

Acción social de responsabilidad subrogatoria y acción por daño directo de acreedores¹

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Propongo en esta nota una reinterpretación de los artículos 240 y 241 de la Ley de Sociedades de Capital que permita a los acreedores sociales reclamar directamente responsabilidad a los administradores sociales, aunque la conducta de éstos haya producido un daño al patrimonio social.

(1) En materia de responsabilidad de los administradores sociales frente a los acreedores sociales por «daño» directo causado por aquéllos a los segundos (art. 241 LSC), la doctrina jurisprudencial conduce a los siguientes resultados. Primero, cuando el acreedor (supongamos que contractual) lo es de la sociedad y los administradores causan, en el ejercicio de su poder de gestión, que la deuda no se pague, no existe en principio daño directo a los acreedores, los cuales, fuera de la hipótesis del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), no responderán del pago subsidiario o solidario de la deuda. Segundo, cuando el acreedor (supongamos que contractual) lo es de la sociedad y los administradores causan un daño ilegítimo al patrimonio social, no existe daño directo al acreedor, que tendrá que contentarse con la legitimación subsidiaria por sustitución del artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital y siempre con dos condiciones: que la acción de responsabilidad social no haya sido ejercida por la sociedad o por los socios y que el patrimonio social posterior al daño social sea insuficiente para satisfacer sus créditos (SSTS de 19 de diciembre

¹ Agradezco las observaciones que me hicieron al borrador Faustino Cordón, Alberto Díaz y Fernando Marín de la Bárcena.

G A _ P

- (1) del 2018, de 11 de septiembre del 2018, etc.). La primera regla está colmada de excepciones, cuyo número y extensión no están todavía claramente determinadas por una jurisprudencia vacilante del Tribunal Supremo. Pero la segunda regla no parece contener excepciones, de forma que nunca sería daño directo a acreedores el daño causado por los administradores al patrimonio social. En esta nota sólo me ocupo del segundo escenario de responsabilidad expuesto.

- No es cierto en general que un daño *mediado por un patrimonio ajeno* no pueda valer como daño relevante, adecuado y previsible sufrido por un tercero distinto del titular de aquel patrimonio. Si éste es o no el caso es una cuestión que ha de dilucidar el Derecho común de daños, no el Derecho societario, y no puede ser éste el propósito del artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital. Algunos ejemplos de daños mediatos de este tipo: 1) se causa un daño directo a una sociedad titular al 100 % de un tercero, que muy bien puede sufrir el daño de la pérdida de valor de su capital en el acreedor directo; lo que importa es salvar el peligro del doble recobro, peligro que se neutraliza si el dañado directo se adhiere a la demanda del dañado indirecto o renuncia a ella, o si el primero está concursado y liquidado; 2) los administradores sociales causan *por dolo* (entendido en sentido laxo) un daño a la sociedad con el propósito (incluso de dolo eventual) de perjudicar el cobro del crédito contractual del acreedor contra la sociedad; la jurisprudencia civil ha sostenido desde hace un siglo que este daño al derecho de crédito es indemnizable directamente al acreedor, sin perjuicio del que proceda indemnizar al acreedor inmediato; 3) sociedad focalizada a un acreedor, con el que tiene una dependencia unilateral o bilateral *de facto* exclusiva; 4) vaciamiento consensuado de la sociedad deudora cuyo patrimonio es transferido a otra sociedad hermana participada por los mismos socios que la primera; 5) acreedor contractual que, a pesar de que la sociedad obtuvo sentencia condenatoria contra el administrador, no ha podido cobrar todavía, ya que la sociedad se ha ido al concurso y ya no hay forma de hacer bueno su crédito contractual; 6) los administradores sociales vacían la caja de la sociedad en la que estaban depositadas las entregas a cuenta hecha por compradores de vivienda, que, ante la insolvencia *de facto* de la sociedad, sufren un daño en su crédito como compradores y pierden el dinero entregado a cuenta; (7) el daño al patrimonio social comporta de hecho la producción o la no producción de una condición de la que dependía la subsistencia del crédito contra la sociedad (*cfr.* ULPiano, Dig. *Ad Legem Aquiliam* 9, 2, 23, 2); 8) el daño al patrimonio social pignorado al tercero lesiona la prenda misma de este tercero sobre aquellos bienes patrimoniales (*cfr.* PAULO, Dig. *Ad Legem Aquiliam* 9, 2, 30, 1: ¡la sociedad propietaria y deudora estaría sólo legitimada por el sobrante hipotético de la prenda!); 9) las irregularidades contables comportan una sanción administrativa a la sociedad, pero también lesionan la confianza del tercero que haya concedido crédito bajo *culpa in contrahendo* de los administradores, sobre la base de aquella falsedad.
- (2)

- Soy muy consciente de que un listado aleatorio de supuestos diversos no equivale a una racionalización de un problema de interpretación legal. De momento no pretendo ir más allá de esta simple presentación de casos que reclaman una revisión del planteamiento común del problema. A todos ellos es común que (¿en concurso de normas?) se causan al mismo tiempo un daño al patrimonio social y un daño a un interés protegido de un acreedor que es *autónomo* del interés que pueda tener como acreedor a que la sociedad recupere su estado patrimonial *ex ante*, bien porque *hay otra cosa además* de la suerte del patrimonio social, bien porque aquella recuperación social *ex ante* no sea posible o llegue tarde *para el acreedor*. Dejo esto sólo apuntado.
- (3)

G A _ P

(4) El artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital no puede tener como propósito excluir la viabilidad de acciones de daños en los casos expuestos o en otros en los que se haya producido un daño al patrimonio social. En otros términos, un daño al patrimonio social no convierte sin más al acreedor social en un litigante por sustitución legitimado para hacer valer sólo derechos ajenos.

(5) El artículo 240 es un simple trasunto de la legitimación subrogatoria del artículo 1111 del Código Civil, con alguna especialidad. Igual que la acción subrogatoria, no parte de la existencia de un «daño» causado por el *debitor debitoris*, sino de un «incumplimiento» contractual del deudor directo. Si el actor no tiene otra forma de cobrar lo que se le debe, procede la subrogatoria. Igual que la del artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital, el actor está legitimado por sustitución y la sentencia no produce efectos ejecutivos en su propio beneficio porque lo obtenido no ingresa en su patrimonio, sino en el de la sociedad sustituida, y sobre ello (sobre lo obtenido) no adquiere ninguna preferencia a efectos de su embargo. En los artículos 1111 del Código Civil y 240 de la Ley de Sociedades de Capital, lo relevante no es que el *debitor debitoris* le haya causado o no un daño al acreedor legitimado, sino que aquél queda deudor del deudor contractual directo, la sociedad. El acreedor se presenta en el proceso subrogatorio como acreedor contractual del deudor primero, y no ventila una pendencia sobre daños y responsabilidad. Ciertamente hay algunas diferencias entre las dos acciones (pero menos de las que en ocasiones se indican), pero no afectan a lo sustancial de la analogía. Ambas son subsidiarias, aunque no está claro si lo son o no en el mismo sentido, ni voy a detenerme en ello ahora.

(6) Con lo anterior no pretendo sostener que el acreedor social pueda optar por el artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital o por el artículo 1111 del Código Civil, o que, cerrada la primera posibilidad, quepa acudir a la segunda. No es posible tal cosa; yo creo que la subrogatoria común metería a los acreedores «en los zapatos» del artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital sin remedio. La digresión hecha sobre el artículo 1111 sólo pretendía poner de manifiesto cuál es la esencia y el límite del artículo 240. Lo que yo defiendo aquí no es que quepa eludir el artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital mediante una subrogatoria común (con todo, advierto que se trata de un extremo que no quiero dejar cerrado para otra ocasión), sino que cabe eludir el artículo 240 por una acción resarcitoria autónoma de acreedores, aunque la conducta de los administradores haya producido daño directo al patrimonio social.

(7) La interpretación más obvia del artículo 238 de la Ley de Sociedades de Capital es la de que la transacción entre sociedad y administrador (consentida por los socios a que se refiere la norma) *extingue* la acción social cuya legitimación pudiera corresponder a los acreedores (discrepo en este punto de la posición del profesor QUIJANO). Mas no es la cosa así desde una consideración global del sistema jurídico. Es evidente que, tanto si el acreedor puede ejercer siempre sustitutoriamente la acción del artículo 1111 del Código Civil como si está constreñido a recurrir al artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital, puede acumular a la «subrogatoria» civil o mercantil una acción *pauliana* contra la transacción (evidentemente perjudicial para los acreedores casi siempre, y seguramente, además, fraudulenta) y que esta acumulación será arrastrada por la *vis attractiva* de la jurisdicción de lo mercantil, de acuerdo con la interpretación que ha efectuado la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de acumulación, ante el juez de lo

G A _ P

mercantil, de las acciones social e individual de responsabilidad (STS, Sala Primera, de 10 de septiembre del 2012, RJ 2013\1605, y también STS, Sala Primera, de 23 de mayo del 2013, RJ 2013\3707).

(8) Así las cosas, nada hay en los artículos 1111 del Código Civil y 240 de la Ley de Sociedades de Capital que contenga una referencia excluyente de la legitimación del acreedor para reclamar directamente al administrador una *indemnización por el daño* propio sufrido y mediado por el daño al patrimonio social. Esta exclusión habría que buscarla entonces en el artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital. Pero esta norma no puede cualificar tampoco los fundamentos del Derecho común de daños. En realidad, el adjetivo «directo» es un mero énfasis para señalar ese otro daño que no está cubierto por el régimen de la acción social de responsabilidad. No hay en Derecho común daño «directo» relevante y daño «indirecto» irrelevante, sino un daño causado a un interés jurídico relevante originado en una conducta a cuya culpa o dolo hay que imputar dicho daño como consecuencia causalmente adecuada de una acción u omisión contrarias a un deber de cuidado. Y es claro que puede existir un daño relevante al patrimonio social que concorra con un daño relevante al patrimonio del acreedor.

(9) La procedencia de una defensa indemnizatoria ante estos daños indirectos no cursa por el artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital (ni por el 1111 del Código Civil, repito). Por ende, no se le puede oponer la transacción del artículo 238 de la Ley de Sociedades de Capital, porque el acreedor hace valer una legitimación propia y no por sustitución. Este daño puede compensarse materialmente, o puede que no, con la compensación que eventualmente haya pagado el administrador a la sociedad. Acaso la compensación ha sido tan tardía que no ha impedido el concurso de la sociedad que coge sin protección al acreedor social de rango ordinario. Todavía más importante, tampoco se puede oponer al acreedor la legitimación exclusiva del administrador concursal a los efectos del artículo 48 *quater* de la Ley Concursal, por la razón, una vez más, de que no está ejerciendo una acción social de responsabilidad del artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital, aunque de hecho haya existido (también) un daño al patrimonio social para el que la administración concursal de la sociedad concursada se encuentre legitimada.

(10) Es cierto que el éxito (eventual) de la acción social instada por la sociedad puede conducir a que de hecho el acreedor finalmente no haya sufrido daño (incumplimiento de su crédito). Pero también puede ocurrir a la inversa: que la satisfacción «indemnizatoria» del crédito del acreedor produzca que de hecho el patrimonio social no haya sufrido daño —cuando los fondos distraídos por el consejero estaban necesariamente puestos al servicio del pago a ese acreedor—, lo que es cuestión de hecho. La legitimación resarcitoria no es subsidiaria de la acción social de responsabilidad instada por la sociedad. Yo creo que entre las dos acciones no existiría litispendencia, aunque dejo abierto si puede darse una situación de prejudicialidad como la del artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (con todo, no lo creo: la cosa juzgada es divisible, como ocurre entre codeudores solidarios).

(11) Se puede argüir contra esta propuesta que es proclive a crear confusiones, procesos paralelos y acaso sobrecompensaciones (todo puede ser, pero quien conoce la praxis de nuestras socieda-

(11) des puede atestiguar la poca probabilidad de que ello ocurra): innúmeras sociedades cerradas, con grupo homogéneo de control, con administradores testaferros de los socios, o los socios mismos como administradores; todas estas variaciones hurtan el éxito de una acción tan especulativa como la del artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital. Si existe algún minoritario, no tiene incentivos (aunque estuviera legitimado) para interponer una acción social que paga de su bolsillo y de la que luego no ve fruto. Acciones de este tipo sólo se ven cuando la sociedad en su conjunto pasa a manos de terceros que no están personalmente comprometidos con la gestión anterior. Pero también en estos casos la posibilidad de litigar es escasa: ya se habrá pactado en el contrato de venta que los socios antiguos y los nuevos renuncian al ejercicio de acciones contra los administradores.

(12) Si, como he afirmado, el artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital es un trasunto de la acción subrogatoria ordinaria, una última e importante conclusión se impone: la *subsidiaridad absoluta* del recurso a aquella acción social subsidiaria. Y no sólo la subsidiaridad reconocida por el propio artículo 240. Por ello, *no procedería la acción del artículo 240 si el acreedor pudiera liquidar la contingencia como un daño propio del que responden los administradores sociales*, en el sentido expuesto en esta nota. Esta conclusión es sensata. Si el acreedor puede despachar por su cuenta su daño concurrente con el daño al patrimonio social, sería violento que se le permitiera inmiscuirse en asuntos de la sociedad, que puede tener sus buenas razones para no reclamar. Se une a lo anterior que la acción de dicho artículo 240 es *realmente inútil* para el acreedor en la mayoría de los casos porque no está en su mano controlar los flujos económicos sociales; y si la sociedad es insolvente, lo que será muy común, la legislación concursal cierra al acreedor la vía del artículo 240.

(13) Y, por último, una curiosidad procesal. Imaginemos que el acreedor contractual dispone de título ejecutivo contra la sociedad, pero no presenta demanda ejecutiva porque el ejecutado carece de fondos o no sigue adelante en la ejecución por carencia de bienes embargables. El acreedor puede causar por el artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital que la sociedad devenga titular de un crédito de resarcimiento contra el administrador. En este mismo momento puede pedir al letrado de la Administración de justicia del juicio ejecutivo —juicio que de hecho o derecho está suspendido— que se practiquen medidas ejecutivas de embargo de este crédito del ejecutado (sociedad), que deja de estar disponible para la sociedad, ya que la cuantía del crédito ha pasado a estar destinada directamente al pago del acreedor ejecutante. Digo esto para neutralizar ese extendido énfasis en que el artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital sólo permite al acreedor defender intereses ajenos, como una especie de fiduciario, y no puede tocar los fondos recobrados, que pertenecerían a la sociedad *in bonis* o a todos los acreedores si la sociedad se halla incurso en insolvencia.