

*Jacinto Pérez Benítez*

*Bárbara Córdoba Ardao*

*Pablo G-Carrero Fojón*

## **CUESTIONES SOBRE DERECHO DE SOCIEDADES, PAMPLONA 5 DE NOVIEMBRE DE 2015**

### **NOVEDADES EN MATERIA DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES Y RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES**

#### **IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS:**

##### ***1.- En relación el art. 204.2 LSC***

1.1.- Cuando la revocación o sustitución del acuerdo tiene lugar una vez iniciado el proceso de impugnación, habida cuenta los términos imperativos en que está redactado el precepto, ¿debe el juez necesariamente acordar el archivo si le acreditan esa nueva junta y la aprobación de ese acuerdo que sustituye al anterior, es decir, un control meramente formal, de legalidad, o debe aplicar las reglas del art. 22 LEC, es decir, valorar si el actor sigue teniendo o no interés legítimo en que se resuelva el fondo?

En cuanto al cauce procesal a seguir, la opinión mayoritaria se mostró favorable a dar audiencia previa a las partes y en cuanto al grado de enjuiciamiento, que éste no debía ser un control meramente formal sino que el juez debía valorar, aplicando las mismas reglas del art. 22 LEC, si pese a que el acuerdo ha sido sustituido por otro, si el actor sigue ostentando interés legítimo en que se dicte sentencia sobre el fondo.

1.2- Si se acuerda el archivo del procedimiento, ¿cómo se canalizaría esa nueva pretensión del actor de eliminación de efectos y reclamación de daños y perjuicios, en un nuevo proceso declarativo?

La opinión mayoritaria es que el socio deberá canalizar esas pretensiones en un nuevo proceso declarativo, con demanda independiente y con plenitud de pruebas, no bastando su consideración como una incidencia en el mismo pleito. Asimismo se concluyó que esos daños y perjuicios no son las costas procesales, sino algo distinto.

##### ***2.- Vicios de convocatoria o defectos de constitución de la junta o adopción de acuerdos siempre que no sean relevantes.***

2.1.- Sin perjuicio de dejar que sea la jurisprudencia la que en cada caso vaya perfilando el concepto de “relevante”, se aprobó por unanimidad que será un vicio o defecto relevante de convocatoria o de constitución de la junta cuando afecte a derechos esenciales del socio como el derecho de asistencia y voto.

**3.- Vulneración del derecho de información de socio antes y durante la junta: exigencia de que la información incorrecta o no facilitada haya sido esencial para el ejercicio razonable del derecho de voto:**

3.1.- Se convino en que no son impugnables los acuerdos sociales por infracción del derecho de información del socio ejercitado durante la junta, tanto si se trata de una sociedad anónima como de una sociedad de responsabilidad limitada. Aun cuando el art. 196 LC guarde silencio al respecto, no hay razón alguna que justifique esa diferencia de trato entre ambos tipos sociales, máxime cuando el art. 204.3 les da el mismo tratamiento. Con dicha previsión legal, lo que se está intentando es que el accionista ejercite su derecho de información antes de la junta y evitar así ejercicios abusivos de ese derecho de información durante la junta mediante una batería de preguntas abrumadoras y sorpresivas cuya única finalidad es fundamentar luego, una acción impugnatoria.

3.2. En cuando al derecho de información del socio ejercitado antes de la junta, el principio general es que los acuerdos no son impugnables por tal motivo salvo que se acredite que la información incorrecta o no suministrada era relevante para que el socio pudiera ejercitar su derecho de voto y demás derechos de participación en la vida social.

**4.- Norma procesal: “Presentada la demanda, la cuestión sobre el carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación previstos en este apartado se planteará como cuestión incidental de previo pronunciamiento”.**

El sentir unánime es que el objetivo del citado precepto es facilitar la labor jurisdiccional y poder concluir rápidamente aquellos procedimientos en los que la demanda se basa en motivos de impugnación insignificantes o intrascendentes, evitando así tener que tramitar todo un procedimiento principal hasta sentencia, con vistas innecesarias.

Partiendo de esa premisa, y entrando ya en el análisis puramente procesal, la primera pregunta a responder es ¿sobre quién recae la carga de plantear la cuestión de previo pronunciamiento? Se consideró por unanimidad que no estamos ante un requisito de admisibilidad de la demanda por lo que no el demandante no está obligado a promover el incidente de previo pronunciamiento, sino que será normalmente el demandado quien, en su escrito de contestación a la demanda o bien, en escrito independiente, pero previo a la formulación de la contestación a la demanda, la pueda plantear.

El secretario judicial dará cuenta al juez del planteamiento de esa cuestión de previo pronunciamiento para que éste decida admitirla o no, por providencia motivada. Se aceptó que la ramitación de esa cuestión de previo pronunciamiento sólo tiene sentido si los motivos en los que se funda la demanda se basan única y exclusivamente en los del art. 204.3 LSC. Por el contrario, si en la demanda se alegan tanto los motivos de impugnación del art. 204.3 LSC como otros, por ejemplo, imagen fiel, abuso de derecho, etc. (art. 204.1 LSC) entonces, la cuestión de previo pronunciamiento carece de sentido pues el procedimiento principal siempre se tendrá que tramitar igualmente. Por tanto, en estos casos, no se admitirá a trámite la cuestión de previo pronunciamiento remitiendo a las partes al acto de la audiencia previa donde se fijará como hecho

controvertido, las partes podrán proponer medios de prueba y se resolverá en sentencia, al igual que el resto de motivos de impugnación. Asimismo, se convino en que no resulta posible su planteamiento de oficio.

#### ***6.- Legitimación para impugnar acuerdos***

6.1.- Dispone el nuevo texto legal que estarán legitimados los socios que hayan adquirido tal condición “antes del acuerdo de la junta”, ¿deben mantenerlo también en el momento de la impugnación?

6.2.- La restricción de la legitimación activa del adquirente debe entenderse limitada solamente a la transmisión por actos inter vivos o abarca también la mortis causa?

Se convino en que si la adquisición de la condición de socio tuvo lugar por acto mortis causa también será posible tener legitimación tras la adopción del acuerdo, no jugando la restricción del art. 206.1, pero en el caso de que la adquisición fuera por acto inter vivos el socio adquirente de tal condición con posterioridad al acuerdo carecerá de legitimación (siempre claro está que no se trate de acuerdo contrario al orden público). Se apuntó la opinión de que ese socio podía ser considerado en ciertos casos como tercero con interés legítimo a efectos de legitimación para impugnar.

## CUESTIONES SOBRE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES

### ***1.- La nueva “acción de enriquecimiento injusto”***

1.1.- La previsión del artículo 227 2 del TRLSC –la infracción del deber de lealtad determinará no sólo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador-, aunque se proyectará normalmente sobre supuestos en que concurren los dos tipos de efectos patrimoniales –el daño y el enriquecimiento injusto-, ¿admite también hipótesis en las que, como consecuencia de la infracción del deber de lealtad, se genere un enriquecimiento pero no un daño para la sociedad?.

1.2.- ¿Cabe, por lo tanto, el ejercicio autónomo de la acción de enriquecimiento injusto, aunque no esté expresamente previsto en el artículo 232 del TRLSC?

1.3.-¿Supone un obstáculo para admitir la posibilidad de un ejercicio autónomo de la acción de enriquecimiento injusto el significado propio del verbo *devolver* que emplea el precepto? ¿Acota los supuestos de enriquecimiento injusto a los casos en que el administrador ha percibido ventajas que corresponderían o que podría haber obtenido la sociedad? O, en otros términos, ¿en el verbo *devolver* está implícita la tradicional exigencia del empobrecimiento del actor, la sociedad en este caso?

1.4.- ¿la condena con base en las dos acciones puede consagrar un beneficio para la sociedad, o se debe descontar en la reparación del daño lo que el administrador debe devolver?.

1.5.- ¿podría aunque del hecho no se derive perjuicio para el patrimonio social estimarse parcialmente la demanda para condenar al administrador a *devolver* -es decir, a pagar a la sociedad- lo que con infracción de su deber de lealtad obtuvo del tercero?

1.6.- Si cabe el ejercicio autónomo de la acción de enriquecimiento injusto ¿la legitimación corresponde a la sociedad por medio de su órgano de representación, o cabría admitir también una legitimación subsidiaria de los socios?.

1.7.- Plazo prescriptivo ¿es de aplicación la norma del artículo 241 bis, cuatro años a contar desde el día en que pudo ejercitarse?

1.8.- ¿A quién corresponde la legitimación activa?;¿cabría admitir el ejercicio subsidiario de la acción por parte de la minoría?

Se entendió por mayoría que la acción de enriquecimiento no es una acción autónoma, sino que se trata de un efecto o de una penalidad, mediante la que se trata de reforzar la virtualidad del deber de lealtad, adicional a la estricta obligación de reparar el daño causado a la sociedad cuando se ejercite la acción social de responsabilidad, sometiéndose por lo tanto a los requisitos de legitimación y de prescripción de ésta.

## ***2.- Otras acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad (art. 232):***

2.1.- ¿Cómo se resuelve la confluencia de normas y de remedios en el caso de que la conducta infractora del deber de lealtad sea también un ilícito de la Ley de competencia desleal (por ejemplo, hacer uso de la información confidencial de la compañía con fines privados, artículo 229 1 letra c, y la revelación de secretos del artículo 13 de la LCD)? ¿cabría el ejercicio simultáneo o duplicado de las dos acciones, con distinto régimen de legitimación activa y de alcance de soluciones, por ejemplo en materia de enriquecimiento injusto?.

2.2.- La acción de anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad, ¿es de la competencia del Juzgado de Primera Instancia no especializado, o el hecho de fundarse en la infracción de normas societarias, las que definen el deber de lealtad, determina la competencia del Juzgado de lo mercantil conforme a la letra a) del artículo 86 ter. 2 de la LOPJ?.

2.3.- ¿Cabe sostener una acción de nulidad de un contrato en la deslealtad de la actuación del administrador que en nombre de la sociedad lo concertó, sin demandarlo?. Supuesto que la acción de anulación sea de la competencia del Juzgado de lo mercantil, ¿cabría acumular a ella otra de enriquecimiento injusto dirigida contra el administrador?.

Resulta posible un concurso de normas en el caso de que al mismo tiempo se esté ante una infracción de competencia desleal.

En los casos de ejercicio acumulado de acciones, se entendió unánimemente que resultaría competencia del juzgado de lo mercantil si alguna de las acciones acumuladas fuera específicamente mercantil.

En el caso de que se plantee el ejercicio de las “otras acciones” de forma aislada, por ejemplo de la acción de anulación de actos y contratos, se entendió de forma mayoritaria que la competencia sería del juzgado de lo mercantil, al basarse la causa de pedir en la infracción del deber de lealtad.

## ***3.- La protección de la discrecionalidad empresarial (artículo 226)***

3.1.- ¿Tiene interés personal en el asunto el administrador que espera beneficios particulares de una operación que es considerada beneficiosa para la sociedad o, puesto

que no existe en tal caso propiamente conflicto de interés, se puede entender cumplido el requisito legal de actuar sin interés personal en el asunto?.

3.2.- Si, por existir conflicto de interés, queda fuera de la aplicación de la business judgment rule el administrador que interviene en una negociación empresarial con otra sociedad en cuyo consejo de administración participa, o con sociedades vinculadas ¿se excluye la regla cuando se trata de operaciones entre sociedades que forman parte del mismo grupo societario, o la doctrina de las ventajas compensatorias ampararía en este caso la decisión empresarial?

#### ***4.- Sobre los presupuestos de la responsabilidad (artículo 236).***

4.1.- -Puesto que la Ley diferencia entre actos u omisiones contrarios a la Ley o a los estatutos de los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, ¿hemos de entender que en caso de infracción simple o directo del deber de diligencia o del de lealtad la culpabilidad no se presume?.

4.2.- ¿Puede tener la consideración de administrador de hecho el socio mayoritario o de control que impone un acuerdo social que imparte instrucciones al órgano de administración, artículo 161, precisamente para la realización del acto o negocio del que se deriva un daño? .

4.3.- La norma del artículo 236. 5, en cuanto que se ubica en un precepto general sobre presupuestos de la responsabilidad de los administradores, ¿debe ser también de aplicación en el ámbito concursal, donde en ocasiones hemos decidido asignando la condición de persona afectada por la calificación a la persona jurídica administradora, y no a su representante persona física?

#### ***5.- Prescripción***

5.1.- ¿es de aplicación a la acción para exigir responsabilidad a los liquidadores?.

5.2.- El precepto se refiere sólo a la acción social y a la acción individual; suprimido el artículo 949 del C de Comercio, ¿cuál es el régimen de prescripción de la acción para exigir responsabilidad por deudas del artículo 367 del TRLSC?

5.3.- Cesado el administrador antes de la entrada en vigor de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre ¿qué régimen debemos aplicar, el del artículo 949 del Código de Comercio o el del nuevo artículo 241 bis?.

Se consideró de forma unánime que el plazo de prescripción que computa desde que la acción pudo ejercitarse se aplica también a la responsabilidad de los liquidadores.

En cuanto a la posible aplicación a la acción de responsabilidad por deudas se entendió de forma mayoritaria que debería seguir aplicándose la norma del art. 949 del Código de Comercio, desde el cese del administrador.

En relación con la norma del apartado 4 del art. 236 se entendió de forma ampliamente mayoritaria que se trata de una extensión subjetiva de responsabilidad a las sociedades que cuentan con un consejo de administración sin designación de consejero delegado, no exigiéndose que el alto directivo sea consejero.

---