista en los estatutos".

»Esa doctrina, favorable al tratamiento unitario de lo que constituye un aspecto esencial de la administración social y del funcionamiento de la sociedad, se inspira en la conveniencia de hacer efectivo el control de los socios sobre la política de retribución de los administradores, mediante una imagen clara y completa de ella -incluidos los contratos de empleo suscritos por los mismos con la sociedad- y responde, además, a los términos del artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores (LA LEY 1270/1995) -Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo-, que

excluye de su ámbito la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo».

Este criterio favorable a lo que la Sala ha denominado "tratamiento unitario" de las retribuciones percibidas por los administradores se acoge en sentencias posteriores como la 555/2010, de 28 de septiembre, recurso núm. 1905/2006, y la ya citada núm. 893/2012, de 19 de diciembre de 2011, recurso núm. 1976/2008".

En definitiva, lo que resulta necesario para entender legítima y justifica una determina retribución salarial es que resulte probado "elemento objetivo de distinción entre actividades debidas por una y otra causa", que ha de ser preciso y cierto, sin que sirvan a tales efectos situaciones ambiguas de realización por el administrador de actividades no suficientemente precisadas que se sitúen en el ámbito de las actuaciones de gestión, administración y representación de la sociedad, porque es incompatible con el citado régimen de transparencia y claridad que exige la normativa societaria, sin que quepa discriminar entre las funciones políticas o deliberativas y de decisión "societarias", por un lado, y las de ejecución y gestión "empresariales" (en este sentido la **STS de 27 de abril de 2007**).

Así las cosas, las actividades que esgrime el demandado para justificar la retribución no parece, a juicio de este juzgador, que sean merecedoras de este "elemento objetivo de distinción", pues algunas de ellas forman parte de parte de las funciones propias del administrador (llevar a cabo la contabilidad), otras serían más propias de un contrato de alta dirección que se identifica con la función de administración (gerencia de la sociedad y representación de la misma frente a terceros -clientes, proveedores...- o la dirección comercial), y aquellas más relacionadas con la gestión ordinaria de la sociedad, no resultaron suficientemente acreditadas por el demandado, pues se trata de alegaciones genéricas y carentes de soporte físico que los prueben (relaciones con personal, facturación, etc.) .

Es cierto que en el acto del juicio se aportaron como testificales tres testigos (trabajadores de), si bien los mismos únicamente pudieron afirmar que no existía personal administrativo en la sociedad, pero no concretaron las funciones desempeñadas por el demandado. En consecuencia, de lo actuado se colige que las funciones señaladas por el demandado son las propias de la gestión de la sociedad (contabilidad, actividades de comerciales, dirección y gestión), las cuales se encuadran perfectamente en las atribuidas por ley al administrador social (gestión y representación de la sociedad -actual art. 209 LSC-).

No queremos decir con ello que el demandado no tenga derecho a una retribución por la dedicación y prestación de servicios desempeñados en beneficio de la sociedad, sino que el cauce adecuado para articular tales remuneraciones es el actualmente previsto en los arts. 217 y ss LSC. Este juzgador considera que la retribución del demandado debería haberse fijado a través de los estatutos sociales (art. 66 LSRL vigente en aquel momento) , y no por medio de una relación contractual con la sociedad por el administrada, resultando igualmente curioso la ausencia del contrato laboral que le vincula a la sociedad en el que se soportan las retribuciones percibidas. Esta conclusión se ve reforzada por la exagerada retribución fijada por el demandado, que alcanzó los € en el ejercicio 2006, absolutamente desproporcionada para los trabajos que se afirma haber realizado a favor de la mercantil (más propios de un contrato de alta dirección), y que justifican el ejercicio de la acción de responsabilidad en beneficio de la sociedad.

Mención aparte merece el informe emitido por la Sra. (*Perito*)....., que pretende justificar (al menos por aproximación) las cantidades percibidas por el demandado, y para ello acumula los distintos salarios mínimos de varios grupos incluidos en el convenio colectivo de la industria química. Tal planteamiento carece de cualquier lógica, pues con base a las funciones que estima que realizó el demandado (que, como dijimos, ni se acreditan suficientemente, ni son distintas de las propias del administrador), configura una retribución salarial desmesurada, más propia de un contrato de alta dirección como apuntábamos, que de personal administrativo que se defiende en la contestación a la demanda. Careciendo de sentido que no se haya efectuado una fijación del supuesto salario atendiendo a criterios de proporción entre las distintas tareas supuestamente desempeñadas, especialmente si

se tiene en cuenta que el demandado tendría que compatibilizar en su jornada laboral todas las funciones descritas, y que, además, a su vez compartía su actividad encon la que realizaba en la mercantil como Jefe administrativo (doc. 15 y 16 de la demanda).

Por otra parte, también se aprecia la vulneración del art. 67 LSRL que dice que "El establecimiento o la modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores requerirán acuerdo de la Junta General", pues no se aporta acuerdo alguno de la junta general que autorice la prestación de los servicios alegados, y menos aún en las condiciones pactadas, sin que la manifestación prestada por el demandado en el acto del juicio relativa al consentimiento verbal de los demandantes se antoje suficiente, especialmente cuando en el año 2006 se había discutido esta cuestión en la junta general, suponiendo ello una actuación contraria a derecho y a los intereses de la sociedad, pues supone una lesión efectiva de su patrimonio.

Finalmente, también debe descartarse el argumento vertido por el demandado relativo a la "protección" que merecen dichas percepciones por la aprobación de las cuentas anuales en las que se incluyen cada uno de los conceptos ahora reclamados, pues el actual art. 238.4 LSC expresamente dictamina que "la aprobación de las cuentas anuales no impedirá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supondrá la renuncia a la acción acordada o ejercitada".

En definitiva, acreditado el comportamiento negligente del administrador, y el perjuicio causado a la sociedad {cantidades indebidamente percibidas por este), hemos de concluir la concurrencia de la relación causal, pues si no se hubiera realizado el comportamiento negligente y desleal por el administrador, no se hubiera generado un daño patrimonial en la sociedad

Sin duda una Sentencia para archivar y conservar como referencia doctrinal importante para supuestos de la acción social de responsabilidad.

Noviembre 2014.