

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN
Istituzioni e mercati, diritti e tutele

Ciclo XXVIII

Settore Concorsuale di afferenza: 12/B1

Settore Scientifico disciplinare: IUS/04

«LA RENUNCIA AL EJERCICIO DE LA
ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD»

Presentata da: Enrique Gandía Pérez

Coordinatore Dottorato

Prof. Giulio Illuminati

Relatore

Prof. Francesco Vella

Esame finale anno 2015

*A mis padres, a mi hermano.
A ti, Sofía.*

«Next to knowing when to seize an opportunity,
the most important thing in life is to know
when to forego an advantage»

BENJAMIN DISRAELI
(*The Infernal Marriage*, 1834)

ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
Nota preliminar	XIII
Abreviaturas	XV
<i>Introduzione</i>	XIX

CAPÍTULO PRIMERO ANTECEDENTES HISTÓRICOS

§1. Evolución histórica del fenómeno de la renuncia a la acción social de responsabilidad en España y en Italia.	1
I. LA RENUNCIA A LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD EN LA PRIMERA CODIFICACIÓN ESPAÑOLA E ITALIANA	2
1. El Código de comercio español de 1829	2
2. Los Códigos de comercio italianos de 1865 y de 1882	5
3. La renuncia en el proyecto de reforma del <i>Codice di commercio</i> de 1922.	11
II. EL CÓDIGO DE COMERCIO ESPAÑOL DE 1885. LA DESREGULACIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS	13
III. LA MODERNA DISCIPLINA DE LA RENUNCIA A LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD.	14
1. El <i>Codice civile</i> de 1942	14
2. La Ley de Sociedades Anónimas de 1951	19
3. El Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995. Su refundición en la Ley de Sociedades de Capital de 2010	23
4. Las novedades en la regulación de la renuncia en el Derecho italiano tras la reforma del Derecho de sociedades de 2003.	28
IV. LA RENUNCIA A LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD Y LOS RECIENTES MOVIMIENTOS DE REFORMA DEL DERECHO ESPAÑOL DE SOCIEDADES.	31
1. La Propuesta de Código mercantil de 2013.	31
2. La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo	35

PRIMERA PARTE
**EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO
 DE LA RENUNCIA A LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD**

CAPÍTULO SEGUNDO
ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL

§2. La función del régimen jurídico de la renuncia a la acción social de responsabilidad.	49
§3. El objeto de la «renuncia a la acción social de responsabilidad» es el derecho sustantivo o material al resarcimiento de los daños ocasionados en el patrimonio social por el administrador responsable.	51
I. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE ACCIÓN Y SU DISOCIACIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO PRIVADO.	53
1. La concepción monista de la <i>actio</i> en el Derecho romano y su recepción por la Escuela Histórica y el Pandectismo	53
2. La disociación entre derecho y acción. Las teorías concreta y abstracta de la acción	54
II. LA «RENUNCIA A LA ACCIÓN» SOCIAL DE RESPONSABILIDAD COMO ACTO SUSTANTIVO O MATERIAL.	58
1. El objeto de la «renuncia a la acción» en sentido concreto es (indirectamente) el derecho al resarcimiento de los daños causados por el administrador responsable.	59
2. El objeto de la «renuncia a la acción» en sentido abstracto es (directamente) el derecho al resarcimiento de los daños causados por el administrador responsable.	64
3. El término «acción» en el artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital	66
III. PRIMERAS CONCLUSIONES ACERCA DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DEL RÉGIMEN DE LA RENUNCIA A LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD.	68
§4. El desistimiento de la acción social de responsabilidad.	70
I. LA COMPETENCIA PARA ACORDAR EL DESISTIMIENTO	71
II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DESISTIMIENTO	73
§5. La aplicación del régimen jurídico de la renuncia al mal llamado «desistimiento del recurso»	77

CAPÍTULO TERCERO
ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL

§6. El momento en el que puede llevarse a cabo la renuncia.	79
I. LA INTERPRETACIÓN TRADICIONAL. CRÍTICA	80
1. La interpretación en clave procesalista de la renuncia a la acción social de responsabilidad por parte de la doctrina clásica	80

2.	Superación de la interpretación tradicional: acuerdo de renuncia vs. acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad	81
II.	LA INTERPRETACIÓN ACTUALMENTE MAYORITARIA. CRÍTICA	84
1.	Las distintas posturas acerca del momento a partir del cual puede llevarse a cabo la renuncia	84
2.	Superación de las interpretaciones actuales: la renuncia es posible desde que se produce el daño en el patrimonio social	85
III.	LA POSIBILIDAD DE ADOPTAR EL ACUERDO DE RENUNCIA EN LA MISMA JUNTA EN LA QUE SE DECIDE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD.	89
IV.	ANÁLISIS DE LAS DISTINTAS ACTUACIONES DE LA SOCIEDAD FRENTE A UN ACTO POTENCIALMENTE RESPONSABLE DE SUS ADMINISTRADORES	91

SEGUNDA PARTE

**EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RENUNCIA
A LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD**

CAPÍTULO CUARTO

**LA RENUNCIA AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL DE
RESPONSABILIDAD POR LA JUNTA GENERAL**

§7.	La competencia en materia de renuncia a la acción social de responsabilidad.	99
I.	LA COMPETENCIA PARA ACORDAR LA RENUNCIA EN LAS SOCIEDADES <i>IN BONIS</i>	99
1.	La renuncia a la acción social de responsabilidad como acto corporativo con trascendencia patrimonial reservado a la competencia de la junta general (sin oposición de la minoría)	100
2.	El papel de los administradores en la renuncia. Remisión	105
II.	LA COMPETENCIA PARA ACORDAR LA RENUNCIA EN LAS SOCIEDADES CONCURSADAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA TRANSACCIÓN	106
1.	La situación anterior a la reforma de 2011	107
1.1.	<i>La legitimación «concurrente» de la administración concursal para ejercitar la acción social de responsabilidad.</i>	108
1.2.	<i>Oponibilidad de la renuncia válidamente acordada por la junta de la sociedad in bonis a la administración concursal</i>	113
1.3.	<i>Los efectos de la renuncia o transacción acordadas durante el concurso y competencia para llevarlas a cabo</i>	115
2.	La situación tras la reforma de 2011	119
2.1.	<i>La competencia exclusiva de la administración concursal para ejercitar la acción social de responsabilidad</i>	119
2.2.	<i>La competencia exclusiva de la administración concursal para acordar la renuncia y la transacción</i>	120

§8. La necesidad de que la renuncia se apruebe mediante un acuerdo expreso.	125
I. LA OBLIGATORIA CONSTANCIA DE LA RENUNCIA EN EL ORDEN DEL DÍA DE LA JUNTA.	127
II. EL CARÁCTER EXPRESO DEL ACUERDO DE RENUNCIA.	130
1. Aprobación de las cuentas, aprobación de la gestión y renuncia a la acción social de responsabilidad	132
1.1. <i>El acuerdo de renuncia debe ir precedido de toda la información necesaria para que la decisión sea plenamente consciente e informada</i>	132
1.2. <i>La aprobación de las cuentas y el posterior ejercicio de la acción social no supone una infracción de la prohibición de actuar contra los propios actos</i>	136
2. «Descargo», aprobación o ratificación de la junta. Renuncia tácita y prohibición de <i>venire contra factum proprium</i>	139
2.1. <i>El «descargo» no implica una renuncia tácita a la acción social de responsabilidad</i>	139
2.2. <i>El valor jurídico del «descargo».</i>	143
§9. El acuerdo de renuncia al ejercicio de la acción social	148
I. EL ACUERDO DE RENUNCIA A LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD COMO NEGOCIO JURÍDICO UNILATERAL NO RECEPCIO E IRREVOCABLE	149
1. Las características generales de la renuncia en Derecho privado	150
1.1. <i>La renuncia es una manifestación de la facultad de disposición</i>	151
1.2. <i>(sigue) que tiene como único efecto directo e inmediato la pérdida del derecho</i>	153
1.3. <i>(sigue) y que se articula por medio de un negocio jurídico irrevocable, unilateral y no recepticio.</i>	157
2. El acuerdo de la junta constituye un negocio jurídico de renuncia perfecto y eficaz	159
3. La posición de los administradores frente al acuerdo de renuncia	164
3.1. <i>La posición de los administradores que ostentan la representación de la sociedad en el momento en que se acuerda la renuncia</i>	164
3.2. <i>La posición de los administradores inculpados.</i>	167
II. OBJETO Y CAUSA DEL ACUERDO DE RENUNCIA	168
1. El objeto del acuerdo de renuncia	168
1.1. <i>Carácter determinado y no meramente determinable del objeto.</i>	168
1.2. <i>La posibilidad de una «renuncia» preventiva. Esbozo del problema</i>	171
2. La «transposición de valor» como causa concreta de la renuncia a la acción social de responsabilidad	193

2.1. <i>La renuncia como negocio jurídico causal. La causa de la renuncia en general</i>	196
2.2. <i>En particular, la causa de la renuncia a la acción social de responsabilidad</i>	209
III. QUÓRUM Y MAYORÍA.	214
1. El quórum y la mayoría necesarios para aprobar la renuncia . . .	214
2. La participación del administrador inculcado en la votación del acuerdo.	216
2.1. <i>Los mecanismos de tutela preventiva y correctiva del interés social en los conflictos de interés: prohibición del voto e impugnación del acuerdo</i>	217
2.2. <i>El tratamiento de los conflictos de interés en el ejercicio de la acción social de responsabilidad antes de la reforma de la Ley de Sociedades de Capital de 2014</i>	219
2.3. <i>El tratamiento de los conflictos de interés en el ejercicio de la acción social de responsabilidad tras la reforma de la Ley de Sociedades de Capital de 2014</i>	223
2.4. <i>El voto del administrador inculcado en el acuerdo de renuncia a la acción social de responsabilidad</i>	226
IV. EL DERECHO DE OPOSICIÓN DE LA MINORÍA	229
1. Naturaleza jurídica y consecuencias de su ejercicio	230
1.1. <i>La ausencia de oposición de la minoría como requisito de integración de la «mayoría» necesaria para aprobar la renuncia</i>	231
1.2. <i>Consecuencias de la oposición. La propuesta frustrada de renuncia debe considerarse un «acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad»</i>	238
2. Derecho de oposición y autonomía estatutaria.	241
3. El ejercicio del derecho de oposición no presupone el derecho de voto. Participación del socio sin voto y del accionista moroso	251
V. EFECTOS DE LA RENUNCIA VÁLIDAMENTE ACORDADA POR LA JUNTA . .	259

CAPÍTULO QUINTO

LA RENUNCIA A LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD EJERCITADA POR LOS LEGITIMADOS EXTRAORDINARIOS

§10. La renuncia a la acción social de responsabilidad ejercitada por los acreedores sociales	272
I. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGITIMACIÓN DE LOS ACREEDORES . . .	273
1. Los acreedores ejercitan la acción «social».	273
2. <i>(sigue)</i> en nombre propio e interés propio	279
3. La acción ejercitada por los acreedores como acción subrogatoria (común)	283

3.1. <i>La inercia de la sociedad (deudor subrogado)</i>	284
3.2. <i>La insuficiencia patrimonial</i>	289
II. LA RENUNCIA A LA ACCIÓN SOCIAL EJERCITADA POR LOS ACREEDORES.	294
1. Oponibilidad a los acreedores de la renuncia válidamente acordada por la sociedad. Confirmación.	294
2. La sociedad no puede renunciar a la acción social ya entablada por los acreedores en perjuicio de estos últimos	302
3. Los acreedores pueden desistir del proceso iniciado, pero no renunciar a la acción (social) entablada	309
§11. La renuncia a la acción social de responsabilidad ejercitada por los socios minoritarios	312
I. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGITIMACIÓN DE LA MINORÍA	314
1. Los socios ejercitan la acción «social» en nombre propio y, por tanto, no actúan como representantes de la sociedad en sentido técnico	315
2. La legitimación de la minoría como acción subrogatoria. Crítica	320
2.1. <i>La posición de socio no puede equipararse a la de acreedor social</i>	321
2.2. <i>La legitimación de la minoría no surge como consecuencia de la insuficiencia patrimonial de la sociedad ni de la inercia de esta última a la hora de ejercitar la acción social</i>	327
3. La legitimación de la minoría como gestión de negocios ajenos «en el proceso». Crítica.	329
4. El ejercicio de la acción social por la minoría como supuesto particular de ampliación de la legitimación «en defensa del interés social»	335
4.1. <i>La actuación de la minoría «en defensa del interés social».</i>	336
4.2. <i>El ejercicio de la acción social por la minoría no priva de legitimación a la sociedad. Concurrencia de ambas legitimaciones</i>	339
II. LA RENUNCIA A LA ACCIÓN SOCIAL EJERCITADA POR LOS SOCIOS MINORITARIOS	353
1. La intervención de la sociedad en el proceso iniciado por la minoría. Análisis de las distintas estrategias procesales que puede adoptar la sociedad. En particular, la renuncia a la acción	353
2. Los socios no pueden renunciar a la acción (social) ejercitada. Las dudas en Derecho italiano	363
<i>Conclusioni</i>	371
Bibliografía	391
Índice de jurisprudencia.	431

NOTA PRELIMINAR

Si por algo se caracteriza la *Nota preliminar* a un estudio universitario es por ser, con frecuencia, la parte más leída y, a la vez, la menos meditada del mismo. Es la que se escribe al final, cuando al autor apenas le quedan fuerzas para murmurar unas palabras de agradecimiento. Por eso, al lector que se aproxime a estas líneas sin haber pasado previamente por la experiencia de elaborar una tesis doctoral, puede causarle la impresión de que se trata de un mero formulismo, impuesto por el protocolo académico. Pero nada más lejos de la realidad.

Lo cierto es que en ellas queda reflejada una parte fundamental de la investigación, como es el reconocimiento sincero de que sin la ayuda desinteresada de muchas personas, ésta difícilmente habría comenzado y a buen seguro que estaría aún por terminar.

En mi caso, he tenido, además, la dicha de haber sido becario del Real Colegio de España en Bolonia. Por eso, no puedo comenzar esta *Nota* sin expresar mi profunda gratitud hacia la persona del cardenal GIL DE ALBORNOZ, cuyo generoso legado me ha permitido disfrutar de la experiencia inolvidable de doctorarme como «bolonio» en el *Alma Mater Studiorum*. Experiencia que no habría sido tan enriquecedora y apasionante si no hubiera sido por mi admirado Rector, JOSÉ GUILLERMO GARCÍA VALDECASAS, y mis queridos compañeros, todos y cada uno de los cuales me ha demostrado que la inteligencia y la cultura no están reñidas con la grandeza de espíritu. JUAN PABLO MURGA, SALVADOR TOMÁS, GUSTAVO MANUEL DÍAZ, JOSÉ MANUEL MACARRO, ALEJANDRO MONTÓN y JOSÉ TORREGROSA. Gracias de todo corazón.

Debo expresar también mi más sincero agradecimiento hacia los profesores de Derecho Mercantil de la Universidad de Bolonia. En particular, a los profesores RENZO COSTI, FRANCESCO VELLA y GIANLUCA GUERRIERI por su amabilidad y su cálida *accoglienza*. Agradecimiento que se hace extensivo a todos mis compañeros de doctorado y, en particular, al profesor RICCARDO GHETTI.

Tengo que dejar constancia de la inestimable ayuda que me ha prestado durante todo este tiempo el profesor ÁNGEL ROJO, cuyo magisterio, académico y personal, he tenido el enorme privilegio de recibir. Quisiera, asimismo, poner de manifiesto mi gratitud hacia todos los profesores del Área de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid por su predisposición y aliento. En especial, hacia al profesor ANTONIO PERDICES por su paciencia infinita y sus siempre acertados consejos. No puedo dejar de reconocer el estímulo que ha supuesto para mí la confianza que desde el principio me ha brindado el profesor AGUSTÍN JORGE BARREIRO.

A mis padres, simplemente, les debo todo lo que soy. Ellos me han educado en el esfuerzo y la constancia y no encuentro palabras para expresar lo afortunado que me siento por ser hijo suyo. A mi hermano tengo que darle las gracias por haber sido siempre un referente, un modelo a seguir. Y a ti, SOFÍA, no puedo más que pedirte perdón por el tiempo que te he hurtado, por las horas que te he pasado en vela leyendo, repasando y corrigiendo. Siempre con tu sonrisa, demostrándome día a día tu cariño y tu apoyo incondicional. Esta tesis existe porque tú estás en mi vida.

El autor.

En Madrid, a 24 de febrero de 2015

ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho civil
ADCo	Anuario de Derecho Concursal
AJPI	Auto Juzgado de Primera Instancia
AktG	<i>Aktiengesetz</i>
ALCMer	Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, de 30 de mayo de 2014
Arch. resp. civ.	<i>Archivio della responsabilità civile e dei problemi generali del danno</i>
Ariz.RCP	<i>Arizona Rules of Civil Procedure</i>
Banca e borsa	<i>Banca, borsa e titoli di credito</i>
BGBI	<i>Das Bundesgesetzblatt</i>
BGHZ	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen</i>
BICAM	Boletín Oficial del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid
BOCG-CD	Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cass.	Sentencia de la <i>Cassazione civile</i>
CC	Código civil
C.Civile	<i>Codice civile</i>
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CCo	Código de comercio
C.Comm.	<i>Codice di commercio</i>
C.Commerc.	<i>Code de commerce</i>
CDCom	Cuadernos de Derecho y Comercio
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
CDT	Cuadernos de Derecho Transnacional
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
Contr. impr.	<i>Contratto e impresa</i>
Corr. giur.	<i>Il Corriere giuridico</i>
CP	Código penal
C.p.c.	<i>Codice di procedura civile</i>
CSC	<i>Código das Sociedades Comerciais</i>
D.	Digesto
Dig. delle disc. priv., sez. civ.	<i>Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile</i>
Dir. comm. int.	<i>Diritto del commercio internazionale</i>

Dir. fall.	<i>Il Diritto fallimentare e delle società commerciali</i>
DL	<i>Decreto-lei</i>
D.l.	<i>Decreto legge</i>
D.lgs.	<i>Decreto legislativo</i>
DN	Derecho de los negocios
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DR	<i>Diário da República</i>
DRAE	Diccionario de la lengua española
Enc. dir.	<i>Enciclopedia del diritto</i>
Enc. giur.	<i>Enciclopedia giuridica</i>
Fall.	<i>Il Fallimento</i>
Foro it.	<i>Il Foro italiano</i>
FRCP	<i>Federal Rules of Civil Procedure</i>
Giur. comm.	<i>Giurisprudenza commerciale</i>
Giur. compl. Cass. civ.	<i>Giurisprudenza complete della Corte Suprema di Cassazione. Sezioni civile</i>
Giur. it.	<i>Giurisprudenza italiana</i>
Giur. merito	<i>Giurisprudenza di merito</i>
Gius. civ.	<i>Giustizia civile</i>
GU	<i>Gazzetta Ufficiale</i>
HGB	<i>Handelsgesetzbuch</i>
Int. Co. Commerc.	
Law Rev.	<i>International Company and Commercial Law Review</i>
JORF	<i>Le Journal Officiel de la République française</i>
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
L.Fall.	<i>Legge fallimentare (R.D. 16 marzo 1942, n. 267).</i>
LME	Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LSA	Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
LSRL	Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada
MBCA	<i>Model Business Corporation Act</i>
Mich. L. Rev.	<i>Michigan Law Review</i>
Minn.RCP	<i>Minnesota Rules of Civil Procedure</i>
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
Noviss. dig. it.	<i>Novissimo Digesto italiano</i>
Nuova giur. civ.	

comm.	<i>La nuova giurisprudenza civile commentata</i>
Nuovo dig. it.	<i>Nuovo Digesto italiano</i>
PCMer	Propuesta de Código Mercantil, elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación y presentada el 17 de junio de 2013
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Privado
RDPProc	Revista de Derecho Procesal
RdS	Revista de Derecho de Sociedades
Rev. trim. dr. civ.	<i>Revue Trimestrielle de Droit Civil</i>
RGBI	<i>Das Reichsgesetzblatt</i>
RGD	Revista General de Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
Riv. dir. civ.	<i>Rivista di diritto civile</i>
Riv. dir. comm.	<i>Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni</i>
Riv. dir. dell'impresa	<i>Rivista di diritto dell'impresa</i>
Riv. dir. proc.	<i>Rivista di diritto processuale</i>
Riv. dir. proc. civ.	<i>Rivista di diritto processuale civile</i>
Riv. not.	<i>Rivista del notariato</i>
Riv. soc.	<i>Rivista delle società</i>
Riv. soc. comm.	<i>Rivista delle società commerciali</i>
Riv. trim. dir. proc. civ.	<i>Rivista trimestrale di diritto e procedura civile</i>
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RJN	Revista Jurídica del Notariado
RO	<i>Recueil officiel des lois fédérales</i>
RPJ	Revista del Poder Judicial
RRM	Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SJPI	Sentencia Juzgado de Primera Instancia
Società	<i>Le Società. Mensile di informatica giuridica dell'impresa</i>
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
Sw. L. J.	<i>Southwestern Law Journal</i>
TUF	<i>Testo Unico della Finanza (D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58)</i>
U. Chi. L. Rev.	<i>The University of Chicago Law Review</i>

INTRODUZIONE

Nel presente studio si affronta il tema del regime giuridico della rinuncia all'azione sociale di responsabilità (art. 238.2 LSC e 2393, 6 ° comma, C.Civile), che è stato oggetto di uno scarso trattamento da parte della dottrina spagnola. Ci troviamo dinanzi ad un'istituzione che, a prima vista, può sembrare anomala, dal momento che, in sostanza, regola la possibilità per una società di capitali di abbandonare volontariamente le pretese risarcitorie che possa vantare nei confronti di uno o di alcuni dei suoi amministratori per i danni che questi potrebbero aver causato al patrimonio sociale, non adempiendo ai loro doveri di diligenza e lealtà. Sembra, infatti, una contraddizione che la società danneggiata dalla mala gestio dei suoi amministratori decida di esonerarli da qualsiasi responsabilità senza ricevere in cambio alcuna controprestazione. È sufficiente sfogliare le pagine dei giornali economici per rendersi conto che dietro ai grandi scandali finanziari che si verificano giorno dopo giorno in paesi come la Spagna e l'Italia, ci sia, frequentemente, l'azione sleale degli amministratori. Non ci sorprende per nulla, quindi, che la figura di cui ci stiamo occupando sia stata tradizionalmente vista con un certo sospetto. Tuttavia, la sua analisi non è priva di rilevanza pratica e di grande interesse dogmatico.

Innanzitutto, il fatto che la legge riconosca ai soci la facoltà di rinunciare all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità con effetti non solo nei confronti della società stessa ma anche nei confronti del resto dei soggetti legittimati al suo esercizio con carattere straordinario evidenzia la natura strettamente privata degli interessi da questa tutelati. Infatti, nel diritto spagnolo, la rinuncia da parte della società è opponibile nei confronti dei soci di minoranza, dei creditori sociali e del curatore fallimentare senza l'imposizione di altri limiti che non siano quelli derivati dalla frode (art. 1291.3° CC) e dal pregiudizio cagionato ai terzi (artt. 6 II e 1275 CC). Questa conclusione sdrammatizza, in gran parte, il ruolo che la dottrina maggioritaria ha assegnato alla responsabilità degli amministratori nei confronti della società come meccanismo di tutela, non solo dei soci, ma del mercato in generale. Infatti, la maggior parte degli autori spagnoli e italiani tendono a considerare che le norme che regolano questa responsabilità rivestano un carattere imperativo. Ci si troverebbe, quindi, dinanzi a uno strumento di diritto privato al servizio degli interessi pubblici. Ma questo argomento non è compatibile con l'attribuzione alla società di un potere di rinuncia che trova il suo unico limite negli interessi dei soci e nelle regole del diritto privato comune. Gli amministratori contraggono obbligazioni solo ed esclusivamente nei confronti della società e a questa spetta la decisione ultima di esigere la responsabilità per la violazione di tali obbligazioni; una decisione che dovrebbe essere guidata dall'interesse privato e comune di tutti i soci. In questo senso, lo studio della rinuncia

all'azione sociale di responsabilità può essere vista come un contributo alla teoria del contratto sociale, che in questo non vede altro che uno strumento in più per l'organizzazione dell'attività finalizzata al raggiungimento di uno scopo comune ai soci.

L'analisi della scarsa letteratura spagnola in materia rivela la preoccupazione della dottrina di individuare il momento esatto in cui si può adottare la deliberazione di rinuncia. In modo specifico, gli autori si sono posti soprattutto il quesito se il negozio abdicativo deve avere necessariamente luogo durante il processo o se si possa accordare anche in sede stragiudiziale. Ma questa preoccupazione non è altro che un sintomo o una manifestazione di un problema molto più complesso che, in generale, è stato trascurato. Molto più importante della determinazione del momento preciso in cui l'assemblea può deliberare la rinuncia è sapere a cosa si sta rinunciando, qual è l'oggetto del suo atto abdicativo. La prima parte di questo studio intende analizzare soprattutto questa questione. Il Capitolo II inizia con l'analisi della «rinuncia all'azione» come fenomeno processuale e sulla base delle diverse teorie circa l'azione e il significato che questo termine assume nella Ley de Sociedades de Capital, si arriva alla conclusione che ci troviamo, in ogni caso, dinanzi a un atto dispositivo che non esaurisce i suoi effetti nel processo.

In sostanza, la disciplina della rinuncia all'azione sociale regola qualsiasi atto della società che abbia ad oggetto l'esonero dei membri del organo di amministrazione dalla responsabilità che questi abbiano contratto nell'esercizio delle loro funzioni. In questa disciplina risalta l'attribuzione alla minoranza di un diritto di opposizione che, assieme al diritto all'esercizio dell'azione sociale in via straordinaria, costituisce un'autentica deroga al principio maggioritario che regge, con carattere generale, la formazione della volontà sociale. La minoranza si erige, così, a (co) interprete dell'interesse sociale alla reintegrazione del patrimonio danneggiato dagli amministratori. Proprio questo ruolo fondamentale nel sistema di corporate governance mira a proteggere il regime giuridico della rinuncia. Per tale motivo, si dota l'accordo abdicativo di una serie di garanzie, tra cui la privazione di effetti di esonero al cd. «scarico» o l'accordo di approvazione del bilancio. La rinuncia si deve realizzare ad ogni modo, mediante deliberazione espressa, il cui oggetto deve essere assolutamente determinato e non meramente determinabile.

Le particolarità di questa deliberazione sono messe in evidenza anche dal fatto che questa si configura sia come manifestazione di volontà sociale sia come negozio giuridico abdicativo, unilaterale ed irrevocabile che si perfeziona senza necessità di un'ulteriore esecuzione da parte degli amministratori. In queste circostanze, il procedimento assembleare si concepisce come fondamentale strumento di informazione, assumendo un protagonismo centrale. Attraverso la sua partecipazione nel dibattito assembleare i soci devono assumere la piena consapevolezza della portata e degli effetti della sua decisione. A questo proposito, si deve considerare che la legge non contempla la rinuncia all'azione sociale di responsabilità come un atto di sovranità disconnesso dalla causa associativa. Non si tratta tanto di difendere ad oltranza l'attuazione degli amministratori, ma di promuovere lo scopo sociale attraverso

l'abbandono definitivo di una pretesa che, per cause economiche o di reputazione, è diventata eccessivamente onerosa. La rinuncia della società rappresenta, in questo modo, un negozio che trova la sua giustificazione nella creazione di valore per l'impresa societaria e solo, in quanto tale, è protetto. Questo si traduce nella necessità che nella proposta di rinuncia consti espressamente la finalità concreta che si persegue con l'atto abdicativo, che può consistere sia in un risparmio di costi sia nella necessità di trattenere un capitale umano che, malgrado un determinato inadempimento, si considera ancora di grande valore.

L'importanza di questa materia si apprezza nelle conseguenze che la rinuncia della società produce sulla legittimazione che la legge riconosce, con carattere straordinario, alla minoranza e ai creditori per l'esercizio dell'azione sociale. La dottrina spagnola ha prestato una scarsa attenzione a queste legittimazioni straordinarie, limitandosi, in generale, ad affermare la sua natura «sussidiaria» o «suppletiva», che impone all'interprete uno sforzo ricostruttivo addizionale. A questa questione si dedica il capitolo quinto di questo studio in cui si cerca di delimitare i contorni di entrambe le legittimazioni.

In Italia si è discusso a lungo circa la natura giuridica dell'azione dei creditori, ma non ci sono dubbi che questa abbia una serie di caratteristiche che la dotano di certa autonomia rispetto all'azione sociale. In particolare, risalta l'inopponibilità ex lege della rinuncia della società, che non impedisce in nessun caso l'attuazione dei creditori. Al contrario, in Spagna, la legittimazione di questi ultimi presenta i caratteri propri dell'azione surrogatoria del diritto comune: i creditori eseguono l'«azione sociale» contro l'inerzia del titolare del diritto il cui patrimonio è insufficiente per far fronte alle sue obbligazioni, e lo fa, inoltre, a suo nome e per ottenere la miglior tutela del suo interesse al pagamento integrale dei suoi crediti. È quindi evidente che attraverso l'esercizio dell'azione sociale si possono proteggere solo interessi a carattere esclusivamente privato. Di conseguenza, nulla impedisce che la società rinunci definitivamente ad esercitare l'azione con effetti nei confronti dei creditori, che potranno reagire soltanto richiedendo l'annullamento o la rescissione dal negozio quando questo pregiudichi obiettivamente i loro legittimi interessi.

Il presente studio si conclude con l'esame della natura giuridica dell'azione di minoranza, che in Spagna è stata interessata da un'importante modifica a seguito della recente approvazione della legge 31/2014, del 3 dicembre. Tradizionalmente, la legge spagnola ha attribuito a questo tipo di legittimazione un carattere sussidiario, poiché i soci potevano agire soltanto contro l'inerzia della società. Questo ha portato la maggior parte degli autori a vedere nell'esercizio dell'azione sociale da parte della minoranza un meccanismo «di tipo surrogatorio».

I soci, così come i creditori, eserciterebbero l'azione per proteggere il loro diritto —astratto— al pagamento del dividendo. Ma nulla potrebbe essere più lontano dalla realtà: i soci di minoranza agiscono sempre e per legge «a difesa dell'interesse sociale» (art. 239,1 I LSC). Questo non deve però indurre in errore, l'interesse sociale non è qualcosa di estraneo ai propri soci che lo configurano e la sua difesa non li rende

semplici gestori di negozi altrui, né li fa diventare sostenitori dell'interesse diffuso e generico alla tutela del risparmio e dei piccoli investitori. In realtà, a questi si concede il diritto di (co)determinare l'interesse della società ad esigere la responsabilità agli amministratori e per questo si attribuisce loro una legittimazione che non sostituisce quella della società, per permettere di portare dinanzi ai tribunali quella che considerano che sia l'interpretazione più appropriata di tale interesse. Tutto questo si riflette sulla configurazione di un caso particolare di estensione della legittimazione.

Dopo la riforma del diritto societario spagnolo, la legittimazione della minoranza concorre fin dall'inizio con quella della società quando l'azione si basa sulla violazione del dovere di lealtà. In tali casi, il conflitto maggioranza-minoranza, da cui ha origine l'esercizio dell'azione sociale da parte di quest'ultima è chiamato a svilupparsi pienamente nel processo. In questo modo, la società può irrompere nel procedimento avviato dalla minoranza e adottare qualsiasi strategia processuale che ritenga opportuna. In particolare, potrà difendere la posizione degli amministratori senza che ciò implichi la rinuncia al diritto esercitato. L'unica limitazione delle sue facoltà sarà rappresentata dall'impossibilità di realizzare una rinuncia o una transazione senza il consenso della minoranza ricorrente. Al contrario, se il danno che si imputa agli amministratori ha la sua origine nella mancanza di diligenza, la società continua a godere di un diritto di prelazione sull'esercizio dell'azione e solo dinanzi alla sua inerzia sorge la legittimazione della minoranza. Malgrado ciò, non si sostituisce la società che continua ad essere ancora in grado di intervenire nel processo e di adottare qualsiasi strategia processuale.

Infine, il carattere straordinario che riveste la legittimazione dei soci li priva di qualsiasi facoltà di disposizione sul diritto esercitato che appartiene, in ogni caso, alla società. In questo senso, il fatto che il Codice civile riconosce loro la possibilità di rinunciare o di transigere non contraddice questa conclusione: la minoranza potrà disporre solo del proprio diritto di azione senza che ciò vincoli la società, i creditori e le minoranze.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

SUMARIO. §1. Evolución histórica del fenómeno de la renuncia a la acción social de responsabilidad en España y en Italia; I. LA RENUNCIA A LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD EN LA PRIMERA CODIFICACIÓN ESPAÑOLA E ITALIANA; 1. El Código de comercio español de 1829; 2. Los Códigos de comercio italianos de 1865 y 1882; 3. La renuncia en el proyecto de reforma del *Codice di commercio* de 1922; II. EL CÓDIGO DE COMERCIO ESPAÑOL DE 1885. LA DESREGULACIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS; III. LA MODERNA DISCIPLINA DE LA RENUNCIA A LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD; 1. El *Codice civile* de 1942; 2. La Ley de Sociedades Anónimas de 1951; 3. El Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995. Su refundición en la Ley de Sociedades de Capital de 2010; 4. Las novedades en la regulación de la renuncia en el Derecho italiano tras la reforma del Derecho de sociedades de 2003; IV. LA RENUNCIA A LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD Y LOS RECIENTES MOVIMIENTOS DE REFORMA DEL DERECHO ESPAÑOL DE SOCIEDADES; 1. La Propuesta de Código Mercantil de 2013; 2. La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

§1. Evolución histórica del fenómeno de la renuncia a la acción social de responsabilidad en España y en Italia

Aun cuando el carácter introductorio de este epígrafe excluya toda pretensión de exhaustividad, las páginas que siguen acerca de la génesis histórica del actual régimen jurídico de la renuncia a la acción social de responsabilidad pretenden ser algo más que una simple superposición cronológica de datos. En ellas, se quiere poner de manifiesto, en primer lugar, cómo esta disciplina surge como afirmación de la soberanía de la junta para abdicar de los mecanismos de tutela del patrimonio de la sociedad frente a la actuación negligente o desleal de sus gestores y, en definitiva, como indicio del carácter dispositivo —al menos, *ex post*— del régimen de responsabilidad del órgano de administración. En efecto, dejando a un lado el Ordenamiento francés que desde 1937 hasta hoy declara la nulidad de cualquier acuerdo de la junta tendente a extinguir la acción social, buena parte de los sistemas jurídicos continentales prevén la posibilidad

de que la junta general libere a sus administradores de las responsabilidades incurridas en el desempeño del cargo.

En segundo lugar, se tratará de evidenciar que la preocupación de la doctrina, trasladada después al legislador, acerca de las decisiones de exoneración ha girado desde siempre en torno a la conveniencia de dotar al acuerdo de renuncia de una serie de prevenciones o cautelas tendentes a proteger a las minorías frente a posibles abusos del grupo mayoritario. En este sentido —con la única excepción del Proyecto de *Codice di commercio* de 1922, en el que la tipificación de la renuncia aparece, al contrario, como mecanismo de defensa de la mayoría frente a los abusos de los socios minoritarios (*infra* I.3)—, el núcleo de esta regulación se ha centrado, desde sus orígenes, en la idea de la insuficiencia del principio mayoritario para proteger el interés común de los socios en esta materia y en la necesidad de prevenir renunciaciones implícitas. Buena prueba de ello es, por un lado, la atribución a las minorías del poder de vetar la decisión abdicativa de la junta, que generalmente —aunque no siempre (*infra* III.1)— ha ido unida a una legitimación extraordinaria para el ejercicio de la acción social de responsabilidad; y, por otro lado, el establecimiento de normas tendentes a garantizar que el acuerdo de renuncia se adopta de forma consciente e informada.

Como no podría ser de otra manera, dado el carácter comparado de este estudio, los Ordenamientos italiano y español centrarán el análisis. No obstante, se ha creído oportuno hacer referencia también a los Ordenamientos francés, alemán, portugués y suizo cuya evolución histórica se presenta en paralelo a la de aquéllos. Con todo, se dejan conscientemente a un lado los sistemas anglosajones dado que su lejanía en esta materia podría comprometer la linealidad del discurso.

I. LA RENUNCIA A LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD EN LA PRIMERA CODIFICACIÓN ESPAÑOLA E ITALIANA

1. El Código de comercio español de 1829

El Código de comercio elaborado por Sainz de Andino y promulgado el 30 de mayo de 1829 inaugura, como es sabido, la codificación española, tomando como modelo y referente al *Code de commerce* de 1807. Al igual que este último, el Código español caracterizaba a los administradores como *mandatarios* de la sociedad, declarando su carácter revocable —«amovible»— a voluntad de los socios (art. 265.3º)¹. Precisamente esta referencia al régimen legal del mandato es la que explica, con toda probabilidad, la ausencia de un tratamiento exhaustivo del régimen jurídico del órgano de administración, cuya configuración se encomendaba, sin más, a la autonomía

¹ El artículo 31 del *Code de Commerce* de 1807 indicaba, junto a la condición de mandatarios temporales y revocables de los administradores, la posibilidad de que éstos pudieran ser o no socios, y de que su cargo pudiera tener carácter gratuito o retribuido. Como señala LOCRÉ, J.G., *Esprit du Code de Commerce*, París, 1807, p. 140, en el comentario a este precepto, eran los estatutos de la sociedad los que determinaban quién podía nombrar y revocar a los administradores y cuál era el límite de sus poderes.

estatutaria. En este sentido, el artículo 277 del Código —trasunto del artículo 32 del Código francés— disponía lo siguiente:

«Los administradores de las sociedades anónimas se nombrarán en la forma que prevengan sus reglamentos, y no son responsables personalmente, sino del buen desempeño de las funciones que según estos mismos reglamentos estén a su cargo»².

El administrador de la sociedad anónima, como cualquier otro mandatario, carecía, pues, de responsabilidad por las operaciones concluidas en nombre de la sociedad, siempre y cuando no se excediese de los límites del mandato (art. 1717 CC). Por el contrario, quedaba sujeto a la indemnización de los daños y perjuicios que hubiera podido provocar a la sociedad con ocasión del incumplimiento de las obligaciones establecidas por los estatutos³. Nada se decía, sin embargo, acerca de las acciones por medio de las cuales podía la sociedad exigir esa responsabilidad ni, mucho menos, de los requisitos o condiciones para su renuncia.

Esta regulación era, por lo demás, la prevista ya en el Proyecto de Código de Comercio de la Comisión especial creada mediante la Real Orden de 11 de enero de 1828, cuyo artículo 62 tenía el siguiente tenor literal: «Los accionistas pueden nombrar entre ellos mismos o de fuera las personas que han de dirigirla, las cuales no son responsables sino únicamente de la ejecución de este encargo o mandato, conforme a las reglas prescritas en el mismo»⁴.

A pesar del silencio normativo, la aplicación de la disciplina general del mandato llevó a los autores de la época a entender que la sociedad, como titular del patrimonio lesionado, era la única legitimada para exigir responsabilidad a sus administradores y que ni los socios minoritarios, ni los acreedores sociales gozaban de legitimación⁵.

Este régimen se vio alterado, en cierta medida, tras la entrada en vigor de la Ley de 28 de enero de 1848 de sociedades anónimas y de su Reglamento, aprobado por Real Decreto de 17 de febrero del mismo año. Ambos textos contenían una serie de preceptos, dispersos a lo largo de su articulado, en los que se establecían distintas obligaciones a cargo de los administradores y cuyo cumplimiento trataba de garantizarse mediante la exigencia del depósito de un número fijo de acciones, que debía conservarse durante el tiempo que durase el mandato (art. 13 de la Ley). Junto a estas obligaciones, se regulaban también un conjunto de prohibiciones cuya transgresión

² Decía el artículo 32 del *Code de commerce*: «*Les administrateurs ne sont responsables que de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu. Ils ne contractent, à raison de leur gestion, aucune obligation personnelle ni solidaire relativement aux engagements de la société*».

³ DE BACARDÍ, A., *Tratado de Derecho Mercantil de España*, vol. 2, Barcelona [Imp. de Benito Espona], 1840, p. 253; MIQUEL, I. y REUS, J., *Código de comercio español, concordado y anotado*, Madrid [Imp. de D. Anselmo Santa Coloma], 1855, p. 83, nota 2; CARRERAS, M., *Elementos de derecho mercantil de España*, Madrid [Imp. de José de Rojas], 1860, p. 190; MARTÍ DE EIXALÁ, R., *Instituciones del Derecho Mercantil de España*, 5ª ed., Barcelona [Álvaro Verdaguer], 1870, p. 277. Este último precisando que los administradores «deben considerarse como factores».

⁴ El Proyecto puede consultarse íntegramente en RUBIO, J., *Sainz de Andino y la codificación mercantil*, Madrid [Consejo Superior de Investigaciones Científicas], 1950, pp. 235 a 365.

⁵ En este sentido, GONZÁLEZ HUEBRA, P., *Curso de Derecho Mercantil*, 3ª ed., Madrid [Librería de Sánchez], 1867, p. 160.

originaba, igualmente, el deber de los administradores de indemnizar los daños y perjuicios que hubieran causado a la sociedad⁶. Además, la infracción de estas prohibiciones acarrearía determinadas sanciones pecuniarias; previéndose, incluso, la formación de causa penal para los supuestos de dolo o fraude en el manejo o dirección de los negocios (art. 38 del Reglamento).

Más tarde, la revolución de septiembre de 1868, que iniciara el conocido como Sexenio Democrático, traería consigo importantes novedades en la regulación de las sociedades, que se plasmarían en la consagración del principio de libre constitución proclamado en el artículo 2 de la Ley de 19 de octubre de 1869. Particularmente relevante, por lo que al régimen de responsabilidad de los administradores se refiere, aparecía el artículo 11 de la Ley, en el que se regulaba, por primera vez, la legitimación de los accionistas para exigir responsabilidad a los mandatarios o administradores⁷:

«[L]os tenedores de acciones de las sociedades [...] tienen el derecho, así individual como colectivamente, de reclamar ante los tribunales ordinarios el cumplimiento de los estatutos y reglamento por el que se rijan, y de los acuerdos de las juntas generales legítimamente adoptados, y de exigir la responsabilidad a sus mandatarios o administradores del uso que hayan hecho de las facultades que le han conferido, y de la exactitud de los documentos publicados»⁸.

La dicción del artículo era, ciertamente, algo confusa en la delimitación de los contornos entre la acción individual y la social, por cuanto hacía referencia al derecho de los accionistas a exigir responsabilidad a los administradores «así individual como colectivamente». Con todo, se trató de un importante avance en la regulación del sistema de responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas que, sin embargo, acabaría por no trasladarse al Código de 1885⁹ (*infra* II).

⁶ Entre estas prohibiciones se encontraban la de disponer de los fondos sociales en beneficio propio (art. 31 del Reglamento); la de expedir billetes, pagarés, abonarés o cualquier otro documento al portador sin la preceptiva autorización legal (art. 15 de la Ley); la de concluir, en nombre de la sociedad, negocios extraños a su objeto social (art. 16 de la Ley); y la de comprar por cuenta de la sociedad las acciones de la misma, salvo previo acuerdo de la junta de destinar a tal fin las utilidades que hubieran de repartirse (Real Orden de 31 de mayo de 1852).

⁷ Pone de manifiesto la relevancia de este precepto, GIRÓN, J., «La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima en el Derecho español», en *ADC*, 1959, p. 425.

⁸ El precedente inmediato de esta disposición se encuentra en el artículo 7 del Real Decreto de 15 de abril de 1847, del cual se ha afirmado que «pudiera interpretarse como un precedente remoto de la posibilidad de ejercicio de acciones de responsabilidad por los socios». Cfr. QUIJANO, J., *La responsabilidad civil de los administradores. Aspectos sustantivos*, 1ª reimp., Valladolid [Universidad], 1989, p. 118. Según dicho precepto: «Las compañías por acciones no podrán ocuparse en otras negociaciones que las peculiares de su empresa u objeto. Si, en contra de lo dispuesto en este artículo, los administradores o gerentes de la compañía hiciesen operaciones extrañas al objeto de su establecimiento, se considerarán hechas de su cuenta particular, y serán responsables mancomunadamente a sus resultados por sus bienes propios, sin perjuicio del derecho que contra ellos puedan tener los accionistas como infractores de los estatutos y reglamentos sociales».

⁹ QUIJANO, J., *La responsabilidad*, ob. cit., p. 119 y DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, 2ª ed., Navarra [Aranzadi], 2006, pp. 39 y 40.

2. Los Códigos de comercio italianos de 1865 y 1882

En Italia, el *Codice di commercio* de 1882 —inspirado igualmente en el *Code de commerce* de 1807— partía, como el español, de la plena identificación del administrador con la figura del mandatario (art. 121 *C.Com.* 1882) y, al igual que éste, establecía su irresponsabilidad personal por las obligaciones contraídas en nombre de la sociedad, dentro de los límites del mandato (art. 122.3° *C.Comm.* 1882). Por consiguiente, los administradores eran considerados responsables únicamente por los daños ocasionados al patrimonio social a causa de la incorrecta ejecución del mandato o por el incumplimiento de las obligaciones legalmente establecidas (art. 122 *C.Comm.* 1882).

El Código de 1882 vino a sustituir al entonces vigente de 1865, aprobado por Real Decreto de 25 de junio de 1865, número 2364, que suponía la mera extensión a todo el territorio italiano —por imperativo de la ley de unificación legislativa promulgada por Real Decreto de 2 de abril de 1865, número 2215— del Código de comercio sardo, publicado el 30 de diciembre de 1842 y en vigor desde el uno de enero del año siguiente. En materia de administración de las sociedades anónimas, el texto de 1865, al igual que el *Code* francés, limitaba la responsabilidad de los administradores a la ejecución del mandato y al cumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley (cfr. art. 130 *C.Comm.* 1865).

No obstante, el texto italiano de 1882, en gran medida influenciado por el Derecho alemán y sustentado por la reciente codificación civil, articulaba un sistema de responsabilidad mucho más completo que el español. La norma básica en esta materia era el artículo 147, en cuyo numeral quinto se establecía una cláusula general en virtud de la cual los administradores respondían solidariamente de la observancia de los deberes que les hubieran sido impuestos por la ley, el acto constitutivo o los estatutos, siempre y cuando no hubiesen sido atribuidos, de forma particular, a cualquiera de ellos. Los numerales uno a cuatro recogían, a su vez, una serie de obligaciones que, por su especial trascendencia, tenían carácter indelegable y cuyo incumplimiento originaba la responsabilidad igualmente solidaria de todos los miembros del órgano de administración. El régimen se completaba con el artículo 149 en el que se regulaba un procedimiento que permitía la exoneración de aquellos administradores que, habiendo actuado sin culpa, hubieran hecho constar su oposición al acto dañoso en el libro de acuerdos del consejo y lo hubieran comunicado por escrito a los síndicos de manera inmediata¹⁰.

Asimismo, destacaba el artículo 152, en el que aparecía regulada, por vez primera en Derecho italiano, la *acción social de responsabilidad*. Según este precepto:

«L'azione contro gli amministratori per fatti riguardanti la loro responsabilità compete all'assemblea generale, che la esercita per mezzo dei sindaci».

¹⁰ Señalaba el artículo 149 del *Codice di commercio*: «La responsabilità per gli atti o le omissioni nelle società aventi più amministratori non si estende a quello tra essi, che essendo esente da colpa abbia fatto notare senza ritardo il suo dissenso nel registro delle deliberazioni, e ne abbia dato notizia immediata per iscritto ai sindaci».

Pero seguía faltando una disciplina positiva de la renuncia a esta acción, lo cual no impidió que fuese objeto de un atento análisis doctrinal y jurisprudencial. En concreto, las reflexiones de los comentaristas del *Codice* en torno a esta cuestión se centraron en los siguientes aspectos: por un lado, (a) en la determinación del órgano competente para llevar a cabo la renuncia; por otro lado, (b) en el estudio de la validez de aquellas cláusulas estatutarias que limitaban o excluían la responsabilidad de los administradores, bien directamente o bien de manera indirecta, elevando las mayorías necesarias para acordar el ejercicio de la acción o acortando su plazo de prescripción; y, finalmente, (c) en el análisis del posible efecto exoneratorio que pudiera atribuirse a la aprobación de las cuentas.

a) Según el parecer de la doctrina mayoritaria, la asamblea era la única competente para acordar el ejercicio de la acción social de responsabilidad y, por tanto, carecían de legitimación los demás órganos sociales —nuevos administradores o síndicos— así como los acreedores o los socios. Estos últimos, tanto si actuaban de forma individual, como colectiva¹¹.

Esta competencia exclusiva de la asamblea era, para algunos, consecuencia directa de la naturaleza contractual de la relación de administración existente entre la sociedad —y no los socios— y los administradores, en virtud de la cual éstos debían rendir cuentas únicamente frente a aquélla¹². Para otros, en cambio, la acción tenía carácter colectivo, no porque derivase del mandato, sino porque formaba parte del capital social y porque, a través de ella, se tutelaba un interés que debía considerarse colectivo, puesto que el hecho ilícito provocaba un daño a toda la sociedad y no al accionista como individuo¹³. No cabe duda de que ambos argumentos justificaban la atribución de competencia *a la sociedad*, pero eran insuficientes para explicar la legitimación exclusiva del *órgano asambleario*, ya que, por regla general, las acciones judiciales eran consideradas como medios de defensa y conservación del patrimonio y, en cuanto tales, de competencia de los administradores¹⁴. Por ello, se dijo que el fundamento de esta competencia exclusiva de la asamblea debía buscarse, más bien, en la capacidad de este

¹¹ Atribuyendo competencia exclusiva a la asamblea para acordar el ejercicio de la acción social, pueden verse, entre otros, NAVARRINI, U., *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, vol. 4, Turín [F.lli Bocca], 1920, p. 395; ID., *Commentario al Codice di commercio*, vol. 2, Milán [Dott. Francesco Vallardi], 1924, p. 511; VIVANTE, C., *Trattato di Diritto Commerciale*, vol. 2, 3ª ed., Milán [Francesco Vallardi], 1923, pp. 451 y ss.; ASCARELLI, T., *Appunti di Diritto Commerciale*, vol. 2, 3ª ed., Roma [Soc. ed. del Foro Italiano], 1936, p. 314; MARCOR, G., *L'azione civile di responsabilità contro gli amministratori di società anonima*, Milán [Vita e pensiero], 1931, pp. 29 a 31. El acuerdo de la asamblea se consideraba necesario incluso en el caso de que la acción fuese ejercitada por los nuevos administradores o por los síndicos contra los antiguos administradores (cfr. *Cass.* 8 de mayo de 1930, en *Foro it.*, 1930, I, cc. 819 a 821) y aun en el supuesto de que la sociedad se encontrase en fase de liquidación (cfr., VIVANTE, C., ob. cit., p. 455; *contra*, SRAFFA, A., *La liquidazione delle società commerciali*, 2ª ed., Florencia [F.lli Cammelli], 1899, pp. 157 a 163). En una posición absolutamente minoritaria, admitía la posibilidad de ejercicio de la acción social por el socio de manera individual, aunque en nombre e interés de la sociedad, MORI, V., *Società anonima. Amministrazione*, vol. 1, Turín [F.lli Bocca], 1897, pp. 149 y 150.

¹² NAVARRINI, U., *Trattato*, ob. cit., p. 395. En el mismo sentido, MARCOR, G., ob. cit., pp. 23 y 24.

¹³ SCIALOJA, A., «La prescrizione dell'azione in responsabilità contro gli amministratori nella disciplina statutaria delle società per azioni», en *Saggi di vario Diritto*, vol. 1, Roma [Soc. ed. del Foro Italiano], 1927, p. 383.

¹⁴ MORI, V., ob. cit., pp. 148 y 149. En el mismo sentido, SOPRANO, E., *Trattato teorico-pratico delle società commerciali*, vol. 2, Turín [Utet], 1934, p. 685. Pone también de manifiesto la insuficiencia de estos argumentos para fundamentar la competencia exclusiva de la asamblea DE GREGORIO, A., *Delle società e delle associazioni commerciali*, Turín [Utet], 1938, pp. 369 y 370 (en nota).

órgano para ofrecer mayores garantías de imparcialidad y ponderación a la hora de defender el interés de la sociedad en una materia tan delicada como la exigencia de responsabilidad a los administradores¹⁵.

Los socios tenían atribuida, tan sólo, la facultad de excitar la actuación de la asamblea, mediante la denuncia de los hechos reputados ilícitos ante los síndicos (art. 152.2º-4º) o ante los tribunales (art. 153).

En el primer caso, si la denuncia provenía de accionistas que representasen, al menos, la décima parte del capital social y si, a juicio de los síndicos, la reclamación se entendía fundada y urgente, éstos estaban obligados a convocar inmediatamente la asamblea ordinaria, que debía adoptar un acuerdo en relación a los hechos denunciados. La eficacia tuitiva de este mecanismo era, sin embargo, escasa ya que la decisión acerca de la exigencia de responsabilidad seguía dependiendo única y exclusivamente de la asamblea. Además, los socios que hiciesen uso de esta facultad de denuncia debían correr con los gastos incurridos, sin que les estuviese permitido reclamar su reembolso a la sociedad¹⁶. Por su parte, la denuncia ante los tribunales debía ser formulada por socios que fuesen titulares, como mínimo, de una octava parte del capital social. Oídos los administradores, el tribunal podía ordenar la inspección de los libros sociales y nombrar a uno o más comisarios a costa de los denunciados. Si, a resultas de la investigación, la denuncia se consideraba fundada, debía, asimismo, ordenar la inmediata convocatoria de la asamblea que, de nuevo, era soberana para decidir si actuaba o no contra los administradores¹⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, los socios estaban igualmente legitimados para exigir el resarcimiento de los daños que la actuación dolosa o negligente de los administradores hubiese provocado *directamente* en su patrimonio, a través de una *acción individual* con base en el derecho común (arts. 1151 y ss. *C.Civile* 1865)¹⁸. De esta última gozaban, también, conforme a la doctrina dominante, los acreedores

¹⁵ En este sentido, CANDIAN, A., «L'azione civile di responsabilità contro gli amministratori di società anonime», en *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, pp. 184 y 185; MARGHERI, A., *Delle società e delle associazioni commerciali*, 5ª ed., Turín [Utet], 1929, p. 388 y ALLORIO, E., «Responsabilità degli amministratori d'anonime e arbitrato», en *Riv. dir. comm.*, 1936, II, pp. 156 y ss., quien advertía, en efecto, que las controversias acerca de la responsabilidad de los administradores están plagadas de incertidumbre, tanto en relación con los presupuestos de la responsabilidad como, sobre todo, con el *quantum* indemnizatorio. A su vez, MARCOR, G., ob. cit., p. 31, ponía de manifiesto los riesgos de dejar el ejercicio de la acción en manos de los nuevos administradores o de aquellos que aún continuasen en el cargo: los primeros podrían actuar movidos por su animadversión hacia los antiguos, en tanto que los segundos, posibles corresponsables de los daños causados en el patrimonio social, podrían tratar de sustraerse al juicio de la asamblea.

¹⁶ Así lo estableció, en alguna ocasión, la jurisprudencia. Cfr., al respecto, *Cassaz. Roma*, de 13 de marzo de 1911, en *Riv. soc. comm.*, 1911, p. 76.

¹⁷ Criticando este sistema, por la escasa protección que ofrecía a los socios minoritarios, cfr., entre otros, DE GREGORIO, A., *Delle società*, ob. cit., p. 381.

¹⁸ La naturaleza, contractual o extracontractual, de esta *acción individual* reconocida a los terceros fue ampliamente debatida en relación al supuesto de adquisición de acciones sobrevaloradas como consecuencia de informaciones falsas o balances inexactos y hubo incluso quien negó su existencia en estos casos, cfr. VIVANTE, C., en la quinta edición de su *Trattato*, la de 1923, pp. 355 a 357 —pero no así en las anteriores (cfr., por ejemplo, la tercera, ya citada, pp. 459 y 460)—; D'AMELIO, M., «L'azione collettiva e quella individuale di ciascun socio contro gli amministratori di società anonime per pretesa falsità in bilanci», en *Riv. dir. comm.*, 1911, II, pp. 663 a 671; ID., «La responsabilità degli amministratori di società anonime e l'azione individuale dei soci», en *Riv. dir. comm.*, 1912, II, pp. 945 a 950; ASCARELLI, T., *Appunti*, ob. cit., p. 316. Por el contrario, la reconocieron, entre otros, MORI, V., ob. cit., p. 134; MARCOR, G., ob. cit., pp. 56 y ss. y CANDIAN, A., «L'azione civile di responsabilità», ob. cit., pp. 187 a 190.

sociales, a los cuales se les reconocía, además, una acción tendente a la reconstrucción del daño sufrido en el patrimonio social (*ex artículo 147*), cuyo carácter —social o no— fue tan discutido en su momento como lo sigue siendo hoy en día (cfr. el actual art. 2394 *C.Civile*)¹⁹.

Esta soberanía de la asamblea se afirmó no sólo en relación con la génesis de la acción social de responsabilidad, sino también con su posterior desarrollo, de modo que *la asamblea era considerada igualmente el único órgano legitimado para decidir sobre su renuncia o transacción*²⁰. A este respecto, se entendió que las facultades del órgano asambleario encontraban un único límite en *la prohibición de renunciar con carácter preventivo*. Prohibición que se fundaba, por un lado, en la consideración de normas de orden público —y, por ende, indisponibles— de los preceptos que componían el sistema de responsabilidad de los administradores y, por otro lado, en la interdicción de aquellas cláusulas estatutarias que contemplasen renunciaciones genéricas²¹. Estas últimas eran consideradas ilícitas por incluir los supuestos de dolo y culpa grave, admitiéndose, por el contrario, la validez de aquellas otras disposiciones que absolviesen a los

¹⁹ Discusión que, por lo que aquí interesa, no deja de tener relevancia, en la medida en que la independencia de esta acción respecto a la de la sociedad debería tener como consecuencia la ineficacia de la renuncia operada por la asamblea frente a los acreedores. Bajo la disciplina del *Codice di commercio* de 1882 afirmaron que se trataba de una acción independiente, entre otros, SOPRANO, E., *Della responsabilità civile e penale degli amministratori di società per azioni*, Turín [F.lli Bocca], 1910, p. 170; NAVARRINI, U., *Trattato*, ob. cit., p. 402 y VIVANTE, C., ob. cit., p. 460. Por el contrario, la identificaron con la acción social, entre otros, SRAFFA, A., *Il fallimento delle società commerciali*, Florencia [F.lli Cammelli], 1897, pp. 296 y 297 y LORDI, L., *Le società commerciali in rapporto alla prescrizione*, Turín [Utet], 1915, pp. 234 a 239. Una postura intermedia fue la mantenida por ASCARELLI, T., *Appunti*, ob. cit., p. 317, para quien la acción de los acreedores debía reputarse directa cuando la responsabilidad derivase de la violación de normas dictadas en interés de terceros, mientras que habría de identificarse con la acción social en cualquier otro caso. Para un análisis detallado de la cuestión en la actualidad, v. *infra* §10.I.1.

²⁰ SOPRANO, E., *Trattato*, ob. cit., p. 715. En el mismo sentido, entre otros, VIVANTE, C., ob. cit., p. 453; ASCARELLI, T., *Appunti*, ob. cit., p. 315; NAVARRINI, U., *Trattato*, ob. cit., p. 397; DE GREGORIO, A., *Delle società*, ob. cit., pp. 373 y 376; FRÈ, G., *L'organo amministrativo nelle società anonime*, Roma [Soc. ed. del Foro Italiano], 1938, pp. 320 y 321; MOSSA, L., *Diritto Commerciale*, vol. 1, Milán [Soc. ed. Libreria], 1937, p. 204 y MARCORA, G., ob. cit., p. 38.

²¹ Para VIVANTE, C., ob. cit., p. 444, la cláusula estatutaria que absolviese a los administradores del correcto cumplimiento de las obligaciones que les fueren impuestas por la ley, el acto constitutivo o los propios estatutos, «*non sarebbe efficace come contrario all'ordine pubblico*». En el mismo sentido, SCIALOJA, A., «Rassegna critica della giurisprudenza onoraria (anni 1912 e 1914)», en *Saggi di vario diritto*, vol. 2, Roma [Soc. ed. del Foro Italiano], 1928, p. 225; SOPRANO, E., *Trattato*, ob. cit., p. 715 y FRÈ, G., *L'organo amministrativo*, ob. cit., p. 312. Por su parte, entendía MARCORA, G., ob. cit., p. 38, que la renuncia preventiva sería nula porque fomentaría una mala administración de la sociedad.

Por el contrario, este tipo de cláusulas no despertaron el más mínimo interés de la doctrina española de la época, aunque su uso era relativamente frecuente. Sirva de ejemplo el artículo 43 de los estatutos de la sociedad anónima «Gran Hotel Continental» (publicados en la Gaceta de Madrid de 2 de agosto de 1882, núm. 214) que limitaban la responsabilidad de los administradores a las acciones entregadas en depósito, afirmando textualmente: «Estas acciones serán inalienables mientras desempeñen los cargos los que las hubiesen depositado, y responderán directa y exclusivamente de los actos que lleven a cabo como individuos de dicha Comisión [directiva], *sin que les quepa ulterior responsabilidad*».

administradores por los daños ocasionados a la sociedad con culpa leve o como consecuencia de *determinadas* conductas culposas²².

b) Por otra parte, el carácter indisponible que la doctrina atribuía a las normas reguladoras de la responsabilidad de los administradores condicionó asimismo el análisis de las cláusulas que preveían mayorías reforzadas para el ejercicio de la acción social así como el de aquellas otras que reducían el plazo de prescripción.

Las primeras fueron rechazadas de plano cuando suponían la elevación específica de los porcentajes necesarios para la aprobación del acuerdo de exigencia de responsabilidad, si bien se aceptó sin problemas el aumento de las mayorías ordinarias exigidas con carácter general, aun cuando ello conllevara el consiguiente aumento de la mayoría necesaria para el ejercicio de la acción social²³. Por su parte, el hecho de que el plazo de prescripción de la acción no fuese regulado por el *Codice* no impidió que las sociedades anónimas italianas introdujeran en los estatutos plazos de prescripción extraordinariamente breves y que lo hicieran de forma tan habitual que prácticamente se convirtieran en cláusulas de estilo²⁴. Pese a ello, la validez de estas últimas fue rebatida nuevamente sobre la base del carácter indisponible de las normas relativas a la responsabilidad de los administradores. Argumento al que se añadía, en este caso, la prohibición de renuncia preventiva a la prescripción, establecida en el artículo 2107 del entonces vigente *Codice civile*²⁵.

c) Finalmente, la doctrina fue abandonando poco a poco la tesis, en su día prevalente según la cual la aprobación de las cuentas sociales llevaba consigo la aprobación implícita de la gestión realizada por los administradores y suponía, en consecuencia, el «descargo» de los mismos, a condición de que el balance hubiese sido

²² Considerando nulas las cláusulas limitativas de la responsabilidad de carácter genérico por abarcar también los supuestos de dolo, SCIALOJA, A., «La prescrizione», ob. cit., p. 386. En el mismo sentido, ASCARELLI, T., *Appunti*, ob. cit., p. 319 y FRÈ, G., «Patti statutari relativi alla deliberazione dell'azione di responsabilità», en *Riv. dir. comm.*, 1933, II, p. 149. Igualmente contrario a una exoneración genérica, pero admitiendo que los estatutos pudiesen absolver a los administradores en caso de culpa leve o por determinados actos culposos, VIVANTE, C., ob. cit., p. 457. Frente a esta última posibilidad se dijo, no obstante, que el carácter complejo o genérico de las obligaciones de los administradores impedía fijar *a priori* un grado fijo de diligencia, lo que haría igualmente nulas aquellas cláusulas estatutarias que limitasen su responsabilidad a los supuestos de dolo o culpa grave (cfr., SCIALOJA, A., «La prescrizione», ob. cit., pp. 383 a 386).

²³ Lo contrario, se dijo, supondría privar a la misma asamblea competente para revocar a los administradores y aprobar el balance del derecho a demandar a sus administradores. En este sentido, VIVANTE, C., ob. cit., p. 458; BONICELLI, P., «Rassegna critica della giurisprudenza onoraria in materia di società per azioni (anni 1915 e 1916)», en *Riv. dir. comm.*, 1918, I, p. 191. Para ASCARELLI, T., *Appunti*, ob. cit., pp. 319 y 320, este tipo de cláusulas serían válidas, siempre y cuando no estableciesen mayorías superiores a las previstas para el nombramiento y la revocación de los administradores. Admitiendo, por el contrario, su licitud de manera incondicional, SCIALOJA, A., «Rassegna critica», ob. cit., pp. 225 y 226 y NAVARRINI, U., *Commentario*, ob. cit., pp. 518 a 520.

²⁴ SCIALOJA, A., «La prescrizione», ob. cit., pp. 354 y 365.

²⁵ Cfr., de nuevo, SCIALOJA, A., últ. ob. cit., pp. 378 a 381, para el cual esta prohibición debía entenderse aplicable no sólo a la renuncia efectuada por el deudor, sino también a la realizada por el acreedor.

formulado conforme a derecho y no contuviese falsedades o inexactitudes²⁶. Ya antes de la aprobación del *Codice civile* de 1942 —que estableció expresamente la ineficacia de la aprobación del balance respecto a la exoneración de los administradores (art. 2434)—, se puso de manifiesto que el acuerdo de aprobación de las cuentas, en cuanto mera declaración de ciencia, no podía ser contemplado, en ningún caso, como una renuncia táctica al ejercicio de la acción social por parte de la asamblea²⁷. Asimismo, esta absolución tácita fue considerada, por algunos, una elusión indirecta del artículo 161 del *Codice* —en la redacción vigente tras la aprobación del Real Decreto de 2 de abril de 1920, núm. 490— que prohibía a los administradores manifestar el voto en los acuerdos relativos a su responsabilidad, pero no así en los de aprobación del balance²⁸. De este modo, se vino a consagrar la necesidad de plasmar cualquier exoneración de responsabilidad por parte de la asamblea en un *acuerdo expreso*.

Competencia exclusiva de la asamblea e interdicción de renunciias tácitas dominaron, por tanto, el panorama científico de la última mitad del siglo XIX en torno a la renuncia a la acción de responsabilidad de los administradores, a pesar del silencio del *Codice di commercio* de 1882. Quizás esta falta de regulación se debiese a la convicción de que la afirmación de la titularidad exclusiva de la asamblea para el ejercicio de la acción social de responsabilidad hacía innecesaria la atribución explícita de competencias en relación con la renuncia y a la creencia de que, tanto el interés social como la tutela de las minorías se encontraban suficientemente garantizados por el procedimiento asambleario²⁹. Pero puede que se debiera igualmente al hecho de que, estando aún en ciernes la disciplina legal de la acción social de responsabilidad, era pronto todavía para advertir la necesidad de regular su abdicación.

²⁶ Auspiciada por la doctrina francesa, esta exoneración tácita estaba reconocida legalmente en algunos Ordenamientos jurídicos como el belga (art. 64, párrafo tercero, de la *Loi sur les sociétés, du 18 mai 1873*) o el portugués (art. 190 del *Código comercial* de 1888) y fue asumida inicialmente por la doctrina italiana (cfr., entre otros, VIVANTE, C., ob. cit., pp. 313 a 315; NAVARRINI, U., *Commentario*, ob. cit., p. 516; MARCORA, G., ob. cit., pp. 40 a 44 y MARGHERI, A., *Delle società*, ob. cit., p. 379). En España, la atribución de eficacia eximente a la aprobación del balance fue una práctica estatutaria habitual hasta la entrada en vigor de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 (*infra* III.2), cuya validez fue refrendada por la doctrina (cfr., por todos, GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho mercantil*, tomo 1, vol. 2, 1ª ed., Madrid [Revista de Derecho Mercantil], 1947, p. 1065 y LANGLE, E., *Manual de Derecho Mercantil Español*, tomo 1, Barcelona [Bosch], 1950, p. 537).

²⁷ DE GREGORIO, A., *I bilanci delle società anonime*, Milán [Vallardi], 1905(?), pp. 89 a 93; CANDIAN, A., «L'azione civile di responsabilità», ob. cit., pp. 185 y 186 y MESSINEO, F., «Valore giuridico delle "poste" di bilancio di società per azioni e delle registrazioni nei libri sociali», en *Foro it.*, 1938, I, cc. 1427 a 1442 (v. espec. c. 1431). Acerca del valor de mera declaración de ciencia de la aprobación de las cuentas v., ampliamente, *infra* §8.II.1.2.

²⁸ ASCARELLI, T., «Approvazione del bilancio e assoluzione degli amministratori», en *Riv. dir. comm.*, 1931, I, pp. 388 y 389.

²⁹ Así lo entiende BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione in ordine all'azione sociale di responsabilità. Il ruolo dell'assemblea*, Padua [Cedam], 1992, p. 25.

3. La renuncia en el proyecto de reforma del *Codice di commercio* de 1922

Sea como fuere, lo cierto es que una primera tipificación de esta materia habría de llegar poco después, con la redacción del proyecto preliminar del nuevo *Código di commercio* de 1922 por la Comisión para la reforma de la legislación mercantil presidida por VIVANTE³⁰. Este texto suponía una gran innovación en la regulación de la acción social de responsabilidad, a pesar de lo cual, sus postulados fueron descartados en el posterior proyecto de reforma de 1925³¹ y definitivamente abandonados por el nuevo *Codice civile* de 1942³².

Frente a la hegemonía de la asamblea en el ejercicio de la acción en defensa del patrimonio social, el Proyecto de 1922 proponía la legitimación de la minoría poseedora de, al menos, la quinta parte del capital social (art. 204), en el caso de las sociedades anónimas, y de cada socio, a título individual, en las sociedades de garantía limitada (art. 153). Es precisamente en el marco de estas últimas —que constituyen un antecedente inmediato de las sociedades de responsabilidad limitada³³— en el que surge, por primera vez, una embrionaria regulación de la renuncia a la acción social de responsabilidad en el Derecho italiano. En efecto, el artículo 153 del Proyecto, después de afirmar que «*l'azione di responsabilità nell'interesse della società contro gli amministratori per la reintegrazione del patrimonio sociale, spetta all'assemblea e ai singoli soci*», prohibía a estos últimos su ejercicio «*quando l'assemblea con il voto favorevole di tre quarti del capitale sociale abbia assolto gli amministratori dalle loro responsabilità*»³⁴.

Llama la atención que, a diferencia de cuanto sucedería en los textos posteriores, el Proyecto italiano de 1922 no concibiese la regulación de la renuncia como un mecanismo para evitar posibles abusos de las mayorías que, en connivencia con los

³⁰ El proyecto se encuentra publicado íntegramente en AAVV, *Progetto preliminare per il nuovo Codice di commercio*, Milán [Ulrico Hoepli], 1922.

³¹ Conocido popularmente como *Progetto D'Amelio* se encuentra publicado, junto a la *Relazione* al mismo, por la *Commissione Reale per la riforma dei codici*, Roma [Stabilimento poligrafico dello stato], 1925. En dicho proyecto, el ejercicio de la acción social de responsabilidad se atribuía de manera exclusiva a la asamblea (art. 195). Los socios podían denunciar, a título individual, los hechos presuntamente lesivos ante los síndicos, que estaban obligados a presentar las observaciones que considerasen oportunas si la denuncia provenía de tantos socios que representasen, al menos, el diez por ciento del capital social. Además, en caso de que estimasen urgente la reclamación formulada por los socios, los síndicos estaban obligados a convocar «inmediatamente» la asamblea general, que debía adoptar un acuerdo al respecto (art. 196).

³² Lo cierto es que no se rescatarían —al menos, parcialmente— hasta la reforma del Derecho de sociedades de 2003 (*infra* III.4).

³³ De influencia alemana y austriaca, la *società a garanzia limitata* se separaba de la sociedad anónima, configurándose como una especie intermedia entre ésta y las sociedades personalistas. Cfr., al respecto, STELLA RICHTER, M., «Antecedenti e vicende della società a responsabilità limitata», en Dolmetta/Presti (a cura di), *S.r.l. Commentario. Dedicato a Giuseppe Portale*, Milán [Giuffrè], 2011, p. 6, y las referencias bibliográficas allí citadas.

³⁴ Sobre este precepto, cfr. la *Relazione* del Proyecto elaborada por el Prof. ASQUINI, A., en AAVV, *Progetto preliminare*, ob. cit., pp. 323 y 324.

administradores, procurasen la exoneración fraudulenta de estos últimos³⁵. Más bien al contrario, la disciplina de la renuncia a la acción social de responsabilidad aparecía aquí como un medio para defender a la sociedad frente al ejercicio irresponsable y perjudicial de la acción social por parte de los socios. De hecho, como consecuencia de esta regulación, la legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, aun estando nominalmente atribuida al socio *ut singuli*, quedaba limitada, en la práctica, a la minoría titular de más del veinticinco por ciento del capital social, que era la única facultada para impedir la absolución de los administradores por la asamblea.

Una función protectora de las minorías sí podía apreciarse, por el contrario, en la legislación alemana del momento, que fue, además, la primera en regular el fenómeno de la renuncia a la acción social de responsabilidad. El § 223 de la *Gesetz, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften*, de 18 de julio de 1884³⁶, estableció el poder de iniciativa de la minoría titular de, al menos, la quinta parte del capital social para exigir responsabilidad a los miembros del *Vorstand*. Este precepto no reconocía la legitimación directa de los socios minoritarios, sino únicamente su facultad para forzar el ejercicio de la acción por la sociedad. Posteriormente, el *Handelsgesetzbuch (HGB)* de 1897³⁷ redujo el porcentaje de capital necesario a la décima parte (§ 268) y, lo que es más importante, reguló, por primera vez, la renuncia al ejercicio de la acción social. Según el § 270, la renuncia o la transacción de la sociedad respecto a una reclamación ejercitada por la minoría sólo se consideraba válida si era aprobada por un número de accionistas tal, que las acciones restantes no representasen más de la décima parte del capital social. Pese a su tortuosa redacción, la finalidad de la norma era clara: la junta sólo podía renunciar o transigir al ejercicio de la acción social mediante un acuerdo adoptado por una mayoría de, al menos, el noventa por ciento del capital social³⁸. Se protegía, de esta forma, el poder de iniciativa de la minoría que, de otro modo, hubiese quedado reducida a una mera declaración de intenciones. Por su parte, el § 241 regulaba el ejercicio de la acción social por parte de los acreedores sociales, previendo expresamente que la renuncia acordada por la sociedad no les sería oponible a estos últimos. Este régimen permanecería prácticamente inalterado hasta la aprobación de la *Aktiengesetz* de 1937. Sólo en 1931, la *Verordnung des Reichspräsidenten über Aktienrecht, Bankenaufsicht und über eine Steueramnestie*, de 19 de septiembre³⁹, modificaría los §§ 268 y 270, pasando a exigir a la minoría la titularidad de tan sólo la vigésima parte del capital social para poder reclamar a la junta el ejercicio de la acción social de responsabilidad en aquellos casos en los que la responsabilidad se pusiera de manifiesto en un informe de auditoría. En coherencia con ello, el nuevo texto redujo proporcionalmente el porcentaje mínimo para poder vetar el acuerdo de renuncia o transacción en esos casos.

³⁵ *Contra*, BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, ob. cit., p. 33, para quien el establecimiento de un quórum reforzado pondría de manifiesto la relevancia que el legislador habría atribuido al acuerdo absolutorio.

³⁶ *RGBl.*, núm. 22, pp. 123 y ss. La entrada en vigor del texto se produjo el 1 de enero de 1900.

³⁷ *RGBl.*, núm. 23, pp. 219 y ss.

³⁸ Éste el sistema actualmente vigente en Austria, donde el § 136 de la *Aktiengesetz* exige también que la renuncia sea aprobada por una mayoría tal, que la minoría restante no alcance el porcentaje necesario para ejercitar la acción

³⁹ *RGBl.*, I., pp. 493 y ss.

II. EL CÓDIGO DE COMERCIO ESPAÑOL DE 1885. LA DESREGULACIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

Fruto de la corriente liberalizadora que comenzara a fraguarse en Francia con la aprobación de la Ley de 24 de julio de 1867 y que hubiera de plasmarse, en nuestro país, en la Ley de 19 de octubre de 1869, es bien conocida la parquedad con la que el Código de comercio de 1884 regulaba las sociedades anónimas⁴⁰. Dedicando tan sólo diecinueve de sus artículos a la regulación de toda la materia, no es de extrañar que el de la responsabilidad civil de los administradores fuese un tema escasamente tratado. Tanto es así, que el Código lo abordaba solamente en uno de sus artículos, el 156, el cual, anclado todavía en la identificación del administrador con la figura del mandatario, declaraba su irresponsabilidad por las operaciones sociales concluidas en observancia de las reglas del mandato. Sí lo consideraba responsable, en cambio, por el incumplimiento de las obligaciones propias del mandato y por la realización de actos contrarios a las normas legales imperativas, a los estatutos y a los acuerdos legítimamente adoptados por la junta general.

Esta lagunosa regulación fue colmada por el «derecho vivo» de los estatutos sociales, que evolucionó al margen del Código⁴¹. Éste no hacía ninguna referencia a las acciones para exigir la responsabilidad de los administradores ni, por supuesto, a su titularidad, renuncia o transacción. Pero, a pesar de ello, la doctrina española, claramente influenciada por la italiana y constreñida por la condición de mandatario del administrador, siguió entendiendo de forma unánime que la única legitimada para actuar en responsabilidad frente a aquél por los daños causados en el patrimonio social era la propia sociedad. A ella le correspondía, en efecto, decidir la iniciación del pleito contra los administradores y, del mismo modo, acordar la transacción del pleito, el desistimiento de la acción o la renuncia⁴².

Esta atribución de competencias exclusivas a la junta en relación con el ejercicio de la acción social de responsabilidad fue, poco a poco, abandonándose en otras legislaciones europeas de la época. Ya hemos visto cómo el *HGB* alemán de 1897 garantizaba a los socios la facultad de excitar la actuación de la junta frente a los administradores (§§ 268 y 270). En la

⁴⁰ Parquedad que pusiera de manifiesto Garrigues en el celeberrimo pasaje de su *Tratado* en el que afirma que el Código «a fuerza de querer ser liberal terminó siendo inhibicionista». Cfr. GARRIGUES, J., *Tratado*, ob. cit., tomo 1, vol. 2, p. 621.

⁴¹ GARRIGUES, J., *Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas*, Madrid [Revista de Derecho Privado], 1933 (reeditado por Civitas, 1998), p. 75.

⁴² GARRIGUES, J., *Tratado*, ob. cit., tomo 1, vol. 2, pp. 1062 a 1066 quien, no obstante, ponía de manifiesto cómo el hecho de que los órganos de administración encontrasen el apoyo de los accionistas mayoritarios hacía extraordinariamente difícil que la junta llegase a aprobar el acuerdo de exigencia de responsabilidad. El autor aplaudía, por ello, las soluciones adoptadas, ya en aquel momento, por otros Ordenamientos como el alemán o el francés que concedían a la minoría la facultad de activar la acción social de responsabilidad (v. *infra* en el texto). Atribuyendo competencia exclusiva a la junta para el ejercicio de la acción social, cfr., igualmente, GAY DE MONTELLÁ, R., *Tratado práctico de sociedades mercantiles*, tomo 2, 3ª ed., Barcelona [Bosch], 1930, p. 222 y DE RATO, A., *La compañía anónima*, Madrid [Reus], 1949, pp. 268 a 270.

misma línea, el artículo 17 de la Ley de sociedades francesa de 1867⁴³ permitió el ejercicio de la acción social a los accionistas que representasen la vigésima parte del capital social⁴⁴. Tras la reforma operada por Decreto-Ley de 31 de agosto de 1937, se añadirían a este artículo dos apartados —el segundo y el tercero—, en virtud de los cuales: (i) se reputaba no escrita cualquier cláusula estatutaria que tuviera por efecto subordinar el ejercicio de la acción social al previo aviso o autorización de la junta general o que comportase una renuncia preventiva a la misma; y (ii) se decía que ningún acuerdo de la junta general podía extinguir la acción contra los administradores o contra los miembros del consejo de vigilancia por los actos cometidos en cumplimiento de su mandato. Con esta última previsión vino a establecerse el principio de indisponibilidad absoluta de la acción social de responsabilidad, que preside, desde entonces y hasta nuestros días, la disciplina de la renuncia en Derecho francés (*infra* III.2).

III. LA MODERNA DISCIPLINA DE LA RENUNCIA A LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD

1. El *Codice civile* de 1942

Durante la primera mitad del siglo XX, la regulación legal de la administración de las sociedades de capital en los Ordenamientos continentales se caracterizó por la ruptura con el modelo decimonónico anterior, basado, como hemos visto, en la concepción del administrador como mandatario de la sociedad. Ya durante la vigencia del *Codice di commercio* de 1882, parte de la doctrina italiana había puesto en duda la validez de la configuración de las relaciones entre la sociedad y sus administradores sobre la base rígida y simplista del mandato⁴⁵. En consecuencia, habían surgido tesis que asimilaban la relación de administración a un «*ufficio*» de Derecho privado⁴⁶, junto a otras que, siguiendo la teoría orgánica de la persona jurídica desarrollada por la doctrina alemana, concebían al administrador como titular de un «órgano» necesario de la sociedad⁴⁷. Esta última fue, de hecho, la postura asumida por la *Aktiengesetz* de 1937,

⁴³ *Loi 66-537, du 24 juillet 1867, sur les sociétés commerciales*. El artículo 17 de esta Ley fue dictado, en principio, para las sociedades comanditarias por acciones, pero resultaba aplicable también a las sociedades anónimas, por remisión del artículo 39.

⁴⁴ Este precepto era reproducción del artículo 22 de la *Loi du 23 mai 1863 sur les Sociétés à responsabilité limitée*, que se inspiraba, a su vez, en el artículo 14 de la *Loi du 17 juillet 1856 sur les sociétés en commandite par actions*. En relación con el mismo, se pueden consultar los comentarios de RIVIÈRE, H.F., *Commentaire de la Loi du 24 juillet 1867*, París [Marescq Ainé], 1868, pp. 169 y ss. y de MATHIEU, A., *Commentaire de la Loi des 24-29 juillet 1867*, París [Cosse, Marchal et Cie.], 1868, pp. 131 y ss.

⁴⁵ Las críticas a la concepción del administrador como mandatario son sobradamente conocidas. Podemos resumirlas, siguiendo a FRÈ, G., *L'organo amministrativo*, ob. cit., pp. 24 y ss., en los aspectos siguientes: i) la existencia de un órgano de administración en las sociedades anónimas sería una imposición legal y, por tanto, no tendría su origen en la autonomía de la voluntad; ii) la teoría del mandato no conseguiría explicar la responsabilidad de los administradores frente a los socios y frente a los terceros, reconocida en el artículo 147 del *Codice di commercio* y, posteriormente, en el artículo 2395 del *Codice civile* (cfr. art. 241 LSC); y iii) tampoco tendría explicación el hecho de que el administrador, a diferencia del mandatario, no pudiera nombrar un sustituto.

⁴⁶ Así, entre otros, MESSINEO, F., *Contributo alla dottrina della esecuzione testamentaria*, Roma [A. Signorelli], 1923, pp. 68 a 88 (v. espec. p. 83), quien atribuía esta condición al administrador no socio de una sociedad anónima ex artículo 121 del *Codice di commercio* de 1882.

⁴⁷ FRÈ, G., *L'organo amministrativo*, ob. cit., *passim* (v. espec. pp. 1 a 57).

con la que se consagró definitivamente la quiebra del sistema ideado por el *Code napoleónico*⁴⁸.

La entrada en vigor del *Codice civile* de 1942⁴⁹ supuso la adopción legal de este nuevo paradigma en el Ordenamiento italiano, aunque en términos mucho menos radicales que los de la Ley alemana. El nuevo texto suprimía, efectivamente, la identificación expresa del administrador con la figura del mandatario que contenía el antiguo artículo 121 del *Codice di commercio*, pero a la hora de regular su responsabilidad frente a la sociedad, el artículo 2392 establecía lo siguiente:

«Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo con la diligenza del mandatario, e sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di uno o più amministratori»⁵⁰.

La aparente continuidad con el sistema del derogado *Codice di commercio* que parecía desprenderse de esta remisión a la diligencia del mandatario —e, indirectamente a la del buen padre de familia (arts. 1710 y 1176 *C.Civile*)— fue, no obstante, desmentida rápidamente por la doctrina de la época. Con esta previsión, no se volvía al mandato como fuente de los deberes de los administradores, sino que se establecía un parámetro objetivo para determinar el nivel de diligencia requerido para la gestión de la sociedad⁵¹. En otras palabras, esta referencia buscaba únicamente someter a los administradores a un modelo típico y abstracto de diligencia, que prescindiese por completo del grado de diligencia particular de cada concreto administrador⁵².

⁴⁸ En este sentido, ALLEGRI, V., *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milán [Giuffrè], 1979, p. 3.

⁴⁹ Aprobado por *Regio Decreto*, número 262, de 16 de marzo (*GU*, núm. 79, de 4 de abril), sigue actualmente en vigor, aunque con profundas modificaciones tras la reforma operada por el Decreto legislativo de 17 de enero de 2003 (*infra* 4).

⁵⁰ Como veremos más adelante, este precepto ha sido modificado en 2003. El actual artículo 2392 del *Codice civile* ha sustituido la diligencia del mandatario por la «*diligenza richiesta dalla natura dell'incarico*» y por las específicas competencias del administrador (*infra* 4).

⁵¹ FRÈ, G., *Società per azioni (Artt. 2325-2461)*, en Scialoja/Branca (a cura di), *Commentario del Codice civile*, 5ª ed., Bolonia-Roma [Zanichelli-Soc. ed. del Foro Italiano], 1982, p. 503; FERRI, G., *Le società*, en Vassalli (Dir.), *Trattato di Diritto Civile Italiano*, vol. 10, tomo 3, 3ª ed., Turín [Utet], 1987, p. 710 y ALLEGRI, V., *últ. ob. cit.*, pp. 5 y 62 a 66.

⁵² Cfr., por todos, BONELLI, F., *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milán [Giuffrè], 1992, p. 49. Cuestión distinta era si esa diligencia debía ser o no la propia del «hombre medio». Al respecto, la doctrina entendió de forma mayoritaria que la diligencia del administrador debía medirse, en aplicación del artículo 1176.2º del *Codice civile*, «teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad ejercitada». Es decir, el modelo abstracto del buen padre de familia debía adaptarse a la concreta actividad desarrollada por el administrador, lo que se traducía en un mayor rigor a la hora de valorar la diligencia, en la medida en que la administración de sociedades puede considerarse una actividad particularmente cualificada, que requiere un nivel de prudencia, cuidado y atención superiores y más específicos que los del hombre medio. De esta forma, la diligencia impuesta por el *Codice* no distaba mucho de la exigida por el entonces vigente § 84(1) de la *Aktiengesetz* de 1937 —actual § 93(1)— que hacía referencia al «ordenado y concienzudo director del negocio». Cfr., además de BONELLI, F., *últ. ob. cit.*, WEIGMANN, R., *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Turín [Giappichelli], 1974, pp. 143 y ss. (v. espec. pp. 149 y 150) y ALLEGRI, V., *Contributo allo studio della responsabilità*, *ob. cit.*, pp. 156 y ss.

Por lo demás, el *Codice* de 1942 siguió afirmando el carácter solidario de la responsabilidad previsto ya por el artículo 147 del *Codice di commercio*, si bien se aclaraba ahora que esa solidaridad tenía su fundamento en un deber general de vigilancia y en la obligación de hacer lo posible para impedir que se produjesen actos perjudiciales para la sociedad o de eliminar o atenuar sus consecuencias dañosas (art. 2392, párrafo segundo, *C.Civile*). A continuación, y de forma similar a lo establecido en el artículo 149 del *Codice* derogado, se preveía la exoneración de aquellos administradores que, no habiendo incurrido en culpa, hubiesen hecho constar sin retraso su oposición en el libro de acuerdos del consejo y hubiesen dado cuenta de ello, inmediatamente y por escrito, al presidente del colegio sindical (art. 2392, párrafo tercero, *C.Civile*).

En relación a la legitimación para exigir responsabilidad a los administradores, el nuevo Código hizo suyas las conclusiones alcanzadas con anterioridad por la doctrina y la jurisprudencia, reproduciendo, casi sin modificaciones, las normas del *Codice di commercio* de 1882 en la materia (cfr. art. 152 *C.Comm.* 1882). De esta manera, su artículo 2393 estableció la competencia exclusiva y excluyente de la asamblea para el ejercicio de la *acción social* de responsabilidad:

«L'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa in seguito a deliberazione dell'assemblea, anche se la società è in liquidazione»⁵³.

Esta decisión del legislador italiano suponía el destierro definitivo de aquellas propuestas —como la del Proyecto de 1922 (*supra* I.3)— que abogaban por atribuir una legitimación extraordinaria a la minoría o incluso al socio *ut singuli*. Por tanto, conforme a la nueva disciplina, la valoración del interés social a la reparación de los daños ocasionados por los administradores quedaba reservada, sin excepciones, a la decisión discrecional de la mayoría⁵⁴. Con todo, no faltaron autores que, advirtiendo la situación de desprotección en la que se dejaba a los socios minoritarios, ensayaron distintas teorías encaminadas a fortalecer la posición de éstos frente a los posibles abusos de la mayoría; teorías que no encontraron, sin embargo, el respaldo de la doctrina mayoritaria⁵⁵.

⁵³ Tras la reforma de 2003, este precepto se ha mantenido inalterado, pero se ha introducido un nuevo artículo, el 2393-*bis*, que reconoce la legitimación extraordinaria de la minoría para el ejercicio de la acción social de responsabilidad. En relación con esta reforma, v. *infra* 4. La naturaleza de esta legitimación se analiza en detalle *infra* §11.

⁵⁴ Así lo entendió, en su momento, la doctrina de forma prácticamente unánime. Cfr., entre otros, FRÈ, G., *Società per azioni*, ob. cit., pp. 512 y ss.; BONELLI, F., *La responsabilità*, ob. cit., pp. 158 y ss. y ALLEGRI, V., últ. ob. cit., pp. 67 y ss. V., sin embargo, *infra* en el texto y en las notas siguientes.

⁵⁵ Una de ellas se debe a SALANITRO, N., *L'invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società per azioni*, Milán [Giuffrè], 1965, pp. 56 y ss. y la otra a MESSINEO, F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. 3, tomo 1, 8ª ed., Milán [Giuffrè], 1954, p. 468; ID., «Sul “quorum” minimo per deliberare l'azione di responsabilità contro gli amministratori di società per azioni», en *Riv. dir. civ.*, 1970, I, pp. 209 a 213. Unacrítica detallada a la primera puede verse en OPPO, G., «In tema di “invalidità” delle deliberazioni del Consiglio di amministrazione di società per azioni (a proposito di un libro recente)», en *Riv. soc.*, 1967, pp. 921 a 943 (v. espec. pp. 922 a 926) y en ALLEGRI, V., *Contributo allo studio della responsabilità*, ob. cit., p. 92, nota 46. En contra de la segunda, cfr. PETTITI, D., «Sul quorum

En la versión original del *Codice civile*, la protección de los socios ajenos al grupo de control no pasaba, pues, por concederles la legitimación para ejercitar la acción social de responsabilidad por cuenta de la sociedad, aunque se preveían mecanismos de defensa alternativos. Se articulaba, en primer término, un procedimiento de denuncia al colegio sindical, similar al regulado anteriormente en el artículo 152 del *Codice di commercio* de 1882. Así, conforme al nuevo artículo 2408 del *Codice civile*, cualquier socio tenía la facultad de denunciar los hechos que considerase censurables ante los síndicos, que debían dar noticia a la asamblea. Además, si la denuncia provenía de tantos socios que representasen, al menos, el cinco por ciento del capital social y parecía fundada, el colegio sindical estaba obligado a investigar los hechos denunciados y a convocar inmediatamente la asamblea⁵⁶. No obstante, la decisión final acerca del ejercicio de la acción seguía quedando a expensas de la mayoría.

Por eso, resultaba mucho más atractivo el segundo sistema de tutela: la denuncia al tribunal. Esta posibilidad estaba prevista ya en el antiguo artículo 153 del *Codice di commercio*, pero con consecuencias mucho menos relevantes. Como se recordará (*supra* I.2), este último permitía a los socios que reuniesen la octava parte del capital social denunciar ante los tribunales las irregularidades graves cometidas por los administradores. Oídos los administradores, el tribunal podía, según los casos, nombrar a uno o varios comisarios y ordenar la inmediata convocatoria de la junta que era, una vez más, soberana para aprobar o rechazar el ejercicio de la acción. Pero el artículo 2409 del nuevo *Codice* iba más allá. Ahora, la denuncia podía provenir de los socios que reuniesen tan sólo el diez por ciento del capital social y, además, permitía conseguir, indirectamente, la exigencia de responsabilidad a los administradores a través de dos vías: por un lado y al igual que en el régimen anterior, el tribunal podía convocar la asamblea para que ésta tomase las decisiones que estimase oportunas, entre ellas, el ejercicio de la acción social de responsabilidad (art. 2409, párrafo segundo, *C.Civile*); pero, por otro lado, y esto era lo más importante, el tribunal podía revocar a los administradores y nombrar un administrador judicial que, a diferencia de lo que sucedía en el régimen anterior, estaba legitimado para interponer directamente la acción social sin tener que contar con la anuencia de la junta (art. 2409, párrafos tercero y cuarto, *C.Civile*)⁵⁷.

necessario per deliberare l'azione di responsabilità contro gli amministratori di s.p.a.», en *Giur. merito*, 1970, I, pp. 508 y 509; GUERRA, P., «In tema di quorum minimo per l'azione di responsabilità contro gli amministratori», en *Riv. soc.*, 1970, pp. 951 y 952; DI MAJO, A., «Osservazioni sul terzo comma dell'art. 2393 c.c.», en *Riv. dir. civ.*, 1971, II, pp. 192 a 194; ARCIERI, A., «Alcune questioni in materia di azione sociale di responsabilità ed una particolare ipotesi di conflitto di interessi», en *Giur. it.*, 1990, I, 2, cc. 602 y 603 y BENAZZO, P., «Azione sociale di responsabilità, revoca *ex lege* degli amministratori in carica e nomina dei nuovi amministratori», en *Giur. comm.*, 1991, I, p. 540, nota 28.

⁵⁶ Este mecanismo se mantiene hoy en día con muy pocas variaciones. El actual artículo 2408 del *Codice civile* ha rebajado al dos por ciento la participación necesaria para provocar la investigación de los hechos por parte del colegio sindical cuando se trate de una sociedad que recurra al mercado de capital de riesgo, aunque se prevé la posibilidad de que los estatutos rebajen ese porcentaje.

⁵⁷ Este procedimiento de denuncia al tribunal se mantiene, sin modificaciones esenciales, en el actual artículo 2409 del *Codice civile*. Al igual que sucede con el artículo 2408, se ha rebajado el porcentaje de participación requerido del diez por ciento al cinco por ciento en las sociedades que recurran al mercado

La tutela de las minorías se completaba, después, con una serie de medidas tendentes a facilitar la adopción del acuerdo de ejercicio de la acción social por parte de la asamblea. En este sentido, se seguía prohibiendo el voto del administrador inculpadao (art. 2373, párrafo tercero, *C.Civile*) y se establecía la posibilidad de adoptar el acuerdo con ocasión de la discusión del balance de ejercicio, aunque la materia no se hubiera indicado previamente en el orden del día (art. 2393, párrafo segundo, *C.Civile*). Se acogían, igualmente, las conclusiones avanzadas por la doctrina durante la vigencia del *Codice di commercio*, declarándose expresamente la ausencia de efectos exoneradores de la aprobación del balance (art. 2434 *C.Civile*)⁵⁸.

Finalmente, el párrafo cuarto del artículo 2393 del *Codice civile* otorgaba a la minoría titular del veinte por ciento del capital social la facultad de oponerse a la renuncia o a la transacción de la acción social de responsabilidad acordada por la junta. Decía textualmente el precepto:

«La società può rinunciare all'esercizio dell'azione di responsabilità e può transigere, purché la rinuncia e la transazione siano approvate con espressa deliberazione dell'assemblea, e purché non vi sia il voto contrario di una minoranza di soci che rappresenti almeno il quinto del capitale sociale»⁵⁹.

Esta primera regulación legal de la renuncia se concebía, pues, como una medida destinada a tutelar a los socios minoritarios frente a los posibles abusos de la mayoría, en la línea del Derecho alemán⁶⁰. A pesar de ello, la protección que se les dispensaba era, más bien, escasa. Al no reconocérseles simultáneamente la legitimación para el ejercicio de la acción social, la interpretación del interés de la sociedad a la reparación del daño causado por la conducta ilícita de los administradores seguía siendo monopolio exclusivo de la junta y, por ende, de la mayoría⁶¹. Por lo demás, el artículo distaba

de capital de riesgo, si bien, los estatutos pueden establecer un porcentaje menor. Además, conforme al actual párrafo quinto de este precepto, el régimen legal de la renuncia a la acción social de responsabilidad se aplica también cuando sea el administrador judicial el que la hubiese ejercitado.

⁵⁸ Ambas previsiones se encuentran actualmente en vigor, aunque la posibilidad de ejercitar la acción social de responsabilidad sin que previamente se haya hecho constar el asunto en el orden del día se limita ahora a aquellos hechos acaecidos durante el ejercicio al que se refiere el balance (cfr. el actual art. 2393, párrafo segundo, *C.Civile*).

⁵⁹ El antecedente inmediato de este precepto se encuentra en el artículo 249 del *Progetto preliminare del Codice di commercio* de 1942 (publicado por el *Ministero di Grazie e Giustizia*, Roma [Istituto poligrafico dello Stato]). Entre ambos textos pueden encontrarse, sin embargo, algunas diferencias: por un lado, el artículo proyectado empleaba el término «autorización», en lugar de «aprobación», para referirse al acuerdo de la asamblea; por otro, el Proyecto se refería a la «oposición» y no al «voto contrario» de la minoría, lo cual no deja de tener relevancia, por cuanto pone de manifiesto la intención del legislador de 1942 de vincular expresamente el derecho de veto de la minoría con el derecho de voto. Sobre esta última cuestión, v. *infra* la nota 732 y el texto correspondiente.

⁶⁰ A diferencia del Anteproyecto de 1922 en el que, como hemos visto, la renuncia a la acción social de responsabilidad se configuraba en un sentido totalmente opuesto, para limitar los posibles abusos del socio en el ejercicio *ut singuli* de la acción (*supra* I.3).

⁶¹ Cfr., este sentido, MAVIGLIA, R., «Sub art. 129», en Rabitti (a cura di), *Il testo unico della intermediazione finanziaria: commentario al D. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58*, Milán [Giuffrè], 1998, p. 706 y CAMPOBASSO, G.F., «Sub art. 129», en Campobasso (Dir.), *Testo unico della finanza (d.lg. 24 febbraio 1998, n. 58)*, Turín [Utet], 2002, p. 1066. De hecho, este último acaba afirmando que «fin

mucho de ser un modelo de precisión legislativa, por lo que pronto surgieron incertidumbres en su interpretación. Se dudaba si la intervención de la asamblea se limitaba a «aprobar» una decisión que, en realidad, debían adoptar los administradores o si, por el contrario, la renuncia quedaba reservada a la competencia exclusiva de los socios. De igual manera, se discutió la *ratio* material del precepto, cuestionándose, en concreto, si el mismo debía aplicarse sólo en sede procesal —esto es, una vez que la acción había sido ejercitada ante los tribunales— o si cabía también su aplicación a una renuncia extraprosesal y, en este último caso, si la renuncia exigía o no la previa adopción del acuerdo favorable a la exigencia de responsabilidad⁶².

El nuevo texto seguía reconociendo, también, la responsabilidad de los administradores frente a los acreedores, concediéndoles a estos últimos una acción —la del artículo 2394— cuya naturaleza directa o subrogatoria respecto a la acción social suscitó una intensa polémica doctrinal y jurisprudencial⁶³. Y, además, añadía ahora que la renuncia a la acción por parte de la sociedad no impediría el ejercicio de esta acción por parte de los acreedores, en tanto que la transacción podría ser impugnada únicamente en el caso de que concurriesen los requisitos de la acción rescisoria (art. 2394, párrafo cuarto, *C.Civile*).

Por último, se otorgaba una *acción individual* a todo socio o tercero que se hubiera visto directamente perjudicado en su patrimonio por la actuación dolosa o culposa de los administradores (art. 2395 *C.Civile*)⁶⁴.

2. La Ley de Sociedades Anónimas de 1951

En nuestro país, la aprobación de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 supuso igualmente un cambio de paradigma en la forma de concebir y de regular la responsabilidad de los administradores, más profundo, si cabe, que el protagonizado por el *Codice civile* de 1942. A diferencia de lo que sucedía en este último, en la Ley española desapareció toda referencia al mandato como parámetro para juzgar la diligencia del administrador, que dejaba de ser, así, un simple mandatario para erigirse en órgano de administración y representación de la sociedad. Por tanto, aunque la

quando la società è in bonis il sistema del codice si risolve in un sostanziale regime di “immunità” degli amministratori da responsabilità civile quando, come sovente accade, le violazioni sono commesse su impulso o con il consenso del gruppo di comando che li ha nominati».

⁶² Cuestiones, todas éstas, que han surgido también en nuestro país y que centran el objeto de este estudio. En los apartados sucesivos se irá analizando cada una de ellas.

⁶³ Polémica que no hacía sino continuar la que había surgido en torno al artículo 147 del antiguo *Codice di commercio* (v. *supra* la nota 19) y que tendremos oportunidad de analizar con detenimiento más adelante (*infra* §10.I).

⁶⁴ Como vimos *supra* I.2, antes de la aprobación del nuevo *Codice civile*, la doctrina ya había reconocido la posibilidad de que los socios y los terceros reclamaran a los administradores los daños padecidos directamente en su patrimonio con base en una acción de derecho común (arts. 1151 y ss. del *Codice civile* de 1865). La reforma de 2003 ha introducido una importante novedad en la regulación de esta acción, al someter su ejercicio a un plazo de prescripción de cinco años, a contar desde que se hubiera producido el hecho dañoso.

responsabilidad del administrador siguiese calificándose como contractual, su origen no se encontraba ya en el incumplimiento de un contrato —de mandato—, sino en la vulneración de una serie de obligaciones *de origen legal*⁶⁵. Ello trajo consigo, asimismo, el abandono del prototipo de la diligencia del buen padre de familia como módulo para juzgar el incumplimiento del administrador, que fue sustituido por la más estricta diligencia del *ordenado comerciante* y del *representante leal* (art. 79 LSA 1951).

Este endurecimiento del patrón de diligencia no se correspondía, sin embargo, con el grado de culpa que establecía el artículo 80 para imputar el juicio de responsabilidad a los administradores. La Ley se apartó, en este punto, de los principios generales del Derecho común (art. 1104 CC) y vinculó el nacimiento de la responsabilidad a la concurrencia de «malicia, abuso de facultades o negligencia grave»⁶⁶. Con ello, vino a establecerse una suerte de «franquicia» en relación con la culpa leve o levisima, de forma que los administradores únicamente respondían de los daños causados por dolo o culpa grave⁶⁷.

La Ley de 1951 se ocupó de aclarar también la cuestión de la titularidad de las acciones para exigir responsabilidad a los administradores, ignorada por el Código de 1885. Junto a la *acción individual*, perteneciente a cualquier socio o tercero que hubiese sufrido un daño directo en su patrimonio como consecuencia de la actuación ilegítima de los administradores (art. 81 LSA 1951), se regulaba ahora una *acción social*, ideada como mecanismo para obtener la reparación del daño que los administradores pudiesen ocasionar en el patrimonio social (art. 80 LSA 1951). Titular única de esta última acción era la sociedad, pero la legitimación para su ejercicio era múltiple. En primer lugar, se atribuía a la propia sociedad, que podía entablarla previo acuerdo de la junta general (art. 80 I LSA 1951). En segundo lugar, siguiendo el ejemplo de buena parte de las legislaciones de su entorno y apartándose, a su vez, del *Codice* italiano, la Ley concedía a los socios titulares de, al menos, el diez por ciento del capital social, la posibilidad de ejercitar la acción social cuando la sociedad no lo hubiera hecho en el plazo de tres meses desde la adopción del acuerdo favorable a la misma o cuando el acuerdo hubiese sido contrario a la exigencia de responsabilidad (art. 80 III). En tercer y último lugar, aparecían legitimados los acreedores sociales, que podían dirigirse contra los administradores para procurar la reintegración del patrimonio de la sociedad cuando concurriesen dos circunstancias de forma cumulativa: (i) que no hubiera actuado ni la

⁶⁵ GARRIGUES, J., en Garrigues-Uría, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, 3ª ed. (revisada, corregida y puesta al día por MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M.), vol. 2, Madrid, [Imp. Aguirre], 1976, pp. 157 y 158.

⁶⁶ Pusieron de relieve esta contradicción GARRIGUES, J., en Garrigues-Uría, *Comentario*, ob. cit., vol. 2, p. 164; PUIG BRUTAU, J., «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima», en *RDP*, 1961, p. 364 y QUIJANO, J., *La responsabilidad*, ob. cit., pp. 211 y 212.

⁶⁷ Esta decisión legislativa fue duramente criticada, en su momento, por gran parte de la doctrina. Cfr., por todos, GIRÓN, J., «La responsabilidad», ob. cit., p. 447. No obstante, la propia Exposición de Motivos de la Ley (III) trató de justificar la medida señalando que, con ella, se permitía asegurar «que el reconocimiento de la responsabilidad de los administradores no [fuese] fuente de abusos, ni [hiciese] peligrar la buena marcha de las sociedades». Ello hizo que algunos vieran en esta franquicia de responsabilidad una manera eficaz de evitar una excesiva fiscalización de los actos de gestión de los administradores, que desincentivase la participación de personas capaces en la gestión de las sociedades. Cfr., en este último sentido, GARRIGUES, J. y PUIG BRUTAU, J., obs. cit. en la nota anterior.

sociedad ni los socios minoritarios y (ii) que la actuación de los administradores amenazase gravemente la garantía de sus créditos (art. 80 IV LSA 1951).

En este contexto, apareció la primera regulación de la renuncia al ejercicio de la acción social en el Ordenamiento español, claramente inspirada en párrafo tercero del artículo 2393 del *Codice civile* de 1942. A este respecto, el artículo 80, párrafo segundo, de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 señalaba lo siguiente:

«En cualquier momento, la Junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen, al menos, la décima parte del capital social. El acuerdo de promover la acción o de transigir implica la destitución de los administradores»⁶⁸.

A ello se añadía expresamente, en el artículo 110, que la aprobación de las cuentas no supondría nunca «el descargo de los administradores por la responsabilidad en que pudieran haber incurrido».

Ambos preceptos elevaron a rango legal las conclusiones que ya habían sido alcanzadas por la doctrina durante la vigencia del Código de comercio de 1885 (*supra* II): se admitía, en primer lugar, la plena disponibilidad de la acción social de responsabilidad por parte de la sociedad —al menos, en sede judicial (*infra* §6.I.1)—; se afirmaba, en segundo lugar, la competencia exclusiva de la junta para acordar la renuncia o transacción de la acción, siempre y cuando ambos actos se llevaran a cabo mediante acuerdo expreso al que no podía equipararse la mera aprobación de las cuentas anuales; y se reconocía, en tercer lugar, un derecho de oposición o veto a la misma minoría —titular al menos el diez por ciento del capital social— a la que se otorgaba el poder de actuar contra los administradores en defecto de la sociedad. Con esto último, el régimen de la renuncia adquiría un valor añadido respecto al que le otorgara el *Codice civile* de 1942, puesto que la facultad de oposición se vinculaba, de forma directa, a la legitimación subsidiaria de la minoría. La disciplina de la renuncia buscaba, pues, la protección del interés social, pero lo hacía reconociendo además el papel esencial de la minoría en la determinación de dicho interés⁶⁹.

No obstante, el tratamiento legal del fenómeno era, a todas luces, escaso y daba lugar a un buen número de dudas, que no tardaron en aflorar en la doctrina: la renuncia, ¿requería un acuerdo expreso de la junta?, en tal caso, ¿cuándo podía adoptarse dicho acuerdo?, ¿podría acordar la renuncia la misma junta que deliberase sobre la exigencia

⁶⁸ Este precepto reproduce el artículo 81 del Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas elaborado por el Instituto de Estudios Políticos en 1947, el cual puede consultarse en GARRIGUES, J. (*et al.*), *Reforma de la Sociedad Anónima*, Madrid [Instituto de Estudios Políticos], 1947, pp. 113 y ss.

⁶⁹ Mucho más escueta que la Ley de Sociedades Anónimas, la de Sociedades de Responsabilidad Limitada, aprobada el 17 de julio de 1953 (BOE, núm. 199, de 18 de julio), dedicaba a la responsabilidad de los administradores tan sólo el artículo 13. Éste combinaba los artículos 79 y 80 de la Ley de Sociedades Anónimas, pero introducía tres cambios importantes: por un lado, se instauraba el principio de solidaridad entre los administradores responsables; por otro, se eliminaba la legitimación subsidiaria de los socios minoritarios y de los acreedores para el ejercicio de la acción social; y, finalmente, se dejaban sin regulación expresa la renuncia y la transacción (cfr., por todos, URÍA, R., *Derecho mercantil*, 2ª ed., Madrid, 1960, p. 340 y 341).

de responsabilidad?, ¿debía constar la renuncia entre las materias a tratar en el orden del día?, ¿qué efectos cabía atribuir a la oposición de la minoría?⁷⁰

Como hemos visto, la doctrina italiana se enfrentó a cuestiones similares al estudiar el artículo 2393 del *Codice civile* de 1942, en cuyo párrafo cuarto no puede dejar de reconocerse una evidente fuente de inspiración para el legislador español. Por otro lado, al afirmar la disponibilidad —*ex post*— de la responsabilidad de los administradores por la sociedad, la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 se alejaba de la regulación francesa vigente en la época (*supra* II) y se acercaba a otras, como la alemana o la suiza, que habían adoptado soluciones similares. En este sentido, la *Aktiengesetz* de 1937⁷¹ seguía contemplando la facultad de la minoría titular del diez por ciento del capital social de excitar el ejercicio de la acción social de responsabilidad por parte de la junta general (§§ 122 a 123); y la eficacia de la renuncia o transacción de la acción ejercitada continuaban sometiéndose, en estos casos, a la aprobación de una mayoría superior al noventa por ciento del capital social (§ 124). No obstante, el nuevo § 84 pasó a regular también el ejercicio de la acción social por la sociedad a iniciativa propia, añadiéndose nuevas normas en relación con la renuncia y la transacción. Ambos negocios quedaban sujetos, en este otro supuesto, a la concurrencia de los siguientes requisitos: (i) que hubieran transcurrido, al menos, cinco años desde el nacimiento de la pretensión (*Anspruch*); (ii) que el acuerdo fuese adoptado por la junta general; y (iii) que no constase la oposición de la minoría titular del veinte por ciento del capital social (§ 84, *Abs. 4, Satz. 3*)⁷². El precepto terminaba afirmando que este plazo de cinco años no sería de aplicación en aquellos supuestos en los que el administrador responsable fuese declarado insolvente y hubiese llegado a un acuerdo con sus acreedores para evitar o poner fin al concurso (§ 84, *Abs. 4, Satz. 5*). Finalmente, la *Aktiengesetz* de 1937 se separaba de la Ley española de 1951 al declarar exentos de responsabilidad a los administradores cuya actuación tuviera su origen en un acuerdo legítimo de la junta general (§ 84, *Abs. 4, Satz. 1*)⁷³, y al establecer expresamente la inoponibilidad de la renuncia a los acreedores sociales (§ 84, *Abs. 5, Satz. 3*).

Por su parte, la *Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse* —Código suizo de las obligaciones⁷⁴— reconocía la legitimación del socio para ejercitar *ut singuli* la acción de responsabilidad en beneficio de la sociedad (art. 754). Sin embargo, la competencia para acordar el descargo de los administradores pertenecía, en exclusiva, a la asamblea general (art. 698, núm. 5). El régimen jurídico de este «descargo» aparecía recogido en el artículo 757 conforme al cual el acuerdo exoneratorio de la asamblea general era inoponible frente al accionista que hubiese actuado individualmente, salvo que se hubiese adherido al mismo o hubiese adquirido la condición de accionista con posterioridad a su adopción. Esta regulación se encuentra actualmente vigente con algunas modificaciones, introducidas por la *Loi Fédérale du 4 octobre 1991 sur le droit des sociétés anonymes*⁷⁵. La legitimación para el ejercicio de la acción social se sigue reconociendo a cada socio a título individual (art. 756) y, de la misma manera, el artículo 758.1 establece la posibilidad de que la junta acuerde el descargo de los

⁷⁰ Tendremos ocasión de analizar, una por una, estas y otras cuestiones, por lo que remitimos las correspondientes referencias bibliográficas a los sucesivos apartados de este estudio.

⁷¹ *RGBl.*, núm. 15, I, pp. 107 y ss. Este texto, en vigor desde el 1 de octubre de 1937, vino a sustituir al Libro II del *HGB* de 1897 en el que se regulaban, hasta entonces, las sociedades mercantiles.

⁷² Como puede comprobarse, al someter la aprobación de la renuncia a la falta de oposición de la minoría, el § 84 resultaba reiterativo respecto al § 124, que exigía que la renuncia a la acción ejercitada a solicitud de la minoría fuese aprobada por una mayoría superior al noventa por ciento del capital social. Por eso, este último precepto sería eliminado en la posterior *Aktiengesetz* de 1965 (v. *infra* la nota 90).

⁷³ Este efecto liberatorio no se producía, en cambio, si las instrucciones o decisiones provenían del órgano de vigilancia (*Aufsichtsrat*).

⁷⁴ *RO*, núm. 27, de 1911.

⁷⁵ *RO*, núm. 14, de 1992.

administradores por «hechos ya manifestados». Este descargo sólo será oponible a la sociedad y a los accionistas que se hubieran adherido al mismo, así como a los accionistas que hubiesen adquirido las acciones conociendo su existencia. Por último, el derecho del resto de socios —los disidentes al acuerdo de renuncia o los no asistentes a la junta— a exigir la indemnización de los daños se somete a un plazo de prescripción de seis meses, a contar desde la adopción del acuerdo de descargo (art. 758.2).

3. El Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995. Su refundición en la Ley de Sociedades de Capital de 2010

Cerca de cuarenta años después de la entrada en vigor de la Ley de 1951, se aprobó en España el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989⁷⁶, fruto de la adaptación del Derecho español a las directivas comunitarias en materia de sociedades. El nuevo texto introdujo cambios verdaderamente notables en el régimen establecido por los artículos 79 a 81 de la Ley anterior, a pesar de que la responsabilidad de los administradores no era una materia que debiera haberse modificado necesariamente, ya que no existía —ni existe actualmente, tras el definitivo fracaso de la Propuesta de Quinta Directiva— ninguna norma europea que regulase el órgano de administración de las sociedades de capital, ni la responsabilidad de sus componentes⁷⁷.

La modificación de este régimen no estaba prevista tampoco en el Anteproyecto de la Comisión General de Codificación, de 17 de junio de 1987⁷⁸, aunque sí en un Anteproyecto anterior, el de 1979, que seguía en este punto el modelo de la Primera Propuesta de Quinta Directiva en materia de sociedades de 1972⁷⁹. Al igual que ésta (arts. 14.5 y 18.1), el texto de 1979 privaba de cualquier eficacia exoneratoria al hecho de que el acto o el acuerdo lesivo hubiera sido ordenado, consentido o autorizado por la Junta General (art. 120 II), así como a la mera aprobación de las cuentas (art. 121 I *in fine*), que en ningún caso podía suponer una renuncia al ejercicio de la acción (art. 121 II *in fine*). Por otro lado, reconocía la competencia de la junta para acordar la renuncia o transacción, mediante acuerdo que debía ser adoptado por «idéntica mayoría» a la exigida para el ejercicio de la acción —esto es, mayoría ordinaria sin posibilidad de elevación estatutaria—, siempre que no se opusiesen a ello socios que representasen, al menos, el cinco por ciento del capital social (art. 122 II). No obstante, a diferencia de la Propuesta de Quinta Directiva, que sometía la validez de la renuncia únicamente al hecho de que los actos perjudiciales ya se hubieran realizado (art. 18.2, letra «a»), el Anteproyecto de 1979 exigía también que el acuerdo de ejercicio de la acción hubiera sido previamente adoptado (art. 122 II, primer inciso). Ambos textos señalaban, por último, la

⁷⁶ Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (BOE, núm. 310, de 27 de diciembre). Una exposición de los antecedentes inmediatos del texto puede verse en BELTRÁN, E., «Hacia un nuevo Derecho de sociedades anónimas», en *RDBB*, núm. 30, 1988, pp. 329 a 367.

⁷⁷ POLO, E., *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima*, en Uría/Menéndez/Olivencia (Dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo 6, Madrid [Civitas], 1992, p. 280.

⁷⁸ El Anteproyecto se encuentra publicado en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, suplemento al núm. 1469, de 5 de octubre. Por lo que a la responsabilidad de los administradores se refiere, este texto se limitaba a reproducir los artículos 79 a 81 de la Ley de 1951.

⁷⁹ La versión consultada de la Primera Propuesta de Quinta Directiva es la italiana, publicada en el *DOUE*, núm. C-131, de 13 de diciembre.

ineficacia de la renuncia o transacción acordada por la sociedad frente a los acreedores sociales: la Directiva de forma expresa (art. 19.2) y el Anteproyecto enumerando la renuncia o transacción de la sociedad entre los presupuestos que legitimaban el ejercicio subsidiario de la acción social por parte de los acreedores (art. 123.2º).

A su vez, el Anteproyecto de 1987 fue objeto de una profunda revisión encomendada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia al profesor ROJO. Fruto de esta revisión, se elaboró un nuevo texto, fechado el 19 de enero de 1988, que acogía, en buena medida, las soluciones propuestas en el Anteproyecto de 1979 en materia de renuncia y transacción al ejercicio de la acción social de responsabilidad, aunque introducía ciertos matices que pasaron íntegramente al Proyecto de Ley finalmente remitido a las Cortes el 8 de abril de 1988 y publicado el día 22 del mismo mes⁸⁰. Entre ellos, destaca el hecho de que la renuncia no se supeditase a la previa adopción del acuerdo de ejercicio de la acción y que pudiera acordarse, tal y como establecía la Ley de 1951, «en cualquier momento» (art. 80.2). Del mismo modo, se eliminaba la renuncia o transacción de la sociedad de entre los supuestos que legitimaban el ejercicio de la acción social de responsabilidad por los acreedores (art. 80.5)⁸¹.

En la línea de la Propuesta de Quinta Directiva y de los Anteproyectos de 1979 y de 1988, y en respuesta también a las duras críticas que despertó la franquicia por culpa leve de la que gozaban los administradores bajo la Ley de 1951, el Texto Refundido de 1989 sometió a estos últimos a un régimen de responsabilidad mucho más severo. Conforme a la nueva regulación, los administradores debían responder de los daños causados por los «actos contrarios a la Ley, los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo» (art. 133.1 LSA), sin que fuese necesaria la concurrencia de malicia, abuso de facultades o negligencia grave. Desde este momento, el criterio de imputación pasó a ser el de la mera culpa —leve o levísima—, en consonancia, esta vez sí, con el estricto nivel de diligencia exigido a los administradores, que seguía siendo, como en el régimen anterior, el del ordenado empresario y el representante leal (art. 127.1 LSA). La Ley de 1989 incorporaba, asimismo, como novedad importante, la responsabilidad solidaria de todos los miembros del órgano de administración (art. 133.2 LSA); solidaridad que, pese al silencio de la Ley anterior, había sido ya proclamada por la doctrina y la jurisprudencia y que se reconocía ya expresamente en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada (art. 13 III LSRL de 1953)⁸².

⁸⁰ BOCG-CD, serie A, núm. 80-1, de 22 de abril de 1988. Un resumen de las distintas enmiendas relativas a las modificaciones del régimen de responsabilidad de los administradores de las que fue objeto el Proyecto durante su tramitación parlamentaria puede verse en DÍAZ ECHEGARAY, J.L., ob. cit., pp. 61 a 65.

⁸¹ Con todo, el Proyecto de Ley descartó una importante novedad prevista en el artículo 8 del Anteproyecto de 1988, como era la previsión, por vez primera en el Ordenamiento español, de un sistema de «minorías decrecientes», en función de la cifra de capital social. Cfr., al respecto, BELTRÁN, E., «Hacia un nuevo derecho», ob. cit., p. 334 y nota 6. Como veremos, este sistema ha sido retomado por la reciente «Propuesta de Código Mercantil» de 2013, elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (cfr. art. 231-23), si bien, ha sido nuevamente abandonado, tanto por el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil finalmente presentado a las Cortes, como por Ley 31/2014, de 3 de diciembre (v. *infra* IV).

⁸² Cfr., por todos, GARRIGUES, J., en Garrigues-Uría, *Comentario*, ob. cit., vol. 2, p. 171. En la jurisprudencia, cfr. la STS de 13 de febrero de 1990 (RJ 1990/681). No obstante, esta responsabilidad solidaria debía entenderse, más bien, como presunción de culpa colectiva, habida cuenta de que se permitía la exoneración de aquellos administradores que probasen que, no habiendo intervenido en la

Al igual que la Propuesta europea (art. 14.4) y que los Anteproyectos de 1979 y de 1988 (cfr. arts. 120 y 79.3, respectivamente), el Texto Refundido privaba de efectos exoneradores al hecho de que el acto o acuerdo lesivo hubiera sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general (art. 133.3 LSA), así como a la aprobación de las cuentas generales, que no podía suponer, en ningún caso, «la renuncia a la acción acordada o ejercitada» (art. 134.3 LSA). Asimismo, se reducía a la mitad —del diez al cinco por ciento— el porcentaje necesario para entablar la acción social de responsabilidad en defecto de la actuación de la sociedad y se regulaba un nuevo presupuesto para esta actuación subsidiaria de la minoría: la falta de convocatoria por los administradores de la junta solicitada para debatir acerca del ejercicio de la acción social (art. 134.4 LSA). Por último, y en coherencia con la menor proporción de capital exigida para el ejercicio de la acción por parte de la minoría, el derecho a vetar el acuerdo de renuncia o transacción se concedía a los socios titulares de, al menos, el cinco por ciento del capital social (art. 134.2 LSA). Por lo demás, la regulación de la renuncia era idéntica a la contenida en el artículo 80.2 de la Ley de 1951⁸³.

Con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, haría lo propio, en 1995, una nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada⁸⁴, que vino a sustituir a la entonces vigente de 1953. Sin embargo, en materia de responsabilidad de los administradores la norma se remitía en bloque a la disciplina aplicable a las sociedades anónimas (art. 69.1 LSRL), por lo que no introdujo novedad alguna.

Tampoco la aprobación del actual Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital⁸⁵ supuso ninguna alteración sustancial en materia de renuncia a la acción social de responsabilidad. Este texto, en vigor desde el 10 de septiembre de 2010, ha unificado la regulación de las sociedades anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada, incorporando además las importantes novedades que introdujo la denominada «Ley de Transparencia» en el texto de 1989⁸⁶.

adopción y ejecución del acto lesivo, desconocían su existencia o que, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a su adopción (art. 133.2 LSA) (cfr. POLO, E., *Los administradores y el consejo*, ob. cit., p. 300).

⁸³ El nuevo artículo 134.2 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 matizaba la disciplina anterior únicamente en dos aspectos: se eliminaba la locución «al menos» («[...] siempre que no se opusieren a ello socios que representen [al menos] el cinco por ciento del capital social») y se cambiaba la expresión «implica» por «determinará» en el inciso final del precepto («El acuerdo de promover la acción o de transigir *determinará* la destitución de los administradores afectados»).

⁸⁴ Ley 2/1995, de 23 de marzo (BOE, núm. 71, de 24 de marzo).

⁸⁵ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE, núm. 161, de 3 de julio).

⁸⁶ Se trata de la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas (BOE, núm. 171, de 18 de julio), cuya tramitación parlamentaria puede seguirse en DÍAZ ECHEGARAY, J.L., ob. cit., pp. 69 a 71. Fuertemente influenciada por los movimientos de reforma del «gobierno corporativo» y, en especial, por los conocidos como «Informe Olivencia» e «Informe Aldama» de 1998 y 2003, la «Ley de Transparencia» incorporó buena parte de las medidas

No obstante, por lo que aquí interesa, la Ley de Sociedades de Capital se ha limitado a reproducir el antiguo artículo 134.2 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 en un nuevo artículo 238.2⁸⁷.

Este precepto se encuentra en sintonía con la regulación de la renuncia vigente en los países de nuestro entorno. Dejando a un lado el caso francés, donde se mantiene desde 1937 el mismo régimen que impide cualquier renuncia o limitación al ejercicio de la acción ya sea con carácter previo o posterior al acaecimiento del hecho lesivo⁸⁸, la mayor parte de los Ordenamientos europeos prevén la posibilidad de que la sociedad pueda renunciar o transigir el ejercicio de la acción social de responsabilidad y someten ambos actos a una disciplina que tiene por objeto proteger a los socios minoritarios frente al posible abuso de las mayorías. Así ocurre, como hemos visto, en el Ordenamiento suizo, pero sucede lo mismo con el Derecho alemán. A pesar de que la entrada en vigor de la *Aktiengesetz* de 1965⁸⁹ supuso la completa renovación del Derecho de sociedades anónimas, el sistema de responsabilidad de los administradores establecido en 1937 ha permanecido, en buena medida, inalterado. Los §§ 122 y 123 de la Ley de 1937 se refundieron en un único precepto, que seguía reconociendo la legitimación de los socios titulares de, al menos, el diez por ciento del capital social para solicitar el ejercicio de la acción social al *Aufsichtsrat* o a un representante especial nombrado por la junta o por el juez a petición de la minoría (§ 147, *Abs.* 1 y 2)⁹⁰. Por su parte, la disciplina de la renuncia a la acción social de responsabilidad ha pasado a estar regulada en el § 93(4), *Satz.* 3, en términos prácticamente idénticos a los del derogado § 84 de la *Aktiengesetz* de 1937. De este modo, la sociedad puede renunciar o transigir al ejercicio de la acción social de responsabilidad, siempre y cuando: (i) hayan transcurrido, al menos, tres años desde el nacimiento de la pretensión, frente a los cinco que establecía la legislación anterior; (ii) la decisión se haya adoptado mediante acuerdo de la junta general; y (iii) no medie la oposición de una minoría que represente, al menos, el diez por ciento del capital social, en vez del veinte por ciento que exigía la Ley de 1937⁹¹. Además, el § 93(4), *Satz.* 1, afirma la ausencia de

planteadas por la «Propuesta de Código de sociedades mercantiles», elaborada por la Comisión General de Codificación y aprobada el 16 de mayo de 2002. Entre ellas destacaban, sin duda, la especificación de los concretos deberes de lealtad que incumben a los administradores (cfr. los arts. 226 a 232 LSC, en su redacción anterior a la reforma de 2014) y la regulación de la responsabilidad de los «administradores de hecho» (cfr. la redacción original del art. 236 LSC). Todas estas normas han sido objeto, sin embargo, de una profunda modificación por parte de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre (v. *infra* IV.2).

⁸⁷ El actual artículo 238.2 se corresponde con el primer párrafo del artículo 134.2 de la Ley de 1989. El párrafo segundo de este precepto se recoge ahora en el artículo 238.3, en tanto que el artículo 134.3 de la Ley de Sociedades Anónimas ha pasado a ser el nuevo artículo 238.4.

⁸⁸ En efecto, el actual artículo L225-253 del *Code de commerce* no hace sino reproducir el artículo 17 de la Ley de sociedades de 1869 que había sido incorporado ya, con el mismo texto, en el artículo 246 de la *Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales* (*JORF*, de 26 de julio).

⁸⁹ *BGBI*, I, núm. 48, de 11 de septiembre, pp. 1089 y ss. Sobre el sistema de responsabilidad de los administradores en la *Aktiengesetz* de 1965, pueden verse, BAUMS, T., «Personal Liabilities of Company Directors in German Law», en *Int. Co. Comm. Law Rev.*, núm. 9, 1996, pp. 318 a 324 (disponible también en <http://www.jura.uni-frankfurt.de/43029388/paper35.pdf>; febrero 2015); ID., «Il sistema di “corporate governance” in Germania ed i suoi recenti sviluppi», en *Riv. soc.*, 1999, pp. 1 a 19 y RISCOSSA, M.M., «La responsabilità degli amministratori di società per azioni nel diritto tedesco», en *Dir. comm. int.*, 1996, pp. 207 a 215.

⁹⁰ La reforma ha eliminado también el confuso § 124 que, como sabemos, sometía el acuerdo de renuncia a la aprobación de, al menos, el noventa por ciento del capital social. Según señala KROPFF, B., *Aktiengesetz*, Dusseldorf [Institut der Wirtschaftsprüfer], 1965, p. 216, este parágrafo resultaba superfluo, en la medida en que la minoría encontraba una protección suficiente en la regulación de la renuncia y la transacción contenida en el nuevo § 93(4) (v. *infra* en el texto).

⁹¹ Mención aparte merece el régimen de la renuncia a la acción social en los grupos de sociedades. En los casos en los que medie un «contrato de dominación» (*Beherrschungsvertrag*), la *Aktiengesetz* de 1965

responsabilidad en los casos en los que los administradores se hubieran limitado a ejecutar un acuerdo legalmente aprobado por la junta⁹², si bien, el § 120(2), *Satz. 2*, señala que la aprobación de la gestión no supone, en ningún caso, una renuncia a la acción social. Por último, el § 93(5) establece la ineficacia de la renuncia o la transacción acordadas por la junta frente a los acreedores sociales. Esta regulación se ha mantenido, sin grandes modificaciones, hasta la reciente reforma de 2005, operada por la *Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG)*⁹³, que ha alterado sustancialmente el régimen de responsabilidad de los administradores⁹⁴. Por un lado, ha eliminado el derecho de la minoría a solicitar el ejercicio de la acción social al *Aufsichtsrat* o al representante legal (§ 147, *Abs. 1 AktG* 1965). Pero, al mismo tiempo ha introducido la legitimación de aquellos socios que ostenten, al menos, el uno por ciento del capital social, o cuya participación alcance el valor mínimo de 100.000 euros, para ejercitar la acción social en nombre propio y en interés de la sociedad (§ 148)⁹⁵. Con todo, la regulación de la renuncia a la acción social de responsabilidad no se ha visto alterada, aunque ha perdido gran parte de su utilidad, a raíz de esta atribución de legitimación a los socios minoritarios. En efecto, la junta puede renunciar o transigir *ex* § 93(4), pero debe esperar tres años para hacerlo, por lo que la minoría siempre podrá ejercitar la acción antes de que transcurra ese plazo⁹⁶. De esta forma, el derecho de los socios ajenos al grupo de

reconoce el derecho de cada accionista de la sociedad dominada a ejercitar, *ut singuli*, la acción social de responsabilidad frente a los representantes legales (§ 309, *Abs. 4*) y a los miembros del *Vorstand* y del *Aufsichtsrat* de la sociedad dominante (§ 310, *Abs. 4*). En este contexto, se atribuye a la sociedad dominada la facultad de renunciar o transigir al ejercicio de la acción, siempre que hayan transcurrido tres años desde el nacimiento de la pretensión. Sin embargo, la aprobación del acuerdo no compete a la junta sino a los accionistas ajenos al grupo de control (*aussenstehenden Aktionäre*), siempre y cuando la minoría titular de, al menos, el diez por ciento del capital que ha participado en la adopción del acuerdo no haya impugnado el acta (§ 309, *Abs. 3*) (cfr., al respecto, DUDEN, K., «Il problema della tutela delle minoranze nel diritto italiano e nel diritto tedesco», en *Riv. dir. comm.*, 1966, I, pp. 406 y 407).

⁹² Aunque, de nuevo, priva de todo efecto exoneratorio a la aprobación del *Aufsichtsrat* (§ 93, *Abs. 4, Satz. 2*).

⁹³ Aprobada el 22 de septiembre, la norma entró en vigor el 1 de noviembre (*BGBI*, I, núm. 60, de 27 de septiembre, pp. 2802 y ss).

⁹⁴ Entre sus principales novedades, la *UMAG* ha codificado la «*Business Judgment Rule*», de forma que los administradores no responden cuando quepa presumir razonablemente que han actuado en interés de la sociedad, en el marco de una decisión empresarial y sobre la base de una información adecuada (§ 93, *Abs. 1, Satz. 2*).

⁹⁵ Para ello, los accionistas minoritarios deben probar (*i*) que han adquirido las acciones antes del momento en que ellos mismos o sus causahabientes hubieran conocido el incumplimiento o los daños denunciados y (*ii*) que han requerido infructuosamente a la sociedad, para que ésta interponga por sí misma la demanda, en un plazo adecuado. Además (*iii*) deben existir hechos que justifiquen la sospecha de que se ha causado un daño a la sociedad por falta de lealtad o por violación grave de la ley o de los estatutos; y (*iv*) la interposición de la acción no debe oponerse a los intereses de la sociedad. Por su parte, los párrafos segundo a quinto del § 148 de la *Aktiengesetz* regulan los aspectos procesales de la acción ejercitada por la minoría, previendo su coordinación con la de la sociedad. A su vez, el párrafo sexto establece que las costas del proceso correrán a cargo de la sociedad si ésta asume la demanda pendiente de los accionistas o si la interpone ella misma; en caso contrario, la sociedad reembolsará a los demandantes las costas que les correspondan, aunque se haya rechazado total o parcialmente la demanda, siempre que no hubieran actuado de forma dolosa o gravemente negligente (cfr., al respecto, SPINDLER, G., «Comentario al § 148», en Schmidt/Lutter (Dirs.), *AktGKomm.*, vol. 1, 2ª ed., Colonia [Otto Schmidt], 2010, pp. 2127 a 2152).

⁹⁶ Cfr. KRIEGER, G. y SAILER-COCEANI, V., «Comentario al § 93» en Schmidt/Lutter (Dirs.), *AktGKomm.*, ob. cit., pp. 1286 y 1287.

control de impedir la renuncia aparece totalmente desvinculado de su legitimación para ejercitar la acción social de responsabilidad⁹⁷.

Muy similar al sistema español es también el establecido en el *Código das sociedades comerciais* portugués⁹⁸. En éste, la competencia para renunciar o transigir al ejercicio de la acción social de responsabilidad pertenece, de igual manera, a la junta general (art. 74.2) que puede aprobar ambos acuerdos, siempre y cuando no se opongan socios minoritarios que representen, al menos, el diez por ciento del capital social. Sin embargo, resulta llamativo que el porcentaje de capital social exigido para el ejercicio de la acción social en vía extraordinaria no sea el diez, sino solamente el cinco por ciento o el dos por ciento, en caso de sociedades emisoras de acciones cotizadas en un mercado regulado. De esta manera, la titularidad necesaria para renunciar es justamente el doble —o más del doble, si se trata de una sociedad cotizada— que la exigida para interponer la acción social. Esta opción legislativa es, cuando menos, discutible, en la medida en que deja desprotegida a la minoría, la cual puede reunir el porcentaje necesario para el ejercicio de la acción, pero no llegar a ostentar la proporción suficiente para oponerse a la renuncia acordada por la mayoría⁹⁹. Por otra parte, y a diferencia de lo que sucede en la legislación societaria española, el Código portugués prohíbe expresamente votar en el acuerdo de renuncia o transacción a los administradores que sean, al mismo tiempo, socios (art. 74.2, *in fine*). También se aleja de la Ley española —y se aproxima, en este punto, al *Code français*— al declarar nula cualquier cláusula estatutaria que excluya o limite preventivamente la responsabilidad de los fundadores, gerentes o administradores (art. 74.1).

4. Las novedades en la regulación de la renuncia en el Derecho italiano tras la reforma del Derecho de sociedades de 2003

El Decreto legislativo, número 6, de 17 de enero de 2003¹⁰⁰ ha traído consigo una profunda reforma del Derecho de sociedades italiano —caracterizada, fundamentalmente, por una simplificación de toda la disciplina y por el reconocimiento de un amplio margen a la autonomía estatutaria— que ha alterado, en buena medida, el régimen de responsabilidad de los administradores de las *società per azioni*, aproximándolo, en algunos aspectos, al Derecho español vigente¹⁰¹. En un plano

⁹⁷ No obstante, el § 148(6), *Satz. 4*, establece que, en caso de que de que la sociedad asuma la demanda interpuesta por los socios, el desistimiento estará sometido al mismo régimen de la renuncia, con la única diferencia de que, en este caso, no se aplica el plazo de espera de tres años establecido en el § 93(4).

⁹⁸ *DL n.º 262/86 de 2 de Setembro (DR 201/86, série I, de 2 de septiembre)*.

⁹⁹ Advértase el error que comete BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, ob. cit., pp. 64 y 65 al analizar el artículo 77 del Código portugués. El autor italiano confunde aquí —al igual que hace al analizar el Derecho español— el cinco por ciento con la quinta parte —veinte por ciento— del capital social. En consecuencia, encuentra plenamente coherente el sistema portugués, entendiendo que el porcentaje requerido para ejercitar la acción es superior al exigido para oponerse a la renuncia o transacción.

¹⁰⁰ *D. lgs. 17 gennaio 2003, núm. 6, di Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366. (GU, núm. 17, del 22 de enero de 2003 - Supplemento Ordinario, núm. 8)*.

¹⁰¹ Para una breve panorámica general de la reforma, cfr., CAMPOBASSO, G.F., *Diritto commerciale*, vol. 2, 8ª ed., Turín [Utet], 2012, pp. 148 y 149. Un comentario más detallado puede verse en ANGELICI, C., «Introduzione alla riforma delle società di capitale», en Abbadessa/Portale (Dirs.), *Il nuovo Diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. 1, 1ª reimp., Turín [Utet], 2007, pp. 3 a 24. Una de las novedades más importantes en materia de administración de las *società per azioni* es la previsión de dos nuevos sistemas de administración; junto al denominado «tradicional», caracterizado por la presencia del *collegio sindacale* junto al órgano de administración, se regulan ahora un sistema «dualista» (arts. 2409-*octies* a 2409-*quinquiesdecies C.Civile*), de corte alemán y uno «monista», de inspiración

general, destaca la supresión de toda alusión al mandatario como parámetro para la determinación de la diligencia exigida al administrador y la sustitución de este criterio por el de la «*diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze*» (art. 2392, párrafo primero, *C.Civile*)¹⁰². Es igualmente notable la nueva regulación de la legitimación de la minoría que recupera, en parte, el Anteproyecto de 1922 (*supra* I.3). El ejercicio de la acción se atribuye ahora a los accionistas titulares del veinte por ciento del capital social —dos y medio por ciento, para las sociedades que recurran al mercado de capital riesgo¹⁰³— o de la medida que, en su caso, establezcan los estatutos, que en ningún caso podrá ser superior a un tercio del capital social (art. 2393-*bis* *C.Civile*)¹⁰⁴.

El antecedente inmediato del artículo 2393-*bis* del *Codice civile* es el artículo 129 del *Testo Unico della Finanza*¹⁰⁵. Este precepto, que era aplicable únicamente a las sociedades cotizadas, estableció, por primera vez, la legitimación extraordinaria de la minoría para el ejercicio de la acción social, condicionándola a la posesión de, al menos el cinco por ciento del capital social —o el menor porcentaje establecido en los estatutos— y a la previa inscripción en el libro registro de socios con una anterioridad mínima de seis meses. El apartado segundo del

inglesa (arts. 2409-*sexiesdecies* a 2409-*noviesdecies* *C.Civile*). Sin embargo, el régimen de responsabilidad de los administradores es, en esencia, el mismo en los tres modelos, salvo alguna particularidad a la que se hará referencia a lo largo de este trabajo. Sobre esta novedad legislativa, puede verse CASELLI, G., «I sistemi di amministrazione nella riforma della s.p.a.», en *Contr. impr.*, 2003, pp. 149 a 163.

¹⁰² Un análisis de esta novedad legislativa puede verse en ROSSI, A., «Sub art. 2392», en Maffei Alberti (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, vol. 1, Padua [Cedam], 2005, pp. 790 a 808.

¹⁰³ El porcentaje inicialmente previsto para el ejercicio de la acción social por parte de la minoría en las sociedades de capital era del 5%. No obstante, fue reducido al 2,5% por el artículo 3 de la *Legge 28 dicembre 2005*, n. 262 (*GU*, núm. 301, del 28 de diciembre). Debe tenerse en cuenta que el concepto de «*società che fa ricorso al mercato di capitale di rischio*» no coincide con el de sociedad cotizada. De la definición contemplada en el artículo 2325-*bis* del *Codice civile* se desprende que estas últimas no son sino un subtipo de las primeras, que abarcan, además, a las sociedades emisoras de acciones no cotizadas pero ampliamente difundidas entre el público.

¹⁰⁴ Como tendremos ocasión de analizar (*infra* §11), esta regulación difiere sensiblemente de la española, en la medida en que la actuación de los socios minoritarios no se halla supeditada, en ningún caso, a la inercia de la sociedad (cfr. LATELLA, D., *L'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza*, Turín [Giappichelli], 2007, pp. 190 y ss.).

¹⁰⁵ Conocido popularmente como «*Legge Dragghi*», el *D. lgs. 24 febbraio 1998*, n. 58 (*GU*, núm. 71, del 26 de marzo) entró en vigor el 1 de julio de 1998. Con anterioridad a la aprobación de esta Ley, la posibilidad de legitimar a la minoría para el ejercicio de la acción social de responsabilidad había sido objeto de un amplio debate por la doctrina. Fruto del mismo fue el artículo 12 del Proyecto La Malfa-Lombardi, de reforma del *Codice civile*, publicado en ASCARELLI, T., *Problemi giuridici*, vol. 2, Milán [Giuffrè], 1959, pp. 937 a 943 («Schemi di progetti di legge sulle intese industriali e commerciali e in tema di società»), en el que se atribuía el ejercicio de la acción social a la minoría titular del diez por ciento del capital social o de una participación con un valor nominal superior a cuarenta millones de liras, añadiéndose, a continuación, que «la sociedad, mediante acuerdo expreso, [podía] renunciar a la acción social de responsabilidad o transgírla, siempre que no [constase] el voto contrario de la minoría señalada en el párrafo anterior». Con posterioridad, el conocido como *Proyecto De Gregorio*, publicado en *Riv. soc.*, 1966, pp. 93 y ss. («Schema di disegno di legge concernente la riforma della disciplina delle società commerciali»), abandonaría esta propuesta, optando por atribuir la legitimación al colegio sindical, en caso de inercia de la asamblea (cfr. art. 25). Para un análisis detallado del artículo 129 del *Testo Unico della Finanza*, cfr., con carácter general, PICCIAU, A., «Sub art. 129», en Marchetti/Bianchi (a cura di), *La disciplina delle società quotate nel Testo Unico della Finanza. D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58. Commentario*, tomo 1, Milán [Giuffrè], 1999, así como los autores citados *infra* en el epígrafe §11.

artículo reconocía a la junta la posibilidad de renunciar o transigir el ejercicio de la acción social de responsabilidad, siempre y cuando no constase el voto contrario de la minoría titular del cinco por ciento del capital social¹⁰⁶.

Por lo que se refiere, más concretamente, a la renuncia a la acción social de responsabilidad, llama la atención el hecho de que el nuevo párrafo sexto del artículo 2393 del *Codice civile* siga atribuyendo la competencia *a la sociedad*, sin concretar el órgano competente. A pesar de lo cual, la doctrina que se ha ocupado más recientemente de su análisis continúa afirmando la exclusiva competencia de la asamblea, al menos cuando la sociedad se halle *in bonis*¹⁰⁷. Por otra parte, se sigue afirmando la inoponibilidad de la renuncia a los acreedores sociales (art. 2394, párrafo tercero, *C.Civile*) y se sigue reconociendo a la minoría la facultad de oponerse a la renuncia o a la transacción acordada por la junta, si bien, el porcentaje necesario para ejercitar el derecho de veto se ha coordinado con el requerido para interponer la acción social de responsabilidad¹⁰⁸.

La reforma tiene, en relación con esta última novedad, una mayor importancia de la que pudiera atribuírsele a primera vista. En apariencia, se limita a vincular el porcentaje de capital necesario para bloquear la renuncia o la transacción con los porcentajes exigidos para el ejercicio de la acción social por parte de los socios. Pero esta modificación encierra, en realidad, un cambio en la concepción de la disciplina de la renuncia: ésta deja de ser un mecanismo débil e indirecto de tutela de las minorías, para convertirse en el envés de su legitimación para el ejercicio de la acción social, el instrumento que la garantiza y, sin el cual, ésta queda reducida a la nada. Haciendo coincidir ambos porcentajes, el legislador otorga a la regulación de la renuncia una finalidad muy concreta: evitar que la minoría se vea privada, de forma abusiva, de la posibilidad de exigir al administrador la reintegración del patrimonio social dañado mediante el ejercicio de la acción social¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Dado que el sucesivo artículo 2393-*bis* del *Codice civile* pasó a contemplar el ejercicio de la acción social tanto en las sociedades cotizadas como en las no cotizadas, el art. 129 del *Testo Unico de la Finanza* fue derogado por el artículo 9 del *D. lgs. 6 febbraio 2004*, n. 37 (*GU*, núm. 37, del 14 de febrero, *Supp. Ordinario*, núm. 24).

¹⁰⁷ DELL'ATTI, G., *La rinunzia all'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori di s.p.a.*, Milán [Giuffrè], 2012, pp. 124 y 125.

¹⁰⁸ No obstante, tendremos oportunidad de ver que, a pesar de la referencia expresa del artículo 2393, párrafo sexto, del *Codice civile* al artículo 2393-*bis*, esta coordinación no se ha logrado completamente. Por un lado, porque, en relación con las sociedades cotizadas, el porcentaje de bloqueo se ha mantenido en un 5%, a pesar de que, desde 2005, sólo se requiere la titularidad del 2,5% para ejercitar la acción social. Y, por otro lado, porque el porcentaje necesario para ejercitar la acción se calcula sobre el capital social con y sin derecho de voto, en tanto que el requerido para oponerse al acuerdo de renuncia o transacción se calcula únicamente en relación con el capital social con derecho a voto. Por el contrario, el legislador español sí ha logrado una correspondencia total entre ambos porcentajes, dado que el ejercicio de la oposición no presupone el derecho de voto (v. *infra* §9.IV.3).

¹⁰⁹ Cfr., en este sentido, DALMOTTO, E. «Sub artt. 2393-2393 bis», en Cottino (*et al.*) (Dirs.), *Il nuovo diritto societario*, vol. 1, Bolonia [Zanichelli], 2004, p. 793. Téngase en cuenta, sin embargo, lo dicho en la nota anterior.

Algunas otras novedades legislativas tienen por objeto regular el ejercicio —y la renuncia— de la acción social en las sociedades que adopten un modelo dualístico de administración (art. 2409-*decies* *C.Civile*) y en las sociedades de responsabilidad limitada (art. 2476 *C.Civile*)¹¹⁰. También se hace referencia expresa a la renuncia de la minoría en caso de que sea ésta la que haya actuado en responsabilidad (art. 2393-*bis*, párrafo sexto, *C.Civile*) y se regulan los efectos de la renuncia y transacción de la sociedad sobre la acción que corresponde al administrador judicial en el marco del procedimiento regulado por el artículo 2409 del *Codice civile*¹¹¹.

IV. LA RENUNCIA A LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD Y LOS RECIENTES MOVIMIENTOS DE REFORMA DEL DERECHO ESPAÑOL DE SOCIEDADES

En los últimos años, hemos asistido en España a un intenso movimiento de reforma del Derecho mercantil, en general, y del Derecho de sociedades en particular, que ha cristalizado en sendas propuestas de reforma, que se han tramitado en paralelo y que, como veremos, han acabado superponiéndose. La primera de ellas, impulsada por el Ministerio de Justicia, es la Propuesta de Código mercantil de 2013, que ha dado lugar a un Anteproyecto de Ley, cuya tramitación parlamentaria no ha comenzado aún. La segunda, auspiciada por el Ministerio de Economía y Competitividad, es la que ha acabado imponiéndose, dando lugar a la recientemente aprobada Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

Las dos afectan a la disciplina de la renuncia a la acción social, aunque lo hacen sólo de forma indirecta, dado que ambas mantienen su esencia, atribuyendo la competencia exclusiva para la adopción del acuerdo a la junta y regulando el derecho de veto u oposición de los socios minoritarios.

1. La Propuesta de Código mercantil de 2013

El 7 de noviembre de 2006, por orden del Ministerio de Justicia, se encargó a la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación la redacción de un nuevo Código Mercantil. El citado encargo dio como resultado una *Propuesta de*

¹¹⁰ En relación con estas últimas la reforma ha sido especialmente intensa. En materia de responsabilidad de los administradores, el nuevo artículo 2476 del *Codice civile* establece una disciplina propia, superando al antiguo artículo 2487 del *Codice civile* que se limitaba a establecer una remisión en bloque a la regulación de las *società per azioni*. La novedad más importante es que el *Codice* prevé la responsabilidad solidaria de los administradores y de los socios que intencionalmente hayan decidido o autorizado el cumplimiento de actos lesivos para la sociedad, los socios o los terceros (art. 2476, párrafo séptimo, *C.Civile*). Además, el ejercicio de la acción social de responsabilidad se atribuye a cada socio a título individual (art. 2476, párrafo tercero, *C.Civile*), si bien la competencia para renunciar o transigir se otorga a la junta, que podrá adoptar los respectivos acuerdos por una mayoría superior a los dos tercios del capital social, siempre que no se opongan socios que representen, al menos, el diez por ciento del capital social (art. 2476, párrafo quinto, *C.Civile*).

¹¹¹ Todas estas modificaciones serán objeto de estudio pormenorizado en los apartados correspondientes.

Código mercantil, cuya presentación lleva fecha de 17 de junio de 2013¹¹². Dicha Propuesta incorpora muchas y muy importantes novedades —de índole sustancial, pero también formal¹¹³— aunque, como es obvio, el análisis de las mismas debe limitarse, aquí, a aquéllas que influyen en la regulación de la renuncia a la acción social de responsabilidad¹¹⁴.

La Propuesta dedica a las sociedades mercantiles su Libro II, sistematizando su regulación en tres niveles —de menor a mayor grado de concreción—: normas generales comunes a todas las sociedades mercantiles (Título I); normas comunes a cada una de las dos categorías en las se dividen las sociedades mercantiles —sociedades de personas (Título II) y sociedades de capital (Título III)—; y normas propias de cada tipo capitalista —sociedad de responsabilidad limitada (Capítulo II) y sociedad anónima (Capítulo III)—. Pues bien, la renuncia a la acción social de responsabilidad aparece regulada tanto entre las normas comunes a todas las sociedades mercantiles, como entre las relativas a las sociedades de capital. En el primer caso, la Propuesta se limita a decir que «la acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, *que podrá transigir o renunciar a su ejercicio*» (art. 215-17.1 PCMer), tipificando, por primera vez, la acción social como instrumento de reacción ante el incumplimiento de los administradores, tanto en las sociedades de personas como en las de capital. No obstante, esta disposición general, que encuentra un posterior desarrollo en relación con estas últimas (art. 231-89 PCMer), no se halla específicamente regulada en el caso de las primeras.

En consecuencia, son muchas las dudas que suscita la renuncia a la acción social de responsabilidad en las *sociedades de personas*. Así, por ejemplo, la referencia genérica a «la sociedad» como única legitimada para acordar la renuncia plantea el problema de si estamos ante un acto que entra dentro de las facultades de gestión de los socios que tengan atribuida la administración de la sociedad o si se trata, por el contrario, de un acto sustraído a la competencia de los administradores, tal y como sucede en las sociedades de capital (*infra* §7.I). Nada se establece, tampoco, respecto a la oposición al acuerdo de renuncia. Omisión esta última que parece particularmente grave si se tiene en cuenta que la Propuesta atribuye la legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social a cada socio de manera individual (el art. 215-18.1 PCMer). La cuestión cobra sentido desde el momento en que la Propuesta —a diferencia del Código de Comercio vigente— regula el sistema de adopción de acuerdos en las sociedades personalistas y lo hace, además, descartando la unanimidad como regla

¹¹² La Propuesta ha sido editada por el Ministerio de Justicia y se encuentra accesible, *online*, a través de la dirección: <http://www.mjusticia.gob.es> (febrero de 2015).

¹¹³ Entre las modificaciones formales, destaca la adopción, por el prelegislador español, de la técnica de numeración de los libros, títulos, capítulos y artículos propia del *Code de commerce* del año 2000, cuyo empleo se sugirió ya en la Orden del Ministerio de Justicia de 7 de noviembre de 2006 y que encuentra justificación, según la Exposición de Motivos del Anteproyecto (v. apartado I-16), en la mayor facilidad de este nuevo sistema a la hora de «añadir o modificar artículos sin necesidad de alterar más que la numeración del capítulo correspondiente».

¹¹⁴ Algunas otras modificaciones de gran trascendencia para el tema que nos ocupa serán oportunamente analizadas, en apartados sucesivos.

supletoria¹¹⁵. En efecto, en las sociedades colectivas, la norma pasaría a ser, salvo disposición legal o estatutaria en contrario, la mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que dicha mayoría represente, al menos, las dos terceras partes del número total de socios (art. 222-1 PCMer); en tanto que, en las sociedades comanditarias simples, los acuerdos sociales se adoptarían por mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que dicha mayoría alcance, al menos, las dos terceras partes del número total de socios colectivos y concurriese, además, el acuerdo mayoritario, en número y capital, de los socios comanditarios (art. 222-2 PCMer)¹¹⁶. Por tanto, se deja sin resolver si a cada socio se le atribuye también la facultad de vetar la renuncia o transacción acordada por la sociedad, aunque la lógica del sistema conduce a pensar que, en el caso de que los socios no hubieran pactado la unanimidad, el acuerdo de renuncia no podría adoptarse contra la oposición de cualquiera de ellos¹¹⁷.

Por lo que a las *sociedades de capital* se refiere, la principal novedad deriva, no tanto de la regulación específica de la acción social de responsabilidad, que se mantiene en los mismos términos que los de la Ley de Sociedades de Capital, cuanto de una norma de alcance general a todas ellas, como es la adopción de un concepto gradual de «minoría». En efecto, acogiendo la crítica manifestada desde hace tiempo por la doctrina a la rigidez con la que la Ley de Sociedades de Capital configura los derechos de la minoría —a través de porcentajes fijos, con independencia de las características concretas de la sociedad—, el artículo 231-23.2 de la Propuesta vincula la noción de minoría al tamaño de la sociedad, en términos de capital social¹¹⁸. De esta forma,

¹¹⁵ Como es sabido, a falta de norma expresa en este sentido, la doctrina ha considerado que la regla general, tanto en las sociedades colectivas como en las comanditarias simples es la de la unanimidad, siempre que los estatutos no hubieran previsto lo contrario. Cfr., por todos, GIRÓN, J., *Derecho de sociedades. Parte general*, Madrid, 1976, pp. 444 y ss.

¹¹⁶ No deja de sorprender que la Propuesta de 2013 —como ya hiciera la de 2002 (cfr. arts. 180.2 y 195.1)— abandone la unanimidad como regla supletoria en las sociedades de personas; más aún si se tiene en cuenta que, a la hora de regular un tipo específico de sociedad personalista, como es la «agrupación de interés económico» —que, en lo no previsto expresamente, se rige por las normas de la sociedad colectiva (art. 292-6 PCMer)— el régimen supletorio sigue siendo el de la unanimidad (art. 292-9.1 PCMer).

¹¹⁷ A esta conclusión llega también PAZ-ARES, C., «La sociedad colectiva: introducción y administración», en Uría-Menéndez, *Curso de Derecho Mercantil*, vol. 1, 2ª ed., Madrid [Civitas], 2006, p. 634, para quien la acción no podría ejercitarse si el acto lesivo hubiera sido «aprobado o ratificado por todos los socios» (art. 144 CCo, *in fine*). Además, en el caso de que en el contrato social se hubiera pactado un régimen de mayorías —régimen que la Propuesta contempla como supletorio— «bastará ciertamente el acuerdo de la mayoría para lograr el descargo del administrador negligente. Pero dicho acuerdo no privará a la minoría que se haya opuesto para defender el interés social», por analogía a lo previsto para las sociedades de capital.

¹¹⁸ Han criticado la falta de adecuación de la normativa vigente a la realidad de las pequeñas y de las grandes sociedades, en España, entre otros, POLO, E., *Los administradores y el consejo*, ob. cit., pp. 316 y 337.; LARA, R., «La acción social de responsabilidad: Ejercicio por la sociedad», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 5ª ed., Valencia [Tirant lo Blanch], 2013, p. 112; GARRETA, J.M., *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, 4ª ed., Madrid [Marcial Pons], 1997, p. 147 y QUIJANO, J., «Legitimación subsidiaria de la minoría (Art. 239)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, vol. 1, Madrid [Civitas], 2011, p. 1718. La necesidad de configurar las minorías legitimadas para el ejercicio de determinados derechos en proporción al capital social ha sido advertida también en Italia. Cfr., en general y con especial referencia al ejercicio de la acción social de responsabilidad, ASCARELLI, T., «I problemi

tendrían la consideración de minoría quienes fuesen titulares, de forma individual o conjunta, del cinco por ciento del capital o del porcentaje de votos, en aquellas sociedades con un capital social igual o inferior a un millón de euros. Cuando el capital social fuese superior al millón de euros e igual o inferior a los diez millones de euros, el porcentaje minoritario se obtendría añadiendo al cinco por ciento anterior, el tres por ciento del capital que exceda del millón de euros. Y, por último, en las grandes sociedades con capital superior a los diez millones de euros, el ejercicio de los derechos de minoría estaría condicionado a la titularidad del capital que resultase de añadir al porcentaje anterior el uno por ciento del capital que exceda de los diez millones de euros¹¹⁹. No obstante, esta determinación legal de la minoría podría ser reducida estatutariamente, a tenor de lo establecido en el apartado cuarto del artículo 231-23 de la Propuesta¹²⁰.

Por tanto, en la sociedad anónima y en la de responsabilidad limitada, la junta podría renunciar o transigir al ejercicio de la acción social en cualquier momento, siempre que no se opusiere a ello una minoría calculada conforme a las reglas anteriores (art. 231-89.2 PCMer).

Finalmente, la Propuesta introduce dos novedades importantes en relación con el ejercicio de la acción social de responsabilidad en las sociedades de capital. La primera de ellas tiene que ver con la legitimación extraordinaria de la minoría. Cuando la acción se fundamente en la infracción del deber de lealtad, los socios minoritarios estarían facultados para ejercitarla *directamente*, esto es, sin necesidad de que la junta tenga que manifestarse previamente (art. 215-18.2)¹²¹. Con ello, la Propuesta altera el carácter «subsidiario» del que se ha dotado a la legitimación de la minoría desde su introducción en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y se aproxima al Derecho italiano (art. 2393-*bis*). Aunque volveremos más adelante sobre el particular (*infra* §11), podemos adelantar que se trata de una medida plenamente acertada, que se enmarca dentro de la política de indulgencia con la falta de diligencia y de severidad con la deslealtad que ha

delle società anonime per azioni», en *Riv. soc.*, 1956, pp. 32 a 34. En el mismo sentido, MAVIGLIA, R., ob. cit., p. 707; ROSSI, A., «Sub art. 2393-*bis*», en Maffei Alberti (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, ob. cit., vol. 1, pp. 823 y 824 y MONTALENTI, P., «Corporate governance: la tutela delle minoranze nella riforma delle società quotate», en *Riv. dir. comm.*, 1998, I, p. 331, quien lamenta la ausencia en Derecho italiano de un criterio regresivo de determinación de las minorías, a semejanza del proyectado en la Propuesta de Código Mercantil.

¹¹⁹ Así, en una gran sociedad cotizada como el Banco de Santander, con 10.809.600.581 euros de capital social, el ejercicio de los derechos de minoría estaría condicionado a la titularidad de acciones por importe igual o superior a los 108.316.005,81 euros (equivalentes al 1,00204% del capital social), que corresponderían: 50.000 euros al primer tramo, hasta el millón de euros; 270.000 euros al segundo tramo, del millón de euros a los diez millones de euros; y 10.7996.005,8 euros al tercer y último tramo.

¹²⁰ En este punto, la Propuesta de 2013 se separa del Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas de 1988 que establecía también un sistema de minorías decrecientes, pero no contemplaba la posibilidad de alteración por los estatutos (v. *supra* la nota 81).

¹²¹ Aunque la norma se ubica en sede de disposiciones comunes a todas las sociedades mercantiles, el hecho de que, en las personalistas, el ejercicio de la acción social se atribuya a cada socio de forma individual reduce su ámbito de aplicación a las sociedades de capital.

terminado incorporando finalmente la Ley 31/2014, de 3 de diciembre¹²². En efecto, atendiendo a la distinta peligrosidad de cada una de estas conductas, la Propuesta facilita el ejercicio de la acción social de responsabilidad en los casos más graves, en los que la necesidad de convocar la junta con carácter previo puede resultar fatal para el desenlace del proceso, ya que provoca un retraso que puede ser aprovechado por el administrador para destruir pruebas u obstaculizar, de cualquier otra forma, el éxito de la acción.

La segunda novedad tiene que ver con la previsión de una regla de indemnización de los gastos procesales en los que hubiera podido incurrir la minoría, que habría de soportar la sociedad, en caso de estimación total o parcial de la demanda, a no ser que los socios actuantes hubieran «obtenido o podido obtener de los demandados el reembolso completo de estos gastos» (art. 215-18.3 PCMer).

Señalábamos al principio de este apartado, que la Propuesta de la Comisión General de Codificación ha alumbrado un *Anteproyecto de Ley de Código mercantil*, el cual ha sido informado por el Consejo de Ministros el día 30 de mayo de 2014. Se da la circunstancia de que esa misma fecha se hacía público el Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, que se había ido tramitando en paralelo¹²³. Este último Anteproyecto reproduce las conclusiones de un estudio previo, encomendado por el Consejo de Ministros a una «Comisión de Expertos» en la materia, que adoptaba un enfoque radicalmente distinto al de la Propuesta de Código mercantil en muchos aspectos. De ahí que la Comisión General de Codificación, consciente de que la tramitación del Código se demoraría más tiempo del que tardaría en entrar en vigor la nueva Ley, haya decidido amoldar el contenido del Anteproyecto de Código mercantil a los postulados de aquel estudio. Por eso, las novedades de la Propuesta han sido sustituidas en el Anteproyecto por las normas que analizaremos a continuación¹²⁴.

2. La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo

Como decimos, al tiempo que la Comisión General de Codificación ultimaba la Propuesta de Código mercantil, el Consejo de Ministros ordenó, mediante acuerdo de 10 de mayo de 2013¹²⁵, la creación de una «Comisión de Expertos» en materia de gobierno corporativo, a la que se le encomendó que, en el plazo de cuatro meses,

¹²² V. *infra* las notas 136 y 142.

¹²³ V. *infra* la nota 129.

¹²⁴ No obstante, la disconformidad de la Comisión con muchas de las soluciones finalmente aprobadas en la reforma de 2014 se hace patente en un informe inédito remitido al Ministerio de Justicia por la Comisión General de Codificación, que lleva fecha de 10 de enero de 2014, en el que se proponen distintas modificaciones; ninguna de las cuales ha sido incorporada al texto finalmente aprobado por las Cortes.

¹²⁵ Publicado por Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo (BOE, núm. 123, de 23 de mayo de 2013).

remitiese al Gobierno un estudio en el que se analizase el estado actual del gobierno de las empresas españolas y se realizasen propuestas tendentes a mejorarlo¹²⁶. Fruto de este mandato fue un «Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas», fechado el 14 de octubre de 2013¹²⁷, que constituye el antecedente inmediato de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre¹²⁸. Norma que recoge, en gran medida, las recomendaciones de dicho estudio, apartándose, en muchos casos, de las soluciones adoptadas por la Propuesta de Código mercantil¹²⁹.

El grueso de la reforma —que introduce hasta un total de sesenta y cinco modificaciones en el texto de la Ley de Sociedades de Capital— se centra en las sociedades cotizadas y, especialmente, en la regulación del consejo de administración¹³⁰. Pero la Ley tiene un alcance general y afecta también, de manera muy relevante, a las sociedades no cotizadas. Por razones obvias, únicamente nos detendremos, en esta sede introductoria, en aquellos cambios que atañen a la materia que nos ocupa y lo haremos, además, de manera muy superficial, sin perjuicio de que, a lo largo de este trabajo, profundicemos en algunos otros aspectos de la reforma¹³¹.

Comenzando por el régimen de responsabilidad de los administradores, destaca, en primer lugar, la nueva regulación del *deber de diligencia* (art. 225 LSC). La

¹²⁶ Han formado parte de esta comisión, la Presidenta y la Vicepresidenta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, dos representantes del Ministerio de Justicia y dos del Ministerio de Economía y Competitividad y tres representantes del «sector privado».

¹²⁷ Dicho Estudio se encuentra disponible en la página web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (www.cnmv.es) (febrero 2015).

¹²⁸ BOE, núm. 293, de 4 de diciembre de 2014. Su entrada en vigor ha tenido lugar el 24 de diciembre de 2014.

¹²⁹ El Anteproyecto de Ley, hecho público el 30 de mayo de 2014, reproduce, de manera prácticamente literal, la propuesta de la «Comisión de expertos». El Proyecto de Ley, que se encuentra publicado en el BOCG-CD, serie A, núm. 97-1, de 30 de mayo de 2014, tampoco introdujo modificaciones significativas. Los hitos más relevantes de su tramitación parlamentaria pueden seguirse en los diarios oficiales de las Cortes Generales: las enmiendas y el índice de enmiendas al articulado, formuladas en el Congreso de los Diputados se encuentran publicados en el BOCG-CD, serie A, núm. 97-2, de 23 de septiembre de 2014; el texto finalmente remitido al Senado puede consultarse en el BOCG-S, núm. 413, de 9 de octubre de 2014 y las enmiendas formuladas en el Senado están publicadas en el BOCG-S, núm. 425, de 29 de octubre de 2014, si bien, todas han sido rechazadas (cfr. la sesión plenaria del Senado en el BOCG-S, núm. 136, de 27 de noviembre de 2014).

¹³⁰ Las modificaciones en materia esta materia son muy variadas e incluyen, desde la enumeración de una lista de facultades indelegables que vienen a sumarse a las ya establecidas en el artículo 249-*bis* de la Ley de Sociedades de Capital para las sociedades no cotizadas (art. 529-*ter* LSC), hasta la clasificación de los consejeros en «ejecutivos», «no ejecutivos», «dominicales» e «independientes» (art. 529-*duodecies* LSC), pasando por la regulación de las figuras del presidente (art. 529-*sexies* LSC) y del secretario del consejo (art. 529-*octies* LSC). Especial atención reciben también las comisiones del consejo. A la «comisión de auditoría», regulada ya en la Disposición Adicional 18^a de la Ley del Mercado de Valores —y que se contempla ahora en el artículo 529-*quaterdecies* LSC— se ha sumado, con carácter obligatorio (art. 529-*terdecies.2* LSC, una «comisión de nombramientos y retribuciones» (art. 529-*quindécies* LSC). Por último, la reforma regula, de manera detallada, la remuneración de los administradores en este tipo de sociedades (cfr. arts. 529-*sexdecies* a 529-*novodecies* LSC), que debe ser objeto de un informe anual específico (art. 541 LSC).

¹³¹ Un análisis más detallado de la misma puede verse en AAVV, *Comentarios a la reforma del régimen de la junta general de accionistas en la reforma del buen gobierno de las sociedades*, Navarra [Aranzadi], 2014.

tradicional remisión al estándar de diligencia del «ordenado empresario» se completa ahora con una referencia expresa a «la naturaleza del cargo» y a las funciones que, en concreto, se hayan atribuido a cada administrador. Con ello, viene hacerse hincapié en la idea —ampliamente asentada en la doctrina— de que el reparto de tareas y, de un modo especial la delegación de funciones, incide decisivamente en el contenido y extensión de los deberes de diligencia de cada uno de los miembros del órgano de administración¹³². Otra importante novedad, relativa a la diligencia de los administradores, es la tipificación —bajo el título «Protección de la discrecionalidad empresarial»— de la regla del juicio empresarial («*Business Judgment Rule*») (art. 226 LSC), que no hace sino elevar a rango legal una práctica incorporada, desde hace tiempo, por los tribunales españoles¹³³.

También el *deber de lealtad* ha sido objeto de una intensa modificación. Su enunciación general se contiene ahora en el artículo 227 de la Ley de Sociedades de Capital, el cual, con una fórmula que reproduce la empleada por el Derecho inglés, obliga al administrador a obrar «de buena fe y en el mejor interés de la sociedad»¹³⁴. A continuación, el artículo 228 desarrolla y concreta este deber, estableciendo la obligación del administrador de no ejercitar sus facultades con fines distintos a aquéllos para los que le han sido concedidas, de guardar secreto sobre la información a la que

¹³² Como puede observarse, este llamamiento a las obligaciones derivadas de la «naturaleza del cargo» es el mismo que realiza el artículo 2392 del *Codice civile*. Según la doctrina italiana, dicho parámetro exige tener en consideración a la hora de reconstruir el grado de diligencia requerido a cada administrador, por un lado, factores objetivos —tales como las dimensiones de la empresa, su estructura organizativa, el sector de actividad en el que se desarrolla o la estructura del accionariado— que permitan establecer una relación proporcional entre la complejidad y las dimensiones de la empresa y el nivel de diligencia exigible y, por otro lado, la posición del concreto administrador dentro de la organización societaria y, en particular, su condición de consejero delegado o de miembro de una comisión. No obstante, la referencia a las concretas funciones encomendadas al administrador no parece tener el mismo significado que la remisión a sus «específicas competencias» que lleva a cabo el *Codice civile*. En efecto, esta última opción implica tener en consideración el nivel de profesionalidad de cada administrador, lo que incrementa el nivel de diligencia de aquéllos que estén dotados de mayores competencias. Sin embargo, la del legislador español parece reforzar, tan sólo, la idea de que la atribución de distintas funciones dentro del consejo y la delegación de facultades modifican el contenido de los deberes de diligencia, por lo que puede resultar pleonástica respecto a la «naturaleza del cargo». Sobre estas cuestiones, cfr. ROSSI, A., «*Sub art. 2392*», ob. cit., pp. 791 y ss.

¹³³ La Ley española se aproxima, así, a la *Aktiengesetz*, tras la reforma operada por la *UMAG* (v. *supra* la nota 94). Sin ninguna pretensión de exhaustividad, constituyen algunos ejemplos de aplicación de esta regla por parte de los tribunales españoles, la SAP Coruña (Sección 4ª), de 24 de marzo de 2006 (FJ Cuarto) (JUR 2006/144366); la SAP Madrid (Sección 28ª), de 13 de septiembre de 2007 (FJ Sexto) (JUR 2007/330370); la SAP Pontevedra (Sección 1ª), de 24 de enero de 2008 (FJ Séptimo) (JUR 2008/106210); la SAP Las Palmas (Sección 4ª), de 23 de abril de 2008 (FJ Cuarto) (JUR 2008/197079); la SJMerc núm. 1 de Las Palmas, de 18 de julio de 2011 (FJ Tercero) (AC 2011/155) y la SAP Barcelona (Sección 15ª), de 6 de febrero de 2013 (FJ Quinto) (JUR 2013/194326).

¹³⁴ La regla de *Common Law* que imponía al administrador el «deber de actuar de buena fe y en el mejor interés de la sociedad» («*duty to act in good faith in the best interests of the company*») (cfr. el *leading case* «*Smith & Fawcett Ltd*» [1942] Ch 304) ha sido tipificada en la *Companies Act* de 2006 (Sec. 172), de un modo parcialmente diverso, como el «deber de promover el éxito de la sociedad» («*duty to promote the success of the company*»), al objeto de poner mayor énfasis en el deber de los administradores de procurar la sostenibilidad a largo plazo de la empresa. Cfr. KEAY, A., «*The Duty to Promote the Success of the Company: Is it Fit for Purpose?*» (accesible a través de <http://ssrn.com/abstract=1662411>; febrero de 2015).

haya accedido por su condición de tal (ant. art. 232 LSC), de abstenerse de participar en la votación y adopción de acuerdos o decisiones en las que él o una persona a él vinculada tenga un conflicto de interés (ant. art. 229 LSC), de desempeñar sus funciones bajo su responsabilidad personal y con independencia de criterio, y de adoptar las medidas necesarias para evitar situaciones de conflicto de interés. Situaciones, estas últimas, que especifica y sistematiza, después, el artículo 229 de la Ley de Sociedades de Capital¹³⁵. Seguidamente, el artículo 230.1 declara el carácter imperativo del deber de lealtad sancionando la invalidez de aquellas disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo¹³⁶, aunque prevé la posibilidad de que la sociedad pueda dispensar a los administradores del cumplimiento de las obligaciones de contenido específico derivadas del deber de lealtad y reguladas en el artículo anterior (art. 230.2 LSC)¹³⁷.

Por lo que se refiere a los *presupuestos* y a la *extensión subjetiva de la responsabilidad*, la reforma aclara —quizás de forma innecesaria— que los administradores solamente responderán de los daños causados por los actos u omisiones contrarios a la ley a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo *cuando hubiera mediado dolo o culpa* (art. 236.1, párrafo primero, LSC, *in fine*). Más importancia reviste, en cambio, la introducción de una presunción *iuris tantum* de culpabilidad cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos (art. 236.1, párrafo segundo, LSC) y la extensión de la responsabilidad, tanto

¹³⁵ Este precepto recoge y reformula algunas de las conductas tipificadas con anterioridad en los artículos 227 («Prohibición de utilizar el nombre de la sociedad y de invocar la condición de administrador»), 228 («Prohibición de aprovechar oportunidades de negocio») y 230 («Prohibición de competencia») y regula otras nuevas, como la prohibición de realizar transacciones con la sociedad —salvo que se trate de operaciones ordinarias, realizadas en condiciones estándar y de escasa relevancia, entendido esto último en el sentido de que su falta de registro contable no afecte a la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad—, de hacer uso de los activos sociales —incluida la información confidencial de la sociedad— con fines privados, o de obtener ventajas o remuneraciones de sujetos ajenos a la sociedad y al grupo por motivo de su cargo, «salvo que se trate de atenciones de mera cortesía».

¹³⁶ La norma es, en principio, superflua, ya que la imperatividad del deber de lealtad se deduce, en todo caso, de las normas generales sobre las obligaciones. En este sentido, la disponibilidad del deber de lealtad equivaldría a dejar el cumplimiento de sus obligaciones a la voluntad de los administradores, lo cual es tanto como negar el carácter jurídico de la relación que le vincula a la sociedad (arg. *ex* art. 1259 CC). No obstante, la lectura *a sensu contrario* del precepto puede llevar a afirmar el carácter *meramente dispositivo* del deber de diligencia, dejando abierta la posibilidad de que los estatutos limiten o modulen su alcance y contenido. Así lo pone de manifiesto uno de los artífices de la reforma, cfr. PAZ-ARES, C., «Anatomía del deber de lealtad (Reflexiones a propósito del anteproyecto de reforma de la LSC)», en Ibáñez Jiménez (Dir.), *Comentarios a la reforma*, ob. cit., p. 104, para quien la norma «es más importante por lo que no dice (obsérvese que el Anteproyecto calla en este punto sobre el deber de diligencia) que por lo que dice».

¹³⁷ La dispensa deberá otorgarla la junta general cuando tenga por objeto la prohibición de obtener ventajas, recibir remuneraciones de terceros o realizar transacciones con la sociedad cuyo valor supere el diez por ciento de los activos sociales. En las sociedades de responsabilidad limitada, también habrá de ser la junta la que autorice la prestación de cualquier clase de asistencia financiera al administrador o el establecimiento de relaciones de servicios u obra con este último. En el resto de casos, la autorización podrá ser otorgada también por el órgano de administración «siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden» y se asegure «la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonial social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso».

al administrador de hecho —cuya figura se define y perfila (art. 236.3 LSC)—, como al director o apoderado general, en caso de que no exista delegación permanente de facultades en uno o varios consejeros delegados, (art. 236.4 LSC) y a la persona física que represente al administrador persona jurídica, que responde solidariamente junto con ésta (art. 236.5 LSC).

Por otra parte, la Ley 31/2014 ha dejado inalterados, tanto el carácter solidario de la responsabilidad (art. 237 LSC, primer inciso), como las causas de «exoneración», que siguen estando limitadas al hecho de que el administrador pruebe que, no habiendo intervenido en la adopción y ejecución del acuerdo lesivo, desconocía su existencia o, conociéndola, hizo todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opuso expresamente a aquél¹³⁸. En este sentido, se mantiene también la norma del artículo 236.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que priva de cualquier efecto exonerador a la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo hubiera sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general¹³⁹. Sin embargo, esta última norma ha adquirido una mayor relevancia en la medida en que la reforma, haciendo suya la posición doctrinal mayoritaria, ha extendido a todas las sociedades de capital la posibilidad —que anteriormente parecía reservada, *ad litteram*, a las sociedades de responsabilidad limitada (cfr. ant. art. 161 LSC)— de que la junta general pueda impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, salvo previsión contraria en los estatutos (art. 161 LSC)¹⁴⁰.

Centrándonos, por último, en la *acción social de responsabilidad*, destaca la introducción de un nuevo artículo 241-*bis* en la Ley de Sociedades de Capital que —importando la norma general contenida en el artículo 949 del Código de Comercio que venía aplicándose hasta ahora— somete la acción a un plazo de prescripción de cuatro años a contar desde el día en que ésta hubiera podido ejercitarse. Por lo demás, el artículo 238 de la Ley de Sociedades de Capital se mantiene intacto, de forma que la

¹³⁸ Sobre el empleo del término «exoneración» para referirse a estos supuestos que, a nuestro juicio, son en realidad de inexistencia de responsabilidad por falta de culpa, v. *infra* la nota 512 y el texto correspondiente.

¹³⁹ La incidencia de esta norma sobre el objeto de nuestro estudio se analiza, en detalle, *infra* en los epígrafes §8.II.2 y §9.II.1.2.

¹⁴⁰ Ya antes de la reforma, gran parte de la doctrina había afirmado que también la junta general de las sociedades anónimas podía impartir instrucciones al órgano de administración, al menos, cuando se hubiera reservado esta competencia en los estatutos. Así, entre otros, GIRÓN, J., *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid [Universidad], 1952, p. 284; URÍA, R., en Garrigues-Uría, *Comentario*, ob. cit., vol. 1, p. 572; ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión en las sociedades anónimas*, Madrid [Civitas], 1982, pp. 504 a 507; ID., voz «Administradores de la sociedad anónima», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. 1, Madrid [Civitas], 1995, pp. 344 y 345; ID., «Acuerdos de la junta general de socios de la sociedad de responsabilidad limitada en asuntos de gestión y la responsabilidad de los administradores», en *RdS*, núm. 18, 2002, pp. 228 y 229; URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J.M., *La junta general de accionistas*, en Uría/Menéndez/Olivencia (Dirs.), *Comentario*, ob. cit., tomo 5, p. 43. *Contra*, DE LOJENDIO, I.M., «Delimitación de competencias entre los órganos de la sociedad anónima y modificación del balance», en *RDM*, núm. 140-141, 1976, pp. 321 a 324 y GARCÍA VIDAL, A., *Las instrucciones de la junta general a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada*, Navarra [Aranzadi], 2006, pp. 162 y ss.

junta general podrá renunciar o transigir, en cualquier momento, al ejercicio de la acción social de responsabilidad, siempre que no se oponga una minoría de socios que represente, al menos, el cinco por ciento del capital social. A este respecto, destaca el hecho de que la Ley 31/2014 haya rechazado el sistema de minorías decrecientes previsto en la Propuesta de Código Mercantil (art. 231-23.2) y lo haya sustituido por un régimen de cuotas fijas, que difiere según se trate de una sociedad cotizada o no. En este último caso, el porcentaje necesario para ejercitar los derechos de minoría —y, por tanto, el derecho de oposición a la renuncia— se ha mantenido en el cinco por ciento del capital, mientras que, en el primero, se ha rebajado al tres por ciento¹⁴¹.

Un aspecto en el que la reforma sí ha seguido los pasos de la Propuesta de Código Mercantil es en la configuración de la legitimación de los socios minoritarios para el ejercicio de la acción social de responsabilidad y la previsión de una regla de indemnización de los gastos procesales. En efecto, el nuevo artículo 239 de la Ley de Sociedades de Capital recupera, en su párrafo primero, la *legitimación directa* de la minoría para entablar la acción cuando ésta se fundamente en la infracción del *deber de lealtad*. En estos casos, y al igual que preveía la Propuesta, la actuación de los socios no requerirá un previo pronunciamiento de la junta general, por lo que su legitimación concurrirá, desde un principio, con la de la sociedad¹⁴². Sin embargo, se introducen modificaciones de matiz en relación a las normas sobre indemnización de las costas procesales. El artículo 239.2 de la Ley de Sociedades de Capital señala ahora que, en caso de estimación total o parcial de la demanda, la sociedad estará obligada a reembolsar dichos gastos a los socios actuantes, pero limita esta cantidad al tope máximo de la tercera parte de la cuantía del proceso, por remisión al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁴³.

Otras novedades de gran calado que incorpora la reforma, pero que sólo afectan de manera indirecta al tema que nos ocupa, son la relativa al régimen de impugnación de los acuerdos sociales (arts. 204 a 206 LSC) y al tratamiento de los conflictos de interés en la junta general. Aspectos ambos en los que Ley 31/2014 se aparta radicalmente de la Propuesta de Código Mercantil. Sobre el primero volveremos, puntualmente, más adelante y, al segundo, le

¹⁴¹ Sobre estas cuestiones v., más abajo, el epígrafe §9.IV.2.

¹⁴² La legitimación de los socios minoritarios para el ejercicio de la acción social de responsabilidad y los problemas que, en relación con ella, plantea la renuncia se analizarán, en profundidad, *infra* en el epígrafe §11. Con esta previsión, el artículo 239.1 de la Ley de Sociedades de Capital viene a consagrar la política de indulgencia con la infracción de los deberes de diligencia y de severidad con la deslealtad que, en los últimos tiempos, ha patrocinado un sector de la doctrina española, al que pertenece uno de los impulsores de la reforma. Cfr. PAZ-ARES, C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», en *InDret*, papel de trabajo núm. 162, octubre de 2003, pp. 4 a 10.

¹⁴³ Este límite fue introducido en fase de enmiendas en el Congreso de los Diputados (cfr. la enmienda núm. 61, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular), en atención a las observaciones realizadas por el Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley. Según el citado organismo, sería injusto obligar a la sociedad a reembolsar a la minoría todos los gastos procesales, aun en el supuesto de que la demanda hubiese sido totalmente estimada, habida cuenta de que, en estos casos, ni siquiera el demandado está obligado a cubrirlos más allá del límite señalado y de que, al suprimirse el carácter subsidiario de la acción, la junta no habría podido manifestar su opinión acerca de la conveniencia de entablarla (cfr. las pp. 38 y 39 del informe del CGPJ, que es accesible a través de su página web: <http://www.poderjudicial.es>).

dedicaremos algunas reflexiones a la hora de analizar la posibilidad de que el administrador inculgado participe en la votación del acuerdo de renuncia (*infra* §9.III.2).

PRIMERA PARTE

**EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO
DE LA RENUNCIA A LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD**

CAPÍTULO SEGUNDO

ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL

SUMARIO: §2. La función del régimen jurídico de la renuncia a la acción social de responsabilidad. §3. El objeto de la «renuncia a la acción social de responsabilidad» es el derecho sustantivo o material al resarcimiento de los daños ocasionados en el patrimonio social por el administrador responsable; I. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE ACCIÓN Y SU DISOCIACIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO PRIVADO; 1. La concepción monista de la *actio* en el Derecho romano y su recepción por la Escuela Histórica y el Pandectismo; 2. La disociación entre derecho y acción. Las teorías concreta y abstracta de la acción; II. LA «RENUNCIA A LA ACCIÓN» SOCIAL DE RESPONSABILIDAD COMO ACTO SUSTANTIVO O MATERIAL; 1. El objeto de la «renuncia a la acción» en sentido concreto es (indirectamente) el derecho al resarcimiento de los daños causados por el administrador responsable; 2. El objeto de la «renuncia a la acción» en sentido abstracto es (directamente) el derecho al resarcimiento de los daños causados por el administrador responsable; 3. El término «acción» en el artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital; III. PRIMERAS CONCLUSIONES ACERCA DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DEL RÉGIMEN DE LA RENUNCIA A LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD. §4. El desistimiento de la acción social de responsabilidad; I. LA COMPETENCIA PARA ACORDAR EL DESISTIMIENTO; II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DESISTIMIENTO. §5. La aplicación del régimen jurídico de la renuncia al mal llamado «desistimiento del recurso».

Como hemos dejado apuntado en el capítulo anterior, la regulación de la renuncia a la acción social de responsabilidad en Derecho español se ha caracterizado, desde su aparición en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, por una excesiva parquedad, que ha dado origen a no pocas dudas interpretativas. Al igual que hiciera entonces el párrafo segundo del artículo 80 de aquella Ley, el artículo 238.2 de la actual Ley de Sociedades de Capital se limita a afirmar ahora la competencia de la junta en esta materia y a reconocer un derecho de oposición al acuerdo de renuncia —o transacción— a la minoría que ostente la titularidad de, al menos, el cinco por ciento del capital social (o el tres, si la sociedad es cotizada). Dice textualmente el precepto:

«En cualquier momento la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social».

Con ello parece quedar claro, cuando menos, que la renuncia requerirá siempre un acuerdo de la junta y que éste sólo podrá ser adoptado si no consta la oposición de una minoría cualificada. Pero se dejan sin explicar otras muchas cuestiones de notable relevancia que han sido abordadas sólo de manera tangencial por nuestra doctrina¹⁴⁴. El análisis de la escasa literatura española sobre la materia pone de manifiesto que los esfuerzos interpretativos se han centrado, en su mayoría, en determinar el *ámbito de aplicación temporal* de la norma. En este sentido, la principal preocupación ha sido concretar el momento preciso a partir del cual la junta puede disponer válidamente de la acción social de responsabilidad, renunciando o transigiendo a su ejercicio¹⁴⁵. Sin embargo, éste es, a nuestro juicio, un problema menor o, si se prefiere, un mero síntoma o manifestación de uno mucho más complejo que, por lo general, ha recibido escasa atención. La verdadera dificultad no estriba en conocer *en qué momento* puede llevarse a cabo la renuncia, sino en determinar a *qué* está renunciando la sociedad cuando la junta adopta el acuerdo disciplinado en el artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital. En consecuencia, el análisis no debe centrarse tanto en el ámbito de aplicación temporal de la norma, cuanto en su *ámbito de aplicación material*, pues sólo delimitando adecuadamente el objeto de la renuncia, podrá establecerse con precisión el momento en el que ésta puede llevarse a cabo¹⁴⁶.

¹⁴⁴ No así por la italiana, que ha dedicado al tema dos monografías (la de BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione in ordine all'azione sociale di responsabilità. Il ruolo dell'assemblea*, ob. cit., 1992 y, en tiempos más recientes, la de DELL'ATTI, G., *La rinunzia all'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori di s.p.a.*, ob. cit., 2012) y un gran número de artículos y comentarios jurisprudenciales, de los que iremos dando cuenta a lo largo de este estudio.

¹⁴⁵ Basta ojear cualquiera de las obras que dedican alguna reflexión a la materia, para advertir cómo, ciertamente, la determinación del momento en el que la junta puede renunciar o transigir a la acción ha suscitado, desde siempre, un particular interés. Cfr., a modo de ejemplo, GARRIGUES, J., en Garrigues-Uría, *Comentario*, ob. cit., vol. 2, pp. 179 y 180; SUÁREZ-LLANOS, L., «Responsabilidad de los administradores de sociedad anónima (Disciplina jurídica de la acción social)», en *ADC*, 1962, pp. 957 a 959; RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, 1ª ed., Madrid [Editorial de Derecho Financiero], 1964, p. 301; BÉRGAMO, A., *Las sociedades anónimas (Las acciones)*, vol. 3, Madrid [Prensa Castellana], 1970, pp. 161 a 163; POLO, E., *Los administradores y el consejo*, ob. cit., pp. 330 a 335 y LARA, R., ob. cit., p. 109. Llama especialmente la atención el hecho de que lo más discutido haya sido si el acuerdo de renuncia puede adoptarse o no en la misma junta que acuerda el ejercicio de la acción. A la luz de las consideraciones que iremos realizando a lo largo de este epígrafe, veremos que esta cuestión es, en el fondo, trivial, dado que la renuncia no requiere la previa adopción de un acuerdo expreso de exigencia de responsabilidad (v. *infra* §6.III).

¹⁴⁶ En Italia, la preocupación por determinar el objeto de la renuncia a la acción social de responsabilidad se advierte ya en MINERVINI, G., *Gli amministratori di società per azioni*, Milán [Giuffrè], 1956, pp. 359 a 361. Posteriormente, realiza un profundo análisis de esta cuestión BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, ob. cit., pp. 271 a 288 y, más recientemente, PICCIAU, A., «Sub artts. 2393-2393-bis; 2394-bis», en Ghezzi (a cura di), *Amministratori (Artt. 2380-2396, c.c.)*, en Marchetti (et al.) (Dirs.), *Commentario alla riforma delle società*, Milán [Giuffrè-Egea], 2005, pp. 594 a 597 y DELL'ATTI, G., *La rinunzia*, ob. cit., pp. 15 a 22, quienes básicamente asumen las conclusiones alcanzadas por el anterior. En España, por lo general, la doctrina ha pasado de puntillas sobre el asunto. El análisis más detallado sigue siendo el de SUÁREZ-LLANOS, ob. cit., pp. 957 a 959, aunque el más acertado es, sin duda, el de RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y MARÍN DE LA BÁRCENA, F., «La acción social de responsabilidad», en Guerra (Coord.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Madrid [La Ley], 2011, pp. 171 a 175. También nos parece correcta, en este punto, la opinión de CALBACHO, F., *El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima*, Valencia [Tirant lo Blanch], 1999, pp. 193 y ss.

El origen de esta falta de interés por delimitar el supuesto de hecho contemplado por la norma radica en la aparente claridad de su tenor literal: la renuncia regulada por la Ley de Sociedades de Capital tiene por objeto la «acción» social de responsabilidad.

Si la renuncia se define como un negocio jurídico unilateral de carácter no recepticio por medio del cual un sujeto se despoja de una situación jurídica que le es ventajosa, desprendiéndola de su patrimonio sin atribuirla a un tercero (*infra* §9.I), es evidente que objeto de la misma pueden ser los derechos subjetivos, pero también las acciones¹⁴⁷. Lo cual pone de relieve que la renuncia no opera sólo en el ámbito sustantivo, sino que es igualmente posible en el plano procesal¹⁴⁸. El artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital vendría a regular, por tanto, las facultades de disposición de la sociedad respecto de una pretensión que ya ha sido ejercitada ante los tribunales. Se trataría, en definitiva, de una norma dirigida a disciplinar el régimen jurídico que debe regir la actuación procesal de la sociedad consistente en la renuncia a la «acción» social previamente entablada¹⁴⁹.

El razonamiento resultaría impecable, si no fuese porque la claridad con la que se presenta el precepto es más pretendida que real. Lo cierto es que esta norma se asienta sobre dos conceptos —el de «renuncia» y el de «acción»— que si bien no pueden considerarse indeterminados, están lejos de constituir categorías jurídicas pacíficas. Tanto es así, que los procesalistas llevan discutiendo en torno al concepto de «acción» desde hace más de siglo y medio y, durante todo ese tiempo, han manteniendo posturas que, hasta hace relativamente poco, se han considerado irreconciliables. Del mismo modo, las dificultades que presenta la concreción del término «renuncia» se hacen patentes apenas se advierte cómo el propio legislador lo emplea, en numerosas ocasiones, de manera imprecisa.

En este sentido, es hoy una cuestión pacífica que constituyen auténticas renunciaciones, por cuanto suponen la abdicación o dejación voluntaria de la titularidad actual de un derecho subjetivo, las reguladas *v.gr.* en los artículos 23, 513.4º y 546.5º del Código civil; preceptos que disciplinan la renuncia a la nacionalidad, al derecho de usufructo y a la servidumbre, respectivamente. El Ordenamiento aparece, no obstante, moteado de normas que hacen un uso inadecuado de este concepto. Cabe observar, así, un primer grupo de casos en los que el término «renuncia» designa determinadas manifestaciones de voluntad que persiguen la extinción de una relación jurídica por la sola voluntad del manifestante. Son los regulados, por ejemplo, en los artículos 1705 y 1706 del Código civil, que disciplinan la «renuncia» del socio en la sociedad civil, o los artículos 1732.2º y 900, que aluden a la «renuncia» del mandatario y del albacea. En todos ellos, parece claro que lo que realmente se prescribe es un *desistimiento* o *denuncia*

¹⁴⁷ La que se ofrece en el texto es la definición de renuncia más extendida en la jurisprudencia española (cfr., entre muchas otras, las SSTS de 16 de septiembre de 1983 [Cdo. Tercero] [RJ 1983/4680], de 16 de octubre de 1987, cit. [FJ Tercero] y de 27 de febrero de 1989 [FJ Cuarto] [RJ 1989/1405]) y en la doctrina española (cfr., por todos, CABANILLAS, A., «Comentario al artículo 6 II CC», en Albaladejo/Díaz Alabart [Dir.], *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo 1, 2ª ed., Madrid [Edersa], 1992, p. 739). Para más referencias bibliográficas, *v. infra* la nota 430.

¹⁴⁸ CABANILLAS, A., *ob. cit.*, p. 755.

¹⁴⁹ Ésta fue la interpretación que originariamente se dio en España al artículo 80.2 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y en Italia al párrafo cuarto del artículo 2393 del *Codice civile*, en su redacción original de 1942 (*v. ampliamente* sobre el tema, *infra* §6.I).

unilateral del contrato, que nada tiene que ver con una renuncia en sentido propio. Un segundo grupo de pretendidas renunciaciones estaría compuesto por preceptos como los artículos 890 y 100 II, que contemplan, más bien, supuestos de *rechazo* o *repudio*, del legado en el primer caso y de la herencia en el segundo¹⁵⁰. El Código habla, finalmente, de «renuncia» para hacer referencia a determinadas disposiciones negociales, a través de las cuales, las partes configuran la relación jurídica que les une, alterando o excluyendo el contenido establecido con carácter dispositivo por la norma. Cabría citar, entre éstas, la prevista en el artículo 1477 que establece la «renuncia» al saneamiento por evicción y, la regulada por el artículo 1102, que declara el carácter «irrenunciable» de la acción para exigir responsabilidad en caso de incumplimiento doloso. En relación con este último conjunto de supuestos los problemas de delimitación se vuelven más delicados y complejos, pues, en todos ellos, se produce un efecto idéntico al que se derivaría de una renuncia en sentido propio: la imposibilidad de ejercitar el derecho. Sin embargo, un análisis más atento de ambas «renunciaciones» permite advertir una diferencia esencial entre ellas: la que regulan todos estos preceptos —que sólo lo es en sentido impropio— precede a la atribución de la titularidad del derecho al sujeto renunciante y aun a la propia existencia del derecho renunciado; mientras que la verdadera renuncia precisa, por el contrario, la titularidad plena de aquello de lo que se hace dejación. Contemplando el *objeto* de cada una de estas declaraciones de voluntad, la distinción se vuelve más clara: mientras que la renuncia en sentido técnico se proyecta sobre un *derecho subjetivo*, la impropia lo hace sobre el *derecho objetivo*. Aquélla es, si se quiere, «renuncia a un derecho» y ésta «renuncia a la ley» o, hablando con propiedad, «exclusión voluntaria de una ley aplicable» (art. 6 II CC)¹⁵¹.

Estas consideraciones no nos relevan de la tarea de ofrecer una explicación apropiada del sentido literal del precepto, pero sí evidencian la escasa utilidad de una interpretación que se base únicamente en una lectura apresurada e irreflexiva del mismo. A nuestro juicio, su adecuado análisis pasa por esclarecer, en primer término, cuál es la función que el artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital está llamado a desempeñar dentro del sistema de gobierno corporativo diseñado por el legislador, para abordar, posteriormente, el correcto significado que en él adoptan los términos «acción» y «renuncia».

Con este ánimo, hemos optado por estructurar el presente capítulo como sigue: un primer apartado se dedica a concretar cuál es la función del régimen jurídico de la renuncia a la acción social de responsabilidad (*infra* §2), mientras que, en un segundo (*infra* §3), trataremos de fijar cuál es el objeto de la renuncia. Para esto último abordaremos, en primer lugar y de forma sintética, la evolución que ha experimentado, a lo largo del tiempo, el concepto de «acción» (*infra* §3.I). Esta breve exposición nos permitirá afrontar, después, con mayor claridad, el problema del objeto de la «renuncia a la acción» desde una perspectiva procesal (*infra* §3.II), para terminar proponiendo la que, a nuestro juicio, es la interpretación más adecuada de esta expresión en el artículo

¹⁵⁰ Pone de manifiesto el uso inapropiado del término «renuncia» en todas estas hipótesis, junto a otros, CABANILLAS, ob. cit., pp. 734 a 738.

¹⁵¹ DÍEZ-PICAZO, L., «La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *ADC*, núm. 9, 1956, pp. 1172 y 1173; GULLÓN, A., «Comentario al artículo 6 CC», en Paz-Ares (*et al.*) (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, tomo 1, Madrid [Ministerio de Justicia], 1993, p. 33; AMORÓS, M., «Eficacia general de las normas jurídicas (Art. 6.2 CC)», en AAVV, *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid [Tecnos], 1977, pp. 291, 292 y 294; RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Eficacia general de las normas jurídicas», en Rams (Coord.), *Comentarios al Código civil*, vol. 1, Barcelona [Bosch], 2000, pp. 182 y 183 y ASÚA, C.I., «Comentario al artículo 6 CC», en Cañizares Laso (*et al.*), *Código civil comentado*, vol. 1, Madrid [Civitas], 2011, p. 79.

238.2 de la Ley de Sociedades de Capital (*infra* §3.III). Por último, acabaremos exponiendo las consecuencias que se derivan de la interpretación adoptada (*infra* §3.IV).

§2. La función del régimen jurídico de la renuncia a la acción social de responsabilidad

Si bien se mira, la propia existencia de una norma que reconoce a la sociedad la posibilidad de renunciar a la acción social de responsabilidad no puede dejar de observarse como un fenómeno, en cierta medida, «anómalo». Aun sin haber analizado todavía qué efectos concretos se derivan de esta actuación, lo cierto es que *a priori* resulta contradictorio que un instrumento que trata de garantizar la gestión diligente y leal de la empresa societaria, como es la acción social, pueda ser objeto de renuncia. Esta anomalía puede llegar a contemplarse, incluso, como una auténtica «patología» del sistema, si se tiene en cuenta que la doctrina se ha mostrado tradicionalmente proclive a considerar el régimen de responsabilidad de los administradores frente a la sociedad (art. 236 LSC) como un principio fundamental del régimen societario y, en cuanto tal, inderogable. En efecto, a estas alturas, forman ya parte del acervo común de los estudiosos del Derecho de sociedades expresiones tales como que las normas sobre responsabilidad de los administradores son «todas de orden público», puesto que se dirigen a la tutela de «intereses no disponibles por las partes» y «a asegurar la defensa, no sólo de posiciones patrimoniales individuales», sino también del interés general «a la buena administración de la actividad productiva»¹⁵².

Sin embargo, hemos podido constatar (*supra* §1) que la práctica totalidad de los Ordenamientos jurídicos de nuestro entorno —a excepción del francés (art. L225-253 *C.Commerc.*)— contienen una norma que atribuye a la sociedad la facultad de renunciar a exigir responsabilidades a sus administradores.

Ciertamente, el reconocimiento de una legitimación extraordinaria para ejercitar la acción social a sujetos distintos de la propia sociedad —la minoría (art. 239 LSC), los

¹⁵² Las dos primeras frases son de DI NANNI, C., *La vigilanza degli amministratori sulla gestione nella società per azioni*, Nápoles [E. Jovene], 1992, p. 107 y la última de GALGANO, F., *La società per azioni*, en Galgano (Dir.), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. 7, 2ª ed., Padua [Cedam], 1988, p. 302. En este caso, las palabras escogidas pertenecen a autores italianos, pero pueden encontrarse, en términos prácticamente idénticos, entre los autores españoles. Cfr. GARRIGUES, J., en Garrigues-Uría, *Comentario*, ob. cit., vol. 2, p. 166; QUIJANO, J., *La responsabilidad*, ob. cit., pp. 141, 170 y 171; SÁNCHEZ CALERO, F., «Supuestos de responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima», en AAVV, *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid [Civitas], 1991, p. 924; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «El régimen de responsabilidad de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas: Supuestos, principios y problemas», en *BICAM*, núm. 5, 1997, pp. 16 y 17; ARROYO, I., «Comentario al artículo 133», en Arroyo/Embid/Górriz (Coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. 2, 2ª ed., Madrid [Tecnos], 2009, p. 1522 y ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», en *RDM*, núm. 198, 1990, pp. 655 y 656, quien, en concreto, apela a los «principios configuradores del tipo» como fundamento de la indisponibilidad del régimen de responsabilidad de los administradores frente a la sociedad. También nuestra jurisprudencia se ha manifestado en este sentido. Cfr. STS de 30 de diciembre de 1997 (FJ Tercero) (RJ 1997/9192).

acreedores (art. 240 LSC) y la administración concursal (art. 48-*quáter* LC)— confirma que la responsabilidad de los administradores no puede ser objeto de esa forma indirecta de disposición que consiste simplemente en no ejercitar la acción¹⁵³, en la medida en que, frente a la inercia de la sociedad, hay otros sujetos que pueden entablarla¹⁵⁴. Pero el hecho de que la Ley atribuya a la sociedad la competencia para renunciar —al menos cuando ésta se halla *in bonis* (*infra* §7)— pone de manifiesto la naturaleza absolutamente dispositiva del interés protegido por el régimen de responsabilidad de los administradores, si quiera con carácter *ex post*, esto es, respecto de una concreta actuación dañosa ya realizada¹⁵⁵. En este sentido, tendremos oportunidad de analizar más adelante que la renuncia acordada por la sociedad impide el ejercicio de la acción social a aquellos otros legitimados para entablarla que no forman parte de la misma — acreedores y administración concursal—, sin más límites que los establecidos con carácter general para la renuncia de derechos (arts. 6 II y 1291.3º CC).

El único límite específico que impone la legislación societaria española para llevar a cabo la renuncia es el que se deriva del reconocimiento de un derecho de oposición a

¹⁵³ RUSSO, E., «Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva», en *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 579.

¹⁵⁴ TINA, A., *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milán [Giuffrè], 2008, p. 141.

¹⁵⁵ Como señala la *Cass.*, de 2 de septiembre de 1998, núm. 8699, en *Giur. it.*, 1999, c. 1660, el hecho de que pueda ser objeto de renuncia o transacción «*evidenza come l'azione sia attribuita alla società a tutela di interessi che non superano i limiti della stessa compagine sociale e che non investono, quindi, interessi di terzi estranei, se non in modo eventuale ed indiretto*». Esta misma idea la recoge también la *Cass.*, de 18 de mayo de 2007, núm. 11658, en *Gius. civ. Mass.*, 2007, p. 5, al afirmar que la circunstancia de que «*l'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori [possa] costituire oggetto di rinuncia e transazione, ha affermato la compromettibilità in arbitri della relativa controversia, in quanto concernente diritti patrimoniali disponibili all'interno di un rapporto di natura contrattuale*». Y es que, efectivamente, el carácter disponible del interés tutelado por el artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital ha sido admitido implícitamente por la doctrina y la jurisprudencia que, de forma mayoritaria, han afirmado que la acción social de responsabilidad puede ser objeto de compromiso arbitral. Cfr., por todos, GARRIGUES, J., en Garrigues-Uría, *Comentario*, ob. cit., vol. 2, pp. 181 y 182 y la STS de 15 de septiembre de 2004 (FJ Cuarto) (RJ 2004/5476). Con todo, esta plena disponibilidad *ex post* no implica, necesariamente, que la sociedad pueda disponer igualmente *ex ante* de la responsabilidad de los administradores con igual libertad, ya que nada impide que el legislador regule de forma distinta ambas hipótesis (cfr. TINA, A., *L'esonero da responsabilità*, ob. cit., p. 153). De hecho, el artículo 1102 del Código civil, al no consentir la renuncia anticipada en los casos de dolo, pone un límite a la exoneración anticipada que no existe en la renuncia *ex post*. Con todo, el artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital puede verse, cuando menos, como un *indicio* del carácter dispositivo de la disciplina también *ex ante* (TINA, A., *últ. ob. cit.*, pp. 150 y ss.). Indicio que quizás encuentre una confirmación positiva en la lectura *a sensu contrario* del 230.1 de la Ley de Sociedades de Capital, tal y como ha sido redactado por la Ley 31/2014, al menos en relación con la responsabilidad por incumplimiento del deber de diligencia (v. *supra* cuanto dijimos al respecto en la nota 136). Ya antes de la reforma, se han mostrado partidarios de admitir cláusulas estatutarias de limitación de la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad, dentro de los límites del artículo 1102 del Código civil, PAZ-ARES, C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», ob. cit., *passim* (v. espec. pp. 42 y ss.); ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., «La limitación estatutaria de la responsabilidad de los administradores sociales frente a la sociedad», en *RDM*, núm. 248, 2003, pp. 683 a 718 y LLAVERO, M., «¿Puede exonerarse de responsabilidad a los administradores de una sociedad?», en *Otrosí*, núm. 23, pp. 12 a 20 y núm. 24, pp. 22 a 31.

una minoría cualificada (art. 238.2 LSC) a la que se atribuye, al mismo tiempo, un poder de iniciativa en relación con la acción social de responsabilidad (art. 239 LSC). Ello pone de manifiesto que la disciplina del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital no busca la tutela de un interés público o de terceros extraños a la sociedad, sino únicamente la protección del interés de la minoría e, indirectamente, del interés social¹⁵⁶. La función principal del régimen legal de la renuncia a la acción social de responsabilidad no es otra, por tanto, que la de garantizar que la decisión de exonerar a los administradores se adopta en el mejor interés de todos los socios. Y, para ello, se dota a los minoritarios del poder excepcional de (re)interpretar el interés social, aun en contra de la decisión mayoritaria, concediéndoles la facultad de ejercitar la acción social y «blindando» su actuación frente a los acuerdos abdicativos de la junta.

Sin embargo, ello no supone la plena identificación del interés social con el interés de la minoría. En efecto, el fin último de la norma es proteger el interés común de todos los socios, lo cual se pone de manifiesto: por un lado, en el hecho de que, aun no constando la oposición de la minoría, el acuerdo de renuncia puede seguir siendo impugnado si con él se persigue únicamente el beneficio privado del administrador exculpado o del grupo de control, en perjuicio de la propia sociedad (*infra* §9.II.2); y, por otro, en la circunstancia de que, el derecho de oposición, si bien garantiza a la minoría la posibilidad de reclamar judicialmente a los administradores la reintegración del patrimonio social lesionado, no excluye que la sociedad —y, por ende, la mayoría— pueda intervenir en el proceso, haciendo valer su propia interpretación del interés social, defendiendo incluso la actuación de los administradores demandados (*infra* §11.II.1).

La regulación positiva de la renuncia se presenta, en definitiva, como una regla de solución de un conflicto en la interpretación del interés social: el existente entre la mayoría, que pretende abdicar de una acción que considera excesivamente onerosa en términos económicos o reputacionales y la minoría, que trata de evitar que esa abdicación se lleve a cabo con el único fin de beneficiar a los administradores responsables.

§3. El objeto de la «renuncia a la acción» social de responsabilidad es el derecho sustantivo o material al resarcimiento de los daños ocasionados en el patrimonio social por el administrador responsable

Si la función esencial del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital es, como ha quedado dicho, proteger de forma inmediata a la minoría e, indirectamente, a la propia sociedad frente al riesgo de que un acuerdo que suponga la exoneración de los administradores se adopte de manera abusiva por la mayoría, es preciso determinar, a continuación, cuál puede ser el alcance concreto de este acuerdo. Es necesario saber frente a qué riesgo se ofrece esta tutela y, por tanto, qué grado de potencial peligrosidad presenta la conducta de la mayoría consistente en renunciar al ejercicio de la acción

¹⁵⁶ Así, cuasi textualmente, en relación con el último párrafo del artículo 2393 del *Codice civile*, la sentencia del *Trib. Torino*, de 13 de junio de 1966, en *Riv. dir. comm.*, 1967, II, p. 467.

social de responsabilidad. En este sentido, y de menor a mayor grado de intensidad, es posible imaginar dos actuaciones que, al menos en abstracto, podrían quedar amparadas por un acuerdo de este tipo: por un lado, estaría la simple renuncia al proceso iniciado contra uno o varios administradores que hubieran ocasionado un daño al patrimonio social mediante una acción u omisión desleal o negligente; y, por otro lado, la renuncia al propio derecho de crédito que la sociedad pudiera ostentar frente a esos administradores para lograr el resarcimiento de los daños causados. De este modo, frente al tenor literal del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que habla solamente de «acción», pueden intuirse dos comportamientos distintos, consistentes uno en la renuncia a la «acción» y el otro en la renuncia al «derecho», cada uno de los cuales tendría un objeto diferente y desplegaría además sus propios efectos.

No obstante, este planteamiento únicamente tiene sentido si se parte de la consideración de la *acción* y del *derecho* como *realidades diversas* y susceptibles de integrar el objeto de dos actos de disposición diferentes.

A este respecto, conviene recordar que, aunque la distinción entre ambos conceptos parece hoy un dato adquirido por la doctrina¹⁵⁷, no siempre ha sido así y que, de hecho, la posición dualista que ve en la acción algo distinto y —según la concreta teoría que se maneje, en distinta medida— independiente del derecho subjetivo privado es relativamente reciente (*infra* I.2).

Carecería de sentido abordar, en este punto, un análisis exhaustivo de todas y cada una de las formulaciones del concepto de acción que se han elaborado a lo largo del tiempo¹⁵⁸. Pero sí resulta indispensable, al objeto de nuestro estudio, trazar una breve panorámica de su evolución, para tratar de dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿es posible concebir una renuncia a la acción social de responsabilidad que no se identifique con una renuncia al derecho sustantivo al resarcimiento de los daños causados por los administradores responsables? Y, si la respuesta a esta cuestión es afirmativa, ¿cuál de las dos renunciaciones es la que regula el artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital?

¹⁵⁷ Cfr., por todos, CASTÁN, J., *Derecho civil español, común y foral*, tomo 1, vol. 2, primera parte, 14ª ed. (rev. por DE LOS MOZOS, J.L.), Madrid [Reus], 1984, p. 84.

¹⁵⁸ La literatura en torno al significado de la acción es absolutamente inabarcable, tanto en España como en Italia. Sin perjuicio de que prácticamente todos los manuales de Derecho procesal dediquen un capítulo introductorio a la materia (cfr., en España, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. [*et al.*], *Derecho procesal*, tomo 1, vol. 1, Valencia [Tirant lo Blanch], 1988, pp. 157 y ss. y, en Italia, RICCI, G.F., *Principi di Diritto Processuale Generale*, 5ª ed., Turín [Giappichelli], 2012, pp. 105 y ss.), son de obligada lectura, para una visión general del tema, los siguientes estudios: SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Evolución histórica y orientaciones modernas del concepto de acción», en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona [Ariel], 1969, pp. 118 a 158; MONTERO, J. y ORTELLS, M., «La acción (un intento de aclaración conceptual)», en Montero, J., *Ensayos de Derecho Procesal*, Barcelona [Bosch], 1996; SATTÀ, S., voz «Azione in generale» en *Enc. dir.*, vol. 4, Milán [Giuffrè], 1959, pp. 785 a 825 y CHIOVENDA, G., «L'azione nel sistema dei diritti», en *Saggi di Diritto Processuale Civile*, Bolonia [Zanichelli], 1904, pp. 1 a 128 (v. espec. pp. 37 y ss.).

I. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE ACCIÓN Y SU DISOCIACIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO PRIVADO

1. La concepción monista de la *actio* en el Derecho romano y su recepción por la Escuela Histórica y el Pandectismo

Las exposiciones sobre la evolución histórica de las distintas teorías acerca de la acción suelen comenzar reproduciendo un célebre adagio, atribuido a CELSO, que sintetiza de forma muy expresiva el concepto de acción que fue empleado por el Derecho romano: «*Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat iudicio persequendi*»¹⁵⁹. Esta afirmación vendría a poner de manifiesto que, en este sistema, la acción no existía al margen del derecho o, mejor dicho, que el derecho no existía al margen de la acción. Esta última no se habría concebido como un poder secundario o meramente instrumental, sino que habría constituido, antes bien, el elemento principal del que derivaría el derecho¹⁶⁰. Por ello, suele afirmarse que, para los romanos, acción y derecho subjetivo eran una misma cosa¹⁶¹.

No obstante, es sabido que en Roma fue absolutamente desconocida la distinción entre Derecho objetivo y derechos subjetivos, que se desarrolló, mucho más tarde, durante los siglos XVIII y XIX. Por eso, resulta más correcto decir que el Derecho romano clásico era un sistema basado exclusivamente en acciones o pretensiones judicialmente perseguibles —aquéllas que eran reconocidas por el Edicto del pretor— y no en derechos subjetivos¹⁶².

Esta concepción unitaria fue mantenida por los glosadores y aparece recogida también en Las Partidas, en las que la idea de acción evoca, pura y simplemente, la forma de hacer valer el propio derecho¹⁶³. Posteriormente, la identidad entre derecho y acción fue asumida por la Escuela Histórica y por el Pandectismo y se conservó inalterada hasta la primera mitad del siglo XIX, si bien los términos se invirtieron: el concepto primario pasó a ser el de derecho, del que la acción sería una simple prolongación, la forma que aquél adopta cuando ha sido violado o desconocido¹⁶⁴. Bajo

¹⁵⁹ «La acción no es otra cosa que el derecho de perseguir en juicio lo que se nos debe» (D. 44,7,51).

¹⁶⁰ WINDSCHEID, B., «L'“actio” del diritto civile romano dal punto di vista del diritto odierno», trad. al italiano de Heinitz, E. y Pugliese, G., recogida en WINDSCHEID, B. y MUTHER, T., *Polemica intorno all'«actio»*, Florencia [Sansoni], 1954, pp. 8 a 10.

¹⁶¹ Al menos, en relación con los derechos de crédito, respecto de los cuales, WINDSCHEID, B., ob. cit., p. 11, entiende que la *actio* era su expresión inmediata y absoluta.

¹⁶² En este sentido, y frente a la interpretación de Windscheid, puntualiza PUGLIESE, G., voz «Azione (Diritto Romano)», en *Noviss. dig. it.*, vol. 2, 3ª ed., Turín [Utet], 1957, p. 27 que la *actio* no era equivalente al derecho subjetivo tal y como hoy se entiende este último. Se trataría, antes bien, del único concepto usado en el Derecho romano que, además, haría referencia a la posibilidad de actuar en juicio y obtener un pronunciamiento del magistrado o del juez (*Ibidem*, p. 28 y, más ampliamente, en ID., «*Actio e diritto subiettivo*», Milán [Giuffrè], 1939). De este modo, para los romanos, la distinción entre *actio* y derecho subjetivo no habría sido nunca problemática, dado que su modo de razonar en Derecho se basaba, única y exclusivamente, en el concepto de acción (cfr. TALAMANCA, M., *Istituzioni di Diritto romano*, Milán [Giuffrè], 1990, pp. 273 y ss).

¹⁶³ MONTERO, J. y ORTELLS, M., ob. cit., p. 119.

¹⁶⁴ SAVIGNY, F.C., *Sistema del Derecho romano actual*, vol. 4, trad. Mesía, J. y Poley, M., Madrid [F. Góngora y Compañía], 1879, §205, p. 9, para quien la acción es el aspecto que adopta el derecho

esta nueva perspectiva, la acción no era más que la facultad que asistía al titular de un derecho de exigir del obligado el comportamiento debido y, por eso, tenía como sujeto activo al ofendido y como destinatario al autor de la violación, frente al cual debía dirigirse¹⁶⁵.

2. La disociación entre derecho y acción. Las teorías concreta y abstracta de la acción

Esta visión unitaria de la acción entró en crisis como resultado de la célebre polémica doctrinal mantenida entre WINDSCHEID y MUTHER, durante los años 1856 y 1857¹⁶⁶. El primero de ellos puso de manifiesto que la *actio* del Derecho romano tenía un significado bien distinto del término «acción» (*Klage*), empleado por el Derecho alemán para referirse al derecho de obrar en el proceso, y que correspondía, más bien, al de «pretensión material» (*Anspruch*) o facultad de reclamar al deudor el cumplimiento de la obligación¹⁶⁷. Esta afirmación no representaba, en realidad, ninguna innovación sustancial respecto de las conclusiones anteriormente alcanzadas por la doctrina alemana, pero sentó las bases para la ruptura entre los conceptos de acción y derecho sustantivo que habría de producirse, definitivamente, en la obra de MUTHER. En efecto, para este otro, la acción no era, como había sostenido WINDSCHEID, una pretensión material que tuviese como sujeto pasivo al obligado, sino que se trataba, por el contrario, de un auténtico derecho subjetivo a la fórmula del pretor, frente al cual debía dirigirse. De esta manera, el «derecho de acción» y «derecho subjetivo material» se habrían diferenciado perfectamente ya en época romana: el primero tendría como sujeto pasivo al Estado —encarnado en la figura del pretor— y sería de naturaleza pública, mientras que el segundo se dirigiría frente a un particular y tendría, por ello, naturaleza privada¹⁶⁸.

Las conclusiones de MUTHER supusieron el fin de las teorías monistas o unitarias de la acción y el comienzo de las concepciones dualistas. A partir de este momento y

sustantivo como consecuencia de su violación. Especialmente gráficas son, en este sentido, las definiciones de PUCHTA, G.F., *Pandekten*, Leipzig [Barth], 1877, §81, p. 120, que la entiende como «el poder o facultad inmanente en todo derecho para, en caso de ser violado, reclamar la protección del poder judicial» y de UNGER, J., *System des österreichischen Allgemeinen Privatrechts*, vol. 2, Leipzig [Breitkopf und Härtel], 1859, §45, p. 354, nota 13, que se refiere a ella como «el derecho en tiempo de guerra, el derecho en *sago*».

¹⁶⁵ MONTERO, J., *De la legitimación en el proceso civil*, Barcelona [Bosch], 2007, p. 48

¹⁶⁶ Esta famosa «polémica» puede seguirse, en italiano, en la obra *Polemica intorno all'«actio»*, citada *supra* en la nota 160, donde se compilan los trabajos de ambos autores.

¹⁶⁷ WINDSCHEID, B., *ob. cit.*, pp. 8 y 9.

¹⁶⁸ MUTHER, T., «Sulla dottrina dell'«actio» romana, dell'odierno diritto di azione, della «litiscontestatio» e della successione singolare nelle obbligazioni», en Windscheid, B. y Muther, T., *Polemica intorno all'«actio»*, *ob. cit.*, pp. 233 a 236.

hasta nuestros días, la acción aparece netamente diferenciada del derecho sustantivo privado que le subyace¹⁶⁹.

Como prueba de la autonomía entre ambos conceptos la doctrina suele poner de manifiesto que existen determinadas acciones que no llevan aparejadas un derecho subjetivo. Ocurre así con las llamadas «acciones constitutivas», ya que es evidente que aunque nadie tiene, *v.gr.* un *derecho subjetivo* a la incapacidad de otro o a divorciarse, existen *acciones* de incapacidad y de divorcio. En otros casos, acontece lo contrario, es decir, subsisten derechos subjetivos aun cuando se haya enervado la acción para reclamarlos, como ocurre en los supuestos de prescripción extintiva¹⁷⁰. Además, un mismo derecho puede dar lugar a diversas acciones, como sucede, por ejemplo, con el derecho real de dominio, que puede sustentar una acción reivindicatoria, pero también una acción meramente declarativa¹⁷¹. Por último, se afirma que si acción y derecho fuesen una misma cosa, tampoco tendrían explicación otras formas de tutela jurisdiccional, como la acción mero-declarativa, la acción de condena a una prestación futura o las medidas cautelares¹⁷².

Aceptada la independencia entre derecho subjetivo y acción y concebida esta última como un derecho jurídico-público que tiene como sujeto pasivo al Estado, los esfuerzos doctrinales se centraron, a continuación, en dotarla de un contenido preciso¹⁷³. Surgieron, como consecuencia, una infinidad de teorías que, a pesar de sus muchos matices y divergencias, suelen agruparse en torno a dos grandes categorías: las tesis *concretas*, por un lado, y las *abstractas*, por el otro.

a) Para las primeras, *la acción es el derecho, de carácter sustantivo y naturaleza pública, a obtener de los tribunales una resolución de fondo, frente al demandado, con un contenido concreto*: la estimación de la pretensión de tutela solicitada. Es, en otros términos, el derecho que ostenta el titular de un derecho subjetivo privado, que se ha

¹⁶⁹ No han faltado, sin embargo, tentativas contemporáneas de reducir la acción y el derecho a un concepto unitario. Especial interés, por lo articulado de su posición, tiene la opinión de SATTÀ, S., *Commentario al Codice di Procedura Civile*, vol. 1, Milán [Vallardi], 1966, pp. 43 y ss., quien, en las últimas formulaciones de su tesis sobre la acción, entiende que ésta es lo único relevante, en la medida en que el derecho no importa antes o al margen del proceso. Siguiendo esta teoría monista, *cfr.*, asimismo, MONTELEONE, G.A., *Diritto Processuale Civile*, 3ª ed., Padua [Cedam], 2004, pp. 179 a 181. En la misma línea puede verse, con anterioridad, PEKELIS, A. (que, no obstante firma como «Alessandro Petrelis»), voz «Azione», en *Nuovo dig. it.*, vol. 2, Turín [Utet], 1937, pp. 91 a 108, para quien «*l'azione è l'unico diritto soggettivo realmente spettante al singolo, rispetto al quale il così detto diritto soggettivo sostanziale privato è un mero riflesso*».

¹⁷⁰ RICCI, G.F., *ob. cit.*, p. 110. Téngase en cuenta, no obstante, que la prescripción extintiva no actúa, en realidad, sobre la acción en sentido procesal, sino en sentido sustantivo, esto es, como facultad material (*v. infra* 3).

¹⁷¹ DE LA OLIVA, A., en De la Oliva (*et al.*), *Curso de Derecho Procesal Civil*, vol. 1, Madrid [Centro de Estudios Ramón Areces], 2012, pp. 128 y 129.

¹⁷² MONTERO, J. y ORTELLS, M., *ob. cit.*, p. 125.

¹⁷³ La caracterización de la acción como derecho subjetivo dirigido frente al Estado tampoco ha sido pacífica. Recuértese que, por ejemplo, CHIOVENDA, G., *Principii di Diritto Processuale Civile*, 4ª ed., Nápoles [E. Jovene], 1928, pp. 43 a 63, la concibe como un «derecho potestativo» que tiene como sujeto pasivo al adversario y no al juez.

visto desconocido o vulnerado, a que los órganos jurisdiccionales emitan una sentencia que le sea favorable¹⁷⁴.

b) Para las segundas, *la acción debe concebirse, más bien, como el derecho de contenido abstracto a obtener una sentencia de fondo sin más*, con independencia de su sentido favorable o desfavorable a la pretensión del demandado¹⁷⁵. En sus formulaciones más extremas este derecho se identifica con el *derecho de acceso a los tribunales*, es decir, con la mera facultad de provocar una actividad jurisdiccional mínima, que ni siquiera tendría que versar sobre el fondo del asunto y que correspondería a toda persona por el hecho de serlo y de ostentar plena capacidad jurídica¹⁷⁶. Por el contrario, otras formulaciones más matizadas dotan a la acción de un contenido más amplio y la someten a la concurrencia de unos presupuestos más estrictos: ésta no sería tan sólo el derecho a acceder a los tribunales reconocido a cualquier persona, sino el derecho a obtener un pronunciamiento de fondo fundado en Derecho, esto es el *derecho a la tutela judicial efectiva*, que correspondería sólo a aquellos sujetos que, siendo titulares o no de la relación material controvertida, cumpliesen determinados requisitos de índole procesal —v.gr. gozar de capacidad procesal, haber acudido al órgano judicial competente para conocer del fondo del asunto, etc.—¹⁷⁷.

¹⁷⁴ El origen de esta concepción concreta de la acción se debe a WACH, A., quien la desarrolló tanto en su *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig [Duncker & Humblot], 1885 (*Manual de Derecho procesal civil*, trad. Banzhaf, A., Buenos Aires [Egea], 1977), como en *Der Feststellungsanspruch*, Leipzig [Duncker & Humblot], 1889 (*La pretensión de declaración*, trad. Semón, J.M., Buenos Aires [Egea], 1962). Sin ánimo de exhaustividad, pueden citarse como principales seguidores de esta tesis: en España, GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil*, vol. 1, 8ª ed. (con HERCE QUEMADA, V.), Madrid [Artes Graf. y Ediciones], 1976, pp. 225 y ss.; DE LA OLIVA, A., *Sobre el derecho a la tutela judicial*, Barcelona [Bosch], 1980, *passim* y ORTELLS, M., *Introducción al Derecho procesal*, Granada [Comares], 1999, pp. 103 a 119. En Italia, cfr. CHIOVENDA, G., *Principii*, ob. cit., pp. 43 y ss. (aunque con la particularidad señalada en la nota anterior); CALAMANDREI, P., *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padua [Cedam], 1941, pp. 104 y ss. (v. espec. pp. 130 y 131) y REDENTI, E., *Diritto processuale civile*, vol. 1, 3ª ed., Milán [Giuffrè], 2011, pp. 49 y ss.

¹⁷⁵ El precursor de la teoría abstracta de la acción es DEKENGOLB, H., *Einlassungszwang und Urteilsnorm*, Leipzig [Breitkopf & Hartel], 1877. Otros autores igualmente partidarios de esta tesis son los mencionados *infra* en las dos notas siguientes.

¹⁷⁶ Asumen esta visión más extrema de la acción, en España, FAIRÉN, V., «La acción, derecho procesal y derecho político», en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid [Edersa], 1995, pp. 61 a 122 (v. espec. pp. 75 y 76); ID., «De nuevo sobre los conceptos de acción y pretensión», en *RDPProc*, 1988, núm. 1, pp. 7 a 35 (v. espec. pp. 14 a 18); MORÓN, M., «Sobre el concepto de Derecho Procesal», en *RDPProc*, 1962, pp. 531 y ss. (que distingue entre «derecho a accionar» y «acción», como «acto jurídico mediante el que se ejercita el primero») y GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos del Derecho Procesal (Jurisdicción, acción y proceso)*, Madrid [Civitas], 1981, pp. 129 a 149 (v. espec. p. 130). En Italia, aunque con matices entre ellos, cfr. ROCCO, U., *La sentenza civile: studi*, Milán [Giuffrè], 1906, pp. 80 y ss. (v. espec. p. 82); ZANZUCCHI, M.T., *Diritto Processuale Civile*, vol. 1, Milán [Ferrario], 1934, pp. 24 a 32 y CARNELUTTI, F., *Sistema di Diritto Processuale Civile*, vol. 1, Padua [Cedam], 1936, pp. 888 y ss. (v. espec. pp. 898 y 899).

¹⁷⁷ Esta concepción de la acción puede verse en MORENO CATENA, V., «El derecho a la tutela judicial efectiva. La acción», en Moreno Catena (*et al.*), *Derecho Procesal*, tomo 1, vol. 1, Valencia [Tirant lo Blanch], 1988, pp. 157 a 171 (v. espec. pp. 162 a 164). Otras posiciones abstractas «moderadas» son las de BETTI, E., «Ragione e azione», en *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, pp. 205 a 237 (v. espec. pp. 217 a 222) y LIEBMAN, E.T., «L'azione nella teoria del processo civile», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, pp. 47 a 71

Pese a que ambas tesis parecen, *a priori*, autoexcluyentes la doctrina parece haberse decantado en tiempos más recientes por una postura conciliadora, advirtiendo cómo cada una de ellas trata de explicar, en realidad, cuestiones diversas, lo que hace que, en el fondo, no sean incompatibles: la tesis concreta pretendería explicar el paso del derecho material al proceso, mientras que la abstracta intentaría justificar por qué una persona puede dar lugar a la iniciación de un proceso y a su continuación hasta la sentencia¹⁷⁸. De esta forma, nada impediría que, junto al derecho abstracto a obtener una sentencia de fondo en la que se aplique correctamente el Derecho objetivo —«derecho al proceso» o «derecho al fallo»—, cuya existencia se halla condicionada a la concurrencia de determinados «presupuestos procesales», coexista el derecho concreto del demandante que «tiene razón» a que ésta se le reconozca en la sentencia, siempre y cuando se verifiquen una serie de requisitos de índole material¹⁷⁹. Ambos derechos serían, además, plenamente independientes, como lo prueba la circunstancia de que, en determinados supuestos, se pueda tener acción en sentido concreto y no derecho al proceso y viceversa¹⁸⁰. Esta autonomía se pondría de manifiesto también en el hecho de que cada uno de ellos surge en un momento diferente: mientras que el derecho a una sentencia favorable existiría en el instante en que el derecho sustantivo subyacente ha sido vulnerado o desconocido y nacería, por tanto, con anterioridad al proceso, el «derecho al fallo» emergería posteriormente, con la presentación de la demanda y, por tanto, en un ámbito estrictamente procesal¹⁸¹ (*infra* II.2).

De esta forma y dado el estado actual de la cuestión, es perfectamente posible diferenciar claramente dos renunciaciones —*rectius* dos objetos distintos del acto de renuncia—: la renuncia «al derecho», por un lado, y la renuncia «a la acción», por otro. Lo que se trata de determinar, a continuación, es qué efectos se derivan de cada una y cuál de ellas regula el artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

(v. espec. pp. 63 a 67), aunque estas últimas difieren, en cierta medida, de la tesis expuesta en el texto. Así, para Betti la acción se dirige a la contraparte y se concede respecto de una «razón» afirmada, mientras que Liebman la entiende como un derecho procesal abstracto, pero condicionado a la concurrencia del «interés en actuar», de la legitimación en cuanto afirmada y de la «posibilidad jurídica» o admisibilidad en abstracto del pronunciamiento solicitado. En la línea de Liebman, cfr. MANDRIOLI, C., *Corso di diritto processuale civile*, vol. 1, 10ª ed. (*minor*), Turín [Giappichelli], 2012, pp. 35 y ss. Considera igualmente la acción como un derecho a una sentencia de fondo GARBAGNATI, E., *La sostituzione processuale nel nuovo codice di procedura civile*, Milán [Giuffrè], 1942, pp. 97 y ss. (v. espec. pp. 104 y 113).

¹⁷⁸ DE LA OLIVA, A., *Curso*, ob. cit., vol. 1, pp. 125 a 141 y MONTERO, J. (*et al.*), *Derecho Jurisdiccional*, vol. 1, 22ª ed., Valencia [Tirant lo Blanch], 2014, pp. 200 a 209. En Italia, cfr. ATTARDI, A., *Diritto Processuale Civile*, vol. 1, Padua [Cedam], 1994, pp. 58 a 61.

¹⁷⁹ ALLORIO, E., *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Milán [Giuffrè], 1957, pp. 30 a 37 (v. espec. p. 35). Para VERDE, G., *Diritto processuale civile*, 3ª ed., Bolonia [Zanichelli], 2012, pp. 129 a 132, el problema de la acción no es un problema jurídico formal, sino un problema de derecho positivo, por lo que nada excluye que algunas normas del ordenamiento hagan referencia a una noción de acción en sentido abstracto y otras lo hagan en sentido concreto.

¹⁸⁰ Lo primero sucederá cuando, teniendo el demandante acción contra el demandado, no se cumplan todos los presupuestos procesales —*v.gr.* porque la demanda se presenta ante un tribunal incompetente—. En este caso, el proceso no seguirá adelante, aunque tampoco se denegará definitivamente la tutela al actor. La hipótesis inversa tendrá lugar cuando, careciendo de acción, el demandante tenga «derecho al proceso» por concurrir todos los presupuestos procesales. De ser así, el proceso se desarrollará hasta su finalización por una sentencia sobre el fondo que, esta vez sí, denegará —o debería denegar— al actor la pretendida tutela, de manera definitiva. Cfr. DE LA OLIVA, A., *Curso*, ob. cit., vol. 1, p. 133.

¹⁸¹ Esta autonomía tampoco puede entenderse como plena independencia o desconexión. En este sentido, señala DE LA OLIVA, A., *Curso*, ob. cit., vol. 1, pp. 133 y 134, que «el “derecho al proceso” sirve institucionalmente, por así decirlo, a la acción», pues «la satisfacción *actual* de la acción solo es posible, no ya si se ejercita, sino si se tiene, además, derecho al proceso (a una sentencia sobre el fondo)» (en cursiva en el original).

II. LA «RENUNCIA A LA ACCIÓN» SOCIAL DE RESPONSABILIDAD COMO ACTO SUSTANTIVO O MATERIAL

Si, al menos en abstracto, la renuncia puede tener dos objetos —la acción o el derecho—, es lógico pensar que este fenómeno actúa en dos planos diferentes: el material, por un lado, y el estrictamente procesal, por el otro. Cabría imaginar, de este modo, que cuando lo abandonado es el derecho, la renuncia desplegaría sus efectos, principalmente, en el ámbito sustantivo (art. 6 II CC), en tanto que, si de lo que se abdicaba es de la acción, el acto tendría repercusiones solamente en el ámbito procesal (art. 20.1 LEC)¹⁸². En consecuencia, conforme a una interpretación estrictamente literal del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital, debería concluirse que la renuncia a la «acción» social de responsabilidad queda circunscrita al proceso y no habría motivos para confundirla con una renuncia al derecho sustantivo a la reparación del daño causado por los administradores, que operaría en una dimensión totalmente distinta, como es la material.

Ésta fue, de hecho, la interpretación que tradicionalmente se propuso del fenómeno que nos ocupa en España y en Italia. Así, tanto para los primeros comentaristas del entonces párrafo cuarto del artículo 2393 del *Codice civile*, como para la doctrina española que se enfrentó, por vez primera, al artículo 80.2 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, la renuncia a la acción social de responsabilidad sólo podía llevarse a cabo cuando ésta hubiera sido ya ejercitada ante los tribunales¹⁸³. Se trataba, en definitiva, de un acto llamado a desplegar sus efectos *en el proceso*. Ni antes ni después.

Ahora bien, tendremos ocasión de comprobar que no es posible asumir esta visión estrictamente procesalista de la renuncia a la acción social de responsabilidad. Este acto tiene siempre trascendencia *directa* en el plano sustantivo (art. 6 II CC), sin perjuicio de que produzca, también, importantes efectos *indirectos* en el proceso (art. 20.1 LEC)¹⁸⁴. En otras palabras, la renuncia a la acción es un negocio jurídico abdicativo que tiene por objeto, en todo caso, un derecho subjetivo material —la acción, en sentido concreto, o el

¹⁸² En este sentido, dice GÓMEZ ORBANEJA, E., ob. cit., p. 396, que tanto la renuncia como el allanamiento son «*puros actos procesales*, absolutamente distintos e independientes del reconocimiento y la renuncia como negocios jurídicos del derecho civil» (en cursiva en el original). En consecuencia, según este autor es necesario distinguir, por lo que a su forma, contenido y efectos se refiere, la renuncia del derecho civil de la renuncia procesal (ob. cit., p. 402) (v., sin embargo, *infra* nota 189).

¹⁸³ Cfr., en España, GARRIGUES, J., en Garrigues-Uría, *Comentario*, ob. cit., vol. 2, pp. 179 y 180; URÍA, R., *Derecho mercantil*, ob. cit., p. 230 y VICENT, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, tomo 1, 1ª ed., Valencia, 1981, p. 319. En Italia, parece seguir igualmente esta interpretación «procesalista» ALLEGRI, V., «L'azione di responsabilità delle società per azioni verso gli amministratori e le scelte del legislatore», en *Riv. soc.*, 1971, p. 311; ID., *Contributo allo studio della responsabilità*, ob. cit., p. 79.

¹⁸⁴ GIUSSANI, A., *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, Milán [Giuffrè], 1999, pp. 27 y ss. Cfr., también, MONTELEONE, G.A., *Diritto Processuale*, ob. cit., p. 495, para quien la diferencia entre la *rinuncia agli atti* —desistimiento— y las demás renunciaciones —entre ellas la renuncia a la acción— estriba precisamente en que estas últimas inciden de manera directa sobre el derecho sustancial y sólo de forma mediata o indirecta se reflejan sobre el proceso en curso y sobre el contenido de la sentencia.

derecho subjetivo privado— y cuya incidencia procesal depende del momento en el que se lleve a cabo, que puede ser antes o durante la tramitación del proceso¹⁸⁵.

1. El objeto de la «renuncia a la acción» en sentido concreto es (indirectamente) el derecho al resarcimiento de los daños causados por el administrador responsable

Comencemos por analizar el acto de renuncia empleando un concepto *concreto* de acción, que es, como veremos, el único que permite hablar de una «renuncia a la acción» en sentido estricto y del que, presumiblemente, ha partido el legislador a la hora de regular los efectos procesales de la renuncia en el artículo 20.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁸⁶. Según este último:

«Cuando el actor manifieste su renuncia a la acción ejercitada o al derecho en que funde su pretensión, el tribunal dictará sentencia absolviendo al demandado, salvo que la renuncia fuese legalmente inadmisibile. En este caso, se dictará auto mandando seguir el proceso adelante».

Como ha quedado dicho (*supra* 1), la acción en sentido concreto se identifica con el derecho a obtener una sentencia de fondo con un contenido determinado y específico; una sentencia que reconozca al actor su verdadero derecho a la pretensión deducida en juicio. Así concebida, la acción se configura como un derecho subjetivo de carácter jurídico público que depende, para su existencia, de la concurrencia de una serie de requisitos de índole sustantiva o material que se verifican, todos ellos, al margen de un concreto proceso.

Efectivamente, para que pueda decirse que un determinado sujeto es titular de un derecho concreto de acción deben concurrir, en esencia, dos requisitos: en primer lugar, es necesario que dicho sujeto ostente plena *capacidad para ser parte*, pues la misma no es sino el reflejo procesal de la capacidad jurídica o aptitud para ser titular de derechos y obligaciones (art. 6.1 LEC y arts. 29 y 30 CC); y es preciso, en segundo lugar, que ese mismo sujeto sea el titular del derecho subjetivo privado que se ha visto vulnerado o desconocido —esto es, que tenga *legitimación activa directa u ordinaria*—, o bien, que una determinada norma le haya atribuido, excepcionalmente, el derecho a obtener una

¹⁸⁵ La cuestión del objeto de la denominada «renuncia a la acción» ha sido —y sigue siendo— muy debatida entre los procesalistas y su solución dista mucho de ser tan evidente como se da a entender en el texto. En el fondo, las discrepancias en esta materia no son sino el reflejo de la falta de acuerdo acerca del propio concepto de «acción» y, por ello, presentan tantos giros y matices como teorías acerca de esta última se han desarrollado. En este sentido, ha señalado DE LA OLIVA, A., «En torno a la renuncia del actor en el proceso civil», en AAVV, *Escritos en homenaje al profesor Prieto-Castro*, vol. 2, Madrid [Editora Nacional], 1979, pp. 616 y 617, que el acuerdo de la doctrina en esta materia no pasa del empleo común del término «renuncia» para designar el fenómeno. Por eso, nuestra intención no es —ni podría ser— la de agotar el tema, sino, únicamente, la de sentar las bases que nos permitan determinar cuál es el objeto del concreto acto de renuncia a la acción social de responsabilidad.

¹⁸⁶ Así lo pone de manifiesto, no sin criticar la opción legislativa, PÉREZ-CRUZ, A., «El poder de disposición del proceso civil», en Alonso-Cuevillas, J. (Coord.), *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, vol. 1, Barcelona [Economist & Jurist], 2000, pp. 174 y 175.

tutela jurisdiccional concreta aun no siendo el titular del derecho privado lesionado —es decir, que se trate de un *legitimado indirecto o extraordinario*— (cfr. art. 10 LEC)¹⁸⁷.

Capacidad procesal y legitimación son, por tanto, los presupuestos esenciales de la acción en sentido concreto. Y es evidente que ambos surgen fuera del proceso. Es más, su cumplimiento puede constatarse siempre *de forma previa e independiente al mismo*¹⁸⁸. Ello permite afirmar que la acción —en sentido concreto— nace, en todo caso, antes de que el actor haya dado inicio al pleito mediante la presentación de la demanda¹⁸⁹. Desde el momento en que se produce la lesión del derecho subjetivo privado, nace en el patrimonio de su titular —que, por definición, ha de tener capacidad procesal— ese otro derecho subjetivo público que hemos denominado *acción en sentido concreto*. Desde ese mismo momento, el sujeto estará facultado también para disponer válidamente de ambos derechos y podrá abdicar de su titularidad renunciando a cualquiera de ellos. Por consiguiente, tanto la renuncia a la acción como la renuncia al derecho subyacente podrán tener lugar, bien iniciado el proceso, o bien de forma previa al mismo, pero en ambos casos el acto desplegará siempre sus efectos *directamente* en el plano sustantivo, con independencia de que repercuta, después, de forma *indirecta* en el proceso ya iniciado o aun por iniciar.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, es posible trazar, de manera sintética, el siguiente cuadro con las distintas posibilidades de renuncia —a la acción o al derecho — y sus respectivos efectos sobre el proceso:

a) La *renuncia al derecho sustantivo* puede llevarse a cabo, en primer lugar, *de forma previa al proceso*. En efecto, todo sujeto titular de un derecho puede abdicar de su titularidad en el libre ejercicio de sus facultades de disposición, siempre que tal actuación no contraríe el interés o el orden público ni cause un perjuicio a terceros (arts. 6 II y 1291.3º CC). Esta renuncia, que habrá de ser clara y terminante, tendrá como consecuencia directa o inmediata la pérdida del derecho por el sujeto renunciante; pérdida que, en la mayor parte de los casos, irá acompañada de la extinción del derecho.

¹⁸⁷ Volveremos sobre estos conceptos de legitimación ordinaria y extraordinaria más adelante, cuando analicemos las facultades de disposición sobre la acción social de responsabilidad de la minoría y de los acreedores (v. *infra* el capítulo quinto).

¹⁸⁸ DE LA OLIVA, A., *Curso*, ob. cit., vol. 1, p. 127, quien identifica, también, como presupuestos de la acción en sentido concreto, el «interés legítimo», la existencia de *causa petendi* y la «accionabilidad»; presupuestos que se verifican, igualmente, con independencia del proceso (cfr. ID., *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, ob. cit., pp. 46 a 48). En idéntico sentido, ya CHIOVENDA, G., *Principii*, ob. cit., pp. 149 y ss., cuando habla de las «*condizioni generali della sentenza positiva di accoglimento*».

¹⁸⁹ Que el derecho de acción en sentido concreto preexiste al proceso lo señalaba ya, como no podía ser de otra forma, CHIOVENDA, G., *últ. ob. cit.*, pp. 56 a 58. En idéntico sentido, dice GÓMEZ ORBANEJA, E., *ob. cit.*, p. 227, que el derecho —concreto— de acción «es previo al proceso y, por ello, no se *constituye*, sino que se *ejercita* con la interposición de la demanda». Sin embargo, la concepción concreta de la acción que maneja el autor es difícilmente compatible con su visión de la renuncia a la acción como acto estrictamente procesal (cfr. *supra* la nota 182). Si la acción surge, efectivamente, con anterioridad al proceso, no se alcanza a comprender por qué su renuncia debe quedar circunscrita al estricto ámbito procesal. Para una crítica a la tesis de Orbaneja, cfr. DE LA OLIVA, A., «En torno a la renuncia», *ob. cit.*, pp. 629 y 630.

Decimos que la renuncia produce *en la mayor parte de los casos* —y no en todos— la extinción del derecho porque, como veremos en profundidad más adelante (*infra* §9.I.1.2), el único efecto directo y necesario del acto de renuncia es la pérdida del derecho por su titular. La extinción tiene lugar sólo de manera *refleja y eventual*. Esta conclusión parece clara en los casos de titularidad conjunta de derechos reales limitados y en los de copropiedad, en los que fácilmente puede advertirse que la renuncia de uno de los cotitulares no produce la extinción del derecho, sino el acrecimiento de la cuota renunciada a favor del resto. Por el contrario, ha sido más discutida en relación con los derechos de crédito, ya que la renuncia a estos últimos se ha identificado, tradicionalmente, con la condonación, cuyo efecto esencial y directo es la extinción de la obligación (art. 1156 CC). No obstante, y aunque la cuestión no permanezca ni mucho menos indiscutida, existe una corriente doctrinal que tiende a diferenciar ambas figuras, señalando que la primera tiene como único efecto directo la pérdida del derecho, mientras que la segunda opera, directamente, la extinción de la obligación. Estas diferencias pueden apreciarse con nitidez en los supuestos de solidaridad activa, en los que la renuncia de cualquiera de los acreedores solidarios no llevaría aparejada —como sí lo haría la condonación— la extinción del derecho, sino el acrecentamiento de las cuotas de los demás cotitulares. De ahí que se haya concluido que la renuncia, tanto de los derechos reales como de los de crédito, tiene como único efecto inmediato y directo el abandono del derecho por parte de su titular. Pérdida que podrá dar lugar a la modificación subjetiva de la relación jurídica de que se trate, en aquellos casos en los que exista más de un titular, o a la definitiva extinción del derecho, cuando, por ser uno sólo el titular, no sea posible la sucesión en la cuota abandonada¹⁹⁰.

Pues bien, con la desaparición del derecho que fundamenta la acción, ésta necesariamente decae, en la medida en que, sin derecho sustantivo, el sujeto renunciante carece, obviamente, del derecho a una sentencia favorable. Sin embargo, ello no impide que este mismo sujeto pueda presentar, posteriormente, una nueva demanda afirmando una acción basada en el derecho renunciado¹⁹¹. En tal caso, habrá de ser el demandado quien ponga de manifiesto que el actor carece de acción, oponiendo la correspondiente excepción material, por lo que la renuncia tendrá la consideración de hecho extintivo sobre el que el demandado podrá fundar su defensa¹⁹². Por eso mismo, en este supuesto, la renuncia al derecho no producirá la terminación anormal del proceso —no se aplicará el artículo 20.1 LEC—, sino que éste concluirá de manera ordinaria, con una sentencia de fondo que rechazará la pretensión del demandante.

b) Si la *renuncia al derecho* tiene lugar *durante el proceso*, sus consecuencias sustantivas serán las mismas que en el caso anterior —la pérdida y, en su caso, extinción del derecho—, pero variarán sus efectos sobre el proceso iniciado. Este acto no constituirá ya un hecho extintivo alegable por el demandado por vía de excepción, sino que se erigirá en causa de terminación anormal del proceso mediante sentencia de fondo absolutoria, en virtud de lo dispuesto por el artículo 20.1 de la Ley de

¹⁹⁰ Para las oportunas referencias bibliográficas en torno a esta materia, se reenvía *infra* a las notas correspondientes del epígrafe §9.I.1.

¹⁹¹ Recuérdese que la concepción concreta de la acción no pretende explicar el inicio del proceso (v. *supra* I.2). De ahí que, bajo esta perspectiva, sea perfectamente posible tener «derecho al proceso» sin tener «derecho de acción», pues, dándose los presupuestos procesales oportunos, un sujeto podrá ostentar el derecho a una sentencia sobre el fondo, aun cuando carezca, en el caso concreto, del derecho a una sentencia favorable. Cfr. DE LA OLIVA, A., *Curso*, ob. cit., vol. 1, pp. 132 y 133.

¹⁹² DE LA OLIVA, A., «En torno a la renuncia», ob. cit., p. 622 y, posteriormente, en ID., *Curso*, ob. cit., vol. 2, p. 243.

Enjuiciamiento Civil. La renuncia *intraprocesal* al derecho supone el reconocimiento por parte del actor de que su pretensión ha dejado de tener fundamento y de que carece, por tanto, del derecho a una sentencia favorable, de modo que puede decirse que esta renuncia al derecho sustantivo realizada durante la tramitación del proceso envuelve necesariamente la renuncia a la acción entablada¹⁹³.

c) Los mismos efectos procesales se producen en la *renuncia a la acción ya ejercitada*, que acarreará igualmente el fin del litigio por medio de una resolución de fondo desestimatoria de la pretensión (art. 20.1 LEC). En el plano sustantivo, en cambio, esta renuncia conllevará únicamente el abandono del derecho jurídico-público a una sentencia de fondo, pero no implicará la dejación del derecho sustantivo alegado como fundamento de la pretensión, que seguirá existiendo al margen del proceso. De esta forma, mientras que la renuncia *intraprocesal* al derecho sustantivo determina necesariamente el abandono de la acción, en principio, no puede decirse lo contrario, esto es, que la renuncia a la acción en el proceso implique —directamente— la dejación del derecho subjetivo privado.

Esta conclusión es particularmente evidente en relación con las acciones basadas en derechos reales, ya que éstos atribuyen a su titular una pluralidad de acciones. En este sentido, puede observarse que la renuncia a una acción meramente declarativa del dominio no comporta, en absoluto, el abandono del derecho de propiedad, que seguirá existiendo y continuará legitimando el ejercicio de otras acciones —*v.gr.* reivindicatorias—. En cambio, es menos clara respecto de los derechos de crédito, dado que, en principio, estos últimos se agotan en una única acción declarativa. Por ello, es posible concluir que, si se renuncia a la acción por la que se pretende la condena del demandado al pago de una determinada cantidad, se habrá renunciado —indirectamente— al derecho de crédito y éste habrá quedado extinguido, pues, a fin de cuentas, su titular no podrá reclamar judicialmente lo que se le debe o, al menos, no podrá hacerlo con éxito, ya que la pretensión estará abocada a la desestimación mediante sentencia absolutoria. Esta consecuencia es de tal importancia que permite afirmar que *la renuncia a la acción declarativa basada en un derecho de crédito supone la renuncia mediata o indirecta a este derecho*¹⁹⁴.

Con todo, debe admitirse que el derecho subjetivo de crédito, aunque jurídicamente inerte, seguirá existiendo, como lo demuestra el hecho de que el pago voluntario del obligado no produzca el nacimiento de la *condictio indebiti* o que el titular pueda seguir oponiendo la compensación frente a sus acreedores¹⁹⁵.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ SASSANI, B., «Sull'oggetto della rinuncia all'azione», en *Riv. dir. proc.*, 1977, pp. 542 y 543.

¹⁹⁵ La consecuencia de la renuncia a la acción declarativa respecto de un derecho de crédito sería, por tanto, la transformación del mismo en una *obligación natural*. Se podrá discutir, entonces, si esta obligación puede calificarse como verdadera relación jurídica, pero lo cierto es que seguirá teniendo consecuencias jurídicamente relevantes como las señaladas en el texto. Cfr., al respecto, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 2, 6ª ed., Madrid [Civitas], 2008, pp. 79 a 99 (v. espec. pp. 92 y ss.). En el caso de que existieran legitimados extraordinarios a los que se les atribuyera la

d) Por último, la *renuncia a la acción* puede producirse —al menos, conceptualmente— *de manera previa a la presentación de la demanda*. Este último supuesto será ciertamente excepcional, habida cuenta de que lo normal es que el sujeto renunciante haga dejación del derecho sustantivo que ostenta frente a su deudor. Pero, a pesar de ello, es una actuación imaginable desde un punto de vista teórico y perfectamente posible en la práctica. Su tratamiento procesal sería el mismo que apuntábamos para la abdicación del derecho sustantivo realizada con anterioridad al proceso (*sub a*), es decir, el demandado tendrá la carga de alegarla como hecho extintivo, lo que, previsiblemente, desencadenará la emanación de una sentencia absolutoria. Por su parte, las consecuencias en el plano sustantivo serán idénticas a las de la renuncia a la acción durante proceso (*sub c*), de manera que el derecho seguirá existiendo, pero no será posible ejercerlo *con éxito* ante los tribunales.

La traslación de estas reflexiones al objeto de nuestro estudio pone de manifiesto una serie de conclusiones de gran importancia. Puede observarse, en primer lugar, que la sociedad es titular del derecho a obtener de los tribunales una sentencia de condena frente al administrador responsable —acción en sentido concreto— desde el mismo momento en que su derecho a una gestión diligente y leal por parte de los administradores se haya visto vulnerado por una actuación ilícita y culpable de los mismos (art. 236 LSC). Consecuentemente, la renuncia a la «acción» social de responsabilidad será factible, al menos, desde que se produce la actuación dañosa de los administradores. Es posible advertir, en segundo lugar, que la «renuncia a la acción», al igual que la «renuncia al derecho» son actos esencialmente materiales que despliegan, además, efectos idénticos en el plano procesal, pues, tanto si tienen lugar antes del proceso, como si se sustancian durante su tramitación, traerán consigo la absolución del administrador o administradores responsables mediante una sentencia de fondo con efectos de cosa juzgada¹⁹⁶. Las diferencias se manifiestan tan sólo en el plano sustantivo, pero, incluso en este ámbito, hemos visto que uno y otro acto son *esencialmente equivalentes*, ya que conducen a un mismo resultado: la imposibilidad de demandar con éxito a los administradores para lograr el resarcimiento de los daños que su conducta hubiera ocasionado en el patrimonio social¹⁹⁷.

Todo ello nos lleva a concluir que, aun cuando la interpretación de la renuncia del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital como abdicación del derecho jurídico-público a obtener una tutela jurisdiccional concreta permita distinguir este acto de aquel otro por el que la sociedad abandona el derecho de crédito que ostenta contra los

posibilidad de ejercitar el derecho en vía extrajudicial, la renuncia a la acción no les impediría seguir haciéndolo (*v.gr.* los acreedores, mediante la acción subrogatoria, podrían seguir reclamando extrajudicialmente el pago, interrumpiendo la prescripción, etc.). Ahora bien, el ejercicio del derecho ante los tribunales les estaría igualmente vetado, porque no habría acción que ejercitar en vía extraordinaria.

¹⁹⁶ FONT SERRA, E., «El objeto del proceso», en Cabañas (Coord.), *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid [Trivium], 2000, p. 110. Esta consecuencia tendrá lugar, tanto en el caso en de que el proceso termine de manera anormal por aplicación del artículo 20.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si la renuncia se lleva a cabo durante su tramitación, como en el supuesto de que termine de forma normal mediante una sentencia de fondo absolutoria que estime la excepción oportunamente alegada por el demandado, si la renuncia se produce antes de iniciarse proceso.

¹⁹⁷ Ponen de manifiesto esta identidad de efectos BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, ob. cit., p. 279; PICCIAU, A., «Sub artts. 2393-2393-bis; 2394-bis», ob. cit., p. 595 y DELL'ATTI, G., *La rinunzia*, ob. cit., pp. 15 y 16.

administradores responsables, debe admitirse que ambos despliegan, en la práctica, los mismos efectos. Por tanto, *asumiendo un concepto concreto de acción, la renuncia del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital debería ser considerada como una renuncia mediata o indirecta al derecho sustantivo*, lo que, en definitiva, hace que carezca de sentido circunscribir su aplicación al estricto plano procesal.

2. El objeto de la «renuncia a la acción» en sentido abstracto es (directamente) el derecho al resarcimiento de los daños causados por el administrador responsable

A las mismas conclusiones se llega partiendo de una noción *abstracta* del derecho de acción, pues, también en este caso, la «renuncia a la acción» debe entenderse como la dejación —en este caso, directa o inmediata— del derecho sustantivo, en la medida en que una renuncia a la acción como derecho abstracto o bien no es posible, o bien implica una renuncia al derecho sustantivo.

En efecto, si consideramos —conforme a las posiciones abstractas más extremas— que la acción se identifica con el simple *derecho de acudir a los tribunales*, será forzoso reconocer que se trata de un derecho que, dado su carácter fundamental e inherente a la personalidad, es indisponible y, en consecuencia, irrenunciable. Por ello, la renuncia a la acción, configurada en estos términos, sería un acto nulo (art. 6 II CC)¹⁹⁸. Y lo mismo sucedería si adoptásemos una postura más moderada y definiésemos la acción como el *derecho general a la tutela judicial efectiva*. Este otro, que es ciertamente más amplio que el simple derecho de acceso a los tribunales y más restringido que el derecho a un pronunciamiento favorable, tendría también carácter fundamental (art. 24 CE), por lo que sería igualmente irrenunciable en términos generales¹⁹⁹.

En consonancia con lo anterior, la renuncia a la acción no puede ser nunca interpretada como una abdicación genérica y absoluta del derecho de acceso a la Justicia ni del derecho a la tutela judicial efectiva²⁰⁰. Pero podría pensarse, tal vez, en la validez de una renuncia proyectada sobre un concreto proceso ya iniciado; es decir, una renuncia que tuviese por objeto el «derecho a un determinado proceso» o a una concreta sentencia de fondo.

El nacimiento de este «derecho al proceso» dependería, exclusivamente, de que se cumpliesen, en el caso concreto, una serie de requisitos de *índole procesal*, entre los que se encuentra el hecho de que el sujeto goce de capacidad procesal (art. 7 LEC), que su pretensión de tutela se formule frente a un órgano dotado de jurisdicción y competencia

¹⁹⁸ Así, GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil*, vol. 1, 4ª ed., Madrid [Colex], 2012, p. 252; DOIG, Y., *La terminación del proceso por satisfacción extraprocesal*, Madrid [La Ley], 2008, p. 37 y MICHELI, G.A., *La rinuncia agli atti del giudizio*, Padua [Cedam], 1937, p. 43.

¹⁹⁹ Niega la renunciabilidad de la acción desde una posición abstracta moderada, LIEBMAN, E.T., *Manuale di Diritto Processuale Civile*, vol. 2, 4ª ed., Milán [Giuffrè], 1984, p. 202.

²⁰⁰ GIUSSANI, A., ob. cit., pp. 10 a 12 y nota 19.

(arts. 36 y ss. LEC) o, en fin, que sobre su petición no haya recaído anteriormente una decisión con efectos de cosa juzgada (art. 222.1 LEC). La concurrencia de cada uno de estos requisitos únicamente podría contemplarse *en relación con un proceso concreto*, por lo que este derecho nacería sólo con la iniciación del proceso y en él estaría llamado igualmente a extinguirse. De esta forma, cabría plantearse la existencia de una renuncia a la acción estrictamente procesal por medio de la cual el actor abandonase el concreto proceso iniciado, solicitando del órgano judicial una resolución que no se pronunciase sobre la pretensión de tutela solicitada. Esto es, una renuncia al derecho a una sentencia de fondo en un asunto concreto. No obstante, es obvio que éste no es el acto regulado en el artículo 20.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado que este precepto establece como consecuencia de la renuncia a la acción la conclusión del proceso precisamente con una *sentencia de fondo absolutoria*. En consecuencia, esta otra actuación del demandante podría ser interpretada, todo lo más, como un mero *desistimiento*, que tendría como resultado la finalización del procedimiento mediante decreto del secretario judicial, que no impediría al actor volver a promover un nuevo juicio sobre el mismo objeto (art. 20.2 LEC)²⁰¹.

Estas consideraciones permiten concluir que la renuncia a la acción tipificada en la Ley de Enjuiciamiento Civil no puede ser interpretada en sentido abstracto y de ahí que, para quienes sostienen este concepto de acción, el artículo 20.1 regule en realidad la renuncia directa al derecho sustantivo²⁰².

Por consiguiente, la contemplación de la renuncia a la «acción» social de responsabilidad bajo esta perspectiva abstracta conduciría, bien a entender que lo que regula el artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital es, en verdad, el desistimiento de la acción social de responsabilidad, o bien a considerar que el término «acción» se halla referido al derecho sustantivo de crédito que la sociedad ostente frente al administrador responsable. Tendremos oportunidad de comprobar que la primera interpretación es insostenible (*infra* §4), por lo que debería acogerse necesariamente la segunda. Por tanto, *la interpretación del artículo 238.2 de Ley de Sociedades de Capital conforme al concepto abstracto de acción, nos llevaría a concluir, también, que lo que realmente regula este precepto es la dejación del derecho sustantivo al resarcimiento de los daños que la sociedad hubiera podido sufrir como consecuencia del comportamiento negligente o desleal del administrador responsable*²⁰³.

²⁰¹ ORTELLS, M., *Derecho procesal civil*, 10ª ed., Navarra [Aranzadi], 2010, 465. En idéntico sentido, GIUSSANI, A., *ob. cit.*, pp. 12 y 13.

²⁰² Identifican la renuncia a la acción con una renuncia directa al derecho sustantivo, en España, GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil*, *ob. cit.*, p. 252; GUASP, J. y ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil*, tomo 1, 4ª ed., Madrid [Civitas], 1998, pp. 493 y 494 y DOIG, Y., *ob. cit.*, p. 37, entre otros. En Italia, pueden verse, MANDRIOLI, C., *Corso*, *ob. cit.*, vol. 2, p. 237; MICHELI, G.A., *Corso di diritto processuale civile*, vol. 2, Milán [Giuffrè], 1960, p. 208 y DE MARINI, C.M., *La successione nel diritto controverso*, Roma [Soc. ed. del Foro Italiano], 1953, pp. 101 y ss. (v. espec. p. 104).

²⁰³ Tal vez, pudiera pensarse en la posibilidad de que el actor estuviese renunciando únicamente a su «pretensión». Así lo entienden, por ejemplo, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en Moreno Catena-Cortés Domínguez, *Derecho Procesal Civil. Parte General*, 7ª ed., Valencia [Tirant lo Blanch], 2013, p. 324; PRIETO-CASTRO, L., *Derecho procesal civil*, vol. 1, Madrid [Revista de Derecho Privado], 1972, p. 621,

3. El término «acción» en el artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital

Las reflexiones apenas expuestas permiten afirmar que el artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital no debe ser interpretado en clave estrictamente procesalista, dado que lo que en él se regula no es un mero acto de abandono del proceso, sino un acto sustantivo por el que la sociedad abdica del derecho a la indemnización de los daños que el administrador responsable haya podido causar en el patrimonio social. Además, hemos llegado a esta conclusión partiendo, justamente, de una noción procesal del término «acción»; es decir, atribuyendo a este concepto el carácter de derecho jurídico-público a una resolución de contenido concreto o abstracto. Sin embargo, debe tenerse en cuenta éste no es el verdadero sentido en el que la Ley de Sociedades de Capital emplea el término «acción». En ésta, al igual que en las demás *leyes sustantivas* —y, de modo particular, en el Código civil—, esta palabra asume un significado muy diferente, similar al de la «*actio*» romana o la «*Anspruch*» concebida por los pandectistas²⁰⁴. En efecto, al hilo del estudio de la figura de la prescripción de los derechos y de las acciones, la doctrina civilista ha venido subrayando, desde hace tiempo, el anacronismo con el que el Código civil y el resto de leyes sustantivas hacen uso de este concepto²⁰⁵.

Es sabido que el artículo 1930 del Código civil regula dos modalidades o tipos de prescripción: la adquisitiva o usucapión y la extintiva. Y es conocido también que esta última aparece configurada, expresamente, como medio de extinción *de los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean*. Dicho precepto ha sido objeto de múltiples interpretaciones, cuya exposición detallada no viene al caso. Lo que sí interesa destacar aquí es que, según la opinión más autorizada, la prescripción no opera como forma de extinción de las acciones en sentido procesal, sino de las «facultades jurídicas» o poderes concretos que integran el contenido de un derecho subjetivo, es decir, opera sobre las «acciones» en el sentido sustantivo que les atribuyera WINDSCHEID al definir la *Anspruch*. De esta manera, cuando el Código civil habla de «acciones» —pauliana (art. 1111 CC), rescisoria (art. 1452 CC), de nulidad, *de exigencia de responsabilidad* (art. 1102 CC), etc.— y de su prescripción, se está refiriendo, en realidad, a la *facultad material* que el titular de un derecho posee para exigir del obligado una determinada

nota 102 (y de forma más detallada en ID., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, vol. 1, 2ª ed., Navarra [Aranzadi], 1985, pp. 864 y 865). Pero adviértase que la pretensión, como acto de afirmación de la demanda, no puede ser objeto de renuncia, sino de revocación y que la revocación de la pretensión no es otra cosa que el desistimiento. Cfr., en este sentido, DE LA OLIVA, «En torno a la renuncia», ob. cit., pp. 626 y 627 y ORTELLS, M., *Derecho procesal civil*, ob. cit., p. 465.

²⁰⁴ Sobre este uso de la palabra «acción» por las leyes sustantivas y, en especial, por el Código civil, cfr. LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., voz «La acción (Dº Civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, ob. cit., vol. 1, p. 67.

²⁰⁵ Díez-PICAZO, L., *La prescripción en el Código civil*, Barcelona [Bosch], 1964, pp. 33 a 38 (v. espec. p. 36). En idéntico sentido, cfr. CAÑIZARES LASO, A., *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid [Civitas], 2001, pp. 17 y ss. (v. espec. p. 21 a 23).

conducta o imponerle un concreto resultado y no al derecho de carácter público —concreto o abstracto— al que hemos hecho alusión en el epígrafe anterior²⁰⁶.

Lo mismo sucede con el artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Como ya sabemos, éste tiene su origen en el artículo 80.2 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, que se inspiraba, a su vez, en el párrafo cuarto del artículo 2393 del *Codice civile* de 1942 (*supra* §1.III). Precepto, este último, que, ya en su versión original, fue interpretado en el sentido sustantivo que estamos comentando²⁰⁷. Es más, en el lenguaje del *Codice* italiano los términos «derecho al resarcimiento de los daños» y «acción de responsabilidad», son empleados de manera sinónima. Así ocurre, por ejemplo, con el artículo 2395, en el que se regula la «acción individual de responsabilidad» y donde se establece, textualmente, que las disposiciones de los artículos anteriores no perjudican el «derecho al resarcimiento del daño que corresponda al socio individual o al tercero». En el mismo sentido, cabe señalar que el propio artículo 2393 del *Codice civile*, lleva por rúbrica «acción social de responsabilidad», pero habla genéricamente de la «responsabilidad de los administradores», en el párrafo segundo.

Este uso indistinto del término «acción» para referirse genéricamente a la responsabilidad de los administradores, liquidadores o auditores se aprecia igualmente en la Ley de Sociedades de Capital. En concreto, su artículo 160, al regular las competencias de la junta dice que a ésta le corresponde «el ejercicio de la acción social de responsabilidad» contra los administradores, liquidadores o auditores. Pero, más adelante, el artículo 271, pese a llevar por título: «Acción social de responsabilidad. Legitimación», establece que:

«La legitimación para exigir responsabilidades frente a la sociedad al auditor de cuentas se regirá por lo dispuesto para los administradores de la sociedad».

Como puede apreciarse, lo que se ejercita es una pretensión material o facultad que tiene como sujeto pasivo al auditor y que nada tiene que ver, por tanto, con el derecho de acción procesal, tal y como éste ha sido definido —en sentido concreto o abstracto— en el epígrafe anterior.

En conclusión: el propio tenor literal del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital —correctamente interpretado— viene a confirmar que estamos ante una norma de carácter eminentemente sustantivo o material, que no regula otra cosa que la renuncia de la sociedad a la pretensión resarcitoria material o derecho de crédito que ostenta frente a sus administradores como consecuencia del daño que éstos hayan podido causar en su patrimonio, actuando de forma desleal o negligente (art. 236 LSC).

²⁰⁶ Díez-PICAZO, L., *La prescripción*, ob. cit., 1964, p. 36. Nótese que ésta era también la interpretación habitual del término *action* empleado por el *Code Napoléon* del que proceden tanto el Código civil español de 1889, como el *Codice civile* de 1865. Así lo pone de manifiesto DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoléon. Traité de la distinction des biens*, tomo 1, 4ª ed., París [Durand-Hachette et Cie.], 1870, §338, p. 191, cuando dice que «[l]’action enfin, c’est le droit lui-même mis en mouvement; c’est le droit à l’état d’action, au lieu d’être à l’état de paix» (el énfasis está en el original).

²⁰⁷ BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, ob. cit., pp. 271 y ss.

III. PRIMERAS CONCLUSIONES ACERCA DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DEL RÉGIMEN DE LA RENUNCIA A LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD

Esta interpretación de la renuncia a la acción social de responsabilidad en clave sustantiva es, por lo demás, la única compatible con la función que está llamada a desempeñar el régimen del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital, dentro del sistema de protección de las minorías y del interés social diseñado por el legislador (*supra* §2).

A este respecto, conviene señalar que una interpretación restrictiva del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital que circunscribiese su *ratio* material a la sola renuncia a la acción —en el sentido procesal de derecho a una resolución de contenido concreto— tendría consecuencias inaceptables. De ser así, habría que entender, en efecto, que el régimen establecido en este precepto encuentra aplicación sólo en los casos de renuncia al derecho procesal a una sentencia favorable, mientras que los actos de dejación del derecho sustantivo a la indemnización quedarían sometidos al régimen general de adopción de acuerdos por mayoría (arts. 198 y ss. LSC). Por tanto, la minoría titular del cinco (o del tres) por ciento del capital social sólo gozaría del derecho de oposición en el primer caso y no en el segundo. No obstante, hemos visto que los dos actos son intrínsecamente equivalentes desde el punto de vista del interés social y de la protección de la minoría, pues ambos conducen a un mismo resultado práctico: la exoneración de los administradores mediante la enervación de la posibilidad de ejercitar con éxito la acción social de responsabilidad (*supra* §3). Por eso, el artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital debe entenderse aplicable tanto al uno como al otro.

De hecho, teniendo presentes los efectos sustantivos que se derivan de la sola renuncia a la acción y suponiendo que fuese éste el único acto sometido al régimen del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital, debería concluirse que lo que este artículo reconoce a la minoría es el poder —totalmente estéril— de retener en el patrimonio social, mediante el ejercicio del veto, el derecho a obtener una sentencia de fondo por la que se rechaza la pretensión de condena frente a los administradores²⁰⁸. Por su parte, la mayoría podría renunciar libremente al derecho de crédito, sin que la minoría pudiese oponerse, lo que en un plano procesal supondría: (i) la terminación anormal del proceso mediante sentencia de fondo absolutoria (art. 20.1 LEC), en caso de que el proceso estuviese en marcha; o (ii) la terminación normal del proceso, pero igualmente mediante resolución desfavorable al actor, en caso de que el proceso no se hubiese iniciado aún (*supra* II.1).

Un último argumento a favor de esta interpretación sustantiva lo aporta el hecho de que la renuncia no sea el único acto de disposición sobre la acción —*rectius*, sobre el derecho sustantivo— que regula el artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital²⁰⁹.

²⁰⁸ Esta consecuencia es advertida por BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, ob. cit., pp. 280 y 281. En el mismo sentido, PICCIAU, A., «Sub arts. 2393-2393-bis; 2394-bis», ob. cit., pp. 596 y 597 y DELL'ATTI, G., *La rinunzia*, ob. cit., p. 22. En España, advierte esta desprotección de la minoría en caso de aceptarse una interpretación estrictamente procesalista del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital, JUSTE, J., «La legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *La responsabilidad*, ob. cit., p. 145.

²⁰⁹ BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, ob. cit., pp. 273 a 275; DELL'ATTI, G., *La rinunzia*, ob. cit., p. 19 y PICCIAU, A., «Sub art. 129», ob. cit., pp. 1033 y 1034.

Junto a ésta aparece también la transacción («En cualquier momento la junta general podrá *transigir* o renunciar al ejercicio de la acción [...]»), lo que viene a confirmar que el poder de disposición de la sociedad trasciende el mero plano procesal, comprendiendo también el sustantivo, puesto que la transacción opera, precisamente, en una dimensión material (cfr. art. 19 LEC).

El Código civil, en su artículo 1809, define la transacción como un «contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado». Es, pues, un contrato consensual, bilateral y oneroso a través del cual las partes tratan de dirimir una controversia realizando *concesiones recíprocas*²¹⁰. Dicha controversia puede haber alcanzado o no la fase judicial, lo que hace posible identificar dos tipos de transacción: la que se celebra antes del proceso y va dirigida, precisamente, a evitar su iniciación, y la acordada una vez que el proceso ya se ha iniciado y que tiene por objeto ponerle fin. Podría hablarse, así, de transacciones «previas» y «contemporáneas» al proceso; si bien la doctrina prefiere emplear los términos —técnicamente más precisos— de transacción «extrajudicial» y «judicial». La primera es aquella que se alcanza al margen del proceso —con independencia de que tenga lugar antes de su iniciación o durante su tramitación— y que únicamente despliega sus efectos en éste, poniéndole fin por desistimiento, allanamiento, renuncia o caducidad en la instancia, o condicionando el sentido de la sentencia. La segunda es la celebrada —o reafirmada— ante el órgano jurisdiccional, que decidirá su homologación, mediante auto, y su conversión en título ejecutivo, produciéndose la terminación anticipada del proceso²¹¹. Tanto una como la otra tienen, en cualquier caso, relevancia en el plano *material* —por más que la transacción judicial constituya también una actuación procesal— en la medida en que regulan la relación jurídica litigiosa de conformidad con lo querido por las partes y atendiendo a las recíprocas concesiones a las que se hubieran comprometido.

El contenido de estas concesiones puede ser de lo más variado, pero, desde un punto de vista técnico, deberá materializarse, en todo caso, en reconocimientos, disposiciones o *renuncias*, que pueden tener por objeto las propias pretensiones aducidas por las partes así como bienes y derechos que no han sido objeto de discusión²¹². De esta forma, la sociedad, en cumplimiento de la transacción, podrá renunciar a la acción entablada o a su ejercicio, pero podrá hacerlo también —parcialmente— al derecho de crédito que ostenta contra el administrador. Por tanto, si es posible que la sociedad disponga, en vía directa e inmediata, del derecho sustantivo

²¹⁰ Sobre la transacción, en general y sobre sus caracteres, cfr. TAMAYO, S., *El contrato de transacción*, 1ª ed., Madrid [Civitas], 2003 y PELÁEZ, F.J., *La transacción. Su eficacia procesal*, Barcelona [Bosch], 1987.

²¹¹ DE LA OLIVA, A., *Curso*, ob. cit., vol. 2, p. 253 y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en Moreno Catena-Cortés Domínguez, *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p. 326.

²¹² GULLÓN, A., «Comentario al artículo 1809 CC», en Paz-Ares (*et al.*) (Dir.), *Comentario*, ob. cit., tomo 2, p. 1769. Lo cierto es, sin embargo, que cuando la «renuncia» tiene lugar en el marco de una transacción pierde su individualidad, integrándose en un esquema negocial distinto. Sobre esta diferencia entre renuncia y transacción volveremos más adelante, al analizar la causa de la renuncia, en general y de la renuncia a la acción social, en particular (v. *infra* §9.II.2).

en virtud de un acuerdo de transacción, no existen razones para descartar que esta disposición pueda tener lugar, igualmente, mediante un acuerdo de renuncia.

Todo ello viene a confirmar que la *ratio* material del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital no se reduce al ámbito estrictamente procesal. Muy al contrario, este precepto está llamado a disciplinar *cualquier acto por el que la junta disponga —en vía mediata o inmediata— de la responsabilidad del administrador frente a la sociedad*, mediante la abdicación del derecho de crédito que ostente frente al mismo. En otras palabras, los términos «renuncia» y «transacción» deben leerse como una hendíadis, pues ambos hacen referencia al concepto único de «acto de disposición» del derecho de crédito²¹³. En coherencia con esta conclusión, de aquí en adelante, cualquier referencia a la «renuncia a la acción social de responsabilidad» —expresión que seguiremos empleando por ser la utilizada en la Ley— deberá entenderse hecha a la «renuncia al derecho a la indemnización», salvo que expresamente se diga lo contrario.

§4. El desistimiento de la acción social de responsabilidad

La investigación acerca de los supuestos que han de sujetarse a la disciplina de la renuncia a la acción social de responsabilidad debe encaminarse, a continuación, a esclarecer si el artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital, además de regular el acto material de dejación del derecho a la indemnización, es aplicable también —ya sea de forma directa, o por analogía— a otras actuaciones que, aun quedando circunscritas al ámbito procesal, supongan, de algún modo, el abandono de las pretensiones de la sociedad frente al administrador responsable. En particular, nos preocupa ahora determinar si también el desistimiento del proceso (arts. 19.1 y 20.3 LEC) debe entenderse sometido a los mismos requisitos que la renuncia a la acción y, en especial, a la ausencia de veto por parte de la minoría²¹⁴. A este respecto, debe tenerse en cuenta que la regulación de la renuncia a la acción social de responsabilidad precede a la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 y que la anterior, de 1881, desconocía la figura del desistimiento, por lo que, efectivamente, surge la duda acerca de si el legislador, al emplear el término *renuncia*, lo hace con propiedad o si, por el contrario, lo utiliza en un sentido amplio —y técnicamente impreciso—, abarcando también el desistimiento²¹⁵.

²¹³ PICCIAU, A., «Sub art. 129», ob. cit., p. 1031.

²¹⁴ Así lo ha entendido HUERTA VIESCA, M.I., «Acción social de responsabilidad de los administradores por los socios y desistimiento (Comentario a la STS, 1ª, 30/11/2000)», en *RDM*, núm. 243, 2002, pp. 299 y 300. También habla de «desistimiento del [procedimiento] una vez iniciado» SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, 2ª ed., Madrid [Civitas], 2007, p. 382; si bien, no parece que el autor emplee aquí el término «desistimiento» en sentido técnico, pues lo hace únicamente para poner de manifiesto que la *renuncia* puede tener lugar tanto antes como después de iniciado el procedimiento. En Italia, cfr. COSTANTINO, G., «La responsabilità degli organi societari: profili processuali», en *Società*, núm. 2, 2007, p. 210.

²¹⁵ JUSTE, J., «La legitimación subsidiaria», ob. cit., p. 159.

Pese a que la distinción entre la renuncia a la acción y desistimiento no ha sido siempre clara, los contornos de ambas figuras aparecen, hoy en día, perfectamente delimitados²¹⁶. La sociedad que actúa en responsabilidad frente a un administrador es titular, en primer lugar, del derecho subjetivo privado al resarcimiento del daño que la conducta dolosa o negligente de dicho administrador ha causado en el patrimonio social y es, en segundo lugar, titular de una acción, entendida como el derecho subjetivo, de carácter público, a obtener la tutela jurisdiccional —concreta o abstracta— del derecho privado lesionado. Pero es también titular —o, mejor dicho, a ella puede atribuírse— la *pretensión* o acto de afirmación de esa acción²¹⁷.

Pues bien, es a la declaración de voluntad por la cual el actor —en este caso, la sociedad— manifiesta el abandono de la pretensión o su revocación, sin intención de renunciar a la acción, a la que se conoce con el nombre de *desistimiento*. Se trata de un acto puramente procesal que tiene como efecto la terminación del proceso por medio de una resolución de sobreseimiento que deja imprejuizada la pretensión y que no conlleva, por tanto, ningún acto de disposición sobre la acción —o sobre el derecho sustantivo—, sino sobre el proceso. En consecuencia, su principal diferencia con la renuncia es que el actor que ha desistido puede volver a promover un nuevo proceso sobre el mismo objeto (art. 20.3 LEC)²¹⁸. La trascendencia de este acto es, por ello, menor que la de la renuncia, dado que esta última imposibilita el ejercicio de la acción de manera definitiva.

Se trata, sin duda, de dos actos completamente diferentes y que actúan en dos planos distintos: la renuncia en el material y el desistimiento en el procesal. Esta consideración bastaría para excluir la aplicación directa del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital al acto de desistimiento, pero es necesario comprobar, en todo caso, si existe entre ambas figuras una identidad de razón suficiente que pudiese justificar una aplicación extensiva o analógica (art. 4 CC).

I. LA COMPETENCIA PARA ACORDAR EL DESISTIMIENTO

Sin embargo, antes de resolver esta cuestión, es preciso aclarar otra que tampoco ha sido abordada expresamente por la Ley, como es la relativa a la *competencia para*

²¹⁶ El propio legislador confundió ambos supuestos en el Código de Procedimiento Civil de la zona de protectorado marroquí, en cuyo artículo 256 se establecía lo siguiente: «Cuando la parte demandada exprese su conformidad absoluta al desistimiento del actor el juzgado o Tribunal dictará auto, teniendo a este por desistido de su demanda y de la acción ejercitada contra el demandado, y esta resolución reviste todos los caracteres, en su caso, de excepción de cosa juzgada, a los efectos procedentes en Derecho». La misma confusión reinó también en la jurisprudencia. Cfr., al respecto, FAIRÉN, V., «El fundamento de la bilateralidad del desistimiento en la primera instancia de nuestro proceso civil», en *ADC*, 1949, pp. 900 y 901, quien cita como ejemplo las SSTs de 25 de octubre de 1916 y de 29 de enero de 1917.

²¹⁷ DE LA OLIVA, A., *Curso*, ob. cit., vol. 2, p. 242.

²¹⁸ Cfr., por todos, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en Moreno Catena-Cortés Domínguez, *Derecho procesal civil*, ob. cit., p. 328. Pese a las primeras vacilaciones (v. *supra* nota 216), hoy en día, la diferencia entre renuncia y desistimiento aparece clara también en la jurisprudencia: cfr., por todas, la STS de 22 de febrero de 2013 (RJ 2013/2575).

acordar el desistimiento del procedimiento en el que se esté ventilando el ejercicio de la acción social de responsabilidad por parte de la sociedad.

En atención a la menor relevancia práctica de este otro acto frente al de renuncia, podría pensarse que el desistimiento de la acción social de responsabilidad no requiere el previo acuerdo de la junta. Tras el abandono del proceso, la sociedad seguiría estando legitimada para volver a proponer la acción ante los tribunales y, por ello, el desistimiento podría considerarse competencia del administrador —o persona designada por la junta— al que hubiera sido confiada la ejecución del acuerdo de ejercicio de la acción. Por consiguiente, podría ser el representante de la sociedad quien, bajo su responsabilidad y sin intervención de la junta, decidiese el abandono del proceso²¹⁹.

Ésta no es, sin embargo, la solución más acorde con la regulación legal de la acción social de responsabilidad. Ciertamente, la exigencia de un acuerdo previo de la junta en materia de interposición y renuncia al ejercicio de esta acción supone una excepción al principio general establecido en el artículo 209 de la Ley de Sociedades de Capital, que atribuye los administradores la gestión de la sociedad. Pero, como veremos, esta excepción está justificada por el hecho de que la acción de responsabilidad, más allá de ser el instrumento idóneo para lograr la reintegración del patrimonio societario dañado por el administrador, representa un acto de un marcado carácter societario que incide de forma inmediata sobre la sociedad y sus intereses primarios (*infra* §7.I.1)²²⁰. Por eso, la junta, como órgano de expresión de la voluntad de la sociedad, ostenta la plena competencia para acordar cualquier acto disposición sobre la acción en todas sus facetas, incluida la procesal. Se trata, además, de una competencia exclusiva y excluyente que no puede ser delegada²²¹. Por consiguiente, la decisión para acordar el desistimiento, aun cuando éste no tenga —directamente— efectos definitivos sobre el ejercicio de la acción, no puede quedar a merced del órgano de administración o del representante nombrado *ad hoc* por la junta²²².

Por el contrario, el desistimiento de la acción ejercitada por los socios minoritarios o por los acreedores no requerirá acuerdo de la junta, en la medida en que el abandono su «su» proceso, no impedirá a la sociedad volver a proponer una demanda con el mismo objeto y frente a los mismos administradores. Cuestión distinta, a la que dedicaremos un análisis más detallado

²¹⁹ Ésta es la solución alcanzada por BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, ob. cit., p. 211, para quien, frente a la renuncia a la acción o al derecho sustantivo, la competencia para llevar a cabo el desistimiento debe atribuirse al representante legal de la sociedad encargado de la conducción del proceso en el que se esté ventilando el ejercicio de la acción social de responsabilidad. Por el contrario, el acuerdo de la junta sí sería exigible en caso de que el desistimiento formase parte de un acuerdo de transacción. Tampoco entiende necesario el previo acuerdo de la junta para llevar a cabo el desistimiento SALAFIA, V., «L'esercizio dell'azione di responsabilità sociale contro gli amministratori», en *Società*, núm. 10, 2001, p. 1193.

²²⁰ Así, cuasi textualmente, BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, ob. cit., p. 4. Citando a éste, cfr., también, JUSTE, J., *Los «derechos de minoría» en la Sociedad Anónima*, Navarra [Aranzadi], 1995, pp. 425 y 426.

²²¹ QUIJANO, J., «Acción social de responsabilidad (Art. 238)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario*, ob. cit., vol. 1, Madrid [Civitas], 2011, p. 1710.

²²² En este sentido de atribuir competencia exclusiva a la junta para acordar el desistimiento, cfr. JUSTE, J., «La legitimación subsidiaria», ob. cit., p. 159.

en el sucesivo capítulo quinto, es la relativa a la competencia para acordar la renuncia a la acción que hubieran ejercitado los socios minoritarios o los acreedores (*infra* §10.II y §11.II).

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DESISTIMIENTO

Afirmada la competencia exclusiva de la junta para acordar el abandono del proceso, es necesario analizar cuál es el régimen que debe aplicarse al acuerdo de desistimiento. Dos son las alternativas posibles: entender que estamos ante un acuerdo «ordinario», cuya aprobación debe regirse por lo establecido en los artículos 198 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, o bien considerar que, aun no tratándose de una renuncia en sentido técnico, el desistimiento guarda con aquélla una identidad de razón tal que legitima la aplicación analógica del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

En la doctrina italiana, se ha optado mayoritariamente por la primera de estas dos opciones²²³. No obstante, debe tenerse en cuenta que, aun cuando la regulación española se halle claramente inspirada en la italiana, ambas parten de un presupuesto diverso, como es el de la distinta articulación de la legitimación de las minorías para el ejercicio de la acción social —directa, en todo caso, en Italia (art. 2393-*bis* C.Civile) y subsidiaria, en el caso de infracción del deber de diligencia, en España (art. 239.1 I LSC)—, lo que impide una traslación automática al Ordenamiento español de las soluciones propuestas por la doctrina italiana.

Como ha quedado dicho, la disciplina del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital supone una importante alteración del principio democrático o mayoritario vigente en las sociedades de capital (art. 159.2 LSC), en la medida en que permite a la minoría titular del cinco (o del tres) por ciento del capital social desvincularse de un acuerdo de la junta o, mejor dicho, vetar su adopción²²⁴. La excepcionalidad de la norma encuentra justificación en su finalidad, que no es otra que la de impedir que la mayoría —en posible connivencia con los administradores responsables— elimine de

²²³ AULETTA, F., «Sub art. 2393-*bis*», en Sandulli/Santoro (a cura di), *La riforma delle società*, Turín [Giapicchelli], 2003, pp. 490 a 493 (v. espec. p. 491). Este autor manifiesta su oposición a la aplicación de la disciplina regulada por el párrafo sexto del artículo 2393 del *Codice civile* aplicación al acuerdo de desistimiento, con ocasión del análisis del artículo 2409-*decies* del *Codice civile*. Esta norma —de difícil interpretación— regula el ejercicio de la acción social de responsabilidad en relación con las sociedades que hayan adoptado el modelo dualístico y establece, en su último apartado, que la renuncia a la acción por parte de la sociedad o del consejo de vigilancia no impide el ejercicio de la acción por la minoría, conforme al artículo 2393-*bis* del *Codice civile*. Esta aparente contradicción es superada por el citado autor sobre la base de que la renuncia de la sociedad ha de entenderse referida, en este contexto, no a la acción —ya que, en ese caso, es claro que desaparecería cualquier legitimación de la minoría— sino al desistimiento, cuya validez dependerá únicamente de la aceptación de las partes personadas en el proceso que pudieran tener interés en su prosecución (cfr. art. 306 *C.p.c.*) y no de la ausencia de oposición por parte de la minoría. En el mismo sentido, aunque con mayores dudas, cfr. MALBERTI, C., «Sub art. 2409-*decies*», en Ghezzi (a cura di), *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo (Artt. 2409 *octies*-2409 *noviesdecies*, c.c.)*, en Marchetti (*et al.*) (Dirs.), *Commentario*, ob. cit., pp. 98 y ss. Para otras interpretaciones del artículo 2409-*decies* del *Codice civile*, v. *infra* la nota 1093.

²²⁴ Acerca de los efectos de la oposición sobre el acuerdo de renuncia, v. *infra* §9.IV.1.2.

manera abusiva la posibilidad de entablar la acción social de responsabilidad no sólo por la propia sociedad, sino también por los socios minoritarios.

Ninguno de estos efectos se produce, sin embargo, en el desistimiento de la acción social previamente ejercitada. Éste no priva directamente, ni a la minoría ni tampoco a la sociedad, del ejercicio de la acción social de responsabilidad. En efecto, tras el abandono del proceso por la sociedad, nada impide que la junta vuelva a acordar la exigencia de responsabilidad. Del mismo modo, la minoría seguirá teniendo a su disposición todos los mecanismos establecidos en la Ley de Sociedades de Capital: podrá solicitar la convocatoria de la junta para que ésta decida, de nuevo, sobre el ejercicio de la acción (art. 168 LSC) y podrá, igualmente, optar por su ejercicio directo, cuando concurra alguno de los presupuestos habilitadores (art. 239 LSC).

Ahora bien, esto no significa que el desistimiento de la sociedad no pueda llegar a perjudicar, en ningún caso, a los socios minoritarios. El hecho de que, en el ordenamiento español, el ejercicio de la acción social por la minoría en los supuestos de infracción del deber de diligencia sea *subsidiario* o *de segundo grado* y se encuentre subordinado a la previa inactividad de la propia sociedad hace que el desistimiento acordado por la junta pueda lesionar, en estos supuestos, los intereses de la minoría. Ésta es la gran diferencia con el derecho italiano, que configura la legitimación de la minoría para el ejercicio de la acción social siempre como *directa* y, por tanto, *concurrente* —desde el inicio— con la de la sociedad, por lo que, tras el desistimiento de la asamblea, los socios minoritarios pueden ejercitar la acción social de responsabilidad inmediatamente (2393-*bis* C.Civile). De este modo, el abandono del proceso por parte de la sociedad no afecta, en lo más mínimo, a sus intereses²²⁵.

En cambio, el régimen de la Ley de Sociedades de Capital puede dar lugar a una sucesión de desistimientos que impida a la minoría ejercitar la acción. El riesgo —que únicamente se presentará en las demandas que tengan como fundamento el incumplimiento de los deberes de diligencia— es más hipotético que real, pero existe. En efecto, la mayoría, en connivencia con el administrador —que previsiblemente prestará su consentimiento— podrá acordar el desistimiento en cualquier fase del proceso (art. 20.3 LEC). Si, tras el sobreseimiento del proceso, la minoría disconforme quisiera interponer la acción, no podría hacerlo directamente, sino que tendría que *provocar su legitimación*. Para ello, debería solicitar la convocatoria de la junta (art. 168 LSC) y esperar a que ésta no fuese convocada, que se adoptase un acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad o que, habiéndose adoptado un acuerdo favorable, éste no se ejecutase en el plazo de un mes (239.1 I LSC). Pero, podría suceder que la mayoría decidiese acordar el ejercicio de la acción y presentase de nuevo la demanda, con intención de volver a desistir del proceso.

Con ello se estaría privando, de manera indirecta, a la minoría de la posibilidad de ejercitar la acción en vía subsidiaria. Este riesgo podría justificar la aplicación del mecanismo de veto o bloqueo regulado por el artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de

²²⁵ Cfr., por todos, ENRIQUES, L. y MUCCIARELLI, F.M., «L'azione sociale di responsabilità da parte delle minoranze», en Abbadesse/Portale (Dirs.), *Il nuovo diritto delle società*, ob. cit., vol. 2, pp. 869 a 872.

Capital no sólo a los supuestos de renuncia, sino también a los de desistimiento; de tal manera que, si la minoría titular del cinco (o el tres) por ciento se opusiese al acuerdo de la junta por el que se decide el desistimiento del proceso, la sociedad se vería obligada a continuarlo²²⁶.

Sin embargo, a nuestro juicio, ésta no es la interpretación más acertada. Es preferible, en este punto, la solución adoptada por el Tribunal Supremo en su —por lo demás, controvertida— sentencia de 30 de noviembre de 2000, única en la que se aborda esta cuestión²²⁷. En ella, el Supremo admitió la «acumulación» de la acción social de responsabilidad ejercitada por los socios mayoritarios de una sociedad, a la ya planteada por ésta, otorgando a los socios la condición de *coadyuvantes*.

El relato de los hechos que realiza la sentencia no deja claro si el ejercicio de la acción social se fundamentaba en el incumplimiento del deber de lealtad o de diligencia del administrador, por lo que no puede saberse si, bajo el régimen actual, la solución habría sido distinta. En todo caso, la decisión resulta criticable por cuanto, en ningún momento, estaba justificado hablar de «acumulación de acciones»²²⁸. El hecho de que, antes de la reforma de 2014, la legitimación de la minoría fuese siempre subsidiaria, impedía considerar legitimados a los socios, por cuanto su legitimación dependía, precisamente, de la falta de actuación de la sociedad²²⁹. Si el supuesto se hubiera planteado ahora y la infracción alegada por la minoría fuese la del deber de lealtad, sí cabría hablar de «acumulación de acciones», puesto que la legitimación de la minoría concurriría, desde el principio, con la de la sociedad (*infra* §11.I.1). Sea como fuere, y dejando a un lado esta equivocación, lo cierto es que la sentencia admite la presencia de los socios en el proceso como «coadyuvantes». Opción, esta última que es, a nuestro juicio, acertada y que encuentra amparo en el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regula los supuestos de «intervención adhesiva simple» e «intervención litisconsorcial». El primero de estos conceptos hace referencia a la posibilidad que tiene un tercero que carece de legitimación respecto de la pretensión procesal interpuesta en el proceso pendiente, pero que tiene un «interés directo y legítimo en el resultado del pleito» de irrumpir en el mismo (art. 13.1 LEC); mientras que, el segundo, define la intervención en el proceso de aquel sujeto que sí ostenta legitimación, pero que no es parte inicial, por no haber sido demandante ni demandado (art. 13.1 LEC). Pues bien, en los supuestos de infracción del deber de lealtad, la minoría puede intervenir en el proceso iniciado por la sociedad en condición de litisconsorte, puesto que ostenta, desde el inicio, una legitimación extraordinaria para ejercitar la acción social de responsabilidad (art. 239.1 II LSC). Ahora bien, en los casos de negligencia, la

²²⁶ Así lo entiende HUERTA VIESCA, M.I., ob. cit., pp. 300 y 301. Si bien, parece que, para la autora, el riesgo que trata de conjurarse con esta aplicación extensiva del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital no es el descrito en el texto, sino, directamente la pérdida de la acción por la minoría («Tal capacidad de bloqueo [del acuerdo de desistimiento] no implica un derecho de sustitución de los socios minoritarios en la posición de la S.A., pues es la propia S.A. la que, de existir al menos esa minoría contraria, debe continuar con el ejercicio de la acción [...]. De no existir tal minoría [...] la posibilidad que perduraría, la última, para ejercitar la acción social de responsabilidad de los administradores sería que la ejercitasen los acreedores sociales [...]). De ser así, esta interpretación no sería correcta, pues, como ya se ha dicho, el desistimiento de la sociedad no provoca *directamente* —sino sólo a través del subterfugio referido en el texto— la pérdida de legitimación de la minoría.

²²⁷ RJ 2000/9305.

²²⁸ Dice textualmente la sentencia: «Aunque el artículo 134 no lo contemple, ha de admitirse el ejercicio en el mismo pleito de la acción que corresponde a la Junta y la que se atribuye a los socios mayoritarios, pues se trataría de acumulación de acciones que autoriza el artículo 156 de la Ley de enjuiciamiento Civil» (FJ Primero).

²²⁹ HUERTA VIESCA, M.I., ob. cit., p. 296.

minoría no tiene totalmente vedada la irrupción en el proceso: podrá hacerlo en calidad de interviniente adhesivo simple —o como dice la sentencia, con terminología ya desfasada «coadyuvante»—. Es cierto que el resultado del pleito sólo repercutirá indirectamente en el patrimonio de los socios actuantes, en la medida en que la indemnización reintegrará el patrimonio social y no el suyo propio. Pero ello no es óbice para entender que tienen un «interés directo y legítimo en el resultado del pleito», siquiera porque el proceso iniciado por la sociedad precluye sus posibilidades de actuación y deja en manos de una mayoría —que puede no ser imparcial— la conducción del mismo²³⁰.

La sociedad decidió desistir del proceso y el Tribunal admitió su continuación, asumiendo los accionistas mayoritarios la posición de demandantes. Según la sentencia el desistimiento supuso «una clara inhibición deliberada de la Junta General, suficiente para conferir a los accionistas [...] la legitimación correspondiente para poder obtener una sentencia de fondo», pues el sentido del artículo 239 de la Ley de Sociedades de Capital no es otro que conferir a los accionistas «la titularidad legitimadora necesaria en defensa tanto de sus propios derechos como de los societarios generales, sin que de esta manera los supuestos que el precepto establece deban tenerse totalmente cerrados y agotados»²³¹. Ello significa, en definitiva, atribuir al desistimiento la condición de supuesto legitimador para el ejercicio de la acción social de responsabilidad. En otras palabras —y, aunque no lo declare expresamente— la sentencia viene a identificar el acuerdo de desistimiento con el «acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad» al que el artículo 239.1 I de la Ley de Sociedades de Capital anuda el nacimiento de la legitimación de la minoría. De hecho, el desistimiento no significa sino el deseo de la sociedad de abandonar —por el momento y en ese proceso— su pretensión de exigir responsabilidad al administrador²³².

Lo anterior nos permite afirmar que el desistimiento del proceso en el que se esté ventilando la acción social de responsabilidad ejercitada por la sociedad exigirá —junto al otorgamiento de poder especial al procurador (art. 25.2.1º LEC)— un acuerdo expreso de la junta, que, sin embargo, no habrá de sujetarse a la disciplina del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Ello es así porque, limitando sus efectos a la esfera procesal, el desistimiento no priva —al menos, no de forma directa— a la minoría de la legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social. Sin embargo, el hecho de que las posibilidades de actuación de los socios minoritarios se encuentren supeditadas a la inacción de la sociedad, en las demandas basadas en la falta de diligencia del administrador, puede hacer que éstos se vean privados *de facto* de dicha legitimación. Por ello, y a fin de evitar conductas abusivas por parte de los socios mayoritarios, el acuerdo de desistimiento debe entenderse como un *acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad*, a efectos de considerar legitimada a la minoría titular

²³⁰ Se muestra favorable a admitir la intervención de la minoría en estos términos JUSTE, J., «La legitimación subsidiaria», ob. cit., p. 141. *Contra*, negando el interés de la minoría, HUERTA VIESCA, M.I., ob. cit., p. 298.

²³¹ La referencia se hacía, en concreto, al entonces vigente artículo 134.4 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, que regulaba la legitimación subsidiaria de la minoría.

²³² Sobre el concepto de «acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad», v. *infra* §6.I.2.

del cinco (o del tres) por ciento del capital social (art. 239.1 LSC, en relación con los arts. 158 y 495.2, letra «a», LSC)²³³.

§5. La aplicación del régimen jurídico de la renuncia al mal llamado «desistimiento del recurso»

El término «desistimiento» suele emplearse, en un sentido distinto, para designar un fenómeno que nada tiene que ver con la figura que acabamos de analizar. Nos estamos refiriendo ahora al mal llamado *desistimiento del recurso* o *desistimiento en segunda instancia* (art. 450 LEC) por medio del cual no se abandona la pretensión con la intención de obtener una resolución que no se pronuncie sobre el fondo del asunto, sino que se abandona el recurso interpuesto. De ahí que los efectos de este otro acto sean —o puedan ser— muy distintos a los del auténtico desistimiento o desistimiento en primera instancia²³⁴.

La consecuencia inmediata de este otro fenómeno es también la terminación del proceso, pero, en este caso, haciéndose firme la sentencia que había sido recurrida. Si dicha sentencia era meramente procesal o de absolución en la instancia, entonces el resultado de la falta de impugnación sí coincide con el desistimiento propiamente dicho, puesto que ambas actuaciones culminarán con una resolución que no impedirá al recurrente volver a proponer un nuevo juicio con el mismo objeto. Por el contrario, cuando la sentencia contuviese un pronunciamiento de fondo, los efectos de este «desistimiento» cambiarán radicalmente: la resolución adquirirá valor de cosa juzgada y será inadmisibile la iniciación de un ulterior proceso con el mismo objeto y entre las mismas partes. En esta última hipótesis, las semejanzas con la renuncia a la acción son, por tanto, evidentes, ya que la sociedad habrá perdido definitivamente las posibilidades de exigir responsabilidad a los administradores. Por ello, puede decirse que el abandono del recurso supone una dejación indirecta del derecho alegado.

Esta equivalencia de efectos supone la existencia de una identidad de razón entre ambos supuestos suficiente para entender que el «desistimiento» del recurso debe quedar sometido al régimen del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital, cuando la resolución que se deja sin impugnar resuelva sobre el fondo del asunto. En consecuencia, la competencia para acordar este «desistimiento» recaerá en la junta —y no en los administradores— y los socios minoritarios podrán oponerse a la adopción del acuerdo, siempre y cuando posean la titularidad de, al menos, el cinco (o el tres) por ciento del capital social. Si faltase dicho acuerdo o si éste hubiese sido adoptado con el

²³³ En el mismo sentido, ARROYO, I. y BOET, E., «Comentario al artículo 134», en Arroyo/Embid/Górriz (Coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, ob. cit., p. 1559 y JUSTE, J., «La legitimación subsidiaria», ob. cit., pp. 150 y 151, quien entiende, no obstante, que el supuesto encuentra un mejor acomodo en la hipótesis de legitimación de la minoría por inactividad de la sociedad.

²³⁴ Además, a diferencia del verdadero desistimiento, que es predicable únicamente del actor, el abandono del recurso corresponde al recurrente que puede ser tanto el actor como el demandado, dependiendo de quién haya sufrido gravamen y se encuentre, por tanto, legitimado para recurrir. Cfr. ORTELLS, M., *Derecho procesal civil*, ob. cit., p. 475.

voto contrario de esta minoría, el juez no deberá admitir el desistimiento. Por lo demás, los efectos de una eventual oposición por parte de los minoritarios serán los mismos que en el caso de que dicha oposición se formulase contra el acuerdo de renuncia a la acción ya entablada (*infra* §9.IV.1.2).

CAPÍTULO TERCERO

ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL

SUMARIO: §6. El momento en el que puede llevarse a cabo la renuncia; I. LA INTERPRETACIÓN TRADICIONAL. CRÍTICA; 1. La interpretación en clave procesalista de la renuncia a la acción social de responsabilidad por parte de la doctrina clásica; 2. Superación de la interpretación tradicional: acuerdo de renuncia *vs.* acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad; II. LA INTERPRETACIÓN ACTUALMENTE MAYORITARIA. CRÍTICA; 1. Las distintas posturas acerca del momento a partir del cual puede llevarse a cabo la renuncia; 2. Superación de las interpretaciones actuales: la renuncia es posible desde que se produce el daño en el patrimonio social; III. LA POSIBILIDAD DE ADOPTAR EL ACUERDO DE RENUNCIA EN LA MISMA JUNTA EN LA QUE SE DECIDE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD; IV. ANÁLISIS DE LAS DISTINTAS ACTUACIONES DE LA SOCIEDAD FRENTE A UN ACTO POTENCIALMENTE RESPONSABLE DE SUS ADMINISTRADORES.

§6. El momento en el que puede llevarse a cabo la renuncia

El haber delimitado el objeto del acuerdo de renuncia a la acción social de responsabilidad, identificándolo con el derecho sustantivo de crédito a la reparación del daño causado por los administradores responsable, nos permite afrontar ahora, con mayor claridad, uno de los asuntos que más han preocupado a la doctrina española, como es el relativo al *momento a partir del cual la junta puede válidamente renunciar al ejercicio de la acción social*. En concreto, ha despertado un particular interés la cuestión acerca de si es admisible la renuncia a la acción por la misma junta en la que se ha deliberado su ejercicio²³⁵. No obstante, el análisis debe tener una dimensión más general, pues de lo que se trata es, en definitiva, de determinar cuál es el *ámbito de aplicación temporal* del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

La relevancia de esta cuestión es mayor de cuanto pudiera parecer a primera vista, dado que su estudio desemboca en la exposición y análisis de las distintas alternativas entre las que puede optar la junta general ante un supuesto de responsabilidad de sus administradores. En efecto, una vez que ha tenido lugar la actuación potencialmente

²³⁵ V. *supra* la nota 145.

dañosa, se abren una serie de posibilidades de actuación, cada una de las cuales dará lugar a un determinado acuerdo social y cuyas consecuencias variarán en función de que deba entenderse o no aplicable la disciplina de la renuncia²³⁶.

I. LA INTERPRETACIÓN TRADICIONAL. CRÍTICA

1. La interpretación en clave procesalista de la renuncia a la acción social de responsabilidad por parte de la doctrina clásica

Como hemos dicho ya, la primera aproximación de la doctrina al fenómeno de la renuncia a la acción social de responsabilidad fue en términos estrictamente procesales. Bajo este punto de vista, el acto de renuncia suponía, en todo caso, que la acción hubiese sido puesta judicialmente en marcha. En consecuencia, el derecho de veto de la minoría sólo podía surgir respecto de aquellos acuerdos de la junta que estuviesen dirigidos a abandonar la acción una vez que la demanda contra los administradores ya había sido presentada y nunca antes²³⁷. Las conclusiones que hemos alcanzado en el capítulo precedente acerca del ámbito de aplicación material del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital deberían bastar para rechazar esta interpretación, pero es necesario analizar la validez del principal argumento que se ha esgrimido a su favor.

En este sentido, la doctrina clásica puso de manifiesto que cualquier lectura del entonces vigente artículo 80 II que abriese las puertas a la licitud de una renuncia extraprocesal, llevaría a una conclusión absurda, toda vez que dejaría el ejercicio de la acción social de responsabilidad siempre en manos de la minoría. El razonamiento era el siguiente: si se admitiese la renuncia antes de la presentación de la demanda, los socios minoritarios podrían interpretar cualquier acuerdo que no desembocase en el inmediato ejercicio de la acción como una renuncia y, por tanto, podrían oponerse a su adopción, ejercitando el derecho de veto que les atribuye la Ley.

Como resultado, fuese cual fuese el sentido del acuerdo de la junta sobre la responsabilidad de los administradores, los socios titulares del cinco (o, ahora, también el tres) por ciento del capital social podrían forzar la presentación de la demanda, con lo que se estaría privando de sentido al mecanismo de la legitimación extraordinaria de la minoría para el ejercicio de la acción social (art. 239 LSC)²³⁸.

²³⁶ Estas distintas opciones serán objeto de estudio al final de este epígrafe (*infra* IV).

²³⁷ En este sentido, GARRIGUES, J., en Garrigues-Uría, *Comentario*, ob. cit., vol. 2, p. 179, pero también URÍA, R., *Derecho mercantil*, ob. cit., p. 230 y VICENT, F. *Compendio*, ob. cit., p. 319. Entre los autores italianos, cfr., fundamentalmente, ALLEGRI, V., *Contributo allo studio della responsabilità*, ob. cit., p. 79, quien hace referencia a la posibilidad de renuncia «*all'azione già intentata*», si bien, tal y como pone de manifiesto BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, ob. cit., p. 271, nota 30, no precisa si por tal acción ha de entenderse la ya ejercitada ante los tribunales o la meramente acordada por la junta.

²³⁸ Cfr., al respecto, los autores españoles citados en la nota anterior. En Italia, esta interpretación puede verse en MASUCCI, C., «Sulla responsabilità degli amministratori *ex art. 2395 c.c.*», en *Giur. comm.*, 1984, I, pp. 592 y 593, nota 17.

2. Superación de la interpretación tradicional: acuerdo de renuncia vs. acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad

Pronto se advirtió, sin embargo, que esta interpretación descansaba en un equívoco de fondo, en la medida en que equiparaba dos acuerdos que son, en realidad, absolutamente distintos: el de *renuncia al ejercicio de la acción social* de responsabilidad y el *acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad*. Este último se contempla, en el artículo 239.1 I de la Ley de Sociedades de Capital, como una de las causas de atribución de legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social a la minoría y, ciertamente, nada tiene que ver con el primero. De hecho, ambos parten de unos presupuestos distintos que, la mayor parte de las veces, serán además incompatibles entre sí.

En efecto, el acuerdo de renuncia exige, en todo caso, la previa constatación de la responsabilidad del administrador. Podrá dudarse de si esa constatación debe ser expresa y formal, es decir, si debe manifestarse mediante un acuerdo favorable a la exigencia de responsabilidad, o si, por el contrario, puede considerarse implícita en cualquier acuerdo de renuncia (*infra* §6.III). Pero lo que es seguro es que la renuncia no puede seguir a un acuerdo en el que se declare que los administradores no incurrieron en responsabilidad, puesto que sería ilógico permitir que la sociedad haga dejación de un derecho cuya existencia ni siquiera reconoce. De ahí que, si el *acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad* es aquél por el que la junta pone de manifiesto precisamente que en la actuación de los administradores no concurren los elementos desencadenantes de responsabilidad, tal acuerdo debe considerarse incompatible con la renuncia a la acción social²³⁹.

Dicho lo cual, conviene advertir, sin embargo, que esta interpretación atribuye a los acuerdos contrarios a la exigencia de responsabilidad un significado que no es del todo preciso. En realidad, este tipo de acuerdos constituyen una categoría más amplia, que abarca otros supuestos, más allá de la simple negación de responsabilidad en la conducta de los administradores. Se trata, más bien, de una cláusula residual, en la que tienen cabida todos aquellos *comportamientos obstruccionistas*, de los administradores o del grupo mayoritario, que tengan lugar en el seno de la junta y que desemboquen en la falta de exigencia de responsabilidad a los administradores en términos claros y terminantes²⁴⁰. De esta manera, estaremos ante un *acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad*: (i) cuando el presidente de la junta o el resto de accionistas, obviando la propuesta formulada por uno o varios socios, impida que la junta delibere acerca de la concurrencia de responsabilidad²⁴¹; (ii) en aquellos casos en los que, aun constatándose

²³⁹ SUÁREZ-LLANOS, L., ob. cit., pp. 954 a 961.

²⁴⁰ QUIJANO, J., «Legitimación subsidiaria de la minoría», ob. cit., p. 1720, para quien, por «acuerdo de no exigir responsabilidad», debe entenderse todo aquél que no comporte, de forma clara y terminante, esa exigencia.

²⁴¹ Al menos, cuando la propuesta haya sido respaldada por tanto socios que representen, como mínimo, el cinco (o el tres) por ciento del capital social. Cfr., en este sentido, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores*, ob. cit., p. 394; ARROYO, I. y BOET, E., ob. cit., p. 1557 y CALBACHO, F., ob. cit., p. 256. *Contra* SUÁREZ-LLANOS, L., ob. cit., p. 937, quien, no obstante, partía del presupuesto de que, en el caso

la concurrencia de responsabilidad, no se considere oportuno exigirla o se decida aplazar indeterminadamente la interposición de la acción²⁴²; (iii) en aquellos otros en los que se acuerde el desistimiento del proceso ya iniciado (*supra* §4.II); o, en fin, (iv) en los supuestos en los que la propuesta de renuncia planteada ante la junta no logre alcanzar la mayoría necesaria o se vea frustrada por la oposición de los socios minoritarios (*infra* §9.IV.1.2).

Así pues, el *acuerdo de renuncia* y el *acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad* deben reputarse distintos, si bien la razón de esta diferencia no debe buscarse en el hecho de que estos últimos impliquen necesariamente el reconocimiento de la inexistencia de responsabilidad en la conducta de los administradores. De hecho, los dos acuerdos pueden tener como presupuesto la atribución de responsabilidad. Lo que verdaderamente permite trazar la línea divisoria entre ambos es que uno y otro encarnan diversas *manifestaciones de voluntad*, siendo esta circunstancia la que, al fin y al cabo, justifica que su tratamiento jurídico no pueda ser el mismo.

Sólo cuando la voluntad mayoritaria de los socios se dirija a *abandonar, de manera definitiva y expresa*, el derecho a reclamar a los administradores la indemnización del daño que éstos hubieran ocasionado ilegítimamente al patrimonio social, el acuerdo adoptará la forma de renuncia (art. 238.2 LSC). Por el contrario, cuando la intención de los socios sea la de *no reclamar* a los administradores la reparación del daño, porque no se les considera responsables o por cualquier otro motivo, estaremos ante un acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad (art. 239.1 I LSC)²⁴³.

Se ha señalado con acierto que, aunque en un acuerdo positivo o favorable a la exigencia de responsabilidad siempre será posible aislar la previa constatación —siquiera implícita— de la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad de los administradores (art. 236 LSC), no sucederá lo mismo en un acuerdo negativo. Si nada se dijese expresamente, no podría

de que la junta entrase a deliberar acerca de la responsabilidad de los administradores sin que el asunto constase previamente en el orden del día, el único acuerdo válido posible sería el favorable a la acción social de responsabilidad. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y MARÍN DE LA BÁRCENA, F., *ob. cit.*, p. 168. Rechaza, igualmente, la equiparación entre la negativa del presidente a debatir la cuestión y el acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad ESTEBAN VELASCO, G., «La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital», en Bolás (Dir.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Madrid [Consejo General del Poder Judicial], 2000, p. 68.

²⁴² Para QUIJANO, J., *loc. ult. cit.*, «podría aceptarse como acuerdo de exigir aquél que difiere en un plazo concreto y determinado la efectividad de la exigencia, pues, llegado el término, se abriría el tiempo de entablar la acción [...]». A nuestro modo de ver, esta afirmación sólo sería correcto si el plazo establecido por la junta para la interposición de la acción fuese inferior a un mes, puesto que lo contrario supondría admitir una dilación en el plazo de espera establecido por el artículo 239.2 de la Ley de Sociedades de Capital para el ejercicio de la acción por la minoría ante la pasividad de la junta que carece de apoyo legal y que podría amparar conductas abusivas de la mayoría.

²⁴³ De hecho, como veremos más adelante, una de las manifestaciones típicas de estos acuerdos contrarios a la exigencia de responsabilidad, el conocido como «*quitus*» o «descargo», ni siquiera puede considerarse, en puridad, como una declaración de voluntad. Nos encontramos, más bien, ante una mera «declaración de ciencia» o «declaración de conocimiento», por la que la sociedad manifiesta que la actuación de los acreedores fue, a su juicio, conforme con el interés social, pero que carece de cualquier efecto abdicativo (v. *infra* §8.II.2.2).

saberse si la junta decide no interponer la acción porque considera que los administradores no son responsables o si no lo hace por cualquier otra circunstancia. Por consiguiente, no sería posible determinar si se trata de un acuerdo de renuncia o de un acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad²⁴⁴. Éste es precisamente un argumento decisivo para entender que el acuerdo de renuncia debe ser siempre expreso y su adopción debe constar necesariamente en el orden del día (*infra* §8).

Hay que tener en cuenta, por otro lado, que estos acuerdos no sólo se diferencian por sus presupuestos, sino también por sus efectos. Como ya hemos adelantado y como tendremos ocasión de analizar con mayor detalle (*infra* §9.V), la principal consecuencia que se deriva de la adopción de un acuerdo de renuncia es el abandono definitivo del derecho a recibir de los administradores la indemnización de los daños ocasionados en el patrimonio social, lo que impide que la acción social de responsabilidad pueda ser interpuesta por la sociedad (art. 238 LSC), por los socios minoritarios (art. 239 LSC) o por los acreedores sociales (art. 240 LSC). En cambio, el acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad tiene como efecto precisamente la apertura de la legitimación subsidiaria de la minoría para el ejercicio de la acción (art. 239.1 I LSC)²⁴⁵.

Por ello, es posible afirmar que los intereses de los socios minoritarios nunca podrán verse perjudicados por un acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad y sí por un acuerdo de renuncia, por lo que la disciplina aplicable a uno y otro debe ser diferente. El primero será válido siempre que sea aprobado por la mayoría ordinaria, aunque se hayan opuesto socios que representen, al menos, el cinco (o el tres) por ciento del capital social y aun cuando su adopción no figurase en el orden del día²⁴⁶. En cambio, la validez del acuerdo de renuncia exigirá, en todo caso, que su aprobación se hubiese hecho constar entre los asuntos a tratar en el orden del día de la junta y que la minoría no ejercite el derecho de veto que le atribuye el artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital²⁴⁷.

Por tanto, habiendo quedado claro que el acuerdo de renuncia es totalmente diferente al acuerdo de no exigencia de responsabilidad, y teniendo presentes las conclusiones alcanzadas en el capítulo anterior acerca del objeto de la renuncia, es posible rechazar la interpretación tradicional del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital: el ámbito de aplicación temporal del precepto no puede quedar circunscrito al proceso, sino que debe ampliarse a un momento anterior a la presentación de la

²⁴⁴ JUSTE, J., *Los «derechos de minoría»*, ob. cit., p. 431.

²⁴⁵ Con todo, el acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad puede llegar a tener también consecuencias respecto al ejercicio de la acción social de responsabilidad por la sociedad, por aplicación de la doctrina de los actos propios (v. *infra* §8.II.2).

²⁴⁶ V., sin embargo, *supra* en la nota 241, la postura minoritaria de Suárez-Llanos, que entendía que el acuerdo negativo sólo podía adoptarse válidamente si el asunto constaba en el orden del día. Tesis que, en la actualidad, ha sido rechazada por la doctrina mayoritaria. Cfr., entre otros, POLO, E., *Los administradores y el consejo*, ob. cit., pp. 320 y 321 y JUSTE, J., «La legitimación subsidiaria», ob. cit., p. 134 y las referencias bibliográficas que allí se citan.

²⁴⁷ En puridad, la falta de oposición de la minoría no afecta a la validez del acuerdo de renuncia, sino que impide su adopción (v. *infra* §9.IV.1.1).

demanda. Esta conclusión encuentra una confirmación ulterior en las dos circunstancias siguientes:

a) Por un lado, el propio tenor literal del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital propicia esta interpretación, en la medida en que afirma que la renuncia podrá tener lugar «en cualquier momento», dando a entender con ello que el acuerdo puede adoptarse tanto antes como durante el desarrollo del proceso²⁴⁸.

b) Por otro lado, esta interpretación es más coherente con la finalidad que persiguen tanto el fenómeno de la renuncia como el de la transacción, que no es otra que la de *evitar* un proceso del que se esperan menos beneficios que los que pueda reportar la composición amigable del litigio o el simple abandono de toda pretensión²⁴⁹. Ello hace que resulte contrario a toda lógica forzar a la sociedad a entablar una acción que, de antemano, considera poco rentable. Por eso, una interpretación finalista de la Ley debe llevar igualmente a admitir que la renuncia pueda tener lugar antes del comienzo del proceso.

Todas estas consideraciones permiten afirmar que el temor manifestado por la doctrina tradicional resultaba del todo infundado, pues los socios minoritarios podrán interpretar el acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad como un supuesto de renuncia, pero su interpretación será incorrecta²⁵⁰. La minoría no goza de derecho de oposición alguno cuando el acuerdo de la junta ha sido contrario a la exigencia de responsabilidad, dado que este derecho nace únicamente en relación con los acuerdos de renuncia²⁵¹.

II. LA INTERPRETACIÓN ACTUALMENTE MAYORITARIA. CRÍTICA

1. Las distintas posturas acerca del momento a partir del cual puede llevarse a cabo la renuncia

El rechazo prácticamente unánime de la doctrina más reciente hacia este enfoque estrictamente procesalista del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital no se ha visto acompañado, en cambio, por un consenso igualmente unánime a la hora de identificar el momento exacto a partir del cual es posible llevar a cabo la renuncia o la transacción. Quizá, la postura mayoritaria es la que entiende que para que la junta pueda renunciar o transigir a la acción social de responsabilidad es necesario, en cualquier

²⁴⁸ Con referencia a la antigua LSA de 1951, cfr. SUÁREZ-LLANOS, L., ob. cit., pp. 957 y 958; SOLÁ CAÑIZARES, F., «La administración y la dirección de la sociedad anónima», en *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, núm. 3, 1954, p. 169 y BÉRGAMO, A., ob. cit., p. 162. Más recientemente, cfr., entre otros, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores*, ob. cit., p. 380 y GARRETA, J.M., *La responsabilidad*, ob. cit., p. 149.

²⁴⁹ SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores*, ob. cit., pp. 381 y ss.

²⁵⁰ Cfr., en estos mismos términos, SUÁREZ-LLANOS, L., ob. cit., p. 959.

²⁵¹ Cuestión distinta, y sobre la que volveremos más adelante, es que el intento de renuncia frustrado gracias a la oposición de la minoría deba considerarse también un «acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad» (v. *infra* §9.IV.1.2).

caso, que se haya adoptado previamente un acuerdo expreso y formal de ejercicio de la misma²⁵². Pero se han avanzado otras muchas interpretaciones.

Así, hay quien diferencia, en este punto, los acuerdos de renuncia y transacción y entiende que uno y otro pueden ser adoptados en momentos distintos. En particular, se ha afirmado que, mientras que el acuerdo de renuncia podría tener lugar antes de la presentación de la demanda y en la misma junta en la que se acuerda el ejercicio de la acción, sólo cabría transigir una vez que se ha iniciado el pleito²⁵³. Se ha dicho igualmente que, aunque ambas actuaciones son perfectamente posibles antes del proceso, sólo la renuncia presupone la previa adopción del acuerdo favorable a la exigencia de responsabilidad, en tanto que la transacción requeriría únicamente la existencia de un conflicto o controversia²⁵⁴.

2. Superación de las interpretaciones actuales: la renuncia es posible desde que se produce el daño en el patrimonio social

Estas posturas parten, sin embargo, de un nuevo equívoco, en la medida en que todas ellas vinculan el nacimiento del derecho a exigir la responsabilidad de los administradores —que constituye el objeto de la renuncia— al acuerdo de la junta que declara haber lugar a dicha responsabilidad²⁵⁵.

En efecto, cuando se afirma que la junta no puede «renunciar a algo que no ha acordado o aprobado previamente»²⁵⁶, o que «la renuncia sólo será posible si se ha dado un presupuesto positivo: que la Junta, por resolución de la mayoría, haya declarado que los administradores son responsables»²⁵⁷, se está asumiendo implícitamente que el derecho al resarcimiento de los daños ocasionados por el administrador surge en el momento en el que la junta determina, mediante un acuerdo expreso, que la actuación

²⁵² POLO, E., *Los administradores y el consejo*, ob. cit., p. 331 y los autores citados *infra* en la nota 258. En Italia, esta interpretación, auspiciada en su momento por FRÈ, G., *Società per azioni*, ob. cit., p. 520 y sostenida también por FERRI, G., *Le società*, ob. cit., p. 717, se ha visto superada hoy en día (v. *infra* la nota 265).

²⁵³ En este sentido, RUBIO, J., *Curso*, ob. cit., p. 301, quien afirma que la transacción «en sentido propio», sólo es posible una vez iniciado el proceso. No alcanzamos a comprender, sin embargo, cuál es ese sentido de la transacción, toda vez que, como hemos visto, ésta es una figura que opera esencialmente en el plano sustantivo y que puede tener lugar, sin duda, fuera del proceso (v. *supra* §3.3).

²⁵⁴ Así, POLO, E., «Nuevas consideraciones sobre la transacción de la acción social de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital», en *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. 2, Madrid [McGraw Hill], 2002, p. 1417 y LARA, R., ob. cit., pp. 110 y 111.

²⁵⁵ En este sentido, afirma SUÁREZ-LLANOS, L., ob. cit., p. 959, que el acuerdo de renuncia «implícitamente presupone una decisión de la Junta de “haber lugar” a exigirse responsabilidad, a la que debe vincularse el nacimiento del derecho a exigir de los administradores una determinada indemnización» (la cursiva es nuestra). En la misma línea, cfr., en Italia, AULETTA, F., ob. cit., pp. 492 y 493.

²⁵⁶ POLO, E., «Nuevas consideraciones», ob. cit., p. 1416 y, en términos parecidos, en ID., *Los administradores y el consejo*, ob. cit., p. 332.

²⁵⁷ BÉRGAMO, A., ob. cit., p. 163.

del administrador ha generado unos daños indemnizables. Por tanto, bajo este punto de vista, no sería posible una renuncia anterior a dicho acuerdo, pues hasta ese momento la sociedad no sería titular del derecho que pretende abandonar²⁵⁸.

Ciertamente, el particular funcionamiento de las sociedades de capital, cuyos procesos de decisión se encuentran sometidos a determinadas reglas tendentes a cohesionar los distintos intereses que concurren en la formación de su voluntad, añade una especial complejidad al análisis de una actividad, como es la de renunciar a una acción o a un derecho, que en el caso de las personas físicas no trasciende su fuero interno. Pero esta necesaria especialidad no altera —sino, excepcionalmente y por razón de la tutela de algunos de esos intereses— las reglas generales del Ordenamiento. Lo que no se comprende fácilmente es qué intereses tratan de protegerse cuando se atribuye al acuerdo favorable a la exigencia de responsabilidad la virtud de engendrar la acción social y el derecho al resarcimiento del daño que ésta envuelve. No cabe duda de que ambos preexisten a este acuerdo, pues su nacimiento tiene lugar en el momento mismo en el que se produce la lesión del patrimonio social como consecuencia de la actuación dolosa o culpable del administrador²⁵⁹.

Aun cuando pueda discutirse acerca de la naturaleza —contractual o legal/orgánica— del régimen de responsabilidad de los administradores para con la sociedad, es claro que estamos ante una modalidad especial de responsabilidad civil, cuyos presupuestos —incumplimiento, daño y relación de causalidad— y funcionamiento deben quedar sometidos a la disciplina general²⁶⁰. En este sentido, la obligación de indemnizar que corre a cargo de los administradores responsables no es más que una mera proyección del artículo 1101 del Código civil en el ámbito societario. En otras palabras, la acción social no deja de ser una especificación de la acción civil general de indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación²⁶¹. A este respecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 1101 del Código

²⁵⁸ SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores*, ob. cit., p. 381; LARA, R., ob. cit., p. 110; RUBIO, J., *Curso*, ob. cit., p. 301; CASTRESANA, L.F., «Algunas cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas», en Sánchez Calero (Dir.), *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Madrid [Musini], 1994, p. 683; DE LA CÁMARA, M., «La administración de la sociedad anónima», en *RJN*, núm. 4, 1992, p. 143; MARTÍNEZ MACHUCA, P., «La oposición al acuerdo de transigir o renunciar al ejercicio de la acción social de responsabilidad», en *RDM*, núm. 227, 1997, p. 1182; DÍAZ ECHEGARAY, J.L., ob. cit., p. 315; ESTEBAN VELASCO, G., «La acción social y la acción individual», ob. cit., p. 67 y QUIJANO, J., «Acción social», ob. cit., p. 1712.

²⁵⁹ Conformemente, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y MARÍN DE LA BÁRCENA, F., ob. cit., p. 173.

²⁶⁰ Esta afirmación es admitida de forma pacífica. Cfr., por todos, QUIJANO, J., «La responsabilidad de los administradores (Art. 236)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario*, ob. cit., vol. 1, pp. 1691 y 1692, quien ya había alcanzado la misma conclusión bajo la vigencia de la LSA de 1951 (cfr. ID, *La responsabilidad*, ob. cit., pp. 136 a 138). En Italia, cfr., entre muchos otros, BONELLI, F., *La responsabilità*, ob. cit., p. 2, y la jurisprudencia allí citada.

²⁶¹ Cfr., por todos, POLO, E., *Los administradores y el consejo*, ob. cit., p. 289, quien destaca que, frente a la derogación parcial del artículo 1101 del Código civil operada por la LSA de 1951 —que, como es sabido, limitaba la responsabilidad de los administradores a los supuestos de «malicia, abuso de facultades o negligencia grave»—, la aprobación del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 supuso el retorno al régimen común de responsabilidad. Entiende igualmente que el régimen de

civil lo que regula son las consecuencias indemnizatorias que surgen del incumplimiento de cualquier obligación y que «no es, por tanto, la norma que disciplina la responsabilidad contractual, sino la genérica responsabilidad obligacional, cuando la obligación que se infringe estaba previamente constituida, por contrato, ley o cuasi contrato»²⁶².

Por tanto, la responsabilidad de los administradores se desencadena apenas tiene lugar un daño ligado por una relación de causalidad a un comportamiento —activo u omisivo— ilícito y culpable²⁶³. Es, en ese momento, y no desde la adopción del acuerdo favorable a la exigencia de responsabilidad, en el que «nace» el derecho sustantivo al resarcimiento de los daños y, con él, la acción para exigir su cumplimiento²⁶⁴. A partir de entonces, la sociedad puede disponer del mismo, transigiendo o renunciando²⁶⁵. El acuerdo por el que se decida el ejercicio de la acción —e, implícitamente, se reconozca la actuación responsable de los administradores— cumple una función bien distinta, como es la de integrar uno de los requisitos procesales para la válida emanación de una sentencia de fondo (cfr. arts. 416 y 425 LEC)²⁶⁶. Es decir, se trata de un presupuesto

responsabilidad establecido en la Ley de Sociedades de Capital es una manifestación especial del regulado en los artículos 1101 y ss. del Código civil ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., ob. cit., p. 696 (cfr. también p. 708 y la bibliografía citada en la nota 101).

²⁶² CARRASCO, A., «Comentario al artículo 1101 CC», en Albaladejo/Díaz Alabart (Dirs.), *Comentarios*, ob. cit., tomo 15, pp. 377 y 378

²⁶³ QUIJANO, J., «Acción social», ob. cit., pp. 1695 y 1696.

²⁶⁴ LORDI, L., *Le società commerciali*, ob. cit., p. 212, para el cual «[l]’obbligazione degli amministratori verso la società per le responsabilità nelle quali incorrono nasce dal momento in cui l’amministratori, o i liquidatori compiono l’atto che reca danno alla società». Cfr. igualmente FRANCHI, A., «La rinuncia all’azione sociale di responsabilità verso gli amministratori», en *Contr. impr.*, núm. 3, 2005, p. 735, quien señala que «il diritto al risarcimento del danno, oggetto mediato della rinuncia, è entrato nel patrimonio della società nel momento in cui si è verificato il danno derivante dalla mala gestio». En el mismo sentido, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y MARÍN DE LA BÁRCENA, F., ob. cit., p. 173 y NEILA, J.M., *La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital (mercantil, civil, penal, administrativa)*, Madrid [Edersa], 1995, pp. 63 a 66.

²⁶⁵ Esta es la opinión actualmente mayoritaria en la doctrina italiana. Cfr., entre otros, MINERVINI, G., *Gli amministratori*, ob. cit., pp. 359 y 360; BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, ob. cit., pp. 271 y 272 y FRANCHI, A., últ. ob. cit. En España, esta tesis puede considerarse minoritaria, pero ha sido sostenida por CALBACHO, F., ob. cit., pp. 202 y 203; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y MARÍN DE LA BÁRCENA, F., ob. cit., p. 173; LORENTE, C.J., *La responsabilidad legal de administradores y directivos de empresas*, Zaragoza [LM&A Abogados y Consultores], 1994, p. 37 y JUSTE, J., «Legitimación subsidiaria», ob. cit., pp. 147 y 148, quien señala que, una vez apreciados los presupuestos de la responsabilidad ex artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital, «la Junta podrá acordar, según el artículo 238, ya renunciar al ejercicio de la acción, ya transigir con los administradores de modo que estos reintegren el patrimonio social dañado por su actividad, o, inalmente, acordar el ejercicio de la acción social de responsabilidad. Todo ello sin perjuicio de que las dos primeras decisiones (renuncia y transacción) puedan tener lugar con posterioridad a este último acuerdo (será, de hecho, el supuesto habitual), e incluso una vez entablada judicialmente la acción». También parece apoyar esta tesis ESTEBAN VELASCO, G., «La acción social y la acción individual», ob. cit., pp. 67 y 68.

²⁶⁶ Esta conclusión no es, sin embargo, pacífica, como muestran algunas resoluciones jurisprudenciales. Así, la SJPI, núm. 7, de Madrid, de 27 de julio de 1999 (AC 1999/1685) entendió que la aportación del acuerdo favorable al ejercicio de la acción era un presupuesto procesal subsanable. De presupuesto procesal calificó igualmente la aportación del acuerdo de la junta el AJPI, núm. 7, de Zaragoza, de 21 de julio de 2004, si bien, sostuvo que su omisión era un defecto insubsanable y declaró el sobreseimiento del proceso. Esta última resolución fue objeto de recurso de apelación, que fue resuelto por la Audiencia

necesario, *no para el nacimiento* del derecho al resarcimiento de los daños, *sino para su válido ejercicio* ante los tribunales.

Por lo demás, esta interpretación se encuentra avalada, en primer lugar, por el propio tenor literal del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital que señala textualmente que la transacción o renuncia de la junta podrá tener lugar «en cualquier momento». Como veremos más adelante, esta expresión adquiere en este contexto un significado y alcance distintos del que cabe atribuirle en el artículo 223.1 de la Ley de Sociedades de Capital, pues viene a indicar que el poder de disposición de la junta sobre el derecho al resarcimiento de los daños que ostenta frente al administrador puede ejercitarse desde el mismo momento en el que éste surge (*infra* §8.1).

En segundo lugar, el hecho de que el apartado tercero del artículo 238 de la Ley de Sociedades de Capital atribuya a la transacción el efecto de producir la destitución de los administradores de manera automática viene igualmente a confirmar esta tesis. Como es sabido, este efecto se anuda también al acuerdo de exigencia de responsabilidad que, según la doctrina prevalente, debe preceder siempre al primero. Por ello mismo, si no se advierte en esta norma un reconocimiento implícito de la posibilidad de que la transacción tenga lugar antes del acuerdo de exigencia de responsabilidad, la previsión legal parecería redundante y superflua, al atribuir al acuerdo transaccional una consecuencia —el cese de los administradores— que, necesariamente, habría debido producirse con anterioridad²⁶⁷. Es cierto que el art. 238.3 de la Ley de Sociedades de Capital se refiere solamente a la transacción, pero no podría ser de otra forma, pues la renuncia, a diferencia de aquélla, no evidencia, siempre y en todo caso, la ruptura del vínculo de confianza que justifica, en última instancia, el efecto revocatorio. A pesar de ello, la norma hace patente que la junta puede disponer válidamente del derecho al resarcimiento de los daños frente a los administradores antes

Provincial de Zaragoza, mediante auto, de 3 de diciembre de 2004 (JUR 2005/5645). En él la Audiencia confirma el sobreseimiento del proceso de instancia, aunque discrepa de la argumentación jurídica del tribunal *a quo*, señalando (FJ Tercero) que «el acuerdo societario de exigir responsabilidad al administrador es un requisito de la acción» y que, en consecuencia «su ausencia impedirá que se estime la acción, pero no que surja el proceso».

²⁶⁷ SUÁREZ-LLANOS, L., ob. cit., p. 958 y 960, quien pone de manifiesto esta contradicción, esgrimiéndola contra la tesis mantenida por Garrigues en las dos primeras ediciones de sus *Comentarios* (1952 y 1953). Haciéndose eco de esta crítica, la tercera edición de esta obra (1976), revisada y puesta al día por Menéndez, A. y Olivencia, M., matiza las conclusiones alcanzadas en las dos anteriores. Se dice ahora (p. 176) que el efecto revocatorio propio del acuerdo de exigencia de responsabilidad puede ser excluido, bien mediante declaración expresa de la propia junta, bien mediante la inserción de una cláusula estatutaria que establezca, por ejemplo, que la destitución sólo tenga lugar, automáticamente, cuando hubiese votado a favor de tal acuerdo una mayoría cualificada. En consonancia con lo anterior, se afirma (p. 180) que, cuando la Ley regula el cese como consecuencia también de la transacción, debe interpretarse en el sentido de que ésta «implica la destitución de los administradores [únicamente] en el caso de que no hubiesen sido ya destituidos en el momento en que se adoptó el acuerdo de promover la acción» (cfr., en idéntico sentido, RUBIO, J., *Curso*, ob. cit., p. 301). Por su parte, POLO, E., *Los administradores y el consejo*, ob. cit., pp. 334 y 335, considera discutible esta justificación, entendiendo que «el efecto destitutorio de la transacción es un mero mantenimiento del efecto producido por el acuerdo de ejercitar la acción, en el sentido de que si después de tal acuerdo se transige no por ello debe entenderse levantada la destitución» (en cursiva en el original).

de haber constatado su responsabilidad mediante un acuerdo expreso favorable al ejercicio de la acción.

Por último, no parece que los argumentos en contra de esta postura tengan entidad suficiente como para deslegitimarla. En este sentido, se ha afirmado, que el artículo 238.4 de la Ley de Sociedades de Capital, al señalar que la aprobación de las cuentas no podrá ser nunca interpretada como una renuncia a la acción «acordada o ejercitada», estaría excluyendo implícitamente la posibilidad de una renuncia anterior al acuerdo de ejercicio de la acción²⁶⁸. Ahora bien, sin perjuicio de que hayamos de volver sobre el significado y alcance de este precepto y sobre su incidencia en la materia que nos ocupa (*infra* §8.II.1), es necesario poner de manifiesto que su función es únicamente la de impedir que la exoneración de los administradores se logre de forma indirecta y a través de acuerdos, como el de aprobación de las cuentas, que no están sujetos a la disciplina de la renuncia. La dicción literal del artículo 238.4 de la Ley de Sociedades de Capital no prejuzga, en absoluto, la posibilidad de que la renuncia a la acción social de responsabilidad pueda tener lugar sin que haya sido previamente acordado su ejercicio²⁶⁹. Se trata, en realidad, de una norma que opera en un plano distinto, evitando que puedan tener lugar renunciaciones tácitas.

Se ha dicho, finalmente, que el acuerdo de renuncia anterior a la afirmación expresa de la responsabilidad de los administradores sería más bien un acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad²⁷⁰, pero ya hemos visto que las diferencias existentes entre uno y otro acuerdo impiden aceptar este argumento (*supra* 1).

III. LA POSIBILIDAD DE ADOPTAR EL ACUERDO DE RENUNCIA EN LA MISMA JUNTA EN LA QUE SE DECIDE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD

De todo cuanto hemos dicho hasta ahora se desprende que la cuestión acerca de la validez de la renuncia acordada por la misma junta en la que se decide el ejercicio de la acción social de responsabilidad, pese a haber sido objeto de una buena parte de las reflexiones de la doctrina en torno a la materia que nos ocupa, reviste una importancia menor. Si la renuncia es admisible incluso sin que se haya adoptado formalmente un acuerdo favorable a la exigencia de responsabilidad, en principio, nada obsta para que ambos acuerdos se aprueben en la misma junta.

²⁶⁸ Lo entiende así, POLO, E., *Los administradores y el consejo*, ob. cit., p. 332 a 334.

²⁶⁹ CALBACHO, F., ob. cit., p. 206. En Italia, ésta es la postura sostenida por BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, ob. cit., pp. 272 y 273.

²⁷⁰ Identifican el acuerdo de renuncia anterior al de exigencia de responsabilidad con un acuerdo contrario a dicha exigencia QUIJANO, J., «Acción social», ob. cit., p. 1712 y —al menos aparentemente— POLO, E., *Los administradores y el consejo*, ob. cit., p. 332. No obstante, este último aclara su postura en ID., «Nuevas consideraciones», ob. cit., p. 1416, nota 9, advirtiendo que, efectivamente, acuerdo de renuncia y acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad deben reputarse distintos, pero que, en su opinión, antes de un acuerdo favorable al ejercicio de la acción, lo único que cabe es acordar el no ejercicio de la acción.

A este respecto, no puede dejar de apreciarse cierta contradicción en aquellas opiniones que consideran que la renuncia exige, en todo caso, la previa adopción de un acuerdo formal de exigencia de responsabilidad y entienden, al mismo tiempo, que el hecho de que los dos acuerdos puedan aprobarse en la misma junta resulte sospechoso o sintomático de una actuación fraudulenta por parte de la mayoría²⁷¹. Si para poder renunciar a la acción, ésta debe haber sido ya acordada de forma expresa, no puede extrañar que se aproveche la misma junta para proceder a aprobar ambos acuerdos²⁷².

Sin embargo, son necesarias algunas puntualizaciones. Por un lado, debe tenerse en cuenta que, si bien el acuerdo de ejercicio de la acción no requiere para ser plenamente válido que su aprobación conste en el orden del día (art. 238.1 LSC), no puede decirse lo mismo del acuerdo de renuncia. Como expondremos más adelante (*infra* §8.I), este último no supone una excepción a la exigencia del artículo 174 de la Ley de Sociedades de Capital, por lo que, el hecho de no constar su aprobación en el orden del día determinará la nulidad de la convocatoria y, por ende, del acuerdo mismo.

Por otro lado, si la renuncia puede llevarse a cabo sin necesidad de que previamente se haya adoptado un acuerdo expreso favorable al ejercicio de la acción, no parece que tenga mucho sentido que ambos acuerdos se aprueben en la misma junta. En realidad, el supuesto más habitual será que, tras la adopción del acuerdo de exigencia de responsabilidad y después incluso de haberse iniciado el procedimiento, los nuevos administradores adviertan la conveniencia de renunciar a la acción ejercitada —porque entienden que el procedimiento tiene escasas probabilidades de éxito, porque se está dañando innecesariamente la reputación de la sociedad, etc.—. En este caso, la renuncia a la acción deberá llevarse a cabo necesariamente en una junta posterior a aquélla en la que se decidió su ejercicio. Por el contrario, si la propuesta de renuncia surge con anterioridad a la adopción del acuerdo de exigencia de responsabilidad, lo normal es que sean los propios administradores afectados o el grupo mayoritario que los respalda quienes convoquen la junta incluyendo directamente la renuncia entre los asuntos a debatir en el orden del día y que no llegue a aprobarse formalmente un acuerdo favorable al ejercicio de la acción²⁷³. No obstante, puede suceder también que, a propuesta de uno o varios socios, la junta haya entrado a debatir acerca de la responsabilidad de los administradores, sin que la propuesta constara en el orden del día y que, una vez afirmada la responsabilidad y a luz de los datos e informaciones que se hayan ido exponiendo durante el transcurso de la discusión, se proponga, en ese mismo momento, renunciar al ejercicio de la acción social de responsabilidad. Sin embargo, en este caso, la junta no estaría legitimada para acordar la renuncia —por no figurar en el

²⁷¹ Nos estamos refiriendo a la opinión manifestada por POLO, E., *Los administradores y el consejo*, ob. cit., pp. 335 y 336. En el mismo sentido, cfr. DE LA CÁMARA, M., «La administración de la sociedad anónima», ob. cit., p. 143, que tacha de «farsa» el que el acuerdo de renuncia llegase a acordarse en la misma junta en la que se ha aprobado previamente el ejercicio de la acción social de responsabilidad.

²⁷² Nada de extraño debe verse en ello, máxime si se considera indispensable que el acuerdo de renuncia tenga que constar en el orden del día.

²⁷³ Contempla esta hipótesis, aunque calificándola como «artificial», JUSTE, J., *Los «derechos de minoría»*, ob. cit., p. 442, nota 85.

orden del día—, por lo que su aprobación debería remitirse necesariamente a una junta posterior.

Por tanto, únicamente parece haber dos supuestos en los que el acuerdo de ejercicio de la acción y el de renuncia se adoptarán en la misma junta: el primero es aquél en el que, no estando clara la responsabilidad de los administradores, la junta se convoque al objeto de debatir el posible ejercicio de la acción social y, en su caso, acordar también la renuncia; el segundo es aquel otro en el que, siendo evidente la responsabilidad de los administradores, la junta quiera dejar constancia de ello y forzar el cese del administrador adoptando un acuerdo favorable al ejercicio de la acción (art. 238.3 LSC), pero, al mismo tiempo, concurren una serie de circunstancias —escasa importancia de los hechos, ausencia de medios de prueba, etc.— que aconsejen acordar la renuncia.

IV. ANÁLISIS DE LAS DISTINTAS ACTUACIONES DE LA SOCIEDAD FRENTE A UN ACTO POTENCIALMENTE RESPONSABLE DE SUS ADMINISTRADORES

Una vez llegados a la conclusión de que la renuncia no se halla constreñida al ámbito puramente procesal, sino que opera exclusivamente en el material y que puede tener lugar, por tanto, desde que nace el derecho a obtener el resarcimiento de los daños ocasionados por la actuación ilegítima de los administradores, se hace más fácil examinar las distintas alternativas de actuación con las que cuenta la sociedad, una vez que se ha producido el hecho dañoso.

a) En primer lugar, y en consonancia con cuanto se ha venido sosteniendo, debe reputarse lícita la decisión de la junta de proceder directamente a la renuncia al derecho de crédito que ostenta frente a los administradores, mediante un acuerdo que deberá ajustarse a la disciplina del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Podrá argumentarse que este acuerdo *presupone* la constatación de la responsabilidad de los administradores por parte de la sociedad, pero lo que quiere significarse al decir que la renuncia puede llevarse a cabo *directamente* es que no será, en ningún caso, necesario que la junta adopte *formalmente* un acuerdo previo de exigencia de responsabilidad²⁷⁴.

b) Es posible, en segundo lugar, que durante el desarrollo de la junta, uno o varios socios planteen la posibilidad de ejercitar la acción social. En tal caso, si el presidente o los socios mayoritarios rechazan expresamente entrar a debatir la propuesta o si ésta es directamente ignorada, la minoría estará legitimada para interponer directamente la acción social de responsabilidad (arg. *ex* art. 239.1 I LSC)²⁷⁵. En cambio, si el presidente accede a la propuesta o si el asunto constaba previamente en el orden del día,

²⁷⁴ En este sentido CALBACHO, F., *ob. cit.*, pp. 202 y ss. (v. espec. p. 212).

²⁷⁵ Por su parte, los socios minoritarios podrán solicitar la convocatoria de la junta para que ésta decida sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad (art. 239.1 LSC). En este supuesto si, en el plazo de un mes, los administradores no procediesen a convocar la junta, los minoritarios podrán interponer igualmente la acción social de responsabilidad (art. 239.2 LSC).

la conducción de los debates y la composición de las mayorías concurrentes podrán dar lugar a dos resultados distintos:

i) Por un lado, los socios podrán considerar que la conducta de los administradores no es susceptible de reproche, ya sea porque no generó daño alguno al patrimonio social —o éste no ha quedado acreditado—, ya sea porque, pese a haberse ocasionado un daño, no existe un nexo causal entre éste y el comportamiento de los administradores bajo sospecha, o ya sea, en fin, porque dicho comportamiento se ajustó, en todo caso, a los parámetros de diligencia y lealtad exigidos por la ley y los estatutos sociales²⁷⁶. En todas estas circunstancias, la voluntad de los socios cristalizará en un *acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad*, cuya validez no dependerá de la ausencia de oposición de la minoría, sino que constituirá uno de los presupuestos necesarios para dicha minoría que pueda promover directamente la acción social de responsabilidad (art. 239.1 I LSC).

ii) Por el contrario, podría suceder que, según el parecer de la junta, la actuación enjuiciada integre un supuesto de responsabilidad; en cuyo caso, lo más habitual es que se adopte un *acuerdo expreso favorable a la exigencia de responsabilidad*. No obstante, cabe igualmente que la junta, aun constatando la existencia de responsabilidad, adopte, además —o en vez— del oportuno acuerdo de promoción de la acción social, cualquier otro que, sin suponer una renuncia expresa e inequívoca al ejercicio de la acción social, implique, de algún modo, la no exigencia inmediata de responsabilidad, *v.gr.* aplazándola por un tiempo indeterminado, sometiénola a la concurrencia de determinadas condiciones o haciendo constar, simplemente, que la presentación de la demanda no se considera pertinente en ese momento. Todos estos acuerdos supondrán igualmente una *no exigencia* de responsabilidad, que legitimará la actuación subsidiaria de la minoría, conforme al artículo 239.1 I de la Ley de Sociedades de Capital (*supra* I.2).

c) En caso de que el único acuerdo adoptado fuese el de ejercicio de la acción social, el *iter* normal continuará con la presentación de la correspondiente demanda por los nuevos administradores o por las personas a las que la junta haya encomendado expresamente la ejecución del acuerdo de promover la acción. Pero pueden darse dos supuestos en los que, pese a haberse adoptado un acuerdo favorable al inicio del procedimiento de la acción, la demanda no se presente finalmente:

i) Así, pudiera ocurrir que, faltando a sus deberes, los nuevos administradores —o, en su defecto, los apoderados especiales— no presentaran la demanda en el plazo de un mes desde que su interposición fuese acordada por la junta. En tal circunstancia, y al margen de que puedan depurarse las oportunas responsabilidades (art. 236 LSC), la minoría estará legitimada para dirigirse directamente contra los administradores (art. 239.1 I LSC).

²⁷⁶ Los socios pueden considerar asimismo que concurrió alguna de las causas de «exoneración» previstas en el artículo 237 de la Ley de Sociedades de Capital, para el caso en que la administración se hubiese encomendado a un órgano pluripersonal.

ii) Del mismo modo, sería posible que la junta, tras haber aprobado el acuerdo de ejercicio de la acción social de responsabilidad, decidiese renunciar a su interposición, mediante un nuevo acuerdo. Éste deberá someterse, sin duda, a la disciplina del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital y, como hemos visto, podrá adoptarse tanto en la misma junta en la que se decide la promoción de la acción social, como en una sucesiva, siempre y cuando el asunto se hubiera hecho constar en el orden del día.

d) Si, finalmente, la sociedad presenta la demanda, caben plantearse todavía dos escenarios en los que el procedimiento no proseguirá hasta el final. El primero es aquél en el que la sociedad decida renunciar a la acción ya ejercitada (art. 20.1 LEC). Esta decisión requerirá, en cualquier caso, el acuerdo expreso de la junta, que sólo será válido si su adopción consta en el orden del día y no se opone a la misma un número de socios que represente, al menos, el cinco (o el tres) por ciento del capital social (art. 238.2 LSC). El segundo escenario es aquél en el que, en vez de renunciar, la sociedad se planteé desistir del proceso, abandonándolo (arts. 20.2 y 3 LEC). Como ya quedó dicho, esta otra decisión no comprometerá, en principio, la posibilidad de que en el futuro la propia sociedad o, subsidiariamente, la minoría cualificada puedan volver a reproducir la acción en un nuevo proceso. Pero puede dar cabida, en ciertos casos, a comportamientos abusivos de la mayoría tendentes a despojar de legitimación a los socios, por lo que el acuerdo en el que se materialice deberá considerarse incluido en la categoría de los *acuerdos contrarios a la exigencia de responsabilidad* y su adopción abrirá las puertas a la actuación directa de la minoría (art. 239.1 I LSC).

SEGUNDA PARTE

**EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RENUNCIA
A LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD**

CAPÍTULO CUARTO

LA RENUNCIA AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD POR LA JUNTA GENERAL

SUMARIO. §7. La competencia en materia de renuncia a la acción social de responsabilidad; I. LA COMPETENCIA PARA ACORDAR LA RENUNCIA EN LAS SOCIEDADES *IN BONIS*; 1. La renuncia a la acción social de responsabilidad como acto corporativo con trascendencia patrimonial reservado a la competencia de la junta general (sin oposición de la minoría); 2. El papel de los administradores en la renuncia. Remisión; II. LA COMPETENCIA PARA ACORDAR LA RENUNCIA EN LAS SOCIEDADES CONCURSADAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA TRANSACCIÓN; 1. La situación anterior a la reforma de 2011; 2. La situación tras la reforma de 2011. §8. La necesidad de que la renuncia se apruebe mediante un acuerdo expreso; I. LA OBLIGATORIA CONSTANCIA DE LA RENUNCIA EN EL ORDEN DEL DÍA DE LA JUNTA; II. EL CARÁCTER EXPRESO DEL ACUERDO DE RENUNCIA; 1. Aprobación de las cuentas, aprobación de la gestión y renuncia a la acción social de responsabilidad; 2. «Descargo», aprobación o ratificación de la junta. Renuncia tácita y prohibición de *venire contra factum proprium*. §9. El acuerdo de renuncia al ejercicio de la acción social; I. EL ACUERDO DE RENUNCIA A LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD COMO NEGOCIO JURÍDICO UNILATERAL NO RECEPCIO E IRREVOCABLE; 1. Las características generales de la renuncia en Derecho privado; 2. El acuerdo de la junta constituye un negocio jurídico de renuncia perfecto y eficaz; 2. La posición de los administradores frente al acuerdo de renuncia; II. OBJETO Y CAUSA DEL ACUERDO DE RENUNCIA; 1. El objeto del acuerdo de renuncia; 2. La «transposición de valor» como causa concreta de la renuncia a la acción social de responsabilidad; III. QUÓRUM Y MAYORÍA; 1. El quórum y la mayoría necesarios para aprobar la renuncia; 2. La participación del administrador inculcado en la votación del acuerdo; IV. EL DERECHO DE OPOSICIÓN DE LA MINORÍA; 1. Naturaleza jurídica y consecuencias de su ejercicio; 2. Derecho de oposición y autonomía estatutaria; 3. El ejercicio del derecho de oposición no presupone el derecho de voto. Participación del socio sin voto y del accionista moroso; V. EFECTOS DE LA RENUNCIA ACORDADA POR LA JUNTA.

Hasta ahora, nos hemos venido ocupando de delimitar el ámbito de aplicación del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital. El análisis realizado, sobre todo en el capítulo segundo, nos ha permitido concluir que este precepto regula la disciplina aplicable a cualquier acto de abdicación —directa o indirecta— que tenga por objeto el derecho al resarcimiento de los daños causados en el patrimonio social por la conducta ilícita de los administradores. De lo que se trata, en esta segunda parte, es de

profundizar en el estudio de dicha disciplina. Con este objeto, los próximos capítulos se han estructurado de la siguiente manera:

Este primero («La renuncia a la acción social de responsabilidad por la junta general») se divide tres partes. En una primera —que bien podría haberse desgajado de la segunda y presentarse como un capítulo independiente— se estudiará la competencia para acordar la renuncia (*infra* §7). Como veremos, el Derecho español vigente prevé la competencia exclusiva y excluyente de la junta a la hora de acordar la renuncia en las sociedades *in bonis*, como excepción a la competencia general del órgano de administración en materia de gestión del patrimonio social (art. 209 LSC) (*infra* §7.I). Con todo, esta competencia no se articula conforme al principio mayoritario que rige normalmente la formación de la voluntad social (art. 156.2 LSC). En efecto, el «sujeto» competente para determinar la definitiva abdicación del derecho a la reintegración del patrimonio social lesionado por la *mala gestio* de los administradores es la *junta*, pero *sin el voto contrario de la minoría* titular de, al menos, el cinco (o el tres) por ciento del capital social.

La competencia del órgano asambleario se ve, sin embargo, alterada en el marco de los procedimientos concursales. En éstos la vertiente corporativa de la acción social de responsabilidad cede frente a su dimensión patrimonial. De un mecanismo de gobierno corporativo, la acción pasa a ser contemplada como un instrumento más de reintegración del patrimonio de la sociedad concursada, al servicio de los intereses del concurso. De ahí que la competencia sobre la entera gestión del derecho al resarcimiento de los daños ocasionados por el administrador negligente o desleal pase a ser competencia exclusiva del administrador concursal, que es el único sujeto legitimado para acordar su renuncia —si es que ésta pudiera resultar beneficiosa para el concurso— y transigir sobre la misma (art. 48-*quáter* LC) (*infra* §7.II).

La segunda parte del capítulo cuarto se centra en el análisis de la naturaleza jurídica y del régimen aplicable al acuerdo de renuncia. Régimen que gira en torno a la necesidad de dotar a este acuerdo de la máxima información y transparencia. Para ello, la Ley impone la inclusión de la materia en el orden del día y obliga a que la decisión se adopte de manera expresa (*infra* §8), lo cual implica, por un lado, la privación de efectos abdicativos a cualquier acuerdo que no tenga por objeto directo la exoneración de los administradores y que no se ajuste a la disciplina del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital y, por otro, la necesidad de que la renuncia se halle referida a una actuación concreta y perfectamente determinada y de que se haga expresa la causa que motiva su adopción (*infra* §9.II). El capítulo cuarto termina con el estudio del elemento central de esta disciplina: el derecho de oposición de la minoría (*infra* §9.IV) y de los efectos que despliega la renuncia válidamente acordada por la junta (*infra* §9.V).

A su vez, el capítulo quinto («La renuncia a la acción social de responsabilidad ejercitada por los legitimados extraordinarios») está dedicado al examen los distintos problemas que presenta la renuncia a la acción social en relación con aquellos sujetos —acreedores (*infra* §10) y minoría (*infra* §11)— a los que la Ley legitima, de forma extraordinaria, para su ejercicio. Las dificultades que plantea esta materia vienen de la

mano del escaso tratamiento que estos supuestos han recibido por parte de la doctrina española. Ello nos obligará a realizar un esfuerzo reconstructivo previo, para tratar de determinar qué intereses subyacen a este reconocimiento de legitimación extraordinaria y qué naturaleza jurídica cabe atribuir a la misma en cada uno de estos casos. Sólo después, estaremos en condiciones de analizar las particularidades que presenta, en ellos, la renuncia a la acción social de responsabilidad.

§7. La competencia en materia de renuncia a la acción social de responsabilidad

I. LA COMPETENCIA PARA ACORDAR LA RENUNCIA EN LAS SOCIEDADES *IN BONIS*

Cuando un administrador ocasiona un daño en el patrimonio social a raíz de la infracción de su obligación de gestionar la sociedad con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal (arts. 223 y 226 LSC), surge, a su cargo, una nueva obligación, a saber, la de indemnizar a la sociedad por el daño causado, que se presenta como «secundaria» o «accesoria» respecto a la primera (arts. 236 LSC y 1101 CC)²⁷⁷. Ello quiere decir que esta obligación de indemnizar, si bien tiene como presupuesto de hecho la infracción previa de la obligación de administrar diligentemente, una vez nacida, se independiza completamente de ésta y genera una pretensión resarcitoria o derecho de crédito autónomo en el patrimonio de la sociedad²⁷⁸. Se trata, para ser más precisos, de un *crédito pecuniario*, por cuanto tiene como objeto compensar en dinero tanto la disminución patrimonial experimentada por la sociedad —daño emergente—, como el beneficio que ésta ha dejado de obtener —lucro cesante— como consecuencia de la conducta del administrador²⁷⁹.

Pues bien, como ha quedado demostrado en el segundo capítulo (*supra* §3), es este derecho de crédito —o pretensión material— a la reparación del daño el que constituye el objeto de la renuncia a la acción social de responsabilidad. Por tanto, la renuncia se presenta, en primer término, como un acto de disposición abdicativa de un derecho perteneciente a la sociedad y, por ende, como un *acto de disposición del patrimonio social*²⁸⁰. De ahí que no requiera un particular esfuerzo argumentativo

²⁷⁷ BADOSA, F., «Comentario al artículo 1101 CC», en Paz-Ares (*et al.*) (Dirs.), *Comentario*, ob. cit., tomo 2, p. 36. En el mismo sentido, CARRASCO, A., «Comentario al artículo 1101 CC», ob. cit., p. 403, quien señala que «la indemnización no es efecto de ninguna obligación preexistente, sino una nueva obligación que surge del daño injusto o de incumplimiento» (en cursiva en el original) y, más adelante, en p. 406, que «a efectos del tráfico la indemnización por incumplimiento es un “accesorio” del crédito».

²⁷⁸ Como puntualiza RORDORF, R., «Il risarcimento del danno nell'azione di responsabilità contro gli amministratori», en *Società*, núm. 5, 1993, p. 617, la obligación derivada de la responsabilidad de los administradores da origen, como toda obligación resarcitoria, a una «deuda de valor», susceptible, por tanto, de revalorización monetaria.

²⁷⁹ Que se trata de una obligación pecuniaria lo destaca BADOSA, F., *últ. ob. cit.* Que la indemnización abarca tanto el daño emergente como el lucro cesante lo pone de manifiesto, entre otros, LLEBOT, J.O., «Los deberes y la responsabilidad de los administradores», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *La responsabilidad*, ob. cit., p. 53.

²⁸⁰ Sobre la renuncia como acto de disposición, v. *infra* §9.I.1.1. En sentido favorable a lo afirmado en el texto, cfr. CALANDRA BUONAURA, V., *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società*

afirmar que es a la sociedad, como única titular del patrimonio lesionado, a la que corresponde, de forma exclusiva y excluyente, acordar la renuncia *ex* artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital²⁸¹.

Esta conclusión no se ve alterada por la circunstancia de que la Ley, en algunas circunstancias y bajo determinados requisitos, legitime a los socios que ostenten, al menos, un cinco (o un tres) por ciento del capital social y a los acreedores sociales para ejercitar la acción social de responsabilidad (arts. 239 y 240 LSC). Como veremos, estamos, en ambos supuestos, ante una legitimación de carácter extraordinario que, en ningún caso, habilita a los socios o a los acreedores para renunciar al derecho ejercitado (*infra* §10.II.1 y §11.II.2). En consecuencia, sea la sociedad o sea cualquier otro legitimado el que entable la acción, la renuncia únicamente puede ser acordada por aquélla.

1. La renuncia a la acción social de responsabilidad como acto corporativo con trascendencia patrimonial reservado a la competencia de la junta general (sin oposición de la minoría)

Dicho lo anterior, se hace necesario determinar, a continuación, a qué órgano social —junta u órgano de administración— se ha reservado, en concreto, esta competencia. A este respecto, el hecho de que la renuncia represente un acto de disposición del patrimonio social podría inducir a pensar que su adopción entra dentro de las competencias de gestión que la ley atribuye, con carácter general, a los administradores (art. 209 LSC). Ésta fue, de hecho, la interpretación mantenida, inicialmente, por una parte de la doctrina italiana. Como ya sabemos, el artículo 2393 del *Codice civile* faculta a la sociedad para renunciar o transigir al ejercicio de la acción social de responsabilidad, siempre y cuando la renuncia o la transacción sean «aprobadas» por la junta general, sin el veto de la minoría. Pues bien, según algunos autores, el verbo «aprobar» vendría usado, en este contexto, en un sentido atécnico, como sinónimo de «autorizar», para expresar el consentimiento de la asamblea sobre un acto atribuido por la ley a la competencia del órgano de administración²⁸².

per azioni, Milán [Giuffrè], 1985, p. 110, nota 49, para quien, a través del acuerdo de renuncia a la acción social de responsabilidad frente a los administradores «*i soci dispongono del diritto al risarcimento del danno e, quindi, compiono un atto di gestione della società*».

²⁸¹ GARRIGUES, J., en Garrigues-Uría, *Comentario*, ob. cit., vol. 2, p. 174. Como señalan ARROYO, I. y BOET, E., ob. cit., p. 1556: «La sociedad es la titular del patrimonio dañado y, por consiguiente de conformidad con el derecho común de la responsabilidad por daños, es la titular de la pretensión indemnizatoria frente a los administradores por los daños derivados de su conducta negligente». Por su parte, SUÁREZ-LLANOS, L., ob. cit., pp. 954 y 955, señala que «si la acción social de responsabilidad pertenece “*iure proprio*” a la Sociedad, es lógico que del mismo modo que puede acordar su efectivo ejercicio [...] pueda también pronunciarse en sentido negativo, bien sea adoptando un acuerdo desfavorable “*al ejercicio*” de la acción, bien, en definitiva, renunciando [...]».

²⁸² Así lo entendieron CORSI, F., «*Poteri dell’assemblea e poteri del consiglio di amministrazione in rapporto all’art. 2364, n. 4, cod. civile*», en *Foro it.*, 1974, c. 239; FRÈ, G., *Società per azioni*, ob. cit., p. 520; MINERVINI, G., *Gli amministratori*, ob. cit., p. 360; FERRO-LUZZI, P., *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge ed all’atto costitutivo*, Milán [Giuffrè], 1976 (reimp. 1993), p. 87,

El principal argumento en el que se apoyaba esta tesis era la supuesta incapacidad de la asamblea para adoptar decisiones que afectaran a la gestión de la empresa social. Por su propia estructura, este órgano carecería de las condiciones necesarias para llevar a cabo actos de administración, puesto que no tendría forma de hacer o recibir propuestas contractuales, negociar con terceros, etc. Asimismo, su distancia respecto al día a día de la marcha de los negocios le impediría evaluar correctamente la oportunidad de emprender cualquier iniciativa en este sentido²⁸³. Por estos motivos, la participación de la asamblea en la renuncia se limitaría a ejercer una función de control sobre la legitimidad y la conformidad con el interés social de la actuación de los administradores, pero tendría vedada cualquier iniciativa autónoma al respecto. No podría, desde luego, aprobar un acuerdo distinto al presentado por los administradores, pero tampoco podría modificar su contenido ni promover *motu proprio* la renuncia²⁸⁴. Su intervención estaría dirigida, en definitiva, «a *rimuovere un ostacolo all'esercizio di un potere che già spetterebbe all'organo amministrativo*»²⁸⁵. No obstante, esta interpretación inicial fue objeto de diversas críticas²⁸⁶.

a) Ante todo, se puso de manifiesto la debilidad del argumento estrictamente literal, puesto que el *Codice* empleaba el término «aprobación» en otros preceptos para hacer referencia, no ya a un acto externo de la asamblea dirigido a dotar de eficacia a un negocio jurídico ajeno —de los administradores—, sino para designar la propia declaración de voluntad de la asamblea, esto es, para referirse al «acuerdo» mismo²⁸⁷.

nota 44 y ROMANO-PAVONI, G., *Le deliberazioni delle assemblee delle società*, Milán [Giuffrè], 1951, p. 65, nota 47. No obstante, para este último, el acuerdo de renuncia o transacción sería un acuerdo de «aprobación» en sentido técnico y distinto, por tanto, de los acuerdos de «autorización». Estos últimos constituirían el ejercicio de un poder deliberativo en sentido estricto, por cuanto estarían dirigidos a atribuir determinados poderes a los administradores, pero sin dar lugar a relaciones con terceros; relaciones que surgirían sólo después, como consecuencia de la posterior actuación de los administradores. Por el contrario, los acuerdos de «aprobación» estarían encaminadas a dotar de eficacia a un acto ya realizado por los administradores y, por lo tanto, a generar directamente relaciones con terceros.

²⁸³ CORSI, F., *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, Milán [Giuffrè], 1974, p. 276.

²⁸⁴ CORSI, F., «Poteri dell'assemblea», ob. cit., c. 240, quien afirma que, en estos casos, la propuesta de los administradores «*quale è contenuta nell'ordine del giorno di convocazione dell'assemblea si pone come un limite alla successiva decisione dell'assemblea stessa*». Por lo demás, según este autor, la falta de autonomía de la asamblea para adoptar acuerdos relativos a la gestión de la sociedad encontraría una ulterior confirmación en el hecho de que su convocatoria se reserve, normalmente, a la iniciativa autónoma del órgano de administración (cfr. ob. cit., pp. 276 y 277). No obstante, como correctamente observa BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, pp. 189 y 190, la validez de este razonamiento decae tan pronto como se observa: *i*) que existen mecanismos —junta universal y convocatoria judicial— que permiten la reunión de la asamblea al margen de los administradores; y *ii*) que el de convocatoria y el de decisión son poderes que operan en dos planos distintos y cuya atribución, por regla general, a dos órganos distintos responde a la exigencia de proteger el normal funcionamiento de la organización social.

²⁸⁵ BENAZZO, P., últ. ob. cit., p. 122.

²⁸⁶ Se debe fundamentalmente a BENAZZO el haber identificado sus errores. De hecho, su obra *Rinuncia e transazione*, cit., que lleva por subtítulo «*Il ruolo dell'assemblea*», está dedicada, en buena medida, a demostrar la competencia exclusiva de la asamblea en relación con la renuncia. Cfr., sobre todo, el capítulo tercero.

²⁸⁷ Así sucedía, por ejemplo, en el artículo 2470, que regulaba la modificación de estatutos en sede de sociedad de responsabilidad limitada, y conforme al cual dichas modificaciones debían ser «aprobadas»

b) Por otro lado, se advirtió que esta tesis suponía una clara ruptura en relación con las conclusiones alcanzadas hasta el momento por la doctrina que, ya durante la vigencia del *Codice di commercio* de 1882 y a pesar de la ausencia de una regulación expresa, había afirmado mayoritariamente la competencia exclusiva de la asamblea para acordar la renuncia y la transacción al ejercicio de la acción social (*supra* §1.I.2)²⁸⁸.

c) Se hizo notar, asimismo, que la reserva de competencia a favor del órgano deliberativo respondía, en realidad, a una exigencia de coherencia interna del sistema de responsabilidad de los administradores, que sigue siendo plenamente válida hoy en día. En efecto, si aquélla es competente para decidir el ejercicio de la acción social (art. 2393, párrafo primero, *C.Civile*), debe serlo, *a fortiori*, para acordar su renuncia. De lo contrario, se llegaría al resultado ilógico de que la asamblea, siendo totalmente libre para exigir responsabilidades al órgano de administración, estaría sometida, sin embargo, a la iniciativa y valoración de este último para llevar a cabo un acto de mucha mayor trascendencia para la gestión de la empresa social, como es el de abdicar definitivamente el derecho a la reintegración del patrimonio social lesionado por su conducta con efectos no sólo frente a la propia sociedad, sino también frente a los socios minoritarios e incluso, en el caso español, frente a los acreedores (*infra* §9.V)²⁸⁹.

d) Por último, la supuesta incapacidad de la asamblea para llevar a cabo actos de disposición del patrimonio social fue igualmente contestada con base en los siguientes argumentos. De un lado, se dijo que la particular estructura de la renuncia, que, como veremos, se articula a través de un negocio jurídico *unilateral y no recepticio* (*infra* §9.I), hacía innecesario entablar tratos negociales de ninguna clase. Y es que, en verdad, resulta del todo indiferente que el órgano asambleario no pueda hacer o recibir ofertas, ni negociar con terceros, puesto que la renuncia a la acción social de responsabilidad agota sus efectos directos o inmediatos en el patrimonio de la sociedad. Se trata de un acto de disposición que no requiere esa destinación *ad alterum* que es característica de los fenómenos recepticios y que impide a la junta llevar a cabo, por sí misma, aquellos

por la asamblea, con las mayorías establecidas para la asamblea extraordinaria de la sociedad por acciones. De igual manera, el artículo 2441 del *Codice civile*, disciplinaba la exclusión del derecho de opción en los siguientes términos: «*il diritto di opzione può essere escluso o limitato con la deliberazione di aumento di capitale, approvata da tanti soci che rappresentino oltre la metà del capitale sociale*». Cfr. BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, ob. cit., pp. 131 y 132. Téngase en cuenta, no obstante, que la reforma 2003 ha cambiado la redacción del primero de estos preceptos y que el segundo ha sido modificado también por el *D.Lgs.*, núm. 184, de 11 de octubre de 2012 (*GU* de 29 de octubre), de forma que en ninguno de ellos se emplea ya el término «aprobación» con este significado.

²⁸⁸ Que «el derecho exclusivo de la asamblea a promover el ejercicio de la acción social conlleva el de transigir o renunciar a la acción misma», que la asamblea «puede absolver a los administradores de su responsabilidad» o que ésta es libre «para transigir, ceder la acción o renunciar frente a todos o algunos de los inculpados» son algunas de las expresiones que reflejan el firme convencimiento de los intérpretes del *Codice* de 1882 acerca de la competencia exclusiva del órgano deliberativo en materia de renuncia (las citas corresponden a SOPRANO, E., *Trattato*, ob. cit., p. 715, VIVANTE, C., ob. cit., p. 453 y DE GREGORIO, A., *Delle società*, ob. cit., p. 376, respectivamente). En el mismo sentido, pueden verse el resto de autores citados *supra* en la nota 20. A idéntico resultado había llegado, en España, GARRIGUES, J., *Tratado*, ob. cit., vol. 1, tomo 2, p. 1062, al interpretar el Código de Comercio de 1885.

²⁸⁹ CALANDRA BUONAURO, V., *Gestione dell'impresa*, ob. cit., p. 169 y BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, ob. cit., pp. 126 a 129.

otros actos de gestión que sí implican relaciones con terceros. De otro lado, la lógica ignorancia de este órgano respecto del día a día de la empresa social tampoco podía alegarse para rebatir la competencia de la junta en esta materia, ya que, si bien es cierto que el órgano asambleario no tiene por qué conocer los pormenores de la actividad gestora, no lo es menos que el Derecho italiano, al igual que el español predisponen una serie de mecanismos tendentes a garantizar que la decisión de renuncia se adopta de manera plenamente consciente e informada. En este sentido, ambos Ordenamientos imponen la obligación de que el acuerdo de renuncia se adopte de manera expresa, rechazando, con ello, la atribución de cualquier efecto abdicativo a aquellos acuerdos que no tengan por objeto la responsabilidad de los administradores —*v.gr.* acuerdo de aprobación de las cuentas o del informe de gestión (cfr. art. 2434 *C.Civile* y art. 238.4 LSC)— o que no se ajusten a la disciplina de la renuncia a la acción social de responsabilidad (*infra* §8.II). Además, el acceso de los socios al máximo nivel de información sobre la actuación que hubiera dado origen al crédito que se pretende renunciar está garantizado por el derecho de oposición de la minoría. Será ésta, a través de su aquiescencia, la que juzgue la suficiencia de la información suministrada por los administradores²⁹⁰.

Nos encontramos, de esta forma, con que el *Codice civile* —correctamente interpretado— atribuye a la asamblea una competencia plena para *acordar* la renuncia a la acción social de responsabilidad y no sólo para aprobar un acto predispuesto por el órgano de administración²⁹¹. En esta misma línea se mueve también la Ley española, que, con mejor criterio, afirma textualmente: «En cualquier momento, la junta general podrá renunciar o transigir al ejercicio de la acción» (art. 238.2 LSC). Uno y otro Ordenamiento reconocen, pues, el poder de *decisión* de la junta general en relación con la abdicación del derecho al resarcimiento del daño causado por los administradores en el patrimonio social, por lo que ambos conciben la renuncia a la acción social de responsabilidad como una *excepción a la competencia general del órgano de administración en materia de gestión*²⁹².

²⁹⁰ Cfr., nuevamente, BENAZZO, P., *últ. ob. cit.*, pp. 179 y 180 (v., no obstante, *infra* la nota 472 para un apunte acerca de los límites al derecho de información de los socios).

²⁹¹ Así es como la doctrina mayoritaria interpreta, en la actualidad, el artículo 2393, párrafo sexto, del *Codice civile*. Cfr., por todos, DELL'ATTI, G., *La rinuncia*, *ob. cit.*, pp. 124 y 125. *Contra*, sin embargo, NAZZICONE, L., «Sub art. 2393», en Nazzicone-Providenti, *Società per azioni: amministrazione e controlli (Artt. 2380-2409-noviesdecies c.c.)*, en Lo Cascio (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Milán [Giuffrè], 2003, p. 200, para el cual el acuerdo de renuncia constituye una «aprobación» en sentido estricto cuando tenga lugar sobre la base de un acto previo de los administradores, en tanto que será una verdadera «autorización» en el caso de que se lleve a cabo con anterioridad a la actuación de los administradores.

²⁹² BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, *ob. cit.*, p. 191. Cfr., en idéntico sentido, CALANDRA BUONAURA, V., *Gestione dell'impresa*, *ob. cit.*, p. 110; ID., «Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori», en Colombo/Portale (Dirs.), *Trattato delle società per azioni*, vol. 4, Turín [Utet], 1991, p. 170, nota 124, quien hace referencia a la renuncia como límite legal al poder de representación de los administradores, y MAFFEZZONI, I., «Sub art. 2364», en Picciau (a cura di), *Assemblea (Artt. 2363-2379-ter, c.c.)*, en Marchetti (*et al.*) (Dirs.), *Commentario*, *ob. cit.*, p. 20.

Esta excepción está motivada, desde luego, por el conflicto de intereses que afecta al órgano de administración, tanto en la proposición de la acción como en su renuncia²⁹³. Pero responde, además, a la especial *relevancia corporativa* que reviste esta materia y que está presente también en otras competencias con trascendencia patrimonial que la Ley reserva, sin embargo, a la junta general. En este sentido, no parece difícil advertir cómo el acuerdo de aplicación del resultado (art. 273.1 LSC), la emisión de obligaciones (art. 406 LSC), la autorización para la adquisición de acciones propias (art. 146.1, letra «a», LSC) e, incluso, los acuerdos de aumento y reducción del capital social (art. 160, letra «d», LSC) son igualmente actos de incuestionable relevancia patrimonial que, sin embargo, se atribuyen por la Ley a la competencia exclusiva de la junta general en atención a su valor organizativo, esto es, a su particular incidencia sobre los fundamentos de la estructura societaria²⁹⁴.

Lo mismo puede decirse de las decisiones en materia de responsabilidad de los administradores. El ejercicio de la acción social repercute, sin duda, en la gestión del patrimonio de la sociedad, pero conlleva asimismo el «*esercizio di un potere amministrativo-corporativo*» y de un «*potere di controllo sul corretto svolgimento dell'attività gestoria*», que puede tener consecuencias de enorme relevancia para la vida de la sociedad²⁹⁵. Y, a su vez, la renuncia o la transacción, aun cuando impliquen el abandono —total o parcial— de un derecho patrimonial, suponen también el ejercicio —en negativo— de ese poder corporativo, puesto que, por medio de estos acuerdos, la sociedad no sólo pierde la posibilidad de reintegrar su patrimonio, sino también la de exigir responsabilidades a sus administradores.

Ambos constituyen, por tanto, *actos corporativos*, por cuanto llevan consigo la actuación o desarrollo del contrato de sociedad, lo que hace que rebasen la mera actividad gestora y queden sustraídos a la esfera de competencias del órgano de administración. Son, en definitiva, actos que, a pesar de su incidencia en el patrimonio de la sociedad, afectan a los intereses primarios de esta última y se hallan reservados, de forma exclusiva y excluyente, a la libre decisión de los socios²⁹⁶. De este modo, la junta

²⁹³ En este sentido, DELL'ATTI, G., *loc. ult. cit.*

²⁹⁴ Cfr., con carácter general, CALANDRA BUONAURA, V., *Gestione dell'impresa*, ob. cit., pp. 106 a 113 (v. espec. pp. 110 y 113). Por lo que se refiere a la autorización para la adquisición de acciones propias, cfr. MENGHI, I., *L'autorizzazione assembleare all'acquisto di azioni proprie*, Milán [Giuffrè], 1992, pp. 55 a 73 (v. espec. p. 65). En España, y en relación con la competencia de la junta para acordar la emisión de obligaciones, puede verse VALPUESTA, E., «Competencia de la junta general (Art. 406)», en Rojo/Beltrán, *Comentario*, ob. cit., vol. 2, p. 2782.

²⁹⁵ La cita literal corresponde a PICCIAU, A., «Sub art. 129», ob. cit., p. 992. Las repercusiones de la acción social de responsabilidad sobre la vida de la sociedad son evidentes. Como señala BENNANI, V., «Sulla legittimazione all'esercizio dell'azione di responsabilità contro gli amministratori», en *Arch. resp. civ.*, 1965, p. 940, su ejercicio pone de manifiesto que la sociedad ha sido mal administrada y que ha sufrido un perjuicio patrimonial por la conducta de sus propios administradores, lo que puede generar una desconfianza en el mercado. Destaca, igualmente, la importancia corporativa de la decisión de exigir responsabilidad a los administradores DAVIES, P.L., en *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 8ª ed., Londres [Thomson Sweet & Maxwell], 2008, pp. 605 y 606.

²⁹⁶ BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, ob. cit., p. 199 y ALLEGRI, V., *Contributo allo studio della responsabilità*, ob. cit., pp. 68 y 69.

podrá acordar la renuncia o la transacción sobre la base de una propuesta previamente formulada por los administradores, pero estará facultada, en cualquier caso, para rechazar o alterar el contenido de dicha propuesta, así como para adoptar, por propia iniciativa, el acuerdo oportuno.

Ahora bien, a fin de garantizar que el acuerdo de renuncia se adopta en el mejor interés de todos los socios, la Ley no se conforma con sustraer su aprobación al órgano administrativo y atribuírsela con carácter exclusivo e indelegable a la junta. Consciente de que el conflicto entre administradores y socios es, en la mayor parte de los casos, un mero reflejo del existente entre los socios de control y la minoría, el legislador considera insuficiente el principio mayoritario que rige, con carácter general, la adopción de acuerdos por parte del órgano deliberativo a la hora de abdicar del derecho a la reparación de los daños derivados de la *mala gestio* de los administradores. En efecto, veremos más abajo que la aprobación de la renuncia a la acción social de responsabilidad requiere la concurrencia de una mayoría cualificada, integrada por un elemento positivo —el voto favorable de la mayoría establecida en la Ley o en los estatutos— y uno negativo —la ausencia de oposición de la minoría—; de forma que el «sujeto» competente para exonerar a los administradores de toda responsabilidad frente a la sociedad no es la junta —*rectius*, la mayoría—, sino la junta, sin oposición de los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, o el tres por ciento si se trata de una sociedad cotizada (*infra* §9.IV).

2. El papel del órgano de administración en la renuncia. Remisión

A la luz de estas consideraciones, la función que los administradores están llamados a desempeñar en relación con el acuerdo de renuncia aparece notablemente redimensionada. A éstos no les corresponde, desde luego, adoptar la *decisión* de renuncia, pero es que ni siquiera asumen competencias en relación con su *ejecución*. Más adelante, tendremos oportunidad de analizar en detalle que el acuerdo de la junta constituye *ex se* un negocio jurídico unilateral y no recepticio, perfecto y eficaz, que produce, por sí mismo y sin necesidad de un ulterior acto de ejecución o comunicación, la pérdida del derecho de crédito a la reintegración del patrimonio social lesionado (*infra* §9.I). A través del mismo, la junta no encomienda a los administradores la realización del negocio abdicativo, sino que cumple *directamente* un acto de disposición del patrimonio social, determinando con ello la desaparición del derecho y, con él, la extinción de la legitimación ordinaria (art. 238 LSC) y extraordinaria (arts. 239 y 240 LSC) para ejercitar la acción social de responsabilidad.

En este sentido, las competencias —y, por ende, la responsabilidad— de los administradores en esta materia se circunscriben, en esencia, a garantizar que los socios cuentan con el máximo nivel de información para llevar a cabo la renuncia de manera plenamente consciente. En efecto, sin perjuicio de que en los casos en los que la renuncia se lleve a cabo en sede procesal sea necesario llevar a cabo una mínima actividad ejecutiva, el papel de los administradores consistirá fundamentalmente en

ilustrar a la junta acerca de las concretas actuaciones que vayan a ser objeto de exoneración, ya sea que la propuesta de renuncia provenga de los propios administradores o del grupo mayoritario²⁹⁷.

II. LA COMPETENCIA PARA ACORDAR LA RENUNCIA EN LAS SOCIEDADES CONCURSADAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA TRANSACCIÓN

El panorama normativo que se acaba de describir cambia notablemente con la declaración de concurso. Hemos visto que, cuando la sociedad se halla *in bonis*, la Ley reserva a los socios cualquier decisión relativa a la exigencia de responsabilidad a los administradores. En estas circunstancias, es a la junta general a la que le corresponde juzgar, en exclusiva, la conveniencia de ejercitar la acción social y valorar la oportunidad de renunciar a las pretensiones resarcitorias que la sociedad pudiera ostentar frente al administrador negligente o desleal. El legislador privilegia la dimensión corporativa de estas decisiones y trata de garantizar que su adopción sea reflexiva e informada y que responda únicamente al *interés común de los socios*. A tal fin, modula el principio mayoritario que rige con carácter general la adopción de los acuerdos sociales, consciente de que la relación del administrador inculpaado con el grupo de control puede favorecer la aparición de intereses espurios. Del mismo modo, legitima a una minoría lo suficientemente representativa de ese interés común para exigir responsabilidades a los administradores aun en contra del parecer mayoritario (art. 239 LSC) y faculta a esa misma minoría para oponerse a los acuerdos de renuncia y transacción (art. 238.2 LSC).

Ahora bien, cuando la sociedad se encuentra en una situación de desbalance patrimonial, o es en todo caso insolvente, este conflicto entre mayoría y minoría pasa a un segundo plano. La búsqueda del interés común de los socios cede ante la incapacidad de la sociedad para hacer frente a sus obligaciones y se subordina al *interés preferente de los acreedores* al cobro de sus créditos. La acción social de responsabilidad pasa a contemplarse, en una dimensión estrictamente patrimonial, como un mecanismo más de reintegración del patrimonio social. Y, en consecuencia, la legitimación para ejercitarla deja de pertenecer, en exclusiva, a la sociedad y se atribuye también a los acreedores (art. 240 LSC) y a la administración concursal (art. 48-*quáter* LC).

De lo que se trata, a continuación, es de analizar la naturaleza de la legitimación de la administración concursal y de determinar a quién corresponde adoptar la decisión acerca de la renuncia o transacción del derecho a la indemnización por *mala gestio* durante el desarrollo del procedimiento concursal y qué efectos se derivan dicha decisión. Para ello, será de gran utilidad tomar como punto de partida las conclusiones alcanzadas por la doctrina a la hora de estudiar la legitimación «múltiple» —de la propia sociedad, de la minoría, de los acreedores y de la administración concursal—

²⁹⁷ Todas estas cuestiones serán objeto de estudio en el sucesivo epígrafe §9.I.3, en el que se examinará la posición jurídica tanto de aquellos administradores que ostentan la representación de la sociedad en el momento en que se acuerda la renuncia, como la de aquellos otros frente a los que adopta el acuerdo.

establecida en el artículo 48.2 de la Ley Concursal, antes de la reforma de 2011 (*infra* 1), para tratar de determinar, a continuación, el alcance de la legitimación que, tras la citada reforma, se atribuye con carácter exclusivo a la administración concursal (*infra* 2).

1. La situación anterior a la reforma de 2011

En el Ordenamiento español —y de la misma manera en el italiano, tras la reforma del Derecho de sociedades de 2003— la apertura del procedimiento concursal no conlleva la extinción de la sociedad ni constituye, por regla general, causa de disolución (art. 361.1 LSC)²⁹⁸. Consecuencia inmediata de ello es que, durante el concurso, la sociedad subsiste y sus órganos continúan funcionando; sin perjuicio, claro está, de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o la suspensión de las facultades de administración y disposición (art. 48.1 LC). Por tanto, en todo aquello que no se vea afectado por el procedimiento concursal, la junta seguirá siendo el órgano encargado de formar la voluntad social y los administradores, o en su caso los liquidadores, continuarán ejercitando sus funciones de gestión y representación²⁹⁹. Por ello, se ha insistido en la idea de que el concurso de la persona jurídica lo que produce es simplemente un *reparto de funciones* entre los órganos de aquélla y la administración concursal³⁰⁰. La Ley parte, en definitiva, de un principio de intervención mínima en la organización de la sociedad, limitando los efectos de la declaración de concurso a aquellos aspectos «que beneficien la normal tramitación del procedimiento y, en la medida en que ésta lo exija»³⁰¹.

²⁹⁸ En efecto, sólo la apertura de la fase de liquidación conlleva la disolución de pleno de derecho de la sociedad (arts. 361.2 LSC y 145.3 LC), con independencia de que la propia concursada pueda acordar también su disolución en cualquier fase del concurso (art. 368 LSC) y de que los administradores estén obligados a promoverla en los supuestos legalmente establecidos (arts. 363 a 365 LSC). Cfr., por todos, BELTRÁN, E., «Efectos sobre el deudor persona jurídica (Art. 48)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo 1, Madrid [Civitas], 2004, pp. 965 a 967. En Italia, antes de la reforma del Derecho de sociedades de 2003, el párrafo segundo del artículo 2448 del *Codice civile* contemplaba la declaración de concurso como causa de disolución. Actualmente, las causas de disolución se enumeran en el artículo 2848 del *Codice civile*, del que ha desaparecido la declaración de concurso. Cfr., antes de la reforma, NIGRO, A., «Le società per azioni nelle procedure concorsuali», en Colombo/Portale (Dirs.), *Trattato*, ob. cit., vol. 9**, pp. 319 a 326, y, después de la reforma, ID., «Diritto societario e procedure concorsuali», en Abbadesse/Portale (Dirs.), *Il nuovo diritto delle società*, ob. cit., vol. 1, pp. 188 a 191.

²⁹⁹ MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *La junta general de la sociedad concursada*, Madrid [Civitas-Aranzadi], 2012, pp. 23 a 25.

³⁰⁰ TIRADO, I., «Síndicos y administradores. Reflexiones en torno a la competencia del órgano de administración durante la quiebra de la sociedad de capital», en *RDM*, núm. 236, 2000, pp. 513 y ss. En el mismo sentido, BELTRÁN, E., *loc. ult. cit.*

³⁰¹ Cfr. la Exposición de Motivos de la Ley Concursal (III, segundo párrafo). En este sentido, DÍAZ MORENO, A., «Los efectos de la declaración del concurso sobre el deudor. En particular, los supuestos de deudores personas jurídicas», en Quintana/Bonet/García-Cruces (Dirs.), *Las claves de la Ley Concursal*, Navarra [Aranzadi], 2005, p. 249 y CABANAS, R., «Efectos de la declaración de concurso sobre la persona jurídica: pronunciamientos jurisprudenciales», en *RDCP*, núm. 10, 2009, p. 348.

1.1. La legitimación «concurrente» de la administración concursal para ejercitar la acción social de responsabilidad

En esta línea de continuidad de los órganos sociales, el artículo 48.2 de la Ley Concursal, en su redacción original, no sólo seguía reconociendo la legitimación de la sociedad concursada para entablar la acción social, sino que hacía compatible la situación de insolvencia con la legitimación subsidiaria de los socios minoritarios y de los acreedores. En apariencia, el único efecto derivado de la declaración de concurso en esta materia era, pues, la simple adición de la legitimación de la administración concursal a las ya reconocidas por la legislación societaria. Decía textualmente el artículo:

«Sin perjuicio del ejercicio de las acciones de responsabilidad que, conforme a lo establecido en otras leyes, asistan a la persona jurídica deudora contra sus administradores, auditores y liquidadores, estarán también legitimados para ejercitar esas acciones los administradores concursales sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios».

A la vista del precepto —«sin perjuicio de las acciones... estarán también legitimados»— cabía pensar que la Ley se habría limitado a ampliar la esfera de sujetos legitimados para promover la acción social, *con independencia de que la declaración de concurso hubiera determinado la mera intervención o la suspensión* en las facultades de administración y disposición de la sociedad³⁰². La de la administración concursal se configuraría, de este modo, como una legitimación extraordinaria más, similar a la de los socios minoritarios o a la de los acreedores sociales, cuyo único rasgo distintivo sería su carácter principal, derivado del hecho de que los administradores concursales podían ejercitar la acción social «sin necesidad de previo acuerdo de la junta». Se trataría, por tanto, de una legitimación concurrente con la de la propia sociedad y la de los otros legitimados extraordinarios, pero independiente de todas ellas. Dicho de otro modo, *la administración concursal actuaría en virtud de un derecho propio y*

³⁰² Esta interpretación del artículo 48.2 de la Ley Concursal puede verse, con distintos matices entre ellos, en QUIJANO, J., «Responsabilidad societaria y concursal de administradores: de nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones», en *RDCP*, núm. 10, 2009, p. 34; VILA FLORENSA, P., «Efectos sobre el deudor persona jurídica (Artículo 48)», en Vila Florensa (*et al.*), *Nueva Ley concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio. Comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*, Barcelona [Bosch], 2004, p. 268; LÓPEZ DE MEDRANO, F., «Las acciones de daños y de cobertura del pasivo en el concurso de acreedores», en *ADCo*, núm. 12, 2007, pp. 34 y 35 y ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (art. 171.3 del Anteproyecto de Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)», en García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar (Dirs.), *Estudios sobre el anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, Madrid [Dilex], 2002, p. 288. Este último refiriéndose al artículo 47.2 del Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, cuya redacción era sustancialmente idéntica a la del artículo 48.2 de la Ley finalmente aprobado. En relación a este otro puede verse ID., «La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal», en García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar (Dirs.), *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, Madrid [Dilex], 2003, pp. 548 y 549. También con relación a este Anteproyecto parecen asumir esta interpretación, aunque con dudas respecto a la coordinación de la legitimación de la administración concursal respecto a la de la minoría y los acreedores RODRÍGUEZ RUÍZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M.I., «¿Más responsabilidad de los administradores en el Anteproyecto de Ley concursal de 2001?», en *DN*, núm. 139, 2002, p. 10.

autónomo, que nacería con la declaración de concurso y que la situaría al margen del sistema de legitimaciones «en cascada» diseñado por la Ley de Sociedades de Capital³⁰³. De ahí que su coordinación con las demás no plantease especiales dificultades: en cualquier momento, la administración concursal podía ejercitar la acción, pero podían hacerlo igualmente la sociedad —intervenida o suspendida— o, en su defecto, los socios minoritarios o los acreedores, sin perjuicio de que la actuación de cualquiera de ellos cerrase el paso a posteriores demandas con idéntico objeto³⁰⁴.

Corolario lógico de esta forma de concebir el ejercicio de la acción social por parte de la administración concursal sería la absoluta inmunidad de ésta frente a cualquier renuncia o transacción que hubiera podido acordar válidamente la sociedad con anterioridad a la apertura del concurso³⁰⁵. La actuación del órgano concursal tendría como fundamento la reintegración de la masa activa para la mejor defensa de los intereses de los acreedores y, por tanto, no podría verse perjudicada por las decisiones adoptadas por la sociedad *in bonis*. De igual manera, la renuncia o la transacción que, eventualmente, pudiera acordar la administración concursal habrían de entenderse limitadas a *su acción*, por lo que no impedirían una ulterior demanda de la sociedad, de la minoría o de los acreedores, durante el procedimiento concursal o, en caso de que éste no finalizara con la extinción de la sociedad, tras la conclusión del mismo³⁰⁶.

Sin embargo, esta interpretación no era correcta. Ciertamente, el tenor literal del precepto invitaba a pensar que la sociedad conservaba la legitimación para ejercitar la acción social aun en los supuestos de suspensión y que la legitimación de la administración concursal simplemente se añadía a la de aquélla, sin desplazarla. Pero, ya en su momento, la doctrina más atenta puso de manifiesto la necesidad de coordinar

³⁰³ MUÑOZ PLANAS, J.M. y MUÑOZ PAREDES, J.M., «Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores», en *RDM*, núm. 250, 2003, p. 1348. En nota a pie de página puede leerse: «El citado precepto no es que atribuya a los administradores concursales la «decisión» de iniciar la acción social en nombre de la sociedad, *sino que les legitima personalmente para plantearla ellos*. Por eso no precisan del acuerdo de la junta, porque no ejercen un derecho de la sociedad, sino un derecho propio y autónomo, que nace con la declaración de concurso y no afecta a los de otros legitimados» (en cursiva en el original).

³⁰⁴ MUÑOZ PLANAS, J.M. y MUÑOZ PAREDES, J.M., *loc. ult. cit.*

³⁰⁵ En este sentido, advierte QUIJANO, J., «Responsabilidad societaria», *ob. cit.*, p. 34, que sólo una transacción que cubriera íntegramente el daño causado impediría el ejercicio de la acción social por parte de la administración concursal. Por su parte, la SJMerc núm. 1 de La Coruña, de 10 de diciembre de 2012 (FJ Quinto) (AC 2012/2286), aborda de manera tangencial el asunto, poniendo de manifiesto que, a su juicio, sería dudoso que «la renuncia al ejercicio de la acción social de responsabilidad acordada por la junta general pueda vincular a la administración concursal en un concurso posterior de la compañía, supuesto que la administración concursal no precisa del previo acuerdo de la junta para decidir su ejercicio».

³⁰⁶ Ninguno de los autores españoles que mantiene esta interpretación advierte esta segunda consecuencia. En Italia, DONGIACOMO, G., «Le azioni di responsabilità nel fallimento», en Celentano/Forigillo (a cura di), *Fallimenti e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d'impresa dopo le riforme*, Turín [Utet], 2008, p. 932, sostiene que «*il curatore può rinunciare (non al credito o ai crediti risarcitori ma solo) all'esercizio delle azioni di responsabilità, se non è conveniente [...]. In tale ipotesi, la società fallita e i creditori riprendono, in pendenza della procedura, l'esercizio delle azioni di rispettiva spettanza*». V., todavía, *infra* en el texto, las particularidades del Derecho italiano en esta materia, e *infra*, en la nota 325, una crítica a esta postura, por parte de Dell'Atti.

el artículo 48.2 de la Ley Concursal con los efectos de la declaración de concurso sobre las facultades de administración y disposición de la sociedad concursada (art. 40.1 y 2 LC) y sobre su capacidad para iniciar nuevas acciones (art. 54.1 y 2 LC). En efecto, no cabía desconocer que, al menos en aquellos supuestos en los que se hubiera decretado la *sustitución* de la sociedad, ésta dejaría de estar legitimada para ejercitar la acción, por cuanto se habrían suspendido sus facultades de administración y disposición sobre los bienes integrantes de la masa activa (art. 40.2 LC). Sería a la administración concursal a la que le correspondería el ejercicio de todas aquellas acciones «de índole no personal», entre las que se encuentra, sin duda, la acción social de responsabilidad (art. 54.1 LC). Por tanto, no cabría afirmar la coexistencia de ambas legitimaciones, ya que, en realidad, la administración concursal pasaría a ocupar el lugar de la sociedad suspendida. Por otra parte, en los supuestos de mera *intervención* la sociedad mantendría, en principio, la competencia para adoptar la decisión de ejercitar la acción social de responsabilidad, pero su puesta en marcha requeriría, al igual que la de cualquier otra acción que pudiera afectar a la masa activa, la conformidad de los administradores concursales (arts. 40.1 y 54.2 LC)³⁰⁷.

A la vista de lo anterior, se hacía patente que la legitimación de la administración concursal sustituta no se colocaba en el mismo plano que la del resto de legitimados extraordinarios, ni venía a sumarse, sin más, a la de éstos y a la de la propia sociedad. Los acreedores y los socios minoritarios gozan de una legitimación extraordinaria que les permite entablar dicha acción, bien como instrumento de garantía de sus créditos, en el caso de los primeros (*infra* §10.I.1), o bien como reflejo de su derecho a participar en la determinación del interés social, en el de los segundos (*infra* §11.I.2), pero que no les

³⁰⁷ Esta lectura coordinada del artículo 48.2 de la Ley Concursal con las limitaciones a las facultades de administración y disposición de la sociedad concursada fue mayoritaria. Cfr., entre otros, BELTRÁN, E., «Efectos sobre el deudor persona jurídica», ob. cit., pp. 973 y 974; VÁZQUEZ CUETO, J.C., «La legitimación activa de los administradores concursales para el ejercicio de acciones de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital», en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo 2, Madrid-Barcelona [Marcial Pons], 2005, pp. 2377 y ss.; BELLO, M.P., «Responsabilidad civil de administradores de sociedades de capital y Ley Concursal», en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal*, ob. cit., tomo 2, pp. 1722 y 1723; GARCÍA-CRUCES, J.A., «Acumulación y coordinación de acciones de responsabilidad de los administradores de una persona jurídica en concurso: sobre la inserción de la llamada responsabilidad concursal en el régimen general de responsabilidad de administradores», en *Aranzadi Civil*, núm. 3, 2003, p. 2195; ID., «Declaración de concurso y administradores de la persona jurídica concursada», en González Porras/Méndez González (Coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, tomo 1, Murcia [Universidad], 2004, pp. 1982 a 1984; ID., «Cuestiones de actualidad en torno a la responsabilidad societaria y concursal de los administradores. Problemas sustantivos en torno a la coordinación de las acciones de responsabilidad», en Díaz Moreno (*et al.*) (Dirs.), *II Foro de encuentro de jueces y profesores de derecho mercantil*, Madrid [Marcial Pons], 2010, pp. 144 y 145; MAMBRILLA, V., «Sentencia de calificación (Artículo 172)», en Sánchez-Calero/Guilarte Gutiérrez (Dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, tomo 3, Valladolid [Lex Nova], 2004, p. 2855; ESPINÓS, A., «Efectos sobre el deudor persona jurídica (Art. 48)», en Sagraera/Sala Reixachs/Ferrer Barrientos (Coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona [Bosch], 2004, pp. 520 y 521; QUINTANA, I., «El estatuto de los administradores de la sociedad durante el concurso», en Quintana/Bonet/García-Cruces (Dirs.), *Las claves de la Ley Concursal*, ob. cit., pp. 541 y 542; VERDÚ, M.J., *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores*, Madrid [La Ley], 2008, pp. 291 y 292 y VALPUESTA, E., «Efectos sobre el deudor persona jurídica (Art. 48)», en Cerdón (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, tomo 1, 2ª ed., Navarra [Aranzadi], 2010, p. 555.

habilita para disponer del derecho sustantivo ejercitado. Así, pese a que cualquiera de ellos haya ejercitado, la sociedad podrá seguir entablándola y realizando actos de disposición sobre el derecho sustantivo. Por el contrario, la legitimación de la administración concursal sustituta es reflejo de un «desapoderamiento» o pérdida de legitimación —sustantiva y procesal— por parte de la sociedad sustituida³⁰⁸.

Como es sabido, la naturaleza jurídica de este «desapoderamiento» ha sido objeto de muy distintas teorías, a las que han seguido otras tantas tesis acerca de la posición jurídica de la administración concursal en el proceso y fuera de él³⁰⁹. Entre nosotros, ha sido habitual equipararla con una incapacidad de obrar, con más o menos matices —se ha hablado, en efecto, de una incapacidad especial o cuasi incapacidad, de una incapacidad-sanción, etc.—³¹⁰. Pero lo cierto es que, mientras la figura de la incapacidad tiene por finalidad proteger a aquella persona que padece una enfermedad o deficiencia persistentes, de carácter físico o psíquico, que la impidan gobernarse por sí misma (art. 200 CC), el «desapoderamiento» al que se ve sujeto el concursado suspendido no busca tutelarle a él, sino a los acreedores. Además, la incapacidad hace referencia a una cualidad intrínseca o personal y abstracta del sujeto que la padece, en tanto que la suspensión se impone al concursado como titular de un patrimonio destinado a un fin específico, a saber, la satisfacción de los acreedores. En realidad, las limitaciones a las facultades de administración y disposición que recaen sobre el patrimonio del deudor encuentren un mejor encuadre dogmático en la categoría de las «prohibiciones de administrar y disponer»³¹¹. El concursado no sufre una incapacidad

³⁰⁸ Como señala LLEBOT, J.O., «La responsabilidad concursal de los administradores», en *RGD*, núm. 657, 1999, p. 7562, la legitimación de la administración concursal para el ejercicio de la acción social «es extraordinaria porque la titularidad de la relación obligatoria unificada no la ostentan ni los síndicos ni los interventores sino el grupo de socios instrumentalmente unificado», y es, además, «consecuencia de la suspensión o limitación de la capacidad de obrar del deudor».

³⁰⁹ Pueden seguirse en BONELLI, G., *Del fallimento (commento al Codice di Commercio)*, vol. 1, Milán [Francesco Vallardi], 1923, pp. 424 y ss. y MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, Tesis doctoral [Universidad Autónoma de Madrid], 1991, pp. 157 y ss. (puede verse también un resumen, en ID., «La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor», en *ADCo*, núm. 6, 2005, pp. 65 a 127). Para un análisis y crítica de las teorías acerca de la naturaleza jurídica de la administración concursal, cfr. MARTÍNEZ FLÓREZ, M., *últ. ob. cit.*, pp. 355 y ss.; TIRADO, I., *Los administradores concursales*, Madrid [Civitas], 2005, pp. 15 y ss. y, en Italia, FERRARA, F., voz «Curatore del fallimento», en *Enc. dir.*, vol. 11, Milán [Giuffrè], 1962, pp. 511 a 533.

³¹⁰ Bajo el Derecho derogado, la doctrina, de forma prácticamente unánime, encuadró la inhabilitación del quebrado para la administración de sus bienes (art. 878 CCo) en la figura de la incapacidad. Así, entre otros, VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, tomo 1, 3ª ed., Valladolid [Cuesta], 1925, pp. 330 y 331 y DE LA CÁMARA, M., «Estudio sobre la representación legal en Derecho mercantil», en *AAVV, Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*, vol. 1, Madrid [Tecnos], 1976, p. 331. Igualmente, tras la entrada en vigor de la Ley Concursal, hay quien sigue afirmando que el concurso incide en la capacidad de obrar del deudor. Cfr., por ejemplo, RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, A., en Jiménez Sánchez (Coord), *Derecho mercantil*, vol. 2, 8ª ed., Barcelona [Ariel], 2003, pp. 864 y 866; MAIRATA, J.M., «Los efectos del concurso en la Ley Concursal», en García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar (Dirs.), *Derecho concursal*, *ob. cit.*, p. 282 y LLEBOT, J.O., *ob. cit.*, *supra* en la nota 308. En Italia, pueden verse MARGHERI, A., *Manuale di diritto commerciale*, vol. 2, Roma [Athenaeum], 1923, pp. 389 y 390 y PAJARDI, P., *Manuale di diritto fallimentare*, 5ª ed., Milán [Giuffrè], 1998, pp. 209 a 211.

³¹¹ Una exposición y crítica de la tesis de la incapacidad puede verse en MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Efectos de la quiebra*, *ob. cit.*, pp. 319 y ss. (v. espec. pp. 328 y ss.), quien se adhiere a la teoría de la «prohibición de

sobre su persona, sino que se ve privado de legitimación para administrar y disponer de una parte de su patrimonio, los bienes y derechos que integran la masa activa.

Esta forma de entender el «desapoderamiento» ha condicionado, a su vez, las tesis sobre la configuración jurídica de la administración concursal. A ésta se la ha identificado, en unas ocasiones, con un representante del deudor y, en otras, con un representante de los acreedores o de ambos al mismo tiempo³¹². Pero, bien mirada, la figura de la representación sólo consigue explicar parcialmente una institución tan compleja como es la administración concursal. Ésta no se limita a defender los intereses del deudor y, desde luego, no actúa en nombre de los acreedores ni en interés exclusivo de estos últimos. Su función responde, más bien, a la necesidad de colmar el «vacío de poder» que sigue a la pérdida de legitimación del concursado suspendido, para procurar la mayor satisfacción del conjunto de intereses que confluyen en el procedimiento concursal. Con esa finalidad, el Ordenamiento le dota de una legitimación indirecta, de carácter funcional, que le habilita para actuar *utendo iuribus* del deudor³¹³. Ciertamente,

administrar y disponer». La misma había sido patrocinada, con anterioridad, entre otros, por JIMÉNEZ ESCÁRZAGA, J.D., «La retroacción de la quiebra según el artículo 878 del Código de comercio», en *RDM*, núm. 69, 1958, pp. 48 a 62 (v. espec. p. 51) y BELTRÁN, E., *Las deudas de la masa*, Bolonia [Real Colegio de España], 1986, p. 90. En Italia, puede verse, por todos, PROVINCIALI, R., *Trattato di diritto fallimentare*, vol. 2, Milán [Giuffrè], 1974, pp. 838 y 839. *Contra*, DÍAZ MORENO, A., ob. cit., p. 235, para el cual la situación del deudor concursado es una situación «peculiar» que no puede asimilarse, sin más, a una prohibición de administrar o disponer.

³¹² La identificación del administrador concursal con un representante de los acreedores es propia de la doctrina alemana e italiana más antigua, que consideraba el desapoderamiento sufrido por el concursado como efecto de un derecho de prenda o de un embargo general (cfr. MASI, T., *Del fallimento e della bancarotta*, vol. 1, Bolonia [Monti], 1883, p. 297 y ROCCO, A., *Il fallimento*, Milán-Turín-Roma [F.lli Bocca], 1917, pp. 31 y ss.). Por su parte, la tesis de la representación del deudor, alumbrada igualmente por la doctrina alemana, ha contado entre sus seguidores españoles a CASTÁN, J., *Derecho civil*, ob. cit., tomo 1, vol. 2, segunda parte, p. 870; DE LA CÁMARA, M., «Estudio sobre la representación», ob. cit., p. 330 y MARTÍNEZ FLÓREZ, A., ob. cit., pp. 371 y ss. (v. espec. p. 373); y, entre los italianos, a SANTORO-PASSARELLI, F., *Dottrine generali del Diritto civile*, 9ª ed., Nápoles [E. Jovene], 1966, p. 279 y, con importantes matices, ZAPPAROLI, F., *Introduzione ad uno studio sul «contradittore fallimentare»*, Milán [Giuffrè], 1962, pp. 53 y ss. (v. espec. p. 68). A estas teorías se añade una tercera, ecléctica, que ve en el administrador concursal un representante del deudor o de los administradores, según la concreta función que éste lleve a cabo en el procedimiento (cfr. LYON-CAEN, CH. y RENAULT, L., *Traité de droit commercial*, vol. 7, 4ª ed., París [Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence], 1915, p. 471). Finalmente, y sobre esta misma base de la representación, la administración concursal ha sido explicada asimismo como un «órgano» del concurso, que actuaría representando a la masa activa como ente personificado (cfr., fundamentalmente, BONELLI, G., ob. cit., pp. 458 y ss.). Esta última tesis ha sido criticada no tanto por sus conclusiones, cuanto por su presupuesto, esto es, por las dificultades dogmáticas que entraña la personificación, en mayor o menor grado, de la masa, que no actúa como *sujeto*, sino como *objeto* de relaciones jurídicas dentro del concurso (cfr. TIRADO, I., *Los administradores concursales*, ob. cit., pp. 46 y ss. y la doctrina allí citada).

³¹³ Esta configuración de la administración concursal como un órgano dotado de legitimación indirecta, de carácter funcional, llamado a colmar el «vacío de poder» dejado por el deudor suspendido, que actúa en el interés del concurso, entendido como interés de la colectividad de acreedores, ha sido desarrollada por TIRADO, I., *Los administradores concursales*, ob. cit., pp. 67 y ss. Al igual que las tesis actualmente mayoritarias en Italia, que conciben al administrador concursal como titular u órgano de un «*ufficio*» creado directamente por la ley en defensa del interés público para la consecución de los fines del concurso (cfr., por todos, PROVINCIALI, R., ob. cit., vol. 1, pp. 660 y 661; PAJARDI, P., «I fondamenti ideologici della costituzione degli organi dei processi esecutivi concorsuali», en *Dir. fall.*, 1993, I, pp. 403 a 411 [v. espec. pp. 406 y 407; LIGUORI, B., «Gli organi del fallimento», en *Dir. fall.*, 1965, I, pp. 137 a 153 [v. espec. p. 148] y DE FERRA, G., *Manuale di diritto fallimentare*, Milán [Giuffrè], 1989, pp. 51 a 53) esta

sus facultades no coincidirán siempre con las del concursado —como lo prueba el hecho de que pueda ejercitar acciones, v.gr. las de reintegración de la masa (art. 71 LC) que surgen *ex novo* con la apertura del procedimiento concursal—, pero, a la hora de gestionar el patrimonio concursal, *ocupará su misma posición, ejercitando los derechos de éste, en el estado en que se hallen al momento de la declaración de concurso*³¹⁴.

1.2. Oponibilidad de la renuncia válidamente acordada por la junta de la sociedad in bonis a la administración concursal

Trayendo a colación estas reflexiones, era posible concluir —pese al ambiguo tenor literal del antiguo artículo 48.2 de la Ley Concursal— que, al entablar la acción social de responsabilidad en los casos de suspensión, el órgano concursal *no ejercitaba un derecho propio y autónomo*, sino que llevaba a cabo un auténtico acto de gestión del patrimonio concursal que tenía por objeto *el mismo derecho* perteneciente a la propia sociedad e integrado en el patrimonio concursal. Su situación, en estos supuestos, no era distinta a la de la sociedad y, por lo tanto, quedaba configurada jurídicamente por las mismas características de la relación existente entre ésta y el derecho al resarcimiento del daño antes del concurso³¹⁵. De ello, debía extraerse una primera conclusión: la renuncia o transacción válidamente acordadas por la junta antes de la apertura del concurso, al haber extinguido el derecho al resarcimiento de los daños causados en el patrimonio social, *resultaban plenamente oponibles a la administración concursal*³¹⁶.

Esta afirmación es mucho más controvertida en Italia, aunque el Ordenamiento italiano presenta una serie de particularidades que es necesario tomar en consideración. En el primer capítulo (*supra* §1.I.2), hemos dejado apuntada la polémica que, ya durante la vigencia del *Codice di commercio* de 1882, surgió en torno a la naturaleza de la acción de responsabilidad de la que gozan los acreedores frente a los administradores sociales (ant. art. 147 *C.Comm.* 1882). Para algunos, esa acción —regulada hoy en el artículo 2394 del *Codice civile*— es la propia acción «social» (arts. 2393 y 2393-*bis* *C.Civile*) ejercitada en vía subrogatoria; para otros, en cambio, se trataría de una acción directa y autónoma, cuyo fundamento radicaría, bien en el incumplimiento por parte de los administradores de los deberes de conservación del patrimonio social asumidos frente a los acreedores, o bien, en la causación de un daño injusto, identificado en la lesión de su derecho de crédito (*infra* §10.I)³¹⁷. Sea como fuere, una vez declarado el concurso, la competencia para ejercitar las acciones de responsabilidad frente a los administradores sociales corresponde en exclusiva al *curatore fallimentare*, previa autorización del *giudice delegato* y sentido el parecer del *comitato dei creditori* (arts. 146, párrafo segundo,

otra postura toma distancia respecto de las teorías basadas en la representación, pero, a diferencia de aquéllas, no se detiene en un análisis epidérmico de los deberes y facultades del administrador concursal, sino que consigue dar una explicación acabada de la posición de este órgano concursal, tanto en el plano material, como en el procesal, ya sea en las situaciones de suspensión o de mera intervención.

³¹⁴ TIRADO, I., *Los administradores concursales*, ob. cit., pp. 92 a 94

³¹⁵ *Ibidem*.

³¹⁶ V., sin embargo, *infra* la nota 333.

³¹⁷ Una selección de aquellos autores que patrocinan la tesis de la subrogación puede verse *infra* en las notas 794 y 795. A su vez, las notas 790 y 791 recogen información bibliográfica sobre aquellos otros autores que sostienen la teoría de la acción directa.

L.Fall. y 2394-bis *C.Civile*). Conforme a una corriente jurisprudencial desarrollada en los años setenta del siglo pasado, que tuvo cierto eco en la doctrina, el *curatore* no ejercitaría las mismas acciones pertenecientes a la sociedad y a los acreedores antes del concurso, sino que actuaría en virtud de una «acción de masa» surgida *ex novo* con la apertura del procedimiento. Por consiguiente, ni la renuncia ni la transacción acordadas por la sociedad serían oponibles al *curatore*³¹⁸. Sin embargo, esta tesis se ha ido abandonando en tiempos más recientes. La jurisprudencia entiende actualmente que el órgano concursal ejercita *las mismas acciones* existentes antes del concurso, que confluyen o se unifican en una única acción³¹⁹. Por su parte, la doctrina, aun cuando duda de que realmente tenga lugar esa unificación, sostiene de forma mayoritaria que las acciones del *curatore* se identifican plenamente con las correspondientes a la sociedad y a los acreedores³²⁰. Por lo que se refiere a la acción perteneciente a la sociedad (art. 2393 y 2393-bis *C.Civile*), esta atribución de competencias al órgano del concurso se explica fácilmente, pues es una consecuencia lógica del «desapoderamiento» que experimenta la sociedad concursada (cfr. arts. 42 y 43 *L.Fall.*)³²¹. No obstante, la legitimación del *curatore* se

³¹⁸ Cfr., en este sentido, *Cass.*, de 21 de marzo de 1974, núm. 790, en *Giur. comm.*, 1974, II, p. 509 y *Trib. Milano*, de 20 de septiembre de 1976, en *Giur. comm.*, 1978, II, p. 288. En la doctrina, avalaron esta interpretación, entre otros, PROVINCIALI, R., ob. cit., vol. 3, pp. 2041 y 2042 y BUONSIGNORI, A., en Galgano-Buonsignori, *Il fallimento delle società*, en Galgano (Dir.), *Trattato*, ob. cit., vol. 10, p. 252. No obstante, esta tesis es mucho anterior. Ya en la primera década del siglo XX, vigente el *Codice di commercio* de 1882, hubo quien consideró que la administración concursal podía ejercitar la acción perteneciente a la sociedad, pero también la acción perteneciente a los acreedores, convertida en una «acción de masa», que no se vería perjudicada por la renuncia o transacción previamente acordada por la sociedad. Así, NAVARRINI, U., *Trattato*, ob. cit., vol. 4, p. 402. *Contra*, puede verse el cuidado trabajo de LORDI, L., «L'azione di responsabilità contro amministratori di società fallita», en *Riv. dir. comm.*, 1930, pp. 422 a 462.

³¹⁹ Cfr., entre las sentencias más recientes, *Cass.*, de 20 de septiembre de 2012, núm. 15955, en *Mass. Foro it.*, 2012, c. 675; *Cass.*, de 21 de junio de 2012, núm. 10378, en *Mass. Foro it.*, 2012, c. 526; *Cass.*, de 8 de abril de 2009, núm. 8516, en *Giur. comm.*, 2011, II, p. 471, con nota de GHETTI, R.; *Trib. Napoli*, de 11 de enero de 2011, en *Società*, núm. 5, 2011, p. 510, con nota de CIVERRA, E.; *Trib. Napoli*, de 23 de enero de 2009, en *Giur. comm.*, 2009, II, p. 1244, con nota de CESIANO, D.; *Trib. Roma*, de 23 de febrero de 2009, en *Società*, núm. 1, 2010, p. 97, con nota de BONAVERA, E.E; *Cass.*, de 29 de octubre de 2008, núm. 25977, en *Mass. Foro it.*, 2008, c. 1481; *Trib. Milano*, de 12 de marzo de 2007, en *Giur. it.*, 2007, c. 1973; *Trib. Milano*, de 14 de noviembre de 2006, en *Società*, núm. 7, 2007, p. 864, con nota de LEONE, T.; *Trib. Lecce*, de 17 de febrero de 2006, en *Corriere giur.*, 2007, p. 1733, con nota de LICCI, P.; *Trib. Palermo*, de 25 de noviembre de 2004, en *Dir. fall.*, 2006, II, p. 962, con nota de CARLOZZO, G. Cfr., también, QUATRARO, B., y D'AMORA, S., *Il curatore fallimentare: adempimenti, doveri, responsabilità*, 2ª ed., Milán [Giuffrè], 1999, p. 3488.

³²⁰ Así, por ejemplo, BONELLI, F., «Art. 146 l.fall.: l'azione di responsabilità del curatore contro gli amministratori di s.p.a. fallita», en *Giur. comm.*, 1982, II, pp. 784 y ss., considera que la construcción jurisprudencial que aúna ambas acciones peca de ambigüedad, en la medida en que podría llevar a considerar que se trata de una acción que surge *ex novo* con el concurso. Por eso, considera más correcto entender que cada una de ellas mantiene su propia identidad y su régimen jurídico particular. Cfr., además de este autor, JAEGER, P.G., «La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali: una valutazione critica», en *Giur. comm.*, 1988, I, pp. 548 a 555; ABETE, L., «La responsabilità degli organi di gestione, liquidazione e controllo nella riforma della legge fallimentare», en *Fall.*, núm. 1, 2006, p. 16; ID., «Azione di responsabilità contro gli amministratori e membri di organi di controllo», en Fauceglia/Panzani (Dirs.), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, vol. 2, Turín [Utet], 2009, p. 1499 y NAZZICONE, L. y PROVIDENTI, S., «Sub art. 2394-bis», en Nazzicone-Providenti, *Società per azioni*, ob. cit., p. 216. Más dubitativo se muestra DE CRESCENZIO, U., «L'azione di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci di società fallite», en Panzani (Dir.), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Turín [Utet], 1999, *passim*, quien reconoce, en todo caso, que la tesis mayoritaria es la que rechaza la naturaleza autónoma de la acción *ex* artículo 146 de la *legge fallimentare* (v. espec. p. 366).

³²¹ Así lo pone de manifiesto la *Cass.*, de 22 de octubre de 1998, núm. 10488, en *Società*, núm. 5, 1999, p. 557, con nota de FUNARI, F. En la doctrina, cfr. NIGRO, A., «Le società per azioni nelle procedure

presenta mucho más problemática en relación con la acción de los acreedores (art. 2394 *C.Civile*). En efecto, si se parte de que esta última no es más que la misma acción «social» ejercitada en vía subrogatoria, sigue siendo el «desapoderamiento» de la sociedad lo que justifica que su ejercicio pase a ser competencia del órgano concursal. Ahora bien, si se mantiene la independencia entre ambas acciones, no es fácil explicar por qué a este último se le reconoce una competencia exclusiva sobre una acción que no pertenece a la sociedad concursada ni se dirige contra ella, sino que corresponde a los acreedores sociales y tiene por sujeto pasivo a los administradores de la sociedad, los cuales son, en principio, ajenos al procedimiento concursal³²². Estaríamos ante una decisión legislativa que no tendría una justificación dogmática clara, pero que tendería a satisfacer, en cualquier caso, una exigencia práctica, como es la de mejorar la tutela de los acreedores, evitando una quiebra de la *par condicio*³²³. Y, ciertamente, esa mayor protección se logra, puesto que si el *curatore* sólo pudiera ejercitar la acción «social», el administrador demandado podría oponer eficazmente la renuncia o transacción acordada por la sociedad *in bonis*; mientras que, si se le permite actuar también en virtud de la acción de los acreedores, no cabría alegar tal renuncia, ya que el artículo 2394 del *Codice civile* establece que «la renuncia a la acción por parte de la sociedad no impide el ejercicio de la acción por parte de los acreedores sociales». Por su parte, la transacción sí sería oponible, pero podría ser igualmente impugnada por la administración concursal, tal y como establece el propio artículo 2394, *in fine*. De lo anterior resulta que aunque la renuncia de la sociedad, en abstracto, sea oponible, a la administración concursal, ésta se halla blindada *de facto* frente a cualquier decisión abdicativa que se hubiera adoptado con anterioridad al concurso, dado que puede beneficiarse de las condiciones de la acción «social» o de la acción de los acreedores, según estime conveniente³²⁴.

1.3. Los efectos de la renuncia o transacción acordadas durante el concurso y competencia para llevarlas a cabo

El haber puesto en relación la legitimación que el antiguo artículo 48.2 de la Ley Concursal confería al administrador concursal con las restricciones a las facultades de administración y disposición a las que se ve sometida la sociedad por efecto del concurso permitía avanzar, también, en el estudio de los efectos de la renuncia o transacción a la acción social de responsabilidad acordadas durante la tramitación del procedimiento de insolvencia, así como en la determinación del órgano competente para acordarlas.

concorsuali», ob. cit., p. 374 y LEONE, T., «L'azione di responsabilità del curatore fallimentare: profili generali», en *Società*, núm. 7, 2007, p. 868.

³²² Éste es, precisamente, uno de los argumentos que consideran definitivos a favor de su tesis quienes sostienen que la acción de los acreedores *ex* artículo 2394 del *Codice civile* es la acción «social» ejercitada por subrogación. Cfr., por todos, NIGRO, A., *últ. ob. cit.*, p. 375.

³²³ A este respecto, señala la *Cass.*, de 22 de octubre de 1998, núm. 10488, *cit.*, que la legitimación del *curatore fallimentare* para ejercitar la acción de responsabilidad de los acreedores «*non è in sé stessa ricollegabile alla struttura del processo fallimentare, e rappresenta frutto di una scelta del legislatore volta ad assicurare alla curatela un maggior livello di tutela*». Cfr., en idéntico sentido, DONGIACOMO, G., *ob. cit.*, p. 885.

³²⁴ De esta manera, el Ordenamiento italiano ha venido a crear, en la práctica, una suerte de acción híbrida —acción «centauro» la denomina JAEGGER, P.G., «La responsabilità degli amministratori», *ob. cit.*, p. 550, citando a RICCI, E.F.— que reúne, a un mismo tiempo, las características de la acción «social» y de la acción de los acreedores.

Si, como decimos, al entablar esta acción en los casos de suspensión, la administración concursal llevaba a cabo un acto de gestión del patrimonio de la sociedad concursada y no se limitaba a ejercitar un derecho propio y autónomo, carecería de sentido restringir los efectos de una eventual renuncia de la misma a *su sola acción*. Hemos visto que, fuera del concurso, la renuncia trasciende la dimensión procesal e incide directamente en el plano del derecho sustantivo o material al resarcimiento de los daños ocasionados por la *mala gestio* de los administradores (*supra* §3). Pues bien, esto mismo acontece cuando la abdicación se lleva a cabo dentro del procedimiento de insolvencia. En este sentido, no cabe duda de que *tanto la renuncia como la transacción al ejercicio de la acción social constituyen actos de disposición de la masa activa*. Ambos repercuten en el patrimonio de la sociedad destinado a la satisfacción de los acreedores y no se agotan en el ámbito procesal. Esta disponibilidad en el plano material queda demostrada apenas se advierte cómo, entablada la acción por la administración concursal, ésta puede acordar la cesión del derecho litigioso como parte de las operaciones de liquidación (art. 150 LC)³²⁵.

Ello pone de manifiesto, una vez más, que el órgano del concurso no sólo estaba legitimado procesalmente para ejercitar la acción social como cualquier otro legitimado extraordinario —minoría o acreedores—, sino que podía llevar a cabo actos de disposición sobre el derecho sustantivo al resarcimiento del daño, ya fuese enajenándolo, acordando su abdicación o transigiendo sobre el mismo. De este modo, la renuncia o transacción de la administración concursal suponían, al igual que las realizadas por la sociedad, una disposición del derecho sustantivo, que tendría como consecuencia su extinción parcial o total y que *no sólo vincularían a la administración concursal, sino también a la sociedad, a la minoría y a los acreedores*, que no podrían volver a presentar una demanda con idéntico objeto, ni durante el concurso, ni tras la conclusión del mismo, si la sociedad continuase existiendo.

Llegados a esta conclusión, cabía afirmar que, al igual que sucedía fuera del concurso (*supra* §6.II.2), la renuncia o transacción acordadas durante la tramitación del mismo tampoco requerirían que se hubiese iniciado un concreto proceso o que la sociedad hubiera acordado previamente la exigencia de responsabilidad. En cualquiera de estas dos hipótesis, la determinación del *sujeto competente* para llevarlas a cabo debía atender —al menos, antes de la reforma de 2011— a la situación de suspensión o mera intervención a la que hubiese sido sometida la sociedad concursada:

³²⁵ Con la única diferencia, respecto a una cesión extraconcursal (arts. 17.1 y 2 LEC), de que la sucesión en el pleito se producirá de pleno derecho y sin posibilidad de oposición de la contraparte, aun en el caso de que el adquirente no se persone en el mismo. Cfr., al respecto, BELTRÁN, E., «Bienes y derechos litigiosos (Art. 150)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, ob. cit., tomo 2, p. 2397 y HUALDE, I., «Bienes y derechos litigiosos (Art. 150)», en Cordón (Dir.), *Comentarios*, ob. cit., tomo 2, p. 461. Es, precisamente, esta posibilidad de «ceder las acciones de responsabilidad» con la que cuenta el *curatore fallimentare*, conforme al artículo 106 de la *legge fallimentare*, lo que lleva a DELL'ATTI, G., *La rinunzia*, ob. cit., pp. 43 y 44, a rechazar la tesis de DONGIACOMO, G., ob. cit. *supra* en la nota 306, según la cual la renuncia de la administración concursal se limitaría a *su acción*, sin efectos sobre el derecho sustantivo.

a) En caso de que se hubiera decretado la *suspensión*, la competencia para entablar la acción correspondería a la administración concursal, que estaría igualmente legitimada para renunciar o transigir con la autorización del juez del concurso (arg. *ex arts.* 43.2 LC y 51.2 LC)³²⁶.

b) Por el contrario, de haberse acordado la mera *intervención*, la sociedad seguiría conservando las facultades de administración y disposición sobre el derecho al resarcimiento del daño, por lo que estaría legitimada tanto para ejercitar la acción, como para acordar su renuncia o transacción (arts. 40.1 y 54.2 LC). A estas últimas, les sería de aplicación, en todo caso, el régimen del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital, por lo que deberían adoptarse, mediante acuerdo expreso y sin oposición de la minoría titular de, al menos, el cinco (o el tres) por ciento del capital social. Además, la convocatoria de la junta para la adopción de los oportunos acuerdos debería contar con la conformidad de la administración concursal (arg. *ex arts.* 51.3 y 54.1 *in fine* y 2 LC). Por otro lado, y a pesar de que el artículo 54.2 de la Ley Concursal no somete la eficacia de la renuncia o la transacción a la autorización o conformidad de la administración concursal, la misma vendría impuesta por una lectura coordinada de este precepto con artículos 40.1 y 51.3³²⁷. Es más, el carácter sustantivo de ambos actos (*supra* §3) haría necesaria también la autorización del juez del concurso, conforme a lo dispuestos por el artículo 43.2 de la Ley Concursal³²⁸.

En el supuesto de que la acción hubiera sido ejercitada *con anterioridad a la declaración de concurso*, estas reglas permanecían inalteradas, si bien, habrían de tenerse en cuenta las particularidades siguientes:

³²⁶ Pese a que el artículo 54.1 de la Ley Concursal no hace referencia al régimen aplicable a los actos de disposición sobre el objeto del litigio realizados por la administración concursal en los procesos iniciados durante el concurso, el carácter sustantivo o material de los mismos (*supra* §3) avalaría la solución propuesta en el texto. Además, la autorización judicial viene impuesta por el artículo 51.2 de la Ley Concursal en relación con el desistimiento, allanamiento o transacción acordados por la administración concursal sustituta en los procesos declarativos pendientes. A favor de esta interpretación, CORDÓN, F., «Ejercicio de acciones del concursado (Art. 54)», en Cordón (Dir.), *Comentarios*, ob. cit., tomo 1, p. 627. *Contra*, sin embargo, BELLIDO, R., «Ejercicio de acciones del concursado (Art. 54)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, ob. cit., tomo 1, p. 1023, para quien el artículo 54.1 de la Ley Concursal atribuye a la administración concursal una capacidad plena para realizar actuaciones procesales y, por ello, el desistimiento, el allanamiento o la transacción no requerirían la autorización judicial.

³²⁷ La disparidad de tratamiento que la Ley Concursal dispensa a los actos de disposición realizados por el concursado intervenido, según se lleven a cabo en procesos declarativos pendientes en el momento de la declaración de concurso, en los que sí se requiere la autorización de la administración concursal (art. 51.3 LC), o en procesos iniciados durante el mismo, para los que se omite el requisito de la autorización (art. 54.2 LC), ha sido objeto de debate en la doctrina. Cfr., a modo de ejemplo, BELLIDO, R., ob. cit., p. 1025, el cual, aunque considera razonable que la conformidad de la administración concursal se exigiese también para la realización de actos de disposición en los procesos iniciados durante el concurso atendiendo a su identidad de razón, entiende que el silencio del legislador es lo suficientemente significativo como para no realizar una interpretación analógica.

³²⁸ Sobre la interpretación que debe darse a la expresión «enajenar o gravar» que emplea este precepto, en el sentido de entenderla referida a cualquier acto de disposición, incluida la renuncia, cfr. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Conservación y administración de la masa activa (Art. 43)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentarios de la Ley Concursal*, ob. cit., tomo 1, pp. 899 y 900.

a) Si la demanda la hubiese presentado alguno de los legitimados extraordinarios, el proceso no sufriría, en principio, ninguna alteración por la apertura del procedimiento concursal. Tendremos ocasión de analizar, en efecto, que tanto la minoría como los acreedores sociales, aun cuando ejercitan la acción «social», lo hacen en nombre propio (*infra* §10.I.2 y §11.II.1), por lo que serían ellos y no la sociedad quienes ocupasen la posición de parte activa en los respectivos procesos, que continuarían sustanciándose ante el mismo juez, hasta su conclusión. Ahora bien, veremos igualmente que ni la minoría ni los acreedores están legitimados para adoptar los acuerdos de renuncia o transacción y que la única que puede llevarlos a cabo es la sociedad, con independencia de quien haya entablado la acción (*infra* §10.II y §11.II). Por lo tanto, ambas decisiones seguirían estando sometidas al régimen propio de la intervención o suspensión, en los términos arriba indicados *sub a)* y *b)*.

b) Si en vez de los legitimados extraordinarios, hubiera sido la propia sociedad la que hubiese iniciado el proceso, éste continuaría también hasta la firmeza de la sentencia y sólo se acumularía al concurso si se estuviese tramitando en primera instancia (art. 51.1 LC)³²⁹. En estas circunstancias, la suspensión de la sociedad supondría su expulsión del litigio y su sustitución por la administración concursal. No obstante, los actos de disposición sobre el objeto de ese proceso —allanamiento, renuncia o transacción— o sobre el proceso mismo —desistimiento— requerirían la autorización del juez del concurso (art. 51.2 LC). Por su parte, en caso de intervención, la sociedad conservaría su condición de parte en el proceso, aunque necesitaría la autorización de la administración concursal —y, a nuestro modo de ver, también la del juez del concurso (arg. *ex arts.* 43.2 y 51.2 LC)— para poder renunciar, transigir, allanarse o desistir.

³²⁹ La acumulación de estos procesos al concurso fue objeto de polémica antes de la reforma de 2011. El párrafo segundo del artículo 48.2 de la Ley Concursal atribuía al juez del concurso la competencia para conocer de las acciones de responsabilidad frente a los administradores sociales, lo que llevó a algunos autores a considerar que esa competencia se extendía también a las acciones ejercitadas con anterioridad a la declaración de concurso. Cfr., en este sentido, ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad concursal de los administradores», *ob. cit.*, pp. 550 y 551; ID., «El artículo 48.2 LC y el marco de relaciones de la responsabilidad concursal del artículo 172.3 LC con la responsabilidad de los auditores y con las acciones societarias de responsabilidad de administradores y liquidadores», en *RDCP*, 2004, p. 92 y VÁZQUEZ ALBERT, D., «El concurso de las personas jurídicas: la responsabilidad de los administradores sociales», en *RJC*, núm. 4, 2004, p. 1067. Sin embargo, el artículo 51.1 de la Ley Concursal únicamente admitía la acumulación de aquellos procesos que fuesen competencia del juez del concurso conforme a lo establecido en el artículo 8.6º, siendo así que este último precepto sólo hacía referencia a las «acciones tendentes a exigir responsabilidad civil a los administradores sociales [...] por los perjuicios causados al concursado *durante el procedimiento*», lo que fue entendido en el sentido de que el juez del concurso sólo podría conocer de las acciones ejercitadas en el procedimiento concursal. Así, MUÑOZ PLANAS, J.M. y MUÑOZ PAREDES, J.M., *ob. cit.*, pp. 1346 y 1347 y LÓPEZ DE MEDRANO, F., *ob. cit.*, nota 4, en pp. 37 y 38. Como veremos, estas dudas han quedado disipadas tras la reforma, ya que el actual 51.1 II de la Ley Concursal ordena la acumulación de oficio de los juicios por reclamación de daños de la sociedad contra sus administradores, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista (*v. infra* II.2, *in fine*).

2. La situación tras la reforma de 2011

2.1. La competencia exclusiva de la administración concursal para ejercitar la acción social de responsabilidad

La Ley 38/2011, de 10 de octubre³³⁰ modificó el artículo 48.2 de la Ley Concursal, al objeto de armonizar los diferentes sistemas de responsabilidad de administradores que pueden convivir durante la tramitación del concurso³³¹. Parte del contenido de este precepto se trasladó a un nuevo artículo 48-*quáter*, que lleva por rúbrica «Efectos de la declaración de concurso sobre las acciones contra los administradores de la sociedad deudora» y cuyo tenor literal es el siguiente:

«Declarado el concurso, corresponderá exclusivamente a la administración concursal el ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores».

Con ello, se ha retomado la propuesta avanzada en 1995 por el Profesor ROJO y se ha adoptado una solución que, ya antes de la reforma, fue considerada por muchos como más «razonable» o más «adecuada» que la decisión finalmente acogida por el legislador en 2003³³². Durante el concurso, la competencia para ejercitar la acción social de responsabilidad se atribuye ahora, con carácter exclusivo y excluyente, al administrador concursal, con independencia de que la sociedad haya sido suspendida o meramente intervenida en el ejercicio de sus facultades de administración y disposición. Lo que se ha hecho ha sido, básicamente, extender el régimen previsto anteriormente para los casos de suspensión —conforme a la interpretación correcta del antiguo artículo 48.2 de la Ley Concursal que hemos analizado *supra*— también a los supuestos de mera intervención.

De esta manera, siguen teniendo vigencia las principales conclusiones que se habían alcanzado bajo el régimen anterior. A saber: *i*) que la legitimación de la administración concursal responde, al menos en los casos de suspensión, a un «desapoderamiento» o privación de legitimación por parte de la sociedad; *ii*) que aquélla actúa, ocupando el «vacío de legitimación» dejado por ésta y que, por tanto,

³³⁰ BOE de 11 de octubre.

³³¹ Cfr. la Exposición de Motivos de la Ley (VII).

³³² El origen inmediato del actual artículo 48-*quáter* de la Ley Concursal se halla, efectivamente, en el artículo 57 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal, de 12 de diciembre de 1995, elaborada íntegramente por el profesor Rojo. Dicha Propuesta se encuentra publicada en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior*, suplemento al núm. 1.786, de 15 de febrero de 1996, pp. 917 a 1006. Los pormenores de su elaboración pueden seguirse, con detalle, en ROJO, A., «La reforma del Derecho Concursal español», en Rojo (Dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid-Barcelona [Marcial Pons], 2003, pp. 87 a 130. Sobre el mismo puede verse, también, GARRIDO, J.M., «La reforma del Derecho concursal español: reflexiones en torno a la “Propuesta de anteproyecto de la ley concursal” del Profesor Ángel Rojo», en *RDBB*, núm. 64, 1996, pp. 919 y 920. Lamentaron que el legislador se hubiera apartado de esta Propuesta, entre otros, ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad de los administradores», ob. cit., p. 288; BELTRÁN, E., «Efectos sobre el deudor persona jurídica», ob. cit., p. 973 y VICENT, F., «El concurso de la persona jurídica», en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal*, ob. cit., tomo 2, p. 2427. V., sin embargo, en contra de esta opción legislativa los autores citados, *infra*, en la nota 338.

ejercita el mismo derecho al resarcimiento de los daños ocasionados por la actuación negligente o desleal del administrador social perteneciente a la propia sociedad e integrado en la masa activa y no un derecho propio y autónomo, nacido *ex novo* con la declaración de concurso; y *iii*) que, como consecuencia, la renuncia o transacción válidamente acordadas por la junta general antes de la apertura del procedimiento de insolvencia son plenamente oponibles a la administración concursal, del mismo modo que las acordadas por ésta durante la tramitación del mismo resultan oponibles frente a la sociedad, los socios minoritarios y los acreedores sociales³³³.

2.2. La competencia exclusiva de la administración concursal para acordar la renuncia y la transacción

Ahora bien, esta unificación de regímenes plantea ulteriores dudas en relación con la competencia para acordar la renuncia a la acción social de responsabilidad en el concurso. En concreto, el aspecto que genera mayor perplejidad es el alcance que cabe atribuir a la legitimación exclusiva de la administración concursal en los supuestos de mera *intervención*. En principio, son dos las interpretaciones posibles.

a) Conforme a una primera, el legislador de la reforma se habría limitado a concentrar en manos de la administración concursal la *legitimación activa* para ejercitar la acción social de responsabilidad, pero *sin alterar los efectos del concurso sobre las facultades de administración y disposición de la sociedad* (art. 40.1 y 2 LC). De ser así, la sociedad intervenida, aunque se encontraría privada de legitimación para ejercitar ante los tribunales el derecho a la reintegración del patrimonio social lesionado por el administrador, seguiría conservando las facultades de disposición sobre el mismo;

³³³ Ahora bien, tendremos ocasión de analizar que la renuncia a la acción social de responsabilidad requiere una justificación causal como requisito de validez que se traduce, en esencia, en la necesidad de que el acto abdicativo no lesione el interés social. Ello exige que la renuncia —o la transacción— sirvan como instrumento de creación de valor para la empresa societaria. Además, la prueba de la compatibilidad del acuerdo con el interés social corresponde *de facto* a la sociedad (*infra* §9.II.2.2). Cuando el acuerdo aparezca carente de justificación causal deberá reputarse nulo por haberse realizado en perjuicio de terceros y ser ilícita su causa (arts. 6 II y 1275 CC). Por otro lado, la renuncia, aun siendo válida podrá generar un perjuicio objetivo a los acreedores sociales, quienes podrán, entonces, revocarla mediante el ejercicio de la correspondiente acción pauliana, para lo cual veremos que no es necesario probar el fraude, pues éste se presume sin posibilidad de prueba en contrario (arts. 1111 y 1291.3° CC) (*infra* §10.II.1). Pues bien, sin perjuicio de que la administración concursal pueda también revocar la renuncia o la transacción *ex* artículos 1111 y 1291.3° del Código civil (art. 71.6 LC), podrá ejercitar las correspondientes acciones rescisorias, siempre y cuando la renuncia o la transacción se hubieran llevado a cabo en los dos años anteriores a la declaración de concurso (art. 71.1 LC). La única cuestión que cabe plantearse a este respecto es si la renuncia se encuentra comprendida, en todo caso, en la presunción *iuris et de iure* de perjuicio para la masa activa establecida en el artículo 71.2 de la Ley Concursal para los actos realizados a título gratuito. En principio, los negocios abdicativos, al no comportar transmisión patrimonial alguna escapan a las nociones de «gratuidad» u «onerosidad», lo que, unido al hecho de que la renuncia a la acción social, debe haber generado un beneficio en el patrimonio social para ser válida podría llevar a excluirla de esta presunción, de modo que la administración concursal debería probar la efectiva concurrencia de un daño para la masa. *Contra*, sin embargo, LEÓN, F., «Acciones de reintegración (Art. 71)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, ob. cit., tomo 1, p. 1309, según el cual, «[l]a renuncia, ya tenga como consecuencia una disposición patrimonial a favor de la contraparte o a la inversa, se incluye asimismo en la categoría de los actos gratuitos».

sometidas, eso sí, al régimen de autorización o conformidad establecido en el artículo 40.1 de la Ley Concursal. Por consiguiente, la renuncia o transacción deberían ser aprobadas siempre por la junta sin oposición de la minoría (art. 238.2 LSC) y ratificadas o confirmadas por la administración concursal con autorización del juez del concurso (arts. 40.1 y 43.2 LC).

Como puede observarse, esta primera interpretación contrasta abiertamente con el principio de rapidez y eficacia que rige el concurso y da lugar a un desdoblamiento de las facultades de administrar y disponer, en relación con la acción social de responsabilidad, de difícil justificación³³⁴. En la práctica, la administración concursal tendría un control pleno sobre la acción social en los supuestos de intervención, ya que solamente ella podría ejercitarla y su renuncia o transacción deberían contar con su aprobación (art. 40.1 LC). Pero la iniciativa para llevar a cabo estas últimas operaciones seguiría perteneciendo, en exclusiva, a la sociedad concursada.

b) Por esta razón, es preferible aquella otra interpretación según la cual la reforma no se habría contentado con privar a la sociedad intervenida de la legitimación para ejercitar la acción social, sino que *la habría «desapoderado» de todas sus facultades de administración y disposición sobre el derecho a exigir de los administradores el resarcimiento del patrimonio social*. Señalábamos al comienzo de este apartado que la apertura del procedimiento concursal opera un cambio radical en la naturaleza y finalidad de la acción social de responsabilidad. Ésta deja de ser un instrumento de gobierno corporativo al servicio del interés común de los socios, para convertirse en un mecanismo de reintegración de la masa activa en beneficio de los intereses del concurso³³⁵. Con la reforma de 2011, el legislador ha pasado a contemplar la mencionada acción como una herramienta más, sometida a la plena disposición de la administración concursal, para lograr la mayor satisfacción de los acreedores, junto a las acciones rescisorias (arts. 71 y ss. LC) y a las acciones de responsabilidad concursal, en caso de que el concurso fuese declarado culpable (art. 172-bis LC)³³⁶. Al quedar

³³⁴ En el fondo, con esta interpretación surgirían, de nuevo, todas las dudas que parecían haberse despejado antes de la reforma. En efecto, si la legitimación de la administración concursal no responde a un «desapoderamiento» material de la sociedad, habría que entender que, en los casos de intervención, aquella actuaría en virtud de una legitimación extraordinaria limitada al ámbito procesal (art. 10.2 LEC), similar a la de los demás legitimados extraordinarios. En consecuencia, ni la renuncia ni la transacción que pudiera acordar durante el procedimiento concursal serían oponible a la sociedad, a la minoría ni a los acreedores.

³³⁵ Cfr., en este sentido, BELLO, M.P., ob. cit., p. 1726; LLEBOT, J.O., «La responsabilidad concursal», ob. cit., p. 7562; VÁZQUEZ CUETO, J.C., ob. cit., p. 2361; LÓPEZ DE MEDRANO, F., ob. cit., p. 38 y GARCÍA-CRUCES, J.A., «Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada», en *ADCo*, núm. 28, 2013, p. 35. En el Ordenamiento italiano, las reformas operadas por el *D.L.*, núm. 35/2005, de 14 de marzo, —conocido como *decreto competitività*— (*GU*, núm. 62, de 16 de marzo) y por el *D.lgs.*, núm. 5/2006, de 9 de enero (*GU*, núm. 12, de 16 de enero) han reducido notablemente el alcance de las acciones revocatorias en el concurso (arts. 64 y ss. *L.Fall.*), lo que ha otorgado un papel central a las acciones de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad a la hora de lograr la reintegración de la masa activa. Cfr., por todos, ABRIANI, N., «Le azioni di responsabilità nei confronti degli organi della società fallita», en *Riv. dir. dell'impresa*, 2008, p. 375.

³³⁶ Es significativo, al respecto, que el artículo 176-bis.3 de la Ley Concursal, a la hora de regular el informe justificativo que debe elaborar la administración concursal en caso de conclusión del concurso

relegada a un segundo plano la dimensión corporativa de la acción social, deja de tener sentido el juego de legitimaciones, a favor de la sociedad y de los socios minoritarios, establecido en la legislación societaria. Por su parte, los acreedores se verán suficientemente tutelados con la legitimación exclusiva de la administración concursal, por lo que tampoco está justificada su actuación subsidiaria³³⁷.

Dicho en otros términos, la reforma no sólo ha eliminado la legitimación activa de la sociedad, de los minoritarios y de los acreedores para ejercitar la acción social, sino que ha atribuido a la administración concursal *todas las facultades de gestión, procesales y materiales*, sobre el derecho al resarcimiento de los daños causados en el patrimonio de la sociedad por sus administradores, a fin de que pueda emplearlas, de manera autónoma, como medio de creación de valor para el concurso.

Con todo, esta opción legislativa ha sido objeto de crítica por parte de un sector de la doctrina. Se ha afirmado, en concreto, que el reconocimiento de legitimación a la sociedad, a la minoría y a los acreedores, en ningún caso, lesionaría los intereses del concurso, dado que, actuase quien actuase, el resultado favorable del litigio no haría sino acrecentar la masa activa, en beneficio de los acreedores³³⁸. Es más, según la opinión crítica, conservar esas legitimaciones subsidiarias podría conllevar un efecto positivo, ya que permitiría superar una hipotética inacción de la administración concursal³³⁹. Ahora bien, a nuestro juicio, estas observaciones no son del todo acertadas. Está por demostrar, en primer lugar, que el ejercicio de la acción social por parte de la sociedad no tenga nunca efectos negativos para el concurso. Piénsese, sin ir más lejos, en la posibilidad de que la sociedad intervenida se adelantase a la administración concursal, presentado una demanda poco rigurosa, que busque una condena irrisoria o, incluso, una sentencia absolutoria, impidiendo una posterior actuación de la administración concursal³⁴⁰.

por insuficiencia de masa activa, equipare funcionalmente todas estas acciones, a efectos de lograr una reintegración del patrimonio concursal.

³³⁷ Entendemos que la reforma de 2011, al atribuir la competencia para ejercitar la acción social «exclusivamente» a la administración concursal ha eliminado cualquier posibilidad de que los acreedores puedan ejercitarla individualmente. *Contra*, JUSTE, J., «Legitimación subsidiaria de la minoría», ob. cit., pp. 156 y 157, para el cual los acreedores podrían seguir ejercitando a su costa la acción social, en vía subsidiaria en relación con la administración concursal, conforme a lo dispuesto en el artículo 54.4 de la Ley Concursal.

³³⁸ Así, entre otros, GARCÍA-CRUCES, J.A., «El problema de la represión de la conducta del deudor», en Rojo (Dir.), *La reforma de la legislación concursal*, ob. cit., p. 312; MUÑOZ PLANAS, J.M. y MUÑOZ PAREDES, J.M., ob. cit., pp. 1347 y 1348 y GUERRERO LEBRÓN, M.J. y GÓMEZ PORRÚA, J.M., «La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en situación concursal», en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal*, ob. cit., tomo 1, p. 1980. Mostrándose críticos, todos ellos, con el artículo 57 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995. Con referencia a la regulación actual muestran su disconformidad, GARCÍA-CRUCES, J.A., «Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad», ob. cit., p. 54 y MORALEJO, I., «Las reformas en materia de calificación del concurso», en Beltrán/García-Cruces/Prendes (Dirs.), *La reforma concursal. III Congreso español de Derecho de la insolvencia*, Madrid [Civitas], 2011, pp. 621 y 622.

³³⁹ GARCÍA-CRUCES, J.A., «Declaración de concurso y administradores», ob. cit., p. 1984.

³⁴⁰ VÁZQUEZ CUETO, J.C., ob. cit., p. 2381, quien alude a estos riesgos para justificar la falta de legitimación de la sociedad en los casos de suspensión bajo el régimen anterior a la reforma de 2011. Señala el autor que, en estos casos, «los intereses de un concursado (y, más señaladamente, el de sus socios mayoritarios) que no merece la confianza para gestionar sus propios recursos, siquiera de una manera controlada, no tienen por qué coincidir con exactitud con los del concurso». A nuestro modo de ver, el peligro de que los intereses del grupo de control no se alineen con los del concurso está presente también en los supuestos de mera intervención, habida cuenta de que, en situación de insolvencia, el grupo de control tendrá más incentivos para ejercitar negligentemente la acción social, dado que la

Pero aún es más, de mantenerse la legitimación de la sociedad, se privaría a la administración concursal de una iniciativa autónoma para acordar la renuncia o la transacción a la acción social de responsabilidad, en los supuestos de intervención; siendo así que, sobre todo la transacción, puede resultar de gran utilidad para la mejor satisfacción de los intereses del concurso.

Veremos más adelante que, en la óptica del legislador, la renuncia a la acción social de responsabilidad se concibe como un medio de creación de valor para la empresa societaria (*infra* §9.2.II). En efecto, este acto, que *a priori* resulta lesivo para la sociedad por cuanto comporta la pérdida de un elemento patrimonial, debe traducirse en un instrumento para crear valor o, al menos, para conservarlo. En otras palabras, la renuncia debe resultar útil a la sociedad³⁴¹. Fuera del concurso, la utilidad de la renuncia estará justificada en aquellos supuestos en los que los costes derivados del ejercicio de la acción superen los beneficios esperados o, en aquellos otros, en los que el impacto negativo del ejercicio de la acción sobre la imagen de la sociedad en el mercado pueda acarrearle un perjuicio que no se vea compensado con la indemnización obtenida de los administradores. En ambas situaciones, la renuncia válidamente acordada permitirá a los socios maximizar el valor de su inversión, eliminando la posibilidad de que la propia sociedad o cualquiera de los legitimados subsidiarios demanden a los administradores. En cambio, en el concurso, esta justificación resultará más difícil. Es cierto que el artículo 43.1 de la Ley Concursal, al imponer que el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa atienda a «su conservación», no impide a la administración concursal llevar a cabo actos de disposición de carácter abdicativo, como la renuncia o la condonación de un crédito, cuando así lo exija el interés del procedimiento³⁴². Lo que sucede es que, siendo la administración concursal la única legitimada para ejercitar la acción social, no es fácil imaginar algún supuesto en el que ese interés no se satisfaga, con un menor coste, simplemente no entablando la acción o desistiendo del proceso, en caso de que éste ya se hubiese iniciado³⁴³. Por este

indemnización obtenida no revertirá, por lo general, en su beneficio —indirecto—, sino en el de sus acreedores.

³⁴¹ DELL'ATTI, G., *La rinunzia*, ob. cit., pp. 177 y 178.

³⁴² Como advierte DÍAZ MORENO, A., ob. cit., p. 240, «la conservación no se refiere a los particulares bienes y derechos integrados en el patrimonio concursal, sino al valor conjunto o global de la masa activa», por eso, aunque no sean frecuentes, son admisibles aquellos actos de disposición abdicativa que sirvan para «conservar» el valor de la masa activa. En este sentido, cfr. también MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Conservación y administración de la masa activa», ob. cit., p. 900.

³⁴³ En efecto, si la administración concursal prevé que los costes —económicos o reputacionales— de ejercitar la acción sobrepasarán los beneficios que eventualmente pudieran obtenerse, le bastará con no entablar la acción, pues no habiendo ningún otro sujeto legitimado para hacerlo, el resultado será equivalente a una renuncia; con la diferencia, menos lesiva, de que, concluido el concurso, la sociedad o cualquier otro sujeto legitimado podrá exigir responsabilidades a los administradores, si lo considera oportuno. Por otro lado, si la acción ya estaba en marcha en el momento de la declaración de concurso o si, una vez ejercitada por la administración concursal, ésta considera que el crédito resultará incobrable o que los costes del litigio superarán el valor del mismo, lo adecuado será desistir del proceso, para evitar la condena en costas que acarrearía la renuncia, por aplicación de la regla del vencimiento (cfr. arts. 394.1 y 396.2 LEC) (v. *infra* la nota 746). DELL'ATTI, G., «Rinunzia all'azione di responsabilità e fallimento delle società per azioni», en Fortunato (*et al.*) (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Milán [Giuffrè], 2011, p. 400, pone como ejemplo de renuncia útil para el concurso el supuesto en el que ésta se pacte como parte de un proyecto de adquisición y saneamiento de la empresa promovido por los propios administradores considerados responsables, o aquel otro en el que la renuncia sirva para compensar el

motivo, la renuncia no será necesaria, con carácter general, para conservar el valor del patrimonio concursal y, por tanto, no podrá ser acordada por la administración concursal ni autorizada por el juez (art. 43.2 LC).

Todo lo contrario sucede con la transacción. Como muestra la experiencia italiana, los acuerdos transaccionales que tienen por objeto la acción social de responsabilidad pueden constituir una herramienta de gran utilidad para lograr la máxima satisfacción de los acreedores en el concurso³⁴⁴. En todas aquellas hipótesis en las que el resultado del litigio se presente incierto o el coste de la reclamación supere previsiblemente las expectativas de resarcimiento, la transacción resultará una alternativa eficiente al desistimiento o al no ejercicio de la acción. Por tanto, siempre que lo estime conveniente para los intereses del concurso, *la administración concursal podrá transigir, judicial o extrajudicialmente, al ejercicio de la acción social, con autorización del juez del concurso* (art. 43.2 LC), *sin necesidad de acuerdo de la junta y sin que surja un derecho de oposición de la minoría*. Y ello, *con independencia de que la sociedad se haya visto suspendida o meramente intervenida*, pues, en ambos casos, ésta se hallará en una situación de total «desapoderamiento», en relación con el derecho al resarcimiento de los daños derivados de *mala gestio*.

crédito que ostentase el administrador inculpaado frente a la sociedad por retribuciones no satisfechas. Sin embargo, parece claro que, en ninguna de estas hipótesis, nos encontraríamos ante auténticas renunciaciones, sino ante transacciones (v. *infra* §8.II.2.1).

³⁴⁴ Como señalan JAEGER, P.G., ob. cit., p. 553 y ABRIANI, N., «Le azioni di responsabilità», ob. cit., pp. 373 y 374 e ID., «La crisi dell'organizzazione societaria tra riforma delle società di capitali e riforma delle procedure concorsuali», en *Fall.*, núm. 4, 2010, pp. 393 y 394, la transacción es el modo natural en el que concluyen las acciones de responsabilidad social ejercitadas por el *curatore fallimentare*. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el hecho de que en el Ordenamiento italiano no exista una responsabilidad concursal específica, al estilo de la que establece el artículo 172-bis de la Ley Concursal española, ha hecho que la acción social de responsabilidad se haya empleado —de forma cuestionada y cuestionable— para condenar a los administradores sociales a la cobertura del déficit del concurso; lo cual ha favorecido el recurso a estas acciones y la proliferación de transacciones. A pesar de su poco rigor dogmático, esta práctica ha sido avalada en multitud de ocasiones por la jurisprudencia. Cfr., entre otras, *Trib. Venezia*, de 5 de noviembre de 1987, en *Fall.*, 1988, p. 1202; *Trib. Torino*, de 11 de febrero de 1989, en *Fall.*, 1989, p. 668; *Cass.*, de 19 de diciembre de 1985, núm. 6493, en *Società*, 1986, p. 505. No obstante, la doctrina la ha criticado, señalando que a las acciones ejercitadas frente a los administradores les son de aplicación los principios generales en materia de responsabilidad civil; de forma que el *curatore* deberá probar el daño concreto y el nexo de causalidad entre éste y la conducta imputada al administrador. Cfr., por todos, DONGIACOMO, G., ob. cit., 898 y 899. Por eso, en los últimos tiempos, la jurisprudencia ha rechazado esta práctica, admitiendo la condena al déficit sólo de forma residual, en aquellos supuestos en los que al *curatore* le sea imposible o extremadamente difícil determinar los efectos concretos imputables a cada acto ilícito del administrador, debido a una falta o grave deficiencia en la llevanza de la contabilidad. En este sentido, cfr., entre las resoluciones más recientes, *Cass.*, de 11 de julio de 2013, núm. 17198, en *Foro it.*, 2014, c. 897; *Cass.*, de 8 de julio de 2009, núm. 16050, en *Società*, núm. 4, 2010, p. 407, con nota de CASSANI, S.; *Trib. Milano*, de 14 de noviembre de 2006, cit.; *Trib. Napoli*, de 31 de mayo de 2006, en *Società*, núm. 9, 2007, p. 1125, con nota de SIGNORELLI, F.; *Trib. Salerno*, de 25 de octubre de 2006, en *Corr. merito*, núm. 1, 2007, p. 74, con nota de DE RENTIIS, L.; *Trib. Milano*, de 13 de enero de 2006, en *Giur. it.*, 2006, c. 977, con nota de SPIOTTA, M.

Además, este «desapoderamiento» de la sociedad repercute igualmente sobre las acciones de responsabilidad que se hubieran interpuesto *con anterioridad a la declaración de concurso*. Ante todo, hay que destacar que el nuevo apartado segundo del artículo 51.1 de la Ley Concursal ha resuelto las dudas acerca de la acumulación de estos procesos al concurso³⁴⁵. La regla general es, ahora, que todos aquellos juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia (art. 51 I LC). Sin embargo, de esta regla se apartan, precisamente, los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores, que se acumularán de oficio al concurso (art. 51 II LC). Así las cosas, *si el proceso hubiera sido iniciado por la propia sociedad*, se acordará su acumulación al concurso y la sustitución de la sociedad por los administradores concursales, tanto en el caso de suspensión como en el de mera intervención. En ambos supuestos, la competencia para renunciar o transigir pertenecerá, en exclusiva, a la administración concursal con la autorización del juez del concurso (art. 51.2 LC). Por otro lado, *si la acción hubiera sido interpuesta por la minoría o por los acreedores*, el proceso continuará sustanciándose ante el juez que estuviera conociendo del mismo. Pero la renuncia o la transacción deberán ser acordadas igualmente por la administración concursal con autorización del juez del concurso con independencia de cuáles hubieran sido las consecuencias de la declaración del concurso sobre las facultades de disposición y administración de la sociedad concursada (arg. *ex arts.* 43.2 LC y 51.2 LC).

§8. La necesidad de que la renuncia se apruebe mediante un acuerdo expreso

Acabamos de ver cómo, en las sociedades *in bonis*, el órgano competente para acordar la abdicación del derecho al resarcimiento del patrimonio social lesionado por los administradores es la junta general. De lo que se trata en este epígrafe y en el siguiente (*infra* §9) es de analizar el régimen jurídico al que se somete el acuerdo de renuncia. En concreto, a lo largo de las siguientes páginas, centraremos la atención en el primero de los elementos que conforman dicho régimen: el carácter expreso del acuerdo.

A diferencia de la Ley de Sociedades de Capital, el *Codice civile* señala que la renuncia a la acción social de responsabilidad debe ser aprobada mediante un *acuerdo expreso* de la asamblea (art. 2393, párrafo sexto). En un primer momento, este requisito fue interpretado por los autores italianos en el sentido de que la renuncia debía constar necesariamente en el orden del día de la junta³⁴⁶. Sin embargo, los estudios más recientes han descartado esta interpretación inicial, argumentando que, así entendida, la exigencia resultaría pleonástica respecto del artículo 2366 que recoge, con carácter

³⁴⁵ V. *supra* la nota 329.

³⁴⁶ MINERVINI, G., *Gli amministratori*, ob. cit., p. 360 y WEIGMANN, R., ob. cit., p. 212, nota 6, con cita del primero.

general, la obligatoria constancia en el orden del día de los asuntos a tratar por la junta, sancionando su omisión con la anulabilidad o la nulidad del acuerdo según los casos (cfr. arts. 2377 y 2379 *C.Civile*)³⁴⁷.

En el Ordenamiento italiano, la única excepción a la obligatoria constancia en el orden del día de los asuntos a debatir por la asamblea se halla referida, precisamente, a la posibilidad de acordar el ejercicio de la acción social de responsabilidad con ocasión de la discusión del balance cuando se trate de hechos relativos al ejercicio al que se refiera el propio balance (art. 2393, segundo párrafo, *C.Civile*). Pues bien, en opinión de la doctrina mayoritaria, con esta salvedad no se hace otra cosa que explicitar, para el caso concreto de la responsabilidad de los administradores, un principio general conforme al cual la asamblea puede deliberar válidamente no sólo sobre los asuntos expresamente indicados en el orden del día, sino también sobre aquellos otros que sean *strictamente consequenziali* y *accessorios* respecto de aquéllos³⁴⁸. En atención a este principio, hubo quien entendió —antes de la reforma de 2003— que el acuerdo de renuncia podía ser adoptado por la misma asamblea que deliberase acerca de la aprobación del balance y, por tanto, sin necesidad de insertar el asunto en el orden del día, dado que, al fin y al cabo, ambos acuerdos versarían sobre una misma materia: la responsabilidad de los administradores³⁴⁹. No obstante, se ha señalado con acierto que el asunto «ejercicio de la acción social de responsabilidad» es totalmente distinto al asunto «renuncia a la acción social de responsabilidad» y que, ni siquiera, pueden considerarse *consequenziali* o *accessorios* el uno respecto al otro, ya que, de hecho, cada uno de ellos requiere procedimientos asamblearios y mayorías diferentes³⁵⁰.

De este modo, en Italia, el acuerdo de renuncia no puede ser adoptado sin que se haya dado noticia del mismo en la convocatoria de la junta, y ello con independencia de que su aprobación deba ser, además, expresa. Este último requisito, aunque estrechamente relacionado con el anterior, no se identifica, sin embargo, con aquél. El primero trata de garantizar que los socios son conscientes de que la junta convocada puede adoptar válidamente el acuerdo de renuncia, mientras que el segundo tiende a asegurar que la decisión de exonerar a los administradores se adopta sobre la base de una información completa y detallada acerca del porqué de la renuncia —esto es, su causa—, su objeto y sus consecuencias sobre el patrimonio de la sociedad³⁵¹. Y, para

³⁴⁷ DELL'ATTI, G., *La rinunzia*, ob. cit., p. 190.

³⁴⁸ Sobre el tema, se reenvía a CAMPOBASSO, G.F., *Diritto commerciale*, ob. cit., p. 320, así como a la doctrina y la jurisprudencia citada por éste en la nota 14.

³⁴⁹ Ésta es la tesis de BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, ob. cit., pp. 189 a 191 y 247 a 253. Téngase se en cuenta, no obstante, que en la redacción original del *Codice civile* no se preveía la legitimación subsidiaria de la minoría para el ejercicio de la acción social de responsabilidad (*supra* §1.III.1), lo cual lleva al autor a afirmar que, si bien es cierto que el acuerdo contrario al ejercicio de la acción no puede identificarse con el acuerdo de renuncia, existiría una coincidencia sustancial entre ambos, en la medida en que, tras su adopción, ningún socio podría entablar directamente el ejercicio de la acción social de responsabilidad. En consecuencia, si se reputaba lícito que la asamblea acordase no ejercitar la acción aunque el asunto no constase previamente en el orden del día, no habría motivos para no considerar igualmente lícita la renuncia aprobada en las mismas circunstancias (*ibidem*, p. 249).

³⁵⁰ DELL'ATTI, G., *La rinunzia*, ob. cit., pp. 60 a 62. El hecho de que, tras la reforma de 2003, exista una minoría legitimada para ejercitar la acción social de responsabilidad que puede verse perjudicada por el acuerdo de renuncia, hace que, al igual que sucede en Derecho español (v. *supra* §6.I.2), dicho acuerdo no pueda equipararse a un acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad, por lo que ha dejado de tener sentido la interpretación de Benazzo que exponíamos en la nota anterior.

³⁵¹ En estos términos, BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, ob. cit., p. 252.

lograr este grado máximo de información, es por lo que se priva de cualquier eficacia liberatoria a otros acuerdos, como son el de aprobación de las cuentas y el de descargo, aprobación o ratificación, que, si bien están relacionadas con la renuncia, no pueden garantizar un nivel óptimo de información.

En los dos apartados que siguen, trataremos de evidenciar cómo, a pesar de que la Ley española no exige taxativamente que la renuncia se lleve a cabo mediante un acuerdo expreso, tanto la previa constancia del asunto en el orden del día (I), como su adopción explícita (II) son requisitos *sine qua non* para una válida abdicación del derecho al resarcimiento de los daños que la actuación ilícita de los administradores hubiera podido ocasionar en el patrimonio social.

I. LA OBLIGATORIA CONSTANCIA DE LA RENUNCIA EN EL ORDEN DEL DÍA DE LA JUNTA

El artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital establece, con escaso acierto, que la junta puede renunciar al ejercicio de la acción social de responsabilidad «en cualquier momento». La expresión es, desde luego, poco afortunada, porque el legislador la emplea, poco antes, en el artículo 223.1, en un sentido totalmente diverso. En efecto, cuando este último señala que «los administradores podrán ser separados de su cargo *en cualquier momento* por la junta general», lo que prescribe es —como aclara después el propio precepto— que la junta está facultada para cesar a los administradores *sin necesidad de que el acuerdo conste en el orden del día*. Por el contrario, referidas al acuerdo de renuncia, estas palabras lo que ponen de manifiesto es algo muy distinto, como es que la validez de la renuncia no depende de que la junta haya adoptado previamente un acuerdo expreso favorable al ejercicio de la acción social de responsabilidad y, por tanto, que es posible abdicar del derecho al resarcimiento de los daños desde el mismo momento en que éste se produce (*supra* §6.II.2).

Durante la vigencia del antiguo Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, hubo quien, apoyándose en una supuesta identidad de razón entre ambos artículos, llegó a la conclusión de que el acuerdo de renuncia no tenía por qué insertarse en el orden del día³⁵². Pero esta interpretación no era correcta entonces, ni puede serlo a la luz de la actual Ley de Sociedades de Capital. Más allá del dato literal,

³⁵² Así lo entendieron, en su día, VICENT, V., *Compendio crítico*, ob. cit., p. 657; ARANGUREN, F.J., «Los órganos de la sociedad anónima», en Garrido de Palma (*et al.*) (Dirs.), *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, 3ª ed., Madrid [Trivium], 1990, p. 524; BERBEL, J., «Acción social e individual de responsabilidad de los administradores: aspectos material y procesal», en *CDJ*, 1992, núm. 18, p. 119 y GARRETA, J.M., «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima», en *RJC*, 1981, p. 620. No obstante, este último parece rectificar su postura, posteriormente, en GARRETA, J.M., *La responsabilidad*, ob. cit., p. 149, al menos por lo que se refiere a la renuncia. Una posición particular es la de SUÁREZ-LLANOS, L., ob. cit., pp. 961 y 962, quien entendió que el acuerdo de transacción —y no así el de renuncia— podía aprobarse sin necesidad de que su adopción figurase previamente en el orden del día.

—que, por otra parte, no se presta hoy a la misma confusión³⁵³— son varios los argumentos que permiten alcanzar la solución contraria:

a) Ante todo, es necesario señalar que la *finalidad* que persiguen los artículos 223.1 y 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital es muy diferente. El hecho de que la Ley permita a la junta acordar la separación del administrador aun cuando la adopción del acuerdo no se hubiera incluido entre las materias a debatir por la junta tiene por objeto reivindicar el principio de *libre revocabilidad de los administradores*, evitando que éstos puedan conculcarlo mediante conductas obstruccionistas³⁵⁴. Pero este riesgo no existe en la renuncia. Más bien todo lo contrario: los administradores tendrán, por regla general, una actitud muy proclive a cualquier acuerdo de la junta que termine exonerándolos de responsabilidad ante la sociedad. Por eso, el peligro que presenta el acuerdo de renuncia es muy distinto. En relación con este último, lo que trata la Ley es de evitar que la misma mayoría que ha nombrado a los administradores acabe blindándolos contra una posterior reclamación en perjuicio de la minoría y de la propia sociedad (*supra* §2). Precisamente para garantizar esta prevalencia del interés social frente al de la mayoría, la Ley impide que la renuncia pueda acordarse de manera implícita (*infra* II) y la sujeta a un régimen especialmente riguroso en el que destaca la atribución de un derecho de veto a la minoría, a la que se atribuye la facultad de (co)determinar el interés social al ejercicio de la acción (*infra* IV).

Pues bien, si la renuncia pudiera acordarse válidamente sin necesidad de que su adopción se hubiese anunciado previamente en el orden del día, todo este régimen de garantías quedaría reducido a la nada. La única forma de asegurar la plena eficacia del derecho de oposición que la Ley concede a los socios minoritarios es garantizar que éstos conocen la propuesta de renuncia y que pueden actuar en consecuencia. Y, para ello, *es imprescindible que el acuerdo de renuncia conste siempre en el orden del día*³⁵⁵.

³⁵³ El antiguo artículo 131 de la Ley de 1989 se limitaba a decir, al igual que hacía el artículo 75 de la Ley de 1951, que la separación de los administradores podía ser acordada en cualquier momento por la junta general, sin añadir como añade ahora el artículo 223.1 de la Ley de Sociedades de Capital: «aun cuando la separación no conste en el orden del día». No obstante, y a pesar de que la cuestión fue bastante debatida, la doctrina tendió mayoritariamente a interpretar la expresión «en cualquier momento» en el sentido de que el acuerdo de separación podía adoptarse aunque no se hubiera incluido en el orden del día. Así, entre otros, GIRÓN, J., *Derecho de sociedades anónimas*, ob. cit., p. 354; RUBIO, J., *Curso*, ob. cit., p. 247 y GARRIGUES, J., en Garrigues-Uría, *Comentario*, ob. cit., vol. 2, pp. 109 a 111. En cambio, SUÁREZ-LLANOS, L., ob. cit., pp. 949 y 950, nota 790, influenciado por la doctrina italiana, consideraba que la junta sólo podía decidir válidamente la separación de los administradores sin que el asunto constase en el orden del día con ocasión del debate de otro tema «conectado de forma natural» a éste, como podía ser, por ejemplo, la censura del ejercicio social. Por su parte, POLO, E., *Los administradores y el consejo*, ob. cit., pp. 236 y 237, rechaza esta última postura, entendiendo que la separación únicamente podría acordarse sin necesidad del previo anuncio en el orden del día con motivo del nombramiento, renovación, permanencia o cese de los administradores o del ejercicio de la acción social contra éstos.

³⁵⁴ GALLEGO, E., «Cese de los administradores (Art. 223)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario*, ob. cit., vol. 1, p. 1587.

³⁵⁵ Ésta es la posición actualmente mayoritaria en España. Cfr., entre otros, POLO, E., *Los administradores y el consejo*, ob. cit., p. 336; DE LA CÁMARA, M., «La administración de la sociedad anónima», ob. cit., p. 143; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores*, ob. cit., p. 381; JUSTE, J., *Los «derechos de minoría»*, ob. cit., 439 a 442; MARTÍNEZ MACHUCA, P., ob. cit., p. 1183; CALBACHO, F., ob. cit., pp. 200 y 201;

En este sentido, es necesario advertir que el derecho de oposición de los socios respecto del acuerdo de renuncia no opera *ex post*, como sucede con el de los acreedores en los supuestos reducción del capital con devolución de aportaciones (art. 334 LSC) y en los casos de fusión (art. 44 LME), escisión (73.1 LME), cesión global de activo y pasivo (art. 88 LME) o traslado internacional del domicilio social (art. 100 LME). En todos estos supuestos, se prevé la publicación del acuerdo o, como sucede en la fusión y en las demás modificaciones estructurales, su comunicación por escrito a todos los socios y acreedores mediante un procedimiento que asegure su recepción en el domicilio que figure en la documentación de la sociedad. Desde la publicación del acuerdo, o desde la comunicación individual, los acreedores gozan del plazo de un mes para formular su oposición. Pero no ocurre así con el acuerdo de renuncia respecto del cual la oposición —que debe manifestarse, en todo caso, en la propia junta— no juega como causa de ineficacia, sino de integración de la «mayoría» necesaria su adopción (*infra* §9.IV.1.1), por lo que este otro acuerdo no está sujeto a ninguna publicidad especial, más allá del anuncio de la convocatoria (art. 173 LSC)³⁵⁶.

b) Esta conclusión se encuentra avalada, además, por la circunstancia de que *todas las excepciones* al principio general que condiciona la validez de los acuerdos a su previa inclusión en el orden del día (art. 174 LSC) *se contemplan de forma expresa e inequívoca en la Ley*. Sucede así, como hemos dicho, con el acuerdo de separación de los administradores en el artículo 223.1 de la Ley de Sociedades de Capital, pero ocurre también con el acuerdo de ejercicio de la acción social de responsabilidad que, conforme al propio artículo 238.1 de la Ley de Sociedades de Capital, puede ser adoptado, a solicitud de cualquier socio, *aunque no conste en el orden del día*³⁵⁷. Excepción, esta última, que se halla justificada, de nuevo, por la necesidad de evitar que los administradores puedan obstaculizar la decisión de la junta de exigirles responsabilidad.

Por esta razón, tampoco es de recibo aquella otra interpretación según la cual la publicación en el orden del día sólo sería obligatoria cuando la renuncia se aprobase en una junta distinta de aquella en la que se hubiera acordado la exigencia de responsabilidad³⁵⁸. Como dijimos en el capítulo segundo, no existe mayor inconveniente en que la misma junta que decide el ejercicio de la acción social sea también la que acuerde su renuncia. Pero esta posibilidad encuentra un único límite, precisamente, en el hecho de que la renuncia haya sido anunciada en el orden del día, lo cual no sucederá, obviamente, cuando el acuerdo favorable a la exigencia de

ARROYO, I. y BOET, E., ob. cit., p. 1560; DÍAZ ECHEGARAY, J.L., ob. cit., p. 315 y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y MARÍN DE LA BÁRCENA, F., ob. cit., pp. 174 y 175.

³⁵⁶ Así lo señala CALBACHO, F., ob. cit., pp. 198 y 199.

³⁵⁷ JUSTE, J., *Los «derechos de minoría»*, ob. cit., p. 440, quien pone de manifiesto que el artículo 134.1 de la Ley de Sociedades Anónimas —hoy, artículo 238.1 de la Ley de Sociedades de Capital— es un supuesto claramente excepcional y que no puede aplicarse a todos los acuerdos que versan sobre la responsabilidad de los administradores.

³⁵⁸ Esta interpretación ha sido sostenida por CASTRESANA, L.F., ob. cit., p. 683 y BÉRGAMO, A., ob. cit., p. 161. Para este último si se admite sin problemas que la junta pueda hacer lo más —acordar el ejercicio de la acción— sin necesidad de publicidad alguna, sería absurdo no admitir que pudiese hacer lo menos —acordar la renuncia o la transacción—. Pero esta apreciación no es correcta. En realidad, la dejación del derecho de crédito al resarcimiento del daño generado por los administradores en la que consiste, al fin y al cabo, la renuncia a la acción social de responsabilidad (*supra* §3) es un acto de mucha mayor trascendencia que el simple ejercicio de la acción, pues supone *a priori* una pérdida patrimonial.

responsabilidad se adopte de manera espontánea. La junta puede acordar el ejercicio de la acción sin necesidad de que el asunto conste en el orden del día (art. 238.1 LSC), pero, en este caso, no estará legitimada para adoptar también el acuerdo de renuncia. Por consiguiente, en el supuesto —ciertamente, poco habitual (*supra* §6.III)— de que la propuesta de renunciar a la acción social surja en la misma junta en la que se esté debatiendo su ejercicio a iniciativa de uno o varios socios, pero sin que se hubiera insertado previamente en el orden del día, no habrá más remedio que posponer la deliberación acerca de la renuncia a una junta posterior, en cuyo orden del día sí se haga referencia expresa al asunto.

Ni qué decir tiene que la renuncia a la acción social de responsabilidad podrá ser acordada también en *junta universal* (art. 178 LSC). Ésta no es una clase especial de junta, sino una modalidad de celebrarse una junta ordinaria o extraordinaria, que se caracteriza por la ausencia de requisitos formales en cuanto a su convocatoria³⁵⁹. No es que falte, en estos casos, un orden del día, sino que éste carece de publicidad formal. Por tanto, nada impide que, reunidos todos los socios, acuerden por unanimidad celebrar la reunión y debatir la propuesta de renuncia³⁶⁰. Evidentemente, las reglas que rigen la formación de la voluntad de la sociedad en estos casos seguirán aplicándose y, en concreto, los socios titulares de, al menos, el cinco (o el tres) por ciento del capital social podrán oponerse a la adopción del acuerdo, que habrá de adoptarse, además, de forma expresa.

De esta manera, podemos concluir que el anuncio en el orden del día es un requisito indispensable para que la junta pueda acordar válidamente la renuncia al ejercicio de la acción social de responsabilidad. El incumplimiento de esta exigencia legal comportará la nulidad de la junta y, en consecuencia, la nulidad del acuerdo de renuncia que eventualmente se hubiera adoptado³⁶¹.

II. EL CARÁCTER EXPRESO DEL ACUERDO DE RENUNCIA

Una vez aclarada la necesidad de que la renuncia a la acción social de responsabilidad conste en el orden del día de la junta, lo siguiente que debe analizarse es si dicho acuerdo ha de ser, además, expreso y qué consecuencias se derivan, en su caso, de esta segunda exigencia.

Las declaraciones de voluntad que constituyen negocios jurídicos pueden ser, por regla general, expresas o tácitas³⁶². En este punto, la renuncia de derechos (art. 6 II CC)

³⁵⁹ GARCÍA-CRUCES, J., «Junta universal (Art. 178)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario*, ob. cit., vol. 1, p. 1287.

³⁶⁰ En este sentido, LARA, R., ob. cit., p. 109. Para que la junta pueda entenderse válidamente constituida como *universal* es necesario que se halle presente —o representada— la «totalidad del capital social». Esto incluye, por su puesto, a los socios sin voto, pero también a los accionistas morosos (GARCÍA-CRUCES, J., últ. ob. cit., pp. 1290 y 1291), pues, como veremos, tanto unos como otros son titulares del derecho de oposición *ex* artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital (v. *infra* §9.IV.3).

³⁶¹ Cfr., por todas, las SSTs de 28 de enero de 1984 (RJ 1984/390) y de 25 de marzo y de 15 de julio de 1988 (RJ 1988/2473 y RJ 1988/5723, respectivamente), así como la RDGRN de 10 de octubre de 1995 (BOE, núm. 273, de 15 de noviembre).

³⁶² Adviértase, en todo caso, que en relación con los acuerdos de la junta, parece bastante dudoso que pueda hablarse de «declaración tácita» en sentido estricto. En efecto, las formalidades a las que se ven

no constituye ninguna excepción, tal y como han reconocido la doctrina y la jurisprudencia al afirmar de manera unánime que la misma puede llevarse a cabo, bien mediante una declaración expresa, o bien a través de hechos concluyentes (*facta concludentia*)³⁶³. En efecto, dejando a un lado aquellos supuestos en los que la propia ley impone el empleo de una forma determinada —v. gr. renuncia a los derechos reales sobre bienes inmuebles, que ha de constar, necesariamente, en documento público (art. 1280.1º CC)—, es posible que la voluntad abdicativa se deduzca, sin más, del comportamiento mantenido por el sujeto renunciante³⁶⁴. Comportamiento que habrá de ser, en todo caso, claro, terminante e inequívoco, porque lo que no cabe, en modo alguno, es presumir la renuncia. Esta última exigencia, afirmada de manera constante por la jurisprudencia³⁶⁵, encuentra su justificación, no tanto en la protección de los terceros —pues, como veremos, la renuncia es un negocio jurídico unilateral y no recepticio que agota sus efectos directos en la esfera del declarante (*infra* §9.I)—, cuanto en la necesidad de proteger al propio sujeto renunciante, a fin de que su

sometidos los acuerdos societarios (arts. 166 y ss. LSC y 2363 y ss. *C.Civile*) impedirían a la sociedad expresar su voluntad al margen de un acuerdo formal, esto es, por *facta concludentia* de sus socios y de ahí que sólo cupiese hablar, en puridad, de acuerdos «implícitos» de renuncia. Cfr., en este sentido, ROMANO-PAVONI, G., ob. cit., pp. 74 a 75; BUONOCORE, V., «Revoca dello stato di liquidazione e proroga tacita nelle società di capitali», en *Riv. dir. comm.*, 1958, II, p. 308 y FERRO-LUZZI, P., «In tema di deliberazione assembleare implicita», en *Riv. dir. comm.*, 1969, II, p. 183.

³⁶³ La validez de la declaración tácita de renuncia era afirmada, ya en 1884, por GRASSI, A., en la voz «Rinunzia» de *Il Digesto Italiano*, vol. 20, parte 2, Turín [Utet], p. 695. Con posterioridad y en el mismo sentido, pueden verse, en Italia, ATZERI-VACCA, F., *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, 2ª ed., Turín [Utet], 1915, p. 378; PIRAS, S., *La rinunzia nel diritto privato*, Nápoles [E. Jovene], 1940, pp. 65 y ss.; BOZZI, A., voz «Rinunzia. Diritto pubblico e privato», en *Noviss. dig. it.*, vol. 15, Turín [Utet], 1968, p. 1151; MOSCARINI, L.V., voz «Rinunzia. I) Diritto civile», en *Enc. giur.*, vol. 27, Roma [Istituto della Enciclopedia italiana], 1991, p. 6; MACIOCE, F., *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, Nápoles [Edizioni scientifiche italiane], 1992, pp. 205 y ss. y SICCHIERO, G., voz «Rinuncia», en *Dig. delle disc. priv., sez. civ.*, vol. 17, Turín [Utet], 1998, pp. 659 y 660. Y, en España, TRAVIESAS, M., «La renuncia», en *RGLJ*, tomo 55, 1929, pp. 570 y 571; AMORÓS, M., «Eficacia general de las normas jurídicas», ob. cit., p. 322; POU DE AVILÉS, J.M., «La renuncia en el Derecho civil español», en AAVV, *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, tomo 2, Barcelona [Bosch], 1983, pp. 429 y 430; GULLÓN, A., «Comentario al artículo 6 CC», ob. cit., pp. 33 a 37 y ASÚA, C.I., ob. cit., pp. 81 y 82. En la jurisprudencia son realmente numerosas las sentencias que han reconocido la posibilidad de una declaración tácita de renuncia. Cfr., entre otras, las resoluciones citadas *infra* en la nota 365.

³⁶⁴ SCALISI, V., voz «Manifestazione in senso stretto», en *Enc. dir.*, vol. 25, Milán [Giuffrè], 1975, p. 477. No obstante, es necesario señalar que, en rigor, no existe una relación unívoca entre forma *ad substantiam* del negocio abdicativo y necesidad de una declaración expresa de renuncia. Ciertamente, cuando la ley sujete la validez de la renuncia a una determinada forma, no será posible inferir la voluntad abdicativa al margen del negocio formal, pero ello no quiere decir que siempre que se cumpla con la forma prescrita la manifestación sea también expresa. Voluntad expresa y forma obligatoria son, por tanto, requisitos independientes y no necesariamente concurrentes. Cfr., en este sentido, MACIOCE, F., *Il negozio di rinuncia*, ob. cit., pp. 211 y 212 y, citando a este último, BOZZI, L., *La negozialità degli atti di rinuncia*, Milán [Giuffrè], 2008, p. 194.

³⁶⁵ Cfr., recientemente, la STS de 26 de septiembre de 2013 (RJ 2013/7434). Con anterioridad, pueden verse, entre muchas otras, las SSTs de 7 de junio de 2010 (RJ 2010/5376), de 25 de noviembre y de 22 de octubre de 2002 (RJ 2002/10274 y RJ 2002/8970, respectivamente), de 30 de marzo de 2000 (RJ 2000/1785), de 8 de febrero de 2000 (RJ 2000/2423), de 4 de febrero de 1994 (RJ 1994/909), de 5 de marzo de 1991 (RJ 1991/1791), de 16 de octubre de 1987 (RJ 1987/7292). En Italia, cfr. las múltiples sentencias citadas por MACIOCE, F., *Il negozio di rinuncia*, ob. cit., p. 208, nota 306.

actuación, que, en principio, parece lesiva para sus propios intereses, responda a una decisión meditada y consciente³⁶⁶.

En este sentido, el *Codice civile* exige terminantemente que la renuncia a la acción social de responsabilidad se lleve a cabo mediante acuerdo «expreso» (art. 2393, párrafo sexto). Sin embargo, nuestra Ley de Sociedades de Capital (art. 238.2) no establece ningún requisito similar, aunque contiene dos normas, los artículos 236.2 y 238.4, de las que es posible extraer la misma conclusión: para que la sociedad pueda renunciar válidamente a la acción social de responsabilidad —o, lo que es lo mismo, al derecho de crédito generado por la conducta ilícita de los administradores— es necesario, siempre y en todo caso, un pronunciamiento *expreso* de la junta.

1. Aprobación de las cuentas, aprobación de la gestión y renuncia a la acción social de responsabilidad

1.1. El acuerdo de renuncia debe ir precedido de toda la información necesaria para que la decisión sea plenamente consciente e informada

En la breve introducción histórica que hicimos al comienzo de este estudio (*supra* §1), poníamos de manifiesto cómo, durante la vigencia de los antiguos Códigos de comercio italiano de 1882 y español de 1885, parte de la doctrina vio en la aprobación de las cuentas una renuncia implícita a la acción social de responsabilidad. El hecho de que los administradores fueran considerados mandatarios de la sociedad (art. 121 *C.Comm.* de 1882 y art. 156 *CCo* de 1885), hizo que la presentación del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias, se concibiese como una auténtica rendición de cuentas (art. 1720 *CC* y art. 1747 *C.Civile* de 1865), cuya sanción por parte de la sociedad impedía el posterior ejercicio de acciones de responsabilidad, a condición de que dichos documentos no contuviesen informaciones falsas o erróneas³⁶⁷. Todo ello, sin perjuicio de que, a la vista de los datos presentados, la junta pudiera reservarse la aprobación de la gestión social o el eventual ejercicio de acciones contra los administradores³⁶⁸.

Frente a esta postura, se sostuvo, con mejor criterio, que el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias no constituían más que una mera síntesis de la situación patrimonial de la sociedad, que no contenían indicación alguna acerca de los concretos actos u operaciones que habían conducido a dicha situación y que, en consecuencia, su presentación a la junta no podía identificarse nunca con una rendición de cuentas³⁶⁹. Estos documentos no eran idóneos para proporcionar una información suficiente acerca

³⁶⁶ DORAL, J.A., «La renuncia abdicativa de derechos», en AAVV, *Libro-homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. 1, Madrid [Centro de Estudios], 2006, p. 430.

³⁶⁷ Cfr., fundamentalmente, VIVANTE, C., *ob. cit.*, pp. 313 a 315, así como el resto de autores citados *supra* en la nota 26.

³⁶⁸ Cfr., de nuevo, VIVANTE, C., *ob. cit.*, p. 314.

³⁶⁹ Cfr., sobre todo, DE GREGORIO, A., *I bilanci*, *ob. cit.*, pp. 89 a 93 y, junto a él, los autores citados *supra* la nota 27.

de la gestión desarrollada por los administradores a lo largo del ejercicio y, por lo tanto, su aprobación no podía equipararse a un acuerdo consciente e informado de renuncia al ejercicio de la acción social de responsabilidad.

El legislador italiano, primero, y el español, después, hicieron propia esta última interpretación, al afirmar taxativamente que la aprobación de las cuentas no implicaría el descargo o liberación de los administradores por la responsabilidad en la que pudieran haber incurrido en el desempeño de sus funciones (arts. 2434 *C.Civile* y art. 110 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951). Con mayor rotundidad, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 pasó a decir, más tarde, que la aprobación de las cuentas no impediría el ejercicio de la acción social de responsabilidad, ni supondría una «renuncia a la acción acordada o ejercitada» (art. 134.3). Fórmula que repite, en la actualidad, el artículo 238.4 de la Ley de Sociedades de Capital³⁷⁰. Con ello, se ha querido hacer patente que el balance y el resto de documentos que conforman las cuentas anuales —cuenta de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivo y memoria— no son capaces de ofrecer un cuadro completo, detallado e informado de la gestión social y no permiten advertir, por tanto, la existencia de posibles supuestos de responsabilidad de los administradores³⁷¹.

Ni siquiera el informe de gestión, obligatorio para las sociedades que no formulan las cuentas de forma abreviada (art. 262.3 LSC), está en condiciones de proporcionar una información suficiente a estos efectos. Este último documento no forma parte de las cuentas anuales y, por tanto, no está sujeto a la aprobación de la junta (cfr. arts. 254.1 y 272 LSC), pero las integra y complementa con información de naturaleza, en gran medida, extracontable³⁷². En él se recoge una «exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación de la sociedad, junto con una descripción de los principales riesgos e incertidumbres a los que se enfrenta», que —a diferencia de la memoria, donde se reflejan hechos pasados— permite valorar las perspectivas y la evolución futura del negocio social³⁷³. Con todo, los datos que proporciona siguen siendo extremadamente sintéticos y genéricos, de forma que, si bien permite a los socios

³⁷⁰ Como ya dijimos en el capítulo segundo (*supra* §6.II.2), el hecho de que el artículo 238.4 de la Ley de Sociedades de Capital afirme que la aprobación de las cuentas no supone la renuncia a la acción *acordada o ejercitada* no prejuzga la validez de una renuncia anterior a la adopción de un acuerdo formal de ejercicio de la acción social de responsabilidad. Veremos más abajo en el texto que su función no es otra que la de privar de cualquier efecto abdicativo al acuerdo de aprobación de las cuentas.

³⁷¹ Cfr., con referencia a la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, SUÁREZ-LLANOS, L., *ob. cit.*, p. 935, quien afirmaba que la falta de efectos exoneradores de la aprobación de las cuentas se debe al hecho de que el legislador «considera que el acuerdo versa simplemente sobre aspectos que sólo marginalmente rozan el problema de fondo de la gestión administrativa» y que «se adopta sin específico conocimiento de los hechos que pudieran dar origen a la exigencia de responsabilidad». Cfr., asimismo, GARRIGUES, J., en Garrigues-Uría, *Comentario*, *ob. cit.*, vol. 2, pp. 486 y 487 y GIRÓN, J., *Derecho de sociedades anónimas*, *ob. cit.*, p. 403. Con posterioridad, puede verse, entre otros, ILLESCAS, R., *Las cuentas anuales de la sociedad anónima*, vol. 2, en Uría/Menéndez/Olivencia (Dirs.), *Comentario*, *ob. cit.*, tomo 8, p. 177.

³⁷² Cfr., por todos, MACHADO, J., «Contenido del informe de gestión (Art. 262)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario*, *ob. cit.*, vol. 2, p. 1970.

³⁷³ *Ibidem*, p. 1971.

hacerse una idea de los criterios que han inspirado la actividad de los administradores, no ilustra con detalle los actos concretos en los que se ha materializado esa actividad³⁷⁴. Por este motivo, debe entenderse que el acuerdo de la junta que, a la vista de las cuentas y del informe de gestión, aprueba o ratifica genéricamente la actuación de los administradores, aun no estando expresamente mencionado en el artículo 238.4 de la Ley de Sociedades de Capital —que se refiere exclusivamente a la «aprobación de las cuentas»— tampoco equivale a un acuerdo expreso de renuncia a la acción social de responsabilidad³⁷⁵.

En este sentido, resulta especialmente ilustrativa la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 27 de octubre de 2010³⁷⁶, en la que se afirma que el acuerdo de aprobación de la gestión social no puede ser impugnado por una supuesta vulneración del interés social y abuso de derecho, ya que su adopción no impide, en ningún caso, el ejercicio de las correspondientes acciones de responsabilidad contra el administrador, en caso de que éste hubiera actuado en perjuicio de la sociedad. En el Fundamento Jurídico tercero de la sentencia, puede leerse lo siguiente:

«En primer lugar, aunque se admitiera que el administrador ha infringido la prohibición de competencia ex art. 65 LSRL, el acuerdo social que aprueba su gestión no puede constituir un abuso de derecho, pues no lo es la simple expresión de la mayoría, en el ámbito social interno, de su conformidad con la gestión realizada, teniendo en cuenta que, si es que efectivamente se ha vulnerado por el administrador aquella prohibición, cualquier socio puede pedir al juez su cese o separación, prescindiendo de un acuerdo social en contra (art. 65.2 LSRL).

En segundo lugar, aunque se estimara que la infracción de la prohibición de competencia ha existido, no se explica, ni desde luego se acredita, por qué razón el acuerdo de aprobar la gestión perjudica el interés social. La vulneración por el administrador de la prohibición de competencia no implica necesariamente que haya causado un perjuicio patrimonial a la sociedad, pero es que, aunque se hubiera causado, la aprobación de la gestión no impide el ejercicio, por los legitimados, de la acción social de responsabilidad para resarcir y restablecer el patrimonio social por los daños y perjuicios causados por el administrador por una actuación contraria a la ley o a la diligencia con la que debe desempeñar el cargo (art. 134.3 TRLSA)»³⁷⁷.

³⁷⁴ En este sentido, LIBONATI, B., «Amministratori e bilancio: il principio della verità dei bilanci», en *Riv. soc.*, 1969, p. 466.

³⁷⁵ Criticaba la falta de referencia expresa al acuerdo de aprobación de la gestión en el antiguo artículo 238.4 de la Ley de Sociedades de Capital VICENT, F., *Introducción al Derecho mercantil*, vol. 1, 23ª ed., Valencia [Tirant lo Blanch], 2012, pp. 771 y 772. No obstante, la doctrina ha entendido, conforme a lo señalado en el texto, que una correcta interpretación de este precepto debe llevar a considerar incluida dentro de su *ratio* también la genérica aprobación de la gestión. Cfr. POLO, E., *Los administradores y el consejo*, ob. cit., p. 342; QUIJANO, J., «Acción social de responsabilidad», ob. cit., p. 1715; CALBACHO, F., ob. cit., pp. 110 y 111 y PUYOL, B., «La exoneración de responsabilidad de los administradores de sociedades por intervención de la junta general», en *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, vol. 2, Madrid [Marcial Pons], 2007, p. 1047. Esta interpretación extensiva del artículo 238.4 de la Ley de Sociedades de Capital puede verse también en la jurisprudencia (v. *infra* en el texto y en la nota 377).

³⁷⁶ JUR 2011/183075.

³⁷⁷ El énfasis es nuestro. En el mismo sentido, pueden verse, *obiter dicta*, las SSAP Barcelona (Sección 15ª), de 28 de enero de 2004 (FJ Tercero) (JUR 2004/117115), de 7 de mayo de 2004 (FJ Segundo) (JUR

A pesar de lo anterior, no cabe duda de que las cuentas anuales y el informe de gestión no son una simple relación de datos numéricos. No en vano, su formulación está sujeta a una serie de principios —claridad, uniformidad, prudencia valorativa, etc. (arts. 34.1 y 38 CCo)— cuyo cumplimiento tiende a garantizar que constituyen un reflejo de la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad³⁷⁸. Además, los socios cuentan con un derecho de información privilegiado a la hora de aprobar las cuentas, que se concreta, con carácter general, en la facultad de obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que van a ser sometidos a aprobación de la junta, así como el informe de gestión y el informe de auditoría (art. 272.2 LSC) y, en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, en la posibilidad añadida que se atribuye a los socios titulares de, al menos el cinco por ciento del capital social, de examinar los documentos que sirvan de soporte y de antecedente de las cuentas anuales (art. 272.3 LSC)³⁷⁹.

Por eso, el hecho de que su aprobación no conlleve efecto exoneratorio alguno permite atribuir al artículo 238.4 de la Ley de Sociedades de Capital una primera función de *delimitación interna* del acuerdo de renuncia: éste debe ir precedido de toda aquella información que ni las cuentas anuales ni el informe de gestión están en condiciones de proporcionar y debe estar referido, además, a una o varias operaciones determinadas (*infra* §9.II.1.1). En otras palabras, para que pueda tener lugar una válida renuncia, los socios deben ser plenamente conscientes de los actos presuntamente ilegítimos realizados por los administradores, su alcance y su gravedad, lo cual no puede lograrse simplemente examinando las cuentas o aprobando genéricamente la gestión social³⁸⁰.

2004/205359), de 6 de julio de 2004 (FJ Segundo) (JUR 2004/224425) y de 2 de diciembre de 2004 (FJ Séptimo) (JUR 2005/126288).

³⁷⁸ Este conjunto de documentos, que en la doctrina italiana se ha dado en llamar *sistema informativo di bilancio*, según la expresión acuñada por CATTANEO, M., «Il sistema informativo bilancio-relazione degli amministratori dopo la legge 7 giugno 1974, n. 216», en Colombo (a cura di), *Il bilancio d'esercizio. Problemi attuali*, Milán [Giuffrè], 1978, pp. 39 y ss., constituye «un conjunto orgánico de datos e informaciones que, por su naturaleza, la complementariedad que los unen y la compatibilidad de las técnicas empleadas para obtenerlo y elaborarlo, permite alcanzar un objetivo específico de conocimiento» que, en este caso, consiste en «proporcionar un *mínimo común de información sobre la gestión empresarial*» (la cursiva es nuestra) (*ibidem*, pp. 41 y 42).

³⁷⁹ En relación con las sociedades anónimas cotizadas, el artículo 518 de la Ley de Sociedades de Capital impone la publicación de estos documentos en la página web de la sociedad desde la publicación del anuncio de convocatoria hasta la celebración de la junta general.

³⁸⁰ BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, ob. cit., pp. 318 y ss. En idéntico sentido, TINA, A., «Insindacabilità nel merito delle scelte gestionali degli amministratori e rinuncia all'azione sociale di responsabilità (art. 2393, ultimo comma, c.c.)», en *Giur. comm.*, 2001, II, p. 352 y CORRADO, D., «Sub art. 2434», en Notari/Bianchi (a cura di) *Obbligazioni, bilancio (Artt. 2410-2435-bis c.c.)*, en Marchetti (et al.) (Dirs.), *Commentario*, ob. cit., pp. 656 y 657.

1.2. La aprobación de las cuentas y el posterior ejercicio de la acción social no supone una infracción de la prohibición de actuar contra los propios actos

A la luz de estas consideraciones, parecería razonable sostener que, en aquellos supuestos en los que la presentación de las cuentas se viera acompañada de una información pormenorizada y veraz acerca de las concretas operaciones realizadas por los administradores, su aprobación sí estaría en condiciones de representar una exoneración implícita, siquiera limitada a los hechos ilícitos que se hubieran puesto de manifiesto con ocasión de la discusión del balance³⁸¹.

No obstante, es necesario tener presente que la imposibilidad de asimilar la aprobación de las cuentas a una renuncia tácita no se debe únicamente a un *problema de información*, sino también —o más bien— a un *problema relativo al objeto y a la naturaleza* de ambos acuerdos³⁸². Como ha puesto de manifiesto la doctrina más atenta, el acuerdo de aprobación de las cuentas y el de renuncia a la acción social de responsabilidad tienen un objeto totalmente diverso y no participan de una misma naturaleza: una cosa es la discusión acerca de la conformidad de las cuentas con la situación patrimonial de la empresa y otra muy distinta es la deliberación en torno a la eventual exoneración de la responsabilidad en la que hubieran podido incurrir los administradores por la ejecución de los concretos actos de gestión que han generado esa situación³⁸³.

En efecto, los socios, al aprobar las cuentas, se limitan a emitir *una simple «declaración de conocimiento» o «declaración de ciencia»* por la que hacen saber a los administradores que no tiene nada que objetar a los datos presentados³⁸⁴. Es decir, no

³⁸¹ Esta es la postura adoptada, entre otros, por FRÈ, G., *L'organo amministrativo*, ob. cit., pp. 321 y ss. Para este autor, la junta tendría la carga de solicitar cuanta información estimase oportuna sobre cada una de las partidas que figurasen en el balance y, de no hacerlo, su silencio habría de tomarse por aprobación. De ahí que la acción social de responsabilidad no pudiera ejercitarse en relación con la actividad desarrollada por los administradores cuyos resultados económicos hubieran quedado reflejados, de un modo u otro, en el balance.

³⁸² BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, ob. cit., p. 306. En idéntico sentido, TINA, A., «Insindacabilità», ob. cit., p. 350.

³⁸³ CARNELUTTI, F., «Sul concetto del reclamo giudiziario contro il bilancio finale di liquidazione nelle società anonime», en *Riv. dir. comm.*, 1912, II, p. 657, el cual pone de manifiesto que una cosa es «*la discussione intorno alla conformità delle poste alla situazione patrimoniale dell'azienda (vera e propria discussione sul bilancio)*» y otra bien distinta «*la discussione intorno ai fatti di gestione che quella situazione hanno generato (discussione in occasione del bilancio)*» (el énfasis se encuentra en el original). *Contra*, FRÈ, G., *L'organo amministrativo*, ob. cit., pp. 324 y 325.

³⁸⁴ La categoría de las denominadas «declaraciones de ciencia» o «declaraciones de conocimiento», desarrollada por la doctrina alemana (cfr., por todos, MANIGK, A., *Willenserklärung und Willensgeschäft*, Berlín [F. Vahlen], 1907, pp. 701 y ss.) se contrapone a las «declaraciones de voluntad» y designa, de forma genérica, todas aquellas manifestaciones por medio de las cuales el declarante ofrece la versión de unos hechos que afirma conocer directamente o bien describe los términos de una situación que declara haber examinado previamente, con independencia de los resultados que se proponga obtener o de los efectos que crea estar produciendo (cfr. SCHLESINGER, P., voz «Dichiarazione [teoría generale]», en *Enc. dir.*, vol. 12, Milán [Giuffrè], 1964, p. 383 y BETTI, E., *Teoria general del negocio jurídico*, trad. Martín Pérez, A., 2ª ed., Madrid [Revista de Derecho Privado], 1959, pp. 117 a 119). En realidad, estamos ante una categoría jurídica amplia y poco definida y, por eso, el hecho de que la aprobación de las cuentas se califique como tal «declaración de ciencia» tiende a excluir que la misma pueda tener efecto negocial

hacen más que constatar la veracidad de la representación del resultado económico que describen las cuentas³⁸⁵. Sin embargo, al renunciar al ejercicio de la acción social de responsabilidad, hacen algo más: llevan a cabo *una auténtica declaración de voluntad*, mediante la cual abdican de la titularidad de un crédito (*supra* §3). Dicho de otro modo, aprobar las cuentas no implica necesariamente compartir la actuación de los administradores que ha generado la situación contable que aquéllas reflejan, ni mucho menos querer exonerarlos de responsabilidad³⁸⁶.

De ahí que sea posible atribuir al artículo 238.4 de la Ley de Sociedades de Capital una segunda función, de *delimitación externa*. A través de este precepto, la Ley no ha tratado sólo de garantizar que la renuncia a la acción social de responsabilidad tenga lugar sobre la base de una información completa y detallada que ilustre los concretos actos que han dado origen al derecho de crédito que se abandona. Ha querido también desvincular netamente el acuerdo de aprobación de las cuentas de aquel otro que tiene por objeto la responsabilidad de los administradores³⁸⁷. No puede negarse que

alguno y no tanto a aplicarle una determinada disciplina (cfr. COLOMBO, G.E., *Il bilancio di esercizio delle società per azioni*, Padua [Cedam], 1965, pp. 369 y 370).

³⁸⁵ MINERVINI, G., «Su di una particolare funzione del bilancio delle società per azioni», en *Riv. soc.*, 1956, p. 724. Aunque la caracterización del acuerdo de aprobación de las cuentas en términos de declaración de ciencia había sido avanzada por la doctrina italiana ya antes de la aprobación del *Codice civile* de 1942 (cfr. *supra* la nota 27 y el texto correspondiente) es COLOMBO, G.E., *últ. ob. cit.*, pp. 335 y ss. (cfr. espec., p. 368), quien lleva a cabo el análisis más detallado de esta cuestión, criticando la identificación de dicho acuerdo con un acto dispositivo o con un *negozio di accertamento* (negocio de fijación). Cfr., en el mismo sentido, ROMANO-PAVONI, G., *ob. cit.*, pp. 71 y 72; LIBONATI, B., «Bilancio delle società», en *Noviss. dig. it.*, apéndice (A-Cod), Turín [Utet], 1980, pp. 807 y 829 y BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, *ob. cit.*, p. 308. En España, se muestra partidario de esta tesis RUBIO, J., *Curso*, *ob. cit.*, p. 347, mientras que URÍA, J., en Garrigues-Uría, *Comentario*, *ob. cit.*, vol. 1, p. 594, adopta una postura ecléctica, señalando que «[a]l aprobar el balance la sociedad hace algo más que tomar puro conocimiento de su situación patrimonial, puesto que la aprobación la sujeta implícitamente en el orden interno a pasar por las consecuencias o resultados que se deriven del balance aprobado». Por su parte, la jurisprudencia española también se ha mostrado proclive a caracterizar el acuerdo de aprobación de las cuentas como mera «declaración de ciencia». Cfr la STS de 15 de junio de 2006 (RJ 2006/5590) y las que, con posterioridad, citan esta última: SAP Pontevedra (Sección 1ª), de 27 de junio de 2013 (FJ Cuarto) (JUR 2013/250866), SAP Granada (Sección 3ª), de 19 de marzo de 2010 (FJ Tercero) (AC 2010/1376); SAP La Rioja (Sección 1ª), de 12 de septiembre de 2007 (FJ Segundo) (JUR 2008/42520) y SJMerc núm. 1 de Cádiz, de 27 de marzo de 2007 (FJ Tercero) (JUR 2007/136619). Para la jurisprudencia italiana en este sentido, cfr. las resoluciones citadas por COLOMBO, G.E., *últ. ob. cit.*, p. 368, nota 100.

³⁸⁶ CORRADO, D., *ob. cit.*, p. 652. Cfr., en este sentido, la STS de 24 de noviembre de 2011 (RJ 2012/572), en la que se afirma (FJ Segundo) que «la aprobación de las cuentas anuales en modo alguno supone la expresa conformidad de la sociedad con la regularidad de los comportamientos determinantes de los correspondientes asientos sociales». En fecha más reciente, puede verse la SAP Castellón (Sección 3ª), de 28 de junio de 2013 (JUR 2013/279747), que estima la acción social de responsabilidad promovida por una sociedad contra su administrador por las retribuciones que éste se había fijado al margen de la junta pese a que las cantidades percibidas se habían reflejado en la contabilidad, argumentando (FJ Séptimo) que no es posible equiparar «la aprobación de unas cuentas por considerarse que responden a la imagen fiel de la situación patrimonial de la sociedad con una aceptación de las actuaciones determinantes de las mismas».

³⁸⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores*, *ob. cit.*, p. 383, pone de relieve esta otra función delimitadora del precepto. No obstante, en contra de lo afirmado en el texto, la mayor parte de la doctrina entiende que el artículo 238.4 de la Ley de Sociedades de Capital no es sino una reiteración —superflua— del artículo 236.2 (cfr., por todos, POLO, E., *Los administradores y el consejo*, *ob. cit.*, p. 341).

ambos están estrechamente relacionados, como muestra el hecho de que la discusión acerca de la posible responsabilidad de los administradores se ventile frecuentemente con ocasión de la discusión del balance³⁸⁸. Pero lo que se pretende dejar claro es que estamos ante dos acuerdos de distinta naturaleza, que versan sobre materias diversas y que no se hallan recíprocamente condicionados.

Puede suceder así que, aun rechazando las cuentas presentadas, la junta no encuentre motivos para actuar en responsabilidad frente a sus administradores; y, a la inversa, es posible que, pese a haberlas aprobado, los socios entiendan que los administradores han llevado a cabo actos lesivos para la sociedad y, por ello, acuerden ejercitar la acción social de responsabilidad³⁸⁹. El artículo 238.4 de la Ley de Sociedades de Capital viene a confirmar, de este modo, que el ejercicio de la acción social no se encuentra supeditado, en ningún caso, al hecho de que, al aprobar las cuentas, la junta haga la salvedad de que se reserva el ejercicio de las acciones de responsabilidad pertinentes³⁹⁰.

Lo anterior permite alcanzar una importante conclusión: la aprobación de las cuentas anuales no supone nunca una renuncia implícita al ejercicio de la acción social de responsabilidad; pero es que, además, el comportamiento de la junta que, en un primer momento, aprueba las cuentas y que, en un momento posterior, acuerda el ejercicio de la acción social de responsabilidad ni siquiera puede considerarse incongruente o contrario a la buena fe³⁹¹. Por consiguiente, en estos casos, el

³⁸⁸ Es precisamente la estrecha relación existente entre la aprobación de las cuentas y la responsabilidad de los administradores la que justifica que el artículo 2393 del *Codice civile* prevea, en su párrafo segundo, la posibilidad de que la acción social de responsabilidad pueda ser acordada *con ocasión de la discusión del balance*, aunque su aprobación no se hubiera hecho constar previamente en el orden del día. Cfr., al respecto, ALEGRI, V., «L'azione di responsabilità», ob. cit., p. 305 y, citando a este último, BONAVERA, E.E., «Approvazione del bilancio e azione di responsabilità», en *Società*, 1989, p. 280.

³⁸⁹ La absoluta independencia entre ambos acuerdos se pone de manifiesto en el hecho de que, como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, el acuerdo de aprobación de las cuentas no puede ser impugnado por el sólo motivo de que en las mismas se reflejen actos ilícitos de los administradores. Cfr., en este sentido, entre otras, la STS de 20 de febrero de 2006 (FFJJ Tercero y Cuarto) (RJ 2006/2912), SJMerc núm. 2 de Madrid, de 11 de octubre de 2006 (FJ Cuarto) (JUR 2007/128903), SAP Madrid (Sección 28ª), de 20 de noviembre de 2008 (FJ Segundo) (AC 2009/74), SAP Madrid (Sección 28ª), de 25 de noviembre de 2008 (FJ Cuarto) (JUR 2009/47696), SAP Madrid (Sección 28ª), de 30 de enero de 2009 (FJ Séptimo) (JUR 2009/155931), SAP Barcelona (Sección 15ª), de 18 de junio de 2009 (FJ Cuarto) (JUR 2009/419661), SAP Barcelona (Sección 15ª), de 22 de julio de 2010 (FJ Segundo) (JUR 2011/203830), SAP Barcelona (Sección 15ª), de 27 de octubre de 2010 (FJ Tercero), cit., SAP Pontevedra (Sección 1ª), de 27 de junio de 2013 (FJ Cuarto), cit. En Italia, pueden verse las resoluciones citadas por COLOMBO, G.E., «Il bilancio d'esercizio», en Colombo/Portale (Dirs.), *Trattato*, ob. cit., vol. 7*, p. 438, nota 192.

³⁹⁰ GARRIGUES, J., en Garrigues-Uría, *Comentario*, ob. cit., vol. 2, p. 487.

³⁹¹ La aprobación de las cuentas no impide el ejercicio de la acción social de responsabilidad ni siquiera cuando de ellas resulte una actuación ilícita y dañosa de los administradores. Cfr. COLOMBO, G.E., «Il bilancio d'esercizio», ob. cit., pp. 438 y 439. Este principio ha encontrado un claro respaldo en la jurisprudencia, tanto española como italiana. Cfr., en nuestro país, además de las resoluciones citadas *supra* en la nota 386, la SAP Córdoba (Sección 3ª), de 19 de noviembre de 2008 (FJ Tercero) (JUR 2009/90812), que estima la acción social de responsabilidad ejercitada por una sociedad frente a su administrador único por los daños que éste había causado en el patrimonio social como consecuencia de una serie de irregularidades documentales y fiscales que, no obstante, habían quedado debidamente reflejadas en la contabilidad. Cfr., en idéntico sentido, SAP Lérida (Sección 2ª), de 30 de marzo de 1998 (FJ Tercero) (disponible en el repertorio del Consejo General del Poder Judicial, Roj. SAP L 308/1998).

administrador demandado no podrá defenderse alegando una supuesta vulneración de la prohibición de *venire contra factum proprium* por parte de la sociedad (art. 7 CC)³⁹². En definitiva, el artículo 238.4 de la Ley de Sociedades de Capital deslegitima la confianza que los administradores pudieran haber depositado en el acuerdo de aprobación de las cuentas, en relación con el posterior ejercicio de la acción social de responsabilidad. Con ello no viene a establecerse una excepción a la prohibición de actuar en contra de los propios actos, sino que se pone de manifiesto, tan sólo, que no existe contradicción alguna en la adopción de dos acuerdos, como son la aprobación de las cuentas y el ejercicio de la acción social de responsabilidad, que tienen un objeto y una naturaleza completamente diferentes³⁹³.

2. «Descargo», aprobación o ratificación de la junta. Renuncia tácita y prohibición de *venire contra factum proprium*

2.1. El «descargo» no implica una renuncia tácita a la acción social de responsabilidad

Con el término «descargo» —en francés «*quitus*» o «*décharge*» y, en italiano, «*scarico*»— se alude a aquel otro acuerdo de la junta, que con frecuencia acompaña a la aprobación de las cuentas anuales y de la gestión social, por el que se declara de manera expresa, aunque de forma más o menos genérica, que los administradores quedan liberados de cualquier responsabilidad en relación al período al que se refieren las cuentas. Comoquiera que dicho acuerdo acabe manifestándose —ya sea en forma de descargo propiamente dicho, de aprobación o de ratificación— se trata, en definitiva, de una decisión que, *sin constituir una renuncia expresa* en los términos del artículo 238.2

En Italia pueden verse, entre otras, *Trib. Milano*, de 27 de julio de 1987, en *Società*, 1988, pp. 39 a 42; *Trib. Napoli*, de 8 de abril de 1989, en *Società*, 1989, pp. 930 a 937, con nota de SALAFIA, V.; *App. Catania*, de 5 de abril de 1990, en *Dir. fall.*, 1990, II, p. 1123 y *Trib. Milano*, de 13 de junio de 1991, en *Società*, 1992, p. 76, con nota de MORELLI, M.

³⁹² V., sin embargo, *infra* 2.2 en relación con el acuerdo de descargo.

³⁹³ Aparentemente contraria a la conclusión que hemos alcanzado en el texto se muestra la STS de 29 de mayo de 2008 (FJ Noveno) (RJ 2008/3184). En ella se desestimó el ejercicio de la acción social frente al socio y administrador único que había venido percibiendo una retribución en virtud de un contrato de alta dirección supuestamente ignorado por el otro socio, por entender que era contrario a la prohibición de *venire contra factum proprium*. Señala el Tribunal que «el demandante [...] conecedor —cuanto (*sic*) menos, al aprobar las cuentas de los respectivos ejercicios— de que el administrador social percibía un sueldo como gerente, respondió ante esa evidencia con un comportamiento tolerante, no en una ocasión, sino durante varios ejercicios». La propia sentencia aclara después que, en este caso, la confianza legítimamente generada en el administrador derivó, no tanto de la aprobación de las cuentas, cuanto de las circunstancias concretas del caso —la sociedad estaba integrada por sólo dos socios— que hacían incompatible el comportamiento del demandante con el principio de buena fe. En esta misma línea, pueden verse la SAP Madrid (Sección 28ª), de 21 de julio de 2009 (FJ Cuarto) (JUR 2009/472183), SAP Asturias (Sección 1ª), de 30 de septiembre de 2010 (FJ Sexto) (JUR 2010/374266), SAP Granada (Sección 3ª), de 29 de octubre de 2010 (FJ Segundo) (JUR 2011/70972) y SAP Madrid, de 23 de marzo de 2011 (FJ Cuarto) (JUR 2011/178360).

de la Ley de Sociedades de Capital, tiene por objeto la exoneración de los administradores frente a hechos ya acaecidos³⁹⁴.

Durante la vigencia de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, parte de la doctrina interpretó su artículo 110 como un reconocimiento implícito de la licitud de este tipo de acuerdos: si dicho precepto privaba de toda eficacia exoneradora a la aprobación del balance, de la cuenta de pérdidas y ganancias y de la memoria, por entender que dichos documentos ofrecían sólo una información parcial e insuficiente de la gestión desarrollada, era posible afirmar, *a sensu contrario*, la validez de una decisión explícita y plenamente informada de la junta dirigida a descargar o liberar de responsabilidad a los administradores³⁹⁵. A fin de que dicho acuerdo desplegara toda su eficacia, se consideraba necesario no sólo su adopción expresa, sino también (i) que hubiera devenido o fuera, en todo caso, inimpugnable y (ii) que su contenido versase sobre las materias que hubiera conocido la junta, con base en una información correcta y veraz³⁹⁶. Observándose estos requisitos, el descargo impediría a la sociedad —y, según algunos, también a los socios minoritarios³⁹⁷— el posterior ejercicio de la acción

³⁹⁴ Adviértase, sin embargo, que el *quitus*, tal y como fue concebido originariamente por la doctrina francesa, sí constituía un auténtico acuerdo de renuncia —o de transacción, según los casos— al ejercicio de la acción social (cfr. DAVID, F., «Natura e portata del quitus nel diritto francese della società per azioni», en *Riv. dir. comm.*, 1940, I, pp. 244 a 258 [v. espec. pp. 247 a 249]). Lo que sucede es que esta renuncia se concedía de forma prácticamente automática y en términos sumamente genéricos, lo que motivó que el legislador francés adoptase una solución mucho más radical que la española o la italiana y que se mantiene hoy en día (cfr. art. L225-253 *C.Commerc.*): en vez de dotar al acuerdo de renuncia de una regulación estricta, dirigida a proteger a los socios minoritarios, dotándoles de un derecho de oposición, el *Décret-loi* de 31 de agosto de 1937 optó por establecer que ninguna decisión de la asamblea general podría tener el efecto de extinguir la acción de responsabilidad frente a los administradores (*supra* §1.II). Pero en un Ordenamiento como el español, en el que la renuncia se admite y se somete a un régimen jurídico específico, el término «descargo» asume ese otro significado con el que lo usamos en el texto.

³⁹⁵ Así lo entendieron GARRIGUES, J., en Garrigues-Uría, *Comentarios*, ob. cit., vol. 2, p. 487; GIRÓN, J., *Derecho de sociedades anónimas*, ob. cit., p. 382; ID., «La responsabilidad», ob. cit., pp. 449 y 450 y SUÁREZ-LLANOS, L., ob. cit., p. 964. En Italia, FRÈ, G., *Società per azioni*, ob. cit., p. 520, interpretó en sentido análogo el artículo 2434 del *Codice civile*, señalando que el mismo, al excluir únicamente que la aprobación del balance pudiera representar por sí sola una exoneración de responsabilidad, permitía afirmar la posibilidad de que la liberación de los administradores por la responsabilidad en la que hubieran podido incurrir en el transcurso de la gestión pudiese ser expresamente acordada por la junta.

³⁹⁶ Es GIRÓN, J., *Derecho de sociedades anónimas*, ob. cit., p. 382, quien apunta estos requisitos. Sin embargo, SUÁREZ-LLANOS, L., ob. cit., p. 968, añade uno más: la necesaria constancia del acuerdo en el orden del día. Lo que ocurre es que, para este último autor, el descargo participa de la misma naturaleza que los «acuerdos contrarios a la exigencia de responsabilidad», cuya validez estaría condicionada a la previa inclusión entre las materias a tratar en el orden del día (v. *supra* la nota 241). Como veremos más abajo en el texto, compartimos esta calificación del descargo como «acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad», pero creemos que ello no implica que la validez de este acuerdo dependa de su constancia en el orden del día (v. asimismo *supra* la nota 246 y el texto correspondiente).

³⁹⁷ En opinión de GIRÓN, J., *últ. ob. cit.*, p. 382: «En nuestro Derecho, el *descargo produce* su efecto en cuanto a la posibilidad de que la acción se ejercite por la Sociedad o por los accionistas minoritarios, ya que el sistema de minoría establecido es excluyente de la posibilidad de que la acción se ejerza por accionistas disidentes, como en otros ordenamientos, porque, de otro modo, se quebrantaría la garantía del número implícito en el sistema» (en cursiva en el original). El argumento es bastante oscuro, pero parece referirse al hecho de que aquellos socios que no alcancen el porcentaje mínimo para ejercitar la acción social en vía extraordinaria, no podrán actuar frente a los acreedores pese a haber votado en contra del acuerdo de descargo, pues ello vulneraría el sistema de minoría establecido por la Ley.

de responsabilidad, en relación con los mismos hechos y frente a los mismos administradores, con independencia de que la minoría hubiera manifestado o no su oposición al mismo³⁹⁸.

No obstante, la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 supuso, en opinión de muchos, el destierro definitivo de esta práctica³⁹⁹. Ciertamente es que el nuevo texto no hacía referencia al descargo de la junta en cuanto tal, pero los términos tajantes en los que se expresaba su originario artículo 133.3 —«*En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general*»— permitían concluir que este tipo de acuerdos carecían por completo de efectos liberatorios⁴⁰⁰. La finalidad del precepto —importado, como sabemos, de la Propuesta de Quinta Directiva (cfr. art. 14.5) (*supra* §1.III.3)— no era otra que evitar cualquier identificación del acuerdo de descargo con una renuncia implícita a la acción social de responsabilidad⁴⁰¹. La junta podía, de hecho, no adoptar el acuerdo de exigencia de responsabilidad dejando transcurrir el plazo de prescripción legal de la acción social y podía igualmente acordar su renuncia. Pero, en este último caso, se exigía una declaración expresa que se ajustase al régimen del entonces vigente artículo 134.2 del Texto Refundido. Es decir, se requería la ausencia de oposición de una minoría igual o superior al cinco por ciento del capital social y la previa adopción de un acuerdo favorable a la exigencia de responsabilidad, pues lo contrario debía considerarse «una renuncia anticipada al ejercicio de la acción social de responsabilidad, que en principio no es válida»⁴⁰².

El fundamento último de estos requisitos seguía siendo, al fin y al cabo, el mismo que justificaba la ineficacia exoneradora del acuerdo de aprobación de las cuentas: en la mayor parte de los casos, la información con la que cuentan los socios a la hora de conceder el descargo o ratificar la actuación de los administradores es insuficiente para apreciar la posible concurrencia de los hechos susceptibles de causar un daño en el patrimonio social⁴⁰³. Por eso, al imponer la adopción de un acuerdo expreso de renuncia

³⁹⁸ SUÁREZ-LLANO, L., ob. cit., p. 985 y GARRIGUES, J., en Garrigues-Uría, *Comentario*, ob. cit., vol. 2, pp. 487 y 488.

³⁹⁹ Cfr., por todos, POLO, E., *Los administradores y el consejo*, ob. cit., p. 342.

⁴⁰⁰ *Ibidem*.

⁴⁰¹ La memoria explicativa que acompañaba a la Propuesta de Quinta Directiva (COMISIÓN EUROPEA, *Proposal for a fifth directive on the structure of sociétés anonymes*, COM[72] 887 final, Bruselas, 27 de septiembre de 1972, publicada en *Bulletin of the European Communities. Supplement 10/72*, p. 44) se cuestionaba, a este respecto, qué efectos podría tener, sobre la responsabilidad de los administradores, un acuerdo de descargo de la junta. La respuesta era terminante: dicho acuerdo no podía ser contemplado nunca como una renuncia a la acción de responsabilidad (v. *infra* nota 403).

⁴⁰² SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores*, ob. cit., p. 384.

⁴⁰³ COMISIÓN EUROPEA, *Proposal*, cit., p. 44, donde puede leerse: «*In view of modern trends in company law such discharge can no longer be considered as a waiver of the right to bring an action in civil liability. In most cases the shareholders have insufficient information to appreciate all the circumstances which might lead to damage*» (el énfasis es nuestro). En este sentido, cfr. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores*, ob. cit., p. 334.

lo que se pretendía era, en definitiva, evitar que la exoneración de los administradores se acordase de manera inconsciente o precipitada.

Éste es, también, el sentido primario que debe atribuirse al actual artículo 236.2 de la Ley de Sociedades de Capital que, como sabemos, reproduce literalmente el contenido del artículo 133.3 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989: cualquiera que sea su concreta formulación —como descargo, aprobación o ratificación— una intervención *ex post factum* de la junta que no se concrete en un acuerdo expreso de renuncia, adoptado conforme a lo dispuesto en el artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital, se presume desinformada y, en consecuencia, carente de efectos exoneradores.

No obstante, y al igual que sucedía con el acuerdo de aprobación de las cuentas (*supra* 1), es perfectamente posible que el descargo, la aprobación o la ratificación de la junta vengan precedidos de una exposición detallada y completa de todos los aspectos que rodean a una concreta actuación de los administradores. Es más, en estos casos y a diferencia de la aprobación de las cuentas, el objeto del acuerdo será idéntico al de la renuncia, puesto que ambos tienden, de forma directa, a exonerar de responsabilidad a los administradores por un hecho dañoso ya acontecido.

Ni siquiera la ratificación puede decirse que tenga un objeto distinto a la pura y simple exoneración del administrador presuntamente responsable. En verdad, dado el peculiar régimen legal al que se somete la representación de las sociedades de capital (cfr. art. 234 LSC), sólo en contados supuestos podrá hablarse de «ratificación» de lo actuado por el administrador en sentido estricto. Esta figura consiste, como es sabido, en un acto jurídico unilateral, *dirigido al tercero* con el que el representante ha contratado en defecto o exceso de representación, por el que el principal asume la actuación del *falsus procuratur* como propia (cfr. arts. 1259 y 1727 CC). Se trata, por tanto, de un acto que tiene por objeto salvar —generalmente con efectos retroactivos— la (?) nulidad radical a la que, en caso contrario, estaría sometido el negocio realizado por el representante sin poder⁴⁰⁴. Eso hace que en el ámbito de las sociedades de capital sólo sea posible hablar de ratificación propiamente dicha en la hipótesis de que la falta de poder del administrador fuese oponible al tercero, esto es, básicamente, cuando el acto realizado sea contrario o denegatorio del objeto social (RRDGRN, de 17 de noviembre de 1998 y de 15 de octubre de 2005⁴⁰⁵) y el tercero haya actuado de buena fe y sin culpa grave (art. 234.2 LSC). En el resto de supuestos, la intervención de la junta tendrá por objeto, pura y simplemente, librar de responsabilidad al administrador. Pero, incluso en el primer caso, es posible deslindar el acto de ratificación del de exoneración de responsabilidad: el primero se dirige al tercero y tiene por objeto atribuir eficacia al negocio celebrado por el administrador, mientras que el segundo tiene carácter interno y está dirigido exclusivamente a librar al administrador de la responsabilidad por el daño que su actuación hubiera podido causar en el patrimonio social⁴⁰⁶. De esta forma, la ratificación debe contemplarse como un auténtico acuerdo exoneratorio.

⁴⁰⁴ Acerca del concepto de ratificación, cfr. Díez-PICAZO, L., *La representación en el Derecho privado*, Madrid [Civitas], 1979, pp. 220 a 240 (v. espec. pp. 234 y 235); NATOLI, U., *La rappresentanza*, Milán [Giuffrè], 1977, p. 128 y BRUSCUGLIA, L. y GIUSTI, A., voz «Ratifica (dir. priv.)», en *Enc. dir.*, vol. 28, Milán [Giuffrè], 1987, pp. 688 a 705.

⁴⁰⁵ BOE, núm. 7, de 8 de noviembre de 1999 y BOE, núm. 282, de 25 de noviembre de 2005, respectivamente.

⁴⁰⁶ BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, ob. cit., pp. 264 y 265.

Lo que impide ver en el descargo, aprobación o ratificación de la junta una renuncia implícita no puede ser, por tanto, un problema de información, ni tampoco un problema de objeto de uno y otro acuerdo. Aquello que verdaderamente los diferencia es, antes bien, su *distinta naturaleza jurídica*.

A lo largo de este trabajo, hemos defendido que la disciplina de la renuncia a la acción social de responsabilidad no tiene un alcance meramente procesal (*supra* §3) y veremos que tampoco tiene por objeto regular los requisitos *de eficacia* a los que debe ajustarse la abdicación, por parte de la sociedad, de un derecho de crédito ya madurado en el patrimonio social (*infra* §9.IV.1.1). Al exigir la ausencia de veto de una minoría cualificada, el artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital hace, en realidad, algo más: define el «sujeto» —entendido en sentido amplio— competente para llevar a cabo *cualquier acto válido de disposición*, directa o indirecta, del derecho a exigir responsabilidad a los administradores por los daños que hubieran podido causar en el patrimonio social como consecuencia del incumplimiento de sus deberes⁴⁰⁷. Dicho de otro modo, el artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital establece las condiciones que debe cumplir el acuerdo de la junta para poder ser válidamente considerado como una *declaración de voluntad abdicativa*.

En este sentido, el artículo 236.2 de la Ley de Sociedades de Capital, al privar de eficacia exoneradora a los acuerdos de ratificación y autorización —e implícitamente a los de descargo— confirma que no es posible concebir un acuerdo válido de renuncia a la acción social de responsabilidad al margen del régimen jurídico establecido en el artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital⁴⁰⁸. La pérdida del derecho al resarcimiento del patrimonio social lesionado, que es el efecto propio de la renuncia y que vincula tanto a la sociedad como al resto de legitimados extraordinarios —minoría, acreedores y administración concursal— (*infra* §9.V), únicamente puede lograrse mediante un acuerdo expreso e informado de renuncia que se adopte sin la oposición de la minoría. La renuncia a la acción social de responsabilidad se concibe, en definitiva, como un *acto formal*⁴⁰⁹.

2.2. *El valor jurídico del «descargo»*

Ahora bien, siendo esto así, ¿qué valor jurídico cabe atribuir a ese otro acuerdo de la junta que expresamente apruebe o ratifique la actuación de los administradores o les conceda el descargo de la responsabilidad en la que pudieran haber incurrido, pero sin respetar los requisitos impuestos por la Ley para el acuerdo de renuncia?

⁴⁰⁷ En estos términos, TINA, A., *L'esonero da responsabilità*, ob. cit., p. 257, nota 84.

⁴⁰⁸ ESTEBAN VELASCO, G., «La acción social y la acción individual», ob. cit., p. 69.

⁴⁰⁹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Responsabilidad de los administradores societarios y carga de la prueba», en *RGLJ*, núm. 2, 1999, p. 143, quien aclara que por tal «acto formal» debe entenderse un acto que «debe responder al cumplimiento de unos requisitos previos», los del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Todo lo dicho hasta ahora nos permite afirmar que, al igual que sucedía con el acuerdo de aprobación de las cuentas, también en este supuesto estamos ante una *mera declaración de ciencia*⁴¹⁰. No obstante, subsiste una clara diferencia entre ambos acuerdos, a la que ya nos hemos referido: mientras que el acuerdo de aprobación de las cuentas tiene por objeto declarar que éstas reflejan, a juicio de la junta, la imagen fiel del patrimonio y de los resultados de la sociedad, estos otros acuerdos —aprobación, ratificación o descargo— tienen por objeto declarar la conformidad de la actuación de los administradores con el interés social. En los dos casos estamos ante simples declaraciones de conocimiento que no llevan aparejado efecto negocial alguno: ni la aprobación de las cuentas ni un acuerdo exoneratorio que no sea una renuncia expresa producen la extinción del derecho al resarcimiento del patrimonio social⁴¹¹. Pero, mediante el descargo, aprobación o ratificación, la junta pone de manifiesto que, a su entender, los administradores *no han incurrido en responsabilidad*⁴¹². Y ello puede llegar a tener relevancia a la hora de valorar hasta qué punto un posterior ejercicio de la acción social de responsabilidad puede considerarse compatible con las exigencias de la buena fe.

Lo que tratamos de decir es que todos estos acuerdos exoneratorios que no se materializan en renunciaciones expresas podrían llegar a impedir o, cuando menos, dificultar el posterior ejercicio de la acción social de responsabilidad, no ya porque deban interpretarse como una renuncia implícita —algo que no permite el artículo 236.2 de la Ley de Sociedades de Capital—, sino porque podrían haber generado una legítima confianza en los administradores, que impida a la sociedad volver válidamente contra sus propios actos. Lo que limitaría sus posibilidades de litigar con éxito no sería, entonces, el efecto abdicativo de un negocio jurídico previo, sino la prohibición de

⁴¹⁰ Insistimos que, al calificar de este modo al acuerdo de descargo solamente pretendemos poner de manifiesto que el mismo carece de valor negocial, no atribuirle un concreto régimen jurídico (v. *supra* nota 384). Calificando, igualmente, el acuerdo de ratificación o descargo como mera declaración de ciencia, cfr. BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, ob. cit., p. 320; TINA, A., *L'esonero da responsabilità*, ob. cit., p. 282; WEIGMANN, R., ob. cit., p. 212 y MINERVINI, G., *Gli amministratori*, ob. cit., pp. 316 y 317, quien equipara el descargo a la «*quietanza*» o recibo del que habla el artículo 1199 del *Codice civile*, y que se trata, según la doctrina que ha estudiado el precepto, de un medio de prueba autónomo en cierta medida análogo a la confesión extrajudicial, aunque no plenamente coincidente con ésta, que integra un acto —declaración de ciencia— debido (cfr. CECCHETTI, R., voz «*Quietanza (dir. priv.)*», en *Enc. dir.*, vol. 38, Milán [Giuffrè], 1987, pp. 161 y ss.).

⁴¹¹ Por eso, nos parece preferible afirmar que el descargo es una mera declaración de conocimiento, aunque pueda resultar poco expresivo, antes que recurrir a otras categorías como el «reconocimiento negativo de deuda», que pueden generar confusión respecto de los efectos negociales del acto (así, en cambio, GIRÓN, J., *Derecho de sociedades anónimas*, ob. cit., p. 382 y JUSTE, J., *Los «derechos de minoría»*, ob. cit., p. 434). De ésta se ha dicho, en efecto, que es un negocio muy similar a una renuncia o transacción eventual, cuyo objeto sería dar por extinguidos aquellos créditos «que las partes consideran dudosos o cuya existencia es discutida por el deudor» (VON THUR, A., *Tratado de las obligaciones*, tomo 2, trad. Rocas, W., Madrid [Reus], 1934, pp. 146 y 147).

⁴¹² En este sentido, puede verse *Trib. Milano*, de 19 de mayo de 1983, en *Società*, 1983, p. 1384, que califica el acuerdo por el que, después de haber aprobado el balance, la sociedad concede «*scarico agli amministratori per quanto operato nell'espletamento del mandato loro affidato*» como una declaración de ciencia con la cual los socios han querido expresar «*il proprio convincimento circa la non sussistenza di estremi di responsabilità a carico dei menzionati amministratori, per quanto da loro generalmente compiuto nel decorso esercizio*».

venire contra factum proprium. El derecho seguiría existiendo en el patrimonio social, pero, bajo determinadas condiciones, su ejercicio podría considerarse contrario al principio de buena fe (art. 7 CC).

Ciertamente, la línea divisoria entre la renuncia y la prohibición de actuar en contra de los propios actos no siempre se ha trazado con la debida precisión, como consecuencia, sin duda, de la sistemática confusión de la doctrina de los actos propios con la doctrina de los efectos del consentimiento o de la declaración de voluntad; confusión que se ha agudizado en relación con las declaraciones de voluntad tácitas. Así, en algunos momentos, «*factum proprium*» y «*facta concludentia*» se han tenido por la misma cosa, llegándose a afirmar que un sujeto queda vinculado por sus propios actos porque éstos no son otra cosa que una expresión tácita de voluntad. Desde este punto de vista, explica DÍEZ-PICAZO que los actos propios no serían más que un modo de producirse la renuncia:

«La renuncia de un derecho subjetivo puede derivar de una manifestación de voluntad o de un negocio jurídico de su titular, declarando que el derecho está abdicado o extinguido, o puede derivar de una determinada conducta del titular a la cual se liga objetivamente esta misma extinción del derecho subjetivo. “*Venire contra factum*” se identifica, de esta manera, con la renuncia tácita de derechos»⁴¹³.

Sin embargo, tal y como demuestra este mismo autor, los actos propios y la eficacia vinculante de la declaración de voluntad no sólo son conceptos distintos, sino directamente autoexcluyentes: cuando media una declaración de voluntad vinculante, es la doctrina general de los efectos del negocio jurídico, y no la de los propios actos, la que impide al declarante desligarse del compromiso adquirido⁴¹⁴. Y ello es así tanto si la voluntad se ha declarado expresamente, como si se ha manifestado de forma tácita o está implícita en una determinada conducta. En efecto, al sujeto que celebra un contrato o realiza un negocio jurídico unilateral le es exigible que se comporte conforme a lo anteriormente declarado porque ése es, precisamente, el efecto principal que se deriva de su voluntad de quedar obligado (art. 1091 CC). No obstante, en la prohibición de *venire contra factum proprium* este efecto se produce de un modo objetivo, incluso contra la propia voluntad del autor del acto, porque de lo que se trata de proteger la confianza que ese acto haya podido generar en un tercero⁴¹⁵. Por eso, una renuncia, aunque sea tácita, no puede confundirse nunca con la doctrina de los propios actos, porque en aquélla la imposibilidad de ejercitar el derecho deriva de la voluntad de abandono del sujeto renunciante, mientras que en ésta el efecto que se produce se apoya directamente en una norma de Derecho positivo (art. 7 CC)⁴¹⁶. Es más, las

⁴¹³ DÍEZ-PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos*, Barcelona [Bosch], 1963, p. 159.

⁴¹⁴ Así, DÍEZ-PICAZO, L., últ. ob. cit., p. 148, pero ya antes PUIG BRUTAU, J., *Estudios de Derecho comparado. La doctrina de los actos propios*, Barcelona [Ariel], 1951, p. 102 y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad», en *ADC*, 1956, p. 72.

⁴¹⁵ DÍEZ-PICAZO, L., últ. ob. cit., p. 151.

⁴¹⁶ Cfr., además de DÍEZ-PICAZO, L., últ. ob. cit., p. 159 y PUIG BRUTAU, J., últ. ob. cit., p. 103, TUR, M.N., *La prohibición de ir contra los actos propios y el retraso desleal*, Navarra [Aranzadi], 2011, pp. 46 a 48.

consecuencias que se derivan de una y otra son radicalmente diferentes: la renuncia trae consigo la pérdida del derecho y con ella, generalmente, su extinción, mientras que la aplicación de la doctrina de los propios actos no comporta jamás la pérdida del derecho, lo único que provoca es que su ejercicio se considere inadmisibile en un concreto litigio por vulnerar la confianza que la actuación previa del titular ha generado en un determinado sujeto⁴¹⁷.

Dicho lo cual, ¿es realmente posible contemplar un acuerdo de ratificación, aprobación o descargo como un acto propio de la sociedad capaz de generar una legítima confianza en el administrador responsable? En principio, el rigor con el que se manifiesta el artículo 236.2 de la Ley de Sociedades de Capital parecería apoyar una respuesta negativa. Así lo entiende, por ejemplo, POLO, para el cual, los términos empleados por el precepto —«en *ningún caso* exonerará de responsabilidad...»— hacen de éste una auténtica excepción a la prohibición de *venire contra factum proprium*⁴¹⁸. El legislador habría optado por una solución radical, permitiendo a la sociedad exigir responsabilidades a sus administradores aun habiendo aprobado o ratificado su actuación. La solución sería, pues, la misma que vimos al analizar el acuerdo de aprobación de las cuentas: por más que la sociedad declarase que, a su juicio, éstos actuaron conforme al interés social, la Ley deslegitimaría cualquier confianza que esa declaración hubiera podido suscitar en el ánimo de los administradores.

Sin embargo, esta interpretación ha sido rechazada por la doctrina mayoritaria que, por regla general, tiende a suavizar el alcance del citado precepto. Una lectura sistemática del mismo, se dice, no puede desconocer la plena vigencia, en el Ordenamiento español, de la doctrina de los actos propios; doctrina que hunde sus raíces en el principio de buena fe (art. 7.1 CC), una de cuyas consecuencias principales es la exigencia de observar un comportamiento coherente en el tráfico jurídico. En este sentido, la sociedad que declara no tener nada que reclamar al administrador, cuando bien podía no haber declarado nada o, incluso, haber manifestado su intención de ejercitar la acción social de responsabilidad, está realizando un acto con trascendencia jurídica⁴¹⁹. Por tanto, si esa declaración tiene lugar sobre la base de una información

⁴¹⁷ Cfr., nuevamente, Díez-PICAZO, L., *últ. ob. cit.*, p. 164. En términos mucho más confusos, aun citando a este último, puede verse BORDA, A., *La teoría de los actos propios*, 2ª ed., Buenos Aires [Abeledo-Perrot], 1993, p. 121, quien afirma que «así como una conducta determinada puede inferirse una renuncia de un derecho subjetivo, es decir, su extinción; así el acto contradictorio produce la pérdida de un derecho subjetivo debido a que se impide que prospere el ejercicio de ese derecho» (el énfasis es nuestro), si bien, dice más adelante que «la renuncia táctica implica la extinción de un derecho, es decir, la imposibilidad perenne de ejercerlo; la mentada teoría [de los actos propios], en cambio, sanciona la conducta contradictoria pero sólo vincula al declarante con respecto a la persona en quien esa primera conducta ha podido despertar confianza».

⁴¹⁸ POLO, E., *Los administradores y el consejo*, *ob. cit.*, pp. 312 y 313, quien afirma, concretamente, que «[l]a sociedad [...] no puede, a través de una ratificación que en manera alguna le corresponde, eximir a los administradores de su responsabilidad frente a la propia sociedad, *aunque ello suponga una conculcación de la doctrina de los propios actos*, puesto que esta responsabilidad frente a la sociedad no se agota —salvo la renuncia expresa del artículo 134.2— hasta que haya transcurrido el plazo de prescripción» (el énfasis es nuestro).

⁴¹⁹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Responsabilidad de los administradores societarios y carga de la prueba», en *RGLJ*, núm. 2, 1999, p. 145.

veraz y completa, el posterior ejercicio de la acción social de responsabilidad debe reputarse contrario a la buena fe⁴²⁰. El administrador demandado podrá oponer, entonces, una excepción a la pretensión formulada por la sociedad, con base en la prohibición de *venire contra factum proprium*, y la demanda deberá ser desestimada⁴²¹. Con todo, el derecho derivado de la mala gestión de los administradores seguirá existiendo en el patrimonio social y podrá seguir siendo ejercitado por el resto de sujetos a los que la Ley legitima para ello con carácter extraordinario: acreedores, administración concursal y socios minoritarios que no hubieran votado a favor del acuerdo. Es más, de cara a estos últimos, el descargo, ratificación o aprobación revestirá la condición de «acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad», por lo que, una vez adoptado, la minoría tendrá vía libre para ejercitar la acción social de responsabilidad, en caso de que ésta se fundase en el incumplimiento del deber de diligencia (art. 239.1 LSC)⁴²².

Bien mirada, esta interpretación ni siquiera contraviene el tenor literal del artículo 236.2 de la Ley de Sociedades de Capital, ya que, efectivamente, el descargo, aprobación o ratificación de la junta «en ningún caso exonera de responsabilidad» a los administradores: éstos seguirán respondiendo siempre frente a la minoría y frente a los acreedores sociales⁴²³.

De esta forma y a modo de conclusión, podemos decir que la renuncia a la acción social se configura como un acuerdo *expreso y formal* y que, en consecuencia, cualquier otro acuerdo que tenga por objeto la exoneración de responsabilidad de los administradores, pero que no cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital, estará privado de efectos abdicativos. No todo acuerdo de la junta es susceptible de albergar la voluntad de renunciar al ejercicio de la acción social⁴²⁴. Por eso, el descargo, aprobación o ratificación, únicamente podrían llegar a impedir que la sociedad —y nunca al resto de legitimados extraordinarios— entable con éxito la acción por aplicación de la doctrina de los actos propios. A estos

⁴²⁰ La doctrina de los actos propios no ampara, en ningún caso, al tercero que haya actuado de mala fe. Por eso, si el descargo tiene lugar sobre la base de una información falsa o incompleta la sociedad podrá seguir ejercitando la acción social de responsabilidad. Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos*, ob. cit., p. 212.

⁴²¹ Entienden que el descargo puede llegar a impedir el ejercicio de la acción social por aplicación de la doctrina de los actos propios, entre otros, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores*, ob. cit., p. 335; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., últ. ob. cit., pp. 146 y 147; ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad social», ob. cit., p. 720; JUSTE, J., *Los «derechos de minoría»*, ob. cit., p. 435 y PUYOL, B., ob. cit., p. 1043. Admitiendo, igualmente, el efecto moderador que tiene sobre la responsabilidad de los administradores la intervención de la junta, QUIJANO, J., «Presupuestos de la responsabilidad», ob. cit., pp. 1699 y 1700. En Italia, donde, sin embargo, no existe un precepto similar al artículo 236.2 de nuestra Ley de Sociedades de Capital, cfr. TINA, A., *L'esonero da responsabilità*, ob. cit., p. 282, nota 150 (en relación con la nota 89 del capítulo tercero y con el §1 del capítulo cuarto), quien entiende asimismo que la ratificación de la junta impide a la sociedad volver contra sus propios actos.

⁴²² Considerando el descargo como un «acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad», cfr. SUÁREZ-LLANOS, L., ob. cit., p. 985 y, más recientemente, PUYOL, B., ob. cit., pp. 1040 y ss.

⁴²³ JUSTE, J., *Los «derechos de minoría»*, ob. cit., p. 436.

⁴²⁴ BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, ob. cit., p. 258.

efectos, no es necesario que su adopción conste en el orden del día, que tenga por objeto una o varias conductas determinadas, ni que la minoría se haya abstenido de formular oposición, ya que la protección de los socios disidentes se encuentra plenamente garantizada mediante la posibilidad de ejercitar la acción social en vía extraordinaria. Basta con que el acuerdo haya podido generar una confianza legítima en los administradores y que éstos hayan actuado de buena fe, suministrando a la junta una información completa, detallada y veraz de la actividad para la que se concede el descargo, el cual puede tener un alcance genérico o estar referido a uno o varios hechos concretos⁴²⁵.

§9. El acuerdo de renuncia al ejercicio de la acción social

Sabiendo ya que la renuncia a la acción social de responsabilidad exige, en todo caso, la adopción de un acuerdo expreso, de lo que se trata, a continuación, es de ahondar en el estudio de los rasgos que definen jurídicamente dicho acuerdo. En este sentido, lo primero será concretar la relación existente entre el negocio de renuncia y el procedimiento deliberativo, a fin de determinar si la abdicación del derecho a la reintegración del patrimonio social puede llevarse a cabo directamente a través de un acuerdo de la junta o si, por el contrario, su ejecución requiere una ulterior actuación de los administradores (I). Con este fin, llevaremos a cabo un breve examen previo del fenómeno de la renuncia en el Derecho privado, de su naturaleza jurídica y sus efectos, para comprobar después si el acuerdo de la junta es realmente un instrumento jurídico idóneo para articular la renuncia a la acción social de responsabilidad.

Aclarada esta cuestión inicial, lo siguiente será analizar las especialidades que presenta la renuncia a la acción social como supuesto particular de renuncia a un derecho subjetivo, a la vista de los distintos intereses que pueden resultar afectados por la misma. En concreto, veremos qué características reúnen, en este ámbito, el elemento objetivo y el elemento causal del negocio jurídico abdicativo y cómo ambos constituyen piezas esenciales para lograr un adecuado equilibrio entre la protección del interés de la sociedad a renunciar a las pretensiones indemnizatorias que pudiera ostentar frente a los administradores y el interés de los socios minoritarios y de los terceros acreedores a que esa exoneración no represente un acto opaco e irracional, realizado por el grupo de control con la única finalidad de blindar a los administradores responsables (II).

En los dos apartados siguientes, nos centraremos en el régimen estrictamente societario del acuerdo de renuncia. Por un lado, será necesario determinar el quórum y las mayorías exigidos para su adopción, prestando especial atención a la posibilidad de que el administrador inculcado tome parte en la votación (III), y, por otro, nos detendremos a examinar en profundidad el derecho de oposición de la minoría como mecanismo de tutela predisposto por el legislador para evitar una renuncia en perjuicio

⁴²⁵ PUYOL, B., ob. cit., p. 1043. Lo cierto es, sin embargo, que parece difícil que un acuerdo formulado en términos excesivamente genéricos pueda considerarse informado (v. *infra* §9.II.1.1 acerca del objeto de la renuncia, que sí ha de ser necesariamente determinado).

de las minorías y del interés social, fijando su naturaleza jurídica, las consecuencias que se derivan de su ejercicio, su relación con el derecho de voto y los márgenes que cabe reconocer a la autonomía de la voluntad en su configuración estatutaria (IV).

Por último y a modo de conclusión de este epígrafe, expondremos las consecuencias que se derivan de un acuerdo de renuncia, analizando de qué forma su válida adopción afecta a la propia sociedad y a los legitimados extraordinarios de cara al posterior ejercicio de la acción social de responsabilidad (V).

I. EL ACUERDO DE RENUNCIA A LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD COMO NEGOCIO JURÍDICO UNILATERAL, NO RECEPTIVO E IRREVOCABLE

Algunos de los autores italianos que han estudiado recientemente el fenómeno de la renuncia llaman la atención sobre el hecho de que el Código civil español, a diferencia de lo que sucede con el *Codice civile* italiano de 1942, contiene una regulación general de esta figura en el párrafo segundo de su artículo sexto⁴²⁶. No obstante, una atenta lectura de este precepto enseña que, en él, realmente *no se regula la renuncia* en todos sus aspectos, sino que únicamente se establecen sus límites y, todo lo más, se reconoce, *a sensu contrario*, un principio de renunciabilidad general de los derechos reconocidos en la ley⁴²⁷. Nada se dice, en cambio, acerca de su naturaleza jurídica, efectos o estructura. Y es que, en el fondo, ambos Ordenamientos — el italiano y el español — parten de una situación muy similar, dado que son muchos los supuestos concretos de renuncia que contemplan, pero falta en ellos una norma que establezca una disciplina completa de la figura. Es más, en Italia, esta carencia ha sido suplida, en buena medida, por una vasta elaboración doctrinal y jurisprudencial que no ha tenido lugar — al menos, en términos cuantitativos — en España, donde, si bien existe abundante jurisprudencia al respecto, son escasos los estudios dedicados monográficamente a la materia⁴²⁸.

⁴²⁶ Así, SCIANCALEPORE, G., *Situazioni giuridiche disponibili e rinunzia. Le esperienze italiana, francese e spagnola*, Turín [Giappichelli], 2008, p. 16 y DELL'ATTI, G., *La rinunzia*, ob. cit., p. 130, nota 2.

⁴²⁷ TRAVIESAS, M., ob. cit., p. 566, quien ya deducía este principio de renunciabilidad general de los derechos del párrafo segundo del artículo 4 del texto original del Código civil. No obstante, la redacción de ese precepto no coincidía exactamente con la del actual párrafo segundo del artículo 6. Aquél decía que «los derechos concedidos por las Leyes *son renunciables*, a no ser esta renuncia contra el interés o el orden público, o en perjuicio de tercero». En cambio, éste se limita a señalar que «la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos *sólo serán válidas* cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros». A pesar de ello, la doctrina mayoritaria entiende que este artículo sigue reconociendo, implícitamente, la validez general de la renuncia con los límites que en él se establecen. Cfr., en este sentido y por todos, AMORÓS, M., «Eficacia general de las normas jurídicas», ob. cit., p. 318.

⁴²⁸ Ciertamente, son muchos los artículos y comentarios al Código civil que abordan la renuncia, en general o en algunos de sus aspectos concretos. Como decimos en texto, esta carencia se refiere únicamente a las obras de carácter monográfico, entre las que destaca tan sólo la de CANO, J.I., *La renuncia a los derechos*, Barcelona [Bosch], 1986, muchos de cuyos postulados se han visto, además, ampliamente superados por la doctrina más actual. Por su parte, en Italia, tratan la renuncia desde una perspectiva general, entre muchas otras, las siguientes obras: ATZERI-VACCA, F., *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, ob. cit.; PIRAS, S., *La rinunzia nel diritto privato italiano*, ob. cit.; PERLINGIERI,

Por eso, a las dificultades que ya de por sí entraña el estudio de la renuncia a la acción social de responsabilidad, se añade la complejidad propia de la renuncia a los derechos en general, de la que, como hemos visto, la primera no es más que una manifestación específica (*supra* §3). En efecto, muchos de los «grandes temas» del Derecho civil afloran en el estudio de esta institución, en el que cobran una particular relevancia la noción de derecho subjetivo y de relación jurídica, o conceptos como el de negocio jurídico o causa del mismo. Éste no es, por razones obvias, el lugar adecuado para llevar a cabo un análisis exhaustivo de todas las cuestiones que plantea el fenómeno de la renuncia desde el punto de vista de la teoría general del Derecho. De lo que se trata es, simplemente, de dejar apuntadas sus características esenciales, a fin de establecer la naturaleza, estructura y efectos de la renuncia a la acción social de responsabilidad como especie dentro del más amplio género de los negocios abdicativos de derechos.

1. Las características generales de la renuncia en Derecho privado

Aun cuando la doctrina haya dudado, en ocasiones, de la conveniencia —o incluso de la mera posibilidad— de dotar a la renuncia de un contenido mínimo y constante⁴²⁹, lo cierto es que, atendiendo a sus rasgos más elementales, ésta suele definirse como una declaración de voluntad por la que una persona abdica de la titularidad de un derecho subjetivo, expulsándolo de su patrimonio sin atribuirlo a otra persona⁴³⁰.

Ahora bien, una adecuada respuesta a la pregunta «¿qué es la renuncia?» no puede detenerse en esta definición superficial, sino que debe profundizar en el estudio de sus rasgos más característicos, teniendo en cuenta un doble aspecto. Por un lado, será necesario referirse a la *esencia* de la figura y, desde este punto de vista, podrá decirse

P., *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Nápoles [E. Jovene], 1968; MACIOCE, F., *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, ob. cit.; COPPOLA, C., *La rinuncia ai diritti futuri*, Milán [Giuffrè], 2005 y BOZZI, L., *La negozialità degli atti di rinuncia*, ob. cit.

⁴²⁹ Entre quienes niegan la posibilidad de fijar un «contenido mínimo» de la renuncia o de reconducirla a una única figura típica, se encuentran, SICCHIERO, G., voz «Rinuncia», ob. cit., p. 653, y BOZZI, L., ob. cit., pp. 224 y ss. *Contra*, sin embargo, BOZZI, A., ob. cit., p. 1140, para quien «*l'istituto della rinuncia, sia nel campo del diritto privato sia in quello del diritto pubblico, ha confini e contenuto sufficientemente certi e costanti*». En este último sentido, cfr. también MOSCARINI, L.V., ob. cit., 1991, §1.1.

⁴³⁰ Este concepto básico de renuncia, que puede verse ya en FADDA, C. y BENZA, P.E., *Note alle Pandette di Windscheid*, vol. 4, Turín [Utet], 1930, p. 379 y en ENNECCERUS, L., y NIPPERDEY, H.C., *Derecho civil*, tomo 1, vol. 2, trad. y anot. Pérez González, B. y Alguer, J., 13ª ed., Barcelona [Bosch], 1935, p. 36, se ha consolidado tanto en la doctrina italiana como en la española. Lo comparten, entre otros, BOZZI, A., ob. cit., p. 1141; PIRAS, S., ob. cit., *passim*; SANTORO-PASSARELLI, F., ob. cit., p. 218; ROMANO, S., *L'atto esecutivo nel diritto privato: appunti*, Milán [Giuffrè], 1958, p. 49; GIAMPICCOLO, G., *La dichiarazione recettizia*, Milán [Giuffrè], 1959, p. 86, nota 180; CABANILLAS, A., ob. cit., p. 714; CASTÁN, J., «Efectos de la renuncia a los gananciales efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos», en *RGLJ*, núm. 155, 1929, p. 227; ID., *Derecho civil*, ob. cit., tomo 1, vol. 2, p. 101; BORRELL Y SOLER, A.M., *Derecho civil español*, tomo 1, Barcelona [Bosch], 1955, p. 423; Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. 1, 11ª ed., 2ª reimp., Madrid [Tecnos], 2005, p. 463; LACRUZ, J.L. (*et al.*), *Elementos de Derecho civil*, tomo 1, vol. 3, 3ª ed., Madrid [Dykinson], 2005, p. 95 y ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, vol. 1, 18ª ed., Madrid [Edisofer], 2009, p. 428.

que se trata de un derecho subjetivo o de una simple manifestación de la facultad de disposición (1.1 y 1.2). Pero, por otro lado, deberá explicarse la *presencia* del fenómeno en el mundo jurídico y, desde este otro ángulo, podrá atribuírsele la condición de mero acto jurídico —en sentido estricto o «acto real»— o de auténtico negocio jurídico (1.3). La primera de estas cuestiones aborda, si se quiere, el *qué* de la renuncia y, la segunda, el *cómo*, la manera o modo de llevarla a efecto⁴³¹.

1.1. La renuncia es una manifestación de la facultad de disposición

Pues bien, atendiendo a la primera de estas cuestiones, esto es, a su *naturaleza jurídica o esencia*, la posibilidad de abandonar los derechos por medio de la renuncia ha sido explicada mediante el recurso a diversas figuras. Para algunos, integraría el contenido de un auténtico derecho subjetivo y, más concretamente, de un *derecho potestativo o derecho de formación jurídica (Gestaltungsrecht)*⁴³². Como es sabido, esta categoría dogmática hace referencia al poder o facultad de modificar la esfera jurídica de un tercero mediante una declaración de voluntad, sin generar obligaciones a cargo de ese tercero, que pasaría a encontrarse, por virtud de esa declaración de voluntad, en una situación de mera sujeción⁴³³. En este sentido, se ha dicho que la renuncia, al deshacer el vínculo jurídico que liga a un determinado derecho subjetivo con el patrimonio de su titular, incidiría directamente sobre la relación jurídica en la que ese derecho se inserta, modificándola o extinguiéndola. Y con ello se estaría alterando la esfera jurídica de la contraparte en esa relación por obra de la sola voluntad unilateral del sujeto renunciante. Por eso, parece claro, *prima facie*, que nos encontramos ante un fenómeno plenamente reconducible a esta categoría de los derechos potestativos.

Tal construcción yerra, sin embargo, en la identificación del efecto directo o función característica de la renuncia. Como se desprende del concepto básico que hemos adelantado y como veremos con mayor detalle a continuación, el único efecto directo de la renuncia, aquél que la identifica y la distingue de otras figuras afines, es, pura y simplemente, la pérdida del derecho por parte de su titular. Cualquier otro debe reputarse indirecto o reflejo, lo cual permite concluir que este negocio jurídico despliega

⁴³¹ De «perspectiva estática» y «perspectiva dinámica» de la renuncia habla ROGEL, C., *Renuncia y repudiación de la herencia*, Madrid [Reus], 1980, p. 244.

⁴³² Así, por ejemplo, WALSMANN, H., *Der Verzicht: allgemeine Grundlagen einer Verzichtstheorie und Verzicht im Privatrecht*, Leipzig [A. Deichert], 1912, p. 314. En nuestro país, puede verse, aunque sin mayor argumentación, OJEDA, A., *La renuncia de derechos del trabajador*, Madrid [Centro de Estudios Constitucionales], 1971, p. 161.

⁴³³ Sobre los derechos potestativos, en general, puede verse MESSINA, G., voz «Diritti potestativi», en *Noviss. dig. it.*, vol. 5, Turín [Utet], 1960, pp. 737 a 744. No es necesario reproducir aquí toda la polémica que esta figura ha suscitado en la doctrina. Baste con recordar que, a los mismos, se les ha negado frecuentemente el carácter de verdaderos «derechos subjetivos», rebajándolos, en ocasiones, a meras manifestaciones de la capacidad de obrar y, en otras ocasiones, a simples «facultades» jurídicas que formarían parte de un derecho o de una situación jurídica más amplia. Cfr., DE CASTRO, F., *Derecho civil de España. Parte general*, tomo 1, 3ª ed., Madrid [Instituto de Estudios Políticos], 1955 (ed. facsímil, Madrid [Civitas], 2008), pp. 673 a 676 y DíEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema*, ob. cit., vol. 1, pp. 420 y 421.

y agota sus efectos en la esfera jurídica del sujeto renunciante. Por eso, quien se ve afectado por la renuncia de otro no puede, ciertamente, impedir u obstaculizar sus efectos, pero no porque se encuentre en una situación de sujeción derivada del ejercicio de un derecho potestativo, sino, más bien, porque carece de todo interés legítimo en hacerlo, por cuanto ninguno de los cambios que haya podido experimentar su patrimonio derivan, de manera directa, de esa actuación ajena⁴³⁴.

Esta observación es suficiente para excluir la renuncia del campo de los derechos potestativos. Pero es que, bien mirada, esta figura no presenta ni tan siquiera los rasgos distintivos del *derecho subjetivo*. Ciertamente es que el la propia idea de derecho subjetivo dista mucho de ser pacífica y unánime. Sin embargo, la doctrina actual parece aceptar sin dificultades su papel central en la construcción del sistema de Derecho privado como instrumento de mediación entre el sujeto y la norma, caracterizado, en su estructura básica, como un poder jurídico que permite a su titular llevar a cabo determinadas posibilidades de obrar, cada una de las cuales constituye una *facultad jurídica*⁴³⁵. Atendiendo a esta definición, no parece difícil apreciar que la renuncia carece de un contenido autónomo respecto al del derecho renunciado. Por eso, se ha sostenido acertadamente que ésta no constituye, en sí misma, un auténtico derecho subjetivo, sino una mera facultad, puesto que lo contrario supondría admitir, con manifiesta artificiosidad, que el titular de cualquier derecho lo es también de otro que adquiere contemporáneamente y que le habilita para desprenderse del primero⁴³⁶. Estaríamos, concretamente, ante una manifestación de la *facultad de disposición*, que integraría, al mismo nivel que cualesquiera otras —como las de goce y disfrute, en el caso de la propiedad— el contenido de aquellos derechos que el Ordenamiento considera renunciables⁴³⁷.

⁴³⁴ Así MACIOCE, F., *Il negozio di rinuncia*, ob. cit., pp. 60 y 61, quien señala, además, que la incidencia de la renuncia sobre la relación jurídica es común al ejercicio de cualquier derecho y, por tanto, no sirve para cualificar este fenómeno. Rechazan, igualmente, la calificación de la renuncia en términos de derecho potestativo, entre otros, COPPOLA, C., ob. cit., p. 67 y BOZZI, L., ob. cit., p. 9.

⁴³⁵ Cfr., por todos, DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, ob. cit., pp. 655 y ss.; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema*, ob. cit., vol. 1, pp. 417 y 418, y PUGLIESE, G., «Rilevanza della facoltà come situazione soggettiva», ahora en *Scritti giuridici scelti*, vol. 4, Nápoles [E. Jovene], 1986, pp. 5 a 21.

⁴³⁶ Así, para COPPOLA, C., ob. cit., p. 67, esta interpretación de la renuncia «*la renderebbe una sorta di "diritto al diritto" in negativo, ossia un diritto di perdere un diritto*». Señalando expresamente que la renuncia no es un derecho, sino una simple facultad, cfr. también MACIOCE, F., *Il negozio di rinuncia*, ob. cit., p. 61, aunque se trata de una conclusión admitida con carácter general por la doctrina (v. *infra* la nota siguiente).

⁴³⁷ El encuadre de la renuncia entre las facultades de disposición es prácticamente unánime. Cfr., por todos, NEGRO, F., «I diritti indisponibili nel sistema dell'ordinamento giuridico», en *Foro it.*, 1956, IV, c. 219, y CABANILLAS, A., ob. cit., p. 743. Ahora bien, que la facultad de disposición y, con ella, la de renunciar integren el contenido de los derechos subjetivos es una cuestión notoriamente más polémica, que puede seguirse, con cierto detalle, por ejemplo, en BINNI, A., voz «Potere di disposizione», en *Noviss. dig. it.*, vol. 13, Turín [Utet], 1957, pp. 450 a 457. Nosotros nos limitaremos a señalar que la interpretación apuntada en el texto es la auspiciada, entre otros, por VON TUHR, A., *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, vol. 2, trad. de Ravá, T., Madrid [Marcial Pons], 2005, p. 331, y ha sido mantenida, en nuestro país, por DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema*, ob. cit., vol. 1, pp. 427 y 428; AMORÓS, M., «Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente», en *ADC*, 1965, pp. 953 a 988 (v. espec. p. 961); CAÑIZARES LASO, A., «Eficacia de las prohibiciones de disponer

1.2. (sigue) que tiene como único efecto directo e inmediato la pérdida del derecho

Con todo, más problemática que la configuración dogmática de la renuncia como derecho subjetivo o simple facultad, se presenta la determinación de su *efecto o efectos esenciales*. Con frecuencia, su función principal se ha identificado con la *extinción* del derecho subjetivo renunciado. Y, así, se ha afirmado que la renuncia comporta, en todo caso, la extinción del derecho, que ésta es su consecuencia inmediata o que, por medio de ella, el derecho se extingue siempre, de forma necesaria⁴³⁸. Nosotros mismos, hemos dicho —y diremos— a lo largo de este trabajo que la renuncia a la acción social de responsabilidad extingue el derecho al resarcimiento de los daños ocasionados por la *mala gestio* de los administradores sociales (*supra* §3). Sin embargo, un análisis profundo de este fenómeno ha llevado a la doctrina más atenta a concluir que, en puridad, el único efecto directo de la renuncia es la pérdida del derecho, en tanto que su definitiva extinción se produce, en su caso, de forma meramente indirecta o refleja.

Veremos un poco más adelante que la renuncia es —en su aspecto dinámico o manifestativo— un negocio jurídico; concepto que, en su acepción más común, define una declaración de voluntad tendente a la producción de determinados efectos jurídicos⁴³⁹. Pues bien, de entre tales efectos, sólo los *esenciales o principales*

voluntarias», en *ADC*, 1991, pp. 1461 a 1465 (v. espec. p. 1464); GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., *Las prohibiciones de disponer en el derecho español*, Madrid [Centro de Estudios Registrales], 1992, p. 27; PERDICES, A.B., *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Madrid [Civitas], 1997, p. 40; y, en Italia, entre otros, por PUGLIATTI, S., «Considerazioni sul potere di disposizione», en *Riv. dir. comm.*, 1940, p. 537; ID., «L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti», en *Studi sulla rappresentanza*, Milán [Giuffrè], 1965, pp. 7 y ss. Frente a la misma, se sitúa aquella otra, cuyo precursor fue, en buena medida, THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, trad. al italiano Levi, A., 2ª ed., Padua [Cedam], 1951, pp. 319 y ss. (v. espec. pp. 319 y 320), conforme a la cual, la facultad de disposición es algo ajeno y extrínseco al propio derecho subjetivo. Para algunos, se identificaría con la capacidad jurídica o con la capacidad de obrar y, para otros, constituiría un poder o potestad autónoma. En esta línea, que puede considerarse minoritaria en España, se mueven, por ejemplo, VILLAVICENCIO, F.F., «La facultad de disposición», en *ADC*, 1950, pp. 1052 a 1056, y OJEDA, A., ob. cit., p. 33. En Italia, en cambio, ha tenido mayor arraigo y la siguen, entre otros, CARIOTA FERRARA, L., *I negozi sul patrimonio altrui*, Padua [Cedam], 1936, pp. 27 y ss. (v. espec. pp. 37 y 38); FERRARA, F., *Trattato di diritto civile italiano*, vol. 1, 1ª parte, Roma [Athenaeum], 1921, p. 327; ID., «I negozi sul patrimonio altrui. A proposito di un recente studio», en *Riv. dir. comm.*, 1937, I, pp. 190 y 199 y ss.; CHIOVENDA, G., «Sulla natura dell'espropriazione forzata», *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, pp. 85 a 104 y GORLA, G., «L'atto di disposizione di diritti», en *AAVV, Studi in onore di E. Tommasone*, Padua [Cedam], 1937, nota 1, en pp. 9 y 10.

⁴³⁸ La idea de que la renuncia produce directamente la extinción del derecho subjetivo o de la relación jurídica es muy recurrente tanto entre los autores italianos, como entre los españoles. Cfr., a modo de ejemplo, COVIELLO, N., *Manuale di diritto civile. Parte generale*, 4ª ed., Milán [Società Editrice Libreria], 1929, p. 324; GIAMPICCOLO, G., *loc. ult. cit.*; STOLFI, G., *Teoria del negozio giuridico*, Padua [Cedam], 1947, p. 50; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Nápoles [A. Morano], 1948, p. 278; SANTORO-PASSARELLI, F., ob. cit., p. 218; TRAVIESAS, M., ob. cit., p. 554 y LACRUZ, J.L. (*et al.*), *loc. ult. cit.* Por su parte, ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, ob. cit., vol. 1, p. 429, entiende que la renuncia produce siempre la extinción del derecho, salvo en los casos de cotitularidad de derechos reales, en los que admite que la renuncia de un cotitular puede dar lugar al «ensanchamiento» de la cuota de los restantes (v. *infra* en el texto).

⁴³⁹ Para un profundo análisis de la figura del negocio jurídico, cfr. la obra clásica de DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Madrid [Civitas], 1985 (ed. facsímil, Madrid [Civitas], 2002), *passim* (v. espec. el capítulo segundo de la primera parte, pp. 19 a 51, donde se exponen, tanto las consabidas objeciones que

configuran la función típica del negocio jurídico concreto, permitiendo identificarlo y distinguirlo de otros similares, dado que son aquéllos a cuya producción va dirigida la declaración de voluntad y constituyen, en definitiva, el resultado buscado mediante la celebración del mismo. Junto a ellos, se encuentran los denominados *efectos reflejos*, indirectos o mediatos, por un lado, y los conocidos como *efectos secundarios*, por otro. Los primeros no tienen su origen en el negocio generador de los efectos principales, sino en estos últimos, y los segundos se caracterizan, a su vez, por ser meramente contingentes⁴⁴⁰. Por eso, ninguno de ellos puede contribuir a desentrañar las notas características de la renuncia: los unos porque, al derivar de los efectos principales y no de la voluntad del sujeto renunciante, se producirán siempre, con independencia de que sean o no queridos por éste, y los otros porque, al no concurrir en todos los casos, no integran su función típica, sino que son simplemente accesorios.

El problema es que, de entre todos los efectos que produce o puede producir la renuncia, no resulta sencillo distinguir cuáles son esenciales —y, por ello, la caracterizan frente a otros negocios jurídicos— y cuáles son simplemente reflejos o secundarios. En particular, es complicado saber si la renuncia comporta irremediabilmente la extinción del derecho y, en su caso, si tal extinción trae causa directa del negocio abdicativo.

a) Así, en el ámbito de los *derechos reales*, parece indiscutible —al menos a primera vista— que la renuncia causa siempre y de manera directa, la extinción del derecho. En efecto, al abandonar un bien mueble, es indudable que su titular pierde la propiedad del mismo, apartándola de su patrimonio, pero parece igualmente evidente que el derecho de propiedad se extingue, puesto que la dejación del titular convertirá ese bien en *res nullius*, sobre la que un hipotético ocupante podrá adquirir un nuevo derecho de propiedad (art. 610 CC). Lo mismo cabe decir respecto de la renuncia a la propiedad de los bienes inmuebles, que da lugar tanto en España (art. 17 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas), como en Italia (art. 827 *C.Civile*), al nacimiento de un nuevo derecho de propiedad a favor del Estado⁴⁴¹. No obstante, debemos a la doctrina italiana el haber identificado determinados supuestos en los que la renuncia no lleva aparejada dicha extinción⁴⁴². Esto sucede en los casos de copropiedad y en los de titularidad conjunta de derechos reales limitados, dado que, en todos ellos, la renuncia de uno de los cotitulares únicamente produce tan sólo el acrecimiento de la cuota renunciada a favor del resto, pero no la desaparición del derecho⁴⁴³. Y lo mismo ocurre

se han planteado frente a esta categoría dogmática, como la utilidad y conveniencia de seguir empleándola).

⁴⁴⁰ PERLINGIERI, P., ob. cit., pp. 71 a 74 y la bibliografía allí citada.

⁴⁴¹ Además, en el Ordenamiento español, la renuncia se contempla expresamente como causa de extinción del usufructo y de la servidumbre (cfr. arts. 513 IV y 546 V CC).

⁴⁴² Es PERLINGIERI, P., ob. cit., pp. 76 a 81, el que los pone en evidencia. En España, le sigue FLORENSA, C.E., *La condonación de la deuda en el Código civil*, Madrid [Civitas], 1996, pp. 109 a 113.

⁴⁴³ Afirman que la renuncia del comunero produce el acrecimiento de su cuota al resto de copropietarios, entre otros, BONET CORREA, J., *La renuncia exonerativa y el abandono liberatorio*, Madrid [Reus], 1961, pp. 22 a 31; ALBALADEJO, M., *loc. ult. cit.* y LACRUZ, J.L. (*et al.*), *Elementos de Derecho civil*, tomo 3, vol. 1, 2ª ed., Madrid [Dykinson], 2003, p. 218. *Contra*, POU DE AVILÉS, J.M., ob. cit., p. 733, para quien

en la renuncia del usufructuario al usufructo hipotecado, que tampoco produce extinción del usufructo de forma directa e inmediata, ya que el artículo 107 de la Ley Hipotecaria lo declara subsistente «hasta que se cumpla la obligación asegurada, o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin»⁴⁴⁴. Por tanto, a la vista de estos ejemplos, es posible concluir que el único efecto directo e inmediato de la renuncia a los derechos reales es la pérdida de la titularidad por parte del sujeto renunciante; pérdida que afectará luego, de manera indirecta, a la relación jurídica en la que tal derecho se inserta, extinguiéndola o modificándola. La extinción del derecho se presenta, pues, como un mero efecto indirecto y secundario de la renuncia.

b) Esta conclusión es menos evidente, sin embargo, en el caso de los *derechos de crédito*, en relación con los cuales, el análisis se ha visto enturbiado por la tradicional equiparación entre la renuncia y la *condonación o remisión de la deuda* (arts. 1187 y ss. CC). Esta última es, sin lugar a dudas, un negocio jurídico cuya función esencial es la extinción de una obligación, tal y como se deduce de los artículos 1156 («Las obligaciones se extinguen: [...] por la condonación de la deuda») y 1143 del Código civil, («La novación, compensación, confusión o *remisión de la deuda*, hechas por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase, *extinguen la obligación*») ⁴⁴⁵. Por tanto, si la condonación se identifica plenamente

la cuota renunciada pasa a ser titularidad de los restantes comuneros por ocupación. Por su parte, MIQUEL, J.M., «Comentario al artículo 395 CC», en Paz-Ares (*et al.*) (Dirs.), *Comentario*, ob. cit., tomo 1, p. 1081, señala que, en los casos de renuncia exonerativa regulados en el artículo 395 del Código civil, el efecto liberatorio únicamente puede explicarse si se entiende, precisamente, que la cuota renunciada acrecienta la de los restantes comuneros, pues sólo de esta forma verán compensado el incremento en su contribución a los gastos de conservación (*contra*, sin embargo, ROCA JUAN, J., «La renuncia liberatoria del comunero», en *ADC*, 1957, pp. 102 a 107). Por lo demás, el acrecimiento de la cuota renunciada en la hipótesis de renuncia exonerativa a la servidumbre se halla establecido de forma expresa en el artículo 544 del Código civil. (cfr. ARECHEDERRA, L.I., «Comentario al artículo 544 CC», en Paz-Ares [*et al.*], *Comentario*, ob. cit., tomo 1, p. 1416). Y, a su vez, en la renuncia de uno de los cotitulares del usufructo, el acrecimiento tiene lugar *ex lege* (art. 987 CC) (cfr. FLORENSA, C.E., ob. cit., pp. 110 y 111).

⁴⁴⁴ Parece claro que la hipoteca no puede gravar un derecho inexistente, por lo que cabe afirmar que, en este supuesto, si bien el usufructuario habrá perdido su titularidad, el usufructo permanecerá en garantía de la deuda. Que esto es así lo prueba, precisamente, el hecho de que el legislador permita la renuncia al usufructo hipotecado: si la renuncia produjese inexorablemente la extinción del derecho renunciado y no sólo su pérdida por parte del titular, debería verse impedida, en virtud de la prohibición de renuncia en perjuicio de terceros (art. 6 II CC). Cfr., no obstante, CABANILLAS, A., ob. cit., p. 764, quien da a entender que la renuncia provoca la extinción del usufructo en beneficio del nudo propietario, pero resulta inoponible al acreedor hipotecario. En términos similares a los de nuestra Ley Hipotecaria se expresa el artículo 2814 del *Codice civile*. Cfr. PERLINGIERI, P., ob. cit., pp. 79 y 80, quien menciona, además, otros dos supuestos en los que la renuncia del único titular tampoco supone la extinción inmediata del derecho: la renuncia al derecho de superficie gravado por hipoteca, (*ex* artículo 2816, párrafo segundo, *C.Civile*) y a la enfiteusis, cuando tanto el derecho del concedente, como el del enfiteuta se encuentren igualmente gravados por hipoteca (arg. *ex* art. 2815, párrafo cuarto, *C.Civile*, en relación con sus párrafos primero y segundo).

⁴⁴⁵ En el mismo sentido, el artículo 1236 del *Codice civile* señala que «*la dichiarazione del creditore di rimettere il debito estingue l'obbligazione [...]*»). Cfr., sin embargo, la posición minoritaria mantenida por TILOCCA, E., *La remissione del debito*, Padua [Cedam], 1955, *passim* (v. espec. pp. 18 y ss.) e ID., voz «Remissione del debito», en *Noviss. dig. it.*, vol. 15, Turín [Utet], 1968, pp. 389 a 421 (v. espec. pp. 394 y 395), al que sigue, en España, AMAT I LLARI, E., *La condonació del deute*, Tesis doctoral [Universidad Autónoma de Barcelona], 1986, quienes sostienen que el único efecto directo e inmediato de la

con la renuncia a los derechos de crédito o si ésta es, en todo caso, una modalidad de condonación, parece claro que, en el campo de los derechos relativos, la renuncia debe considerarse siempre un negocio extintivo⁴⁴⁶.

Ahora bien, debemos igualmente a la doctrina italiana el haber identificado determinados supuestos en los que la renuncia a un derecho de crédito no conlleva necesariamente su desaparición, lo que evidencia que condonación y renuncia no son negocios equivalentes. Al igual que sucedía con los derechos reales, la respuesta pasa, también en este caso, por analizar el efecto de la renuncia en las situaciones de cotitularidad y, en concreto, en las de *solidaridad activa*. En esta hipótesis, cada uno de los acreedores está facultado, en primer lugar, para extinguir completamente el crédito común, mediante la condonación de toda la deuda (art. 1143 I CC)⁴⁴⁷. Pero está facultado, en segundo lugar, para llevar a cabo distintos actos de disposición sobre su posición jurídica en la cotitularidad, dado que ésta es, al fin y al cabo, el único «bien» sobre el que el acreedor solidario ostenta una titularidad plena. De este modo, cada acreedor podrá transmitir su parte, pero podrá igualmente condonarla o renunciarla. Y, es ahí, donde se advierten las diferencias entre un negocio jurídico y otro: si el acreedor solidario opta por la condonación, la obligación quedará definitivamente extinguida en la proporción correspondiente a su parte, mientras que si se decanta por la renuncia, el resultado será análogo al que se produce con los derechos reales, es decir, la parte

condonación es la pérdida del derecho y no su extinción. Para una crítica a esta postura, cfr. MATTEUCCI, A., «Recensione a Tilocca», en *Riv. dir. civ.*, 1957, pp. 475 a 488.

⁴⁴⁶ La relación entre condonación y renuncia a los derechos de crédito ha dado lugar a distintas corrientes de opinión. Así, entre quienes equiparan ambas figuras, los más lo hacen para argumentar el carácter unilateral de esta última. En este sentido, por ejemplo, ALLARA, M., *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Turín [Giappichelli], 1952, pp. 223 y 265 y ss.; BENEDETTI, G., «Struttura della remissione. Spunti per una dottrina del negozio unilaterale», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, pp. 1291 a 1317; BARASSI, L., *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. 3, 2ª ed., Milán [Giuffrè], 1964, pp. 182 y 183; FERRARI, M., «Riflessioni in tema di renuncia al credito e remissione del debito», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, I, pp. 1 a 46 (v. espec. p. 13); ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, vol. 2, 12ª ed., Madrid [Edisofer], 2004, p. 306; GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 1187 CC», en Albaladejo/Díaz Alabart (Dirs.), *Comentarios*, ob. cit., tomo 16, vol. 1, p. 385; SANTOS BRIZ, J., «Comentario al artículo 1187 CC», en Sierra Gil de la Cuesta (Coord.), *Comentario del Código civil*, 2ª ed., Barcelona [Bosch], 2006, p. 448 y O'CALLAGHAN, X., «Comentario al artículo 1187 CC», en *Código civil comentado y con jurisprudencia*, 6ª ed., Madrid [La Ley], 2008, p. 1214. Otros consideran, por el contrario, que la renuncia a los derechos de crédito no es más que una modalidad de condonación, cuyo rasgo distintivo sería, precisamente, su carácter unilateral. Cfr., entre otros, SANCHO REBULLIDA, F., «Notas sobre la naturaleza jurídica de la condonación de las obligaciones», en *RDP*, núm. 39, 1955, pp. 142 a 144. También hay autores que entienden que la renuncia a los derechos de crédito es condonación, pero sostienen que estamos, en todo caso, ante un negocio bilateral. Cfr. MANRESA, J.M., *Comentarios al Código civil español*, tomo 2, 2ª ed., Madrid [Imp. de la Revista de Legislación], 1907, p. 357; VALVERDE, C., ob. cit., tomo 3, pp. 184 y 185; REYNAUD, P., «La renonciation à un droit», en *Rev. trim. dr. civ.*, 1936, pp. 778 y 779; BORRELL Y SOLER, A.M., *Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles*, Barcelona [Bosch], 1954, p. 174; BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, ob. cit., p. 215 y MARÍN PÉREZ, P., «La renuncia en beneficio de la ley en el Derecho civil», en *ADC*, 1962, p. 851. Finalmente, existe un grupo de autores para los que la renuncia es un negocio jurídico distinto a la condonación (v. *infra* nota 449): cada uno de ellos cumpliría una función diferente y, por tanto, su estructura no tendría por qué coincidir. Esta última es, para nosotros, la postura más acertada y a ella nos adherimos (v. *infra* en el texto).

⁴⁴⁷ Sin perjuicio de que haya de responder frente al resto de coacreedores, en virtud de la relación interna que les une (art. 1143 II CC).

renunciada acrecentará a los demás coacreedores y podrá seguir siendo reclamada por cualquiera de ellos⁴⁴⁸. En consecuencia, la renuncia se presenta como un negocio distinto a la condonación, con funciones diferentes —abdicativa el primero y extintiva el segundo—, entre las que puede optar libremente el acreedor⁴⁴⁹.

Lo anterior pone de manifiesto que, *en relación con los derechos de crédito, la renuncia tampoco tiene como efecto esencial y constante la extinción, sino únicamente la pérdida del derecho*. Ciertamente, esta pérdida dará lugar a la extinción en todas aquellas ocasiones en las que, siendo uno sólo el titular, no pueda tener lugar una sucesión en la titularidad abandonada, tal y como acontece en la renuncia a la acción social de responsabilidad, en la que la extinción se produce como consecuencia de la estructura bilateral de la relación obligatoria entre la sociedad y el administrador. Sin embargo, cuando exista una pluralidad de titulares, la renuncia producirá únicamente una modificación subjetiva en la relación jurídica en la que se inserta el derecho renunciado.

1.3. (sigue) y que se articula por medio de un negocio jurídico irrevocable, unilateral y no recepticio

a) El haber identificado en la pérdida del derecho el único efecto esencial y constante de la renuncia nos permite avanzar un paso más en el estudio de la figura, analizándola, ahora, en su *faceta dinámica* o como manifestación de voluntad. A este respecto, cabe señalar que, al tratar de la renuncia a los derechos reales y, en concreto, al derecho de propiedad, parte de la doctrina ha entendido que nos encontramos ante un puro «acto real» y no ante un auténtico negocio jurídico⁴⁵⁰. Pero esta tesis, que no es compartida por toda la doctrina y cuyo origen se encuentra en la identificación de la renuncia con la figura del abandono o *derelictio*, no tiene cabida en el ámbito de los

⁴⁴⁸ PERLINGIERI, P., ob. cit., pp. 177 y ss. En España, cfr. FLORENSA, C.E., ob. cit., pp. 126 a 129. No lo entienden así SANTOS MORÓN, M.J., «Algunas consideraciones en torno a la condonación de la deuda. El problema de la forma del negocio», en *ADC*, 1997, pp. 1669 y 1670 y BOZZI, L., ob. cit., p. 105, para los cuales, el pacto de acrecimiento entre coacreedores solidarios encerraría, en realidad, una cesión de crédito.

⁴⁴⁹ Afirman la independencia entre ambas figuras, además de PERLINGIERI, P. y FLORENSA, C.E., obs. cits. en la nota anterior, BOZZI, A., ob. cit., p. 1148; MACIOCE, F., *Il negozio di rinuncia*, ob. cit., pp. 161 a 163; ID., voz «Rinuncia: dir. priv.», en *Enc. dir.*, vol. 40, Milán [Giuffrè], 1989, p. 935; SERNA, E., «Notas sobre la remisión de la deuda», en AAVV, *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Murcia [Universidad], 1989, p. 822; SCIANCALEPORE, G. y STANZIONE, P., *Remissione e rinunzia*, Milán [Giuffrè], 2003, pp. 342 a 347 y COPPOLA, C., ob. cit., pp. 83 a 87.

⁴⁵⁰ En la tradicional clasificación pandectista, los actos jurídicos en sentido amplio se dividen, como es sabido, en *actos jurídicos en sentido estricto* —o «actos de derecho»— y *negocios jurídicos*. Los primeros se subdividen, a su vez, en *actos reales*, que son aquellos actos humanos no estrictamente jurídicos pero de los que se derivan consecuencias jurídicas y *actos semejantes a los negocios jurídicos*, que consisten en manifestaciones de voluntad a las que se anudan efectos jurídicos predeterminados que se producen *ex lege* y no *ex voluntate*. A estos últimos, en los que el elemento volitivo sigue manteniendo un papel central, les serían de aplicación, por analogía, las reglas de los negocios jurídicos en relación a la capacidad, representación y vicios de la voluntad. Por el contrario, los *actos reales* no se regirían por estas reglas y sería suficiente la capacidad de hecho para llevarlos a cabo. Cfr., por todos, ENNECCERUS, L. y NIPPERDEY, H.C., ob. cit., tomo 1, vol. 2, pp. 6 y ss. (v. espec. pp. 11 a 14).

derechos de crédito⁴⁵¹. En relación con estos últimos, se ha afirmado de manera constante que *la renuncia constituye un verdadero negocio jurídico*, en la medida en que su efecto principal es consecuencia directa de la voluntad manifestada por el sujeto renunciante⁴⁵². Por consiguiente, no cabe ninguna duda de que a la renuncia le son de aplicación todas las normas en materia de capacidad, vicios del consentimiento y representación que rigen, con carácter general, los negocios jurídicos.

b) Por otra parte, el negocio abdicativo de derechos se distingue, desde un punto de vista estructural, por su carácter esencialmente *unilateral y no recepticio*. En efecto, el que las consecuencias directas de la renuncia se agoten en la pérdida del derecho lleva consigo que la ésta sea perfecta y eficaz con la sola manifestación de voluntad del sujeto renunciante, sin que sea necesaria la aceptación, la conformidad o incluso el mero conocimiento por parte del eventual destinatario de sus efectos indirectos o reflejos⁴⁵³.

⁴⁵¹ Sobre el abandono, en general, cfr. DEIANA, G., voz «Abbandono, I, Derelictio (dir. civile)», en *Enc. dir.*, vol. 1, Milán [Giuffrè], 1958, pp. 5 a 16. Para algunos, el abandono se identificaría siempre con la renuncia a la propiedad sobre los bienes muebles y tendría una estructura realmente simple: se trataría de un acto puramente material por el cual el propietario de una cosa mueble hace dejación voluntaria de la misma, desprendiéndose de su posesión y perdiendo en consecuencia la propiedad. Por este motivo, sería un ejemplo prototípico de «acto real», ya que la voluntad del sujeto —el *animus derelinquendi*— se encontraría referida tan sólo al resultado material: el abandono de la posesión; mientras que el resultado jurídico, consistente en la pérdida de la propiedad, derivaría única y exclusivamente de la ley y se impondría incluso a la voluntad contraria del titular (cfr., por todos, LA TORRE, M.E., *Abbandono e rinuncia liberatoria*, Milán [Giuffrè], 1993, p. 37). Frente a esta postura, otros autores, aun equiparando renuncia y abandono, defienden el carácter negocial de este último, configurándolo como un «negocio de actuación» o «comportamiento» (cfr. BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, ob. cit., pp. 100 y 101; SANTORO-PASSARELLI, F., ob. cit., pp. 136 y 137 y MACCIOCE, F., *Il negozio di rinuncia*, ob. cit., p. 93). Y, finalmente, hay quien defiende que «abandono» y «renuncia» son figuras distintas: la primera consistiría en un acto material de desposesión, mientras que la segunda sería un acto formal de abdicación de un derecho (cfr., en este sentido, BONET CORREA, J., ob. cit., p. 20 y ROMANO, S., *L'atto esecutivo*, ob. cit., p. 49). Pero, sea como fuere, lo cierto es no puede concebirse un «abandono» de la posesión al referirse a los derechos de crédito, por lo que, en relación con éstos, no tiene sentido hablar de derelicción como acto jurídico en sentido estricto o «acto real» (cfr. CANO, J.I., ob. cit., p. 37, pero v. *infra* la nota siguiente).

⁴⁵² Por ello, debe considerarse aislada la posición de CANO, J.I., ob. cit., p. 37, para el cual, la renuncia a los derechos de crédito es siempre un acto jurídico en sentido estricto «porque en todo caso el renunciante no puede autorregular el contenido específico de su disposición». Con todo, el autor considera necesaria la plena capacidad de obrar del renunciante y admite tanto la relevancia del error, como la validez de la renuncia por representación (*ibidem*, pp. 80 y ss. y 161 y ss.), por lo que la calificación de la renuncia a los derechos de crédito en términos de mero acto termina por perder toda relevancia práctica. Estaríamos, en todo caso, ante un «acto semejante a un negocio jurídico» (v. *supra* nota 450).

⁴⁵³ Dejando a un lado las tesis que califican la renuncia a los derechos de crédito como condonación y consideran que estamos ante un negocio bilateral (v. *supra* nota 446), la posible bilateralidad de la renuncia se ha planteado, tradicionalmente, en relación con las denominadas *renuncias traslativas* o *in favorem*, o sea, aquéllas que se dirigirían a la atribución del derecho renunciado a otra persona. Esta figura fue empleada por la Escuela francesa de la Exégesis para argumentar igualmente la bilateralidad de la condonación, pero partiendo, sin embargo, de una categoría general de renuncia bilateral. Cfr., a modo de ejemplo, la obra del alemán ZACHARIAE, K.S., *Corso di Diritto Civile Francese*, anotado por Aubry, F. y Rau, C.F., 1ª trad. al italiano, vol. 2, Turín [Librería della Minerva Subalpina], 1843, pp. 525 y ss. (v. espec. p. 526), y de los franceses AUBRY, F. y RAU, C.F., *Cours de Droit Civil Français d'après l'ouvrage allemand de C.S. Zachariae*, vol. 3, 3ª ed., París [Impr. et libr. générale de jurisprudence], 1860, pp. 142 y ss. (v. espec. p. 142). No obstante, la práctica totalidad de la doctrina moderna entiende, siguiendo las enseñanzas de FADDA, C. y BENSA, P.E., ob. cit., pp. 379 y 380, que, en estos casos, no estamos ante auténticas renunciaciones y las califica, correctamente, como transmisiones o cesiones. Cfr., LESSONA, M.S., «Essai d'une Théorie générale de la renonciation en Droit civil», en *Rev. trim. dr. civ.*,

Ello permite negarle la naturaleza de auténtica renuncia a todas aquellas declaraciones abdicativas que tengan lugar en el marco de un contrato o negocio bilateral o que se configuren como medio de cumplimiento de una obligación contractual. Lo que sucede en todas estas hipótesis es que la renuncia pierde su relevancia autónoma y queda absorbida por ese otro negocio o contrato, que puede presentarse en forma de transacción, compensación, etc.⁴⁵⁴

c) Finalmente, la renuncia se caracteriza por ser *irrevocable*. En efecto, si la declaración de voluntad del sujeto renunciante produce, por sí sola y de forma inmediata, la pérdida del derecho —y, en la mayor parte de las ocasiones, también su extinción—, debe excluirse la posibilidad de que la situación renunciada llegue a encontrarse en un estado de quiescencia, a la espera de ser aceptada por un hipotético beneficiario, que pudiera dejar espacio a su libre revocación⁴⁵⁵. Una vez realizada, la renuncia opera la pérdida del derecho, sin posibilidad de que el titular pueda deshacer sus efectos.

2. El acuerdo de la junta constituye un negocio jurídico de renuncia perfecto y eficaz

Tras examinar los rasgos distintivos de la renuncia en general (art. 6 II CC), se hace necesario determinar ahora si el acuerdo de la junta exigido por el artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital puede constituir, en sí mismo, ese negocio jurídico irrevocable, de carácter unilateral y no recepticio, que produzca de manera directa e inmediata la pérdida del derecho al resarcimiento del patrimonio social lesionado por

1912, pp. 362 y 363; CABANILLAS, A., ob. cit., p. 750 y MACIOCE, F., *Il negozio di rinuncia*, ob. cit., pp. 146 y ss. y la bibliografía allí citada. Absolutamente extravagante y minoritaria se presenta, por tanto, la tesis de CANO, J.I., ob. cit., pp. 183 y ss., para el cual, la renuncia al derecho de crédito es siempre una renuncia traslativa de carácter legal, en la que «el beneficiario elegido por ley es el deudor, quien recibe por transmisión “ope legis” el crédito»; crédito que se extinguiría, acto seguido, por confusión, persistiendo la relación obligatoria como deuda moral. Por lo demás, es bastante común afirmar que, aun no siendo necesaria en ningún caso la notificación de la renuncia para que ésta sea eficaz, sí podrá servirle al renunciante para librarse de responsabilidad en caso de que su falta pudiera causar algún perjuicio. Cfr., DíEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema*, ob. cit., vol. 1, pp. 464 y 465.

⁴⁵⁴ Cfr., entre muchos otros, PERLINGIERI, P., ob. cit., p. 95 y ss.; MACIOCE, F., *Il negozio di rinuncia*, ob. cit., pp. 164 y 165 y ASÚA, C.I., ob. cit., p. 80. Esta última destaca, como anómala, la STS de 23 de noviembre de 2007 (FJ Segundo) (RJ 2008/25), en la que se calificó como renuncia y no como transacción la realizada en el marco de un acuerdo, a pesar de que el «renunciante» recibió, a cambio, una contraprestación. Sobre este punto volveremos a la hora de analizar la causa de la renuncia (v. *infra* II.2.1).

⁴⁵⁵ En esta línea, quienes afirman el carácter unilateral y no recepticio de la renuncia consideran, coherentemente, que se trata de un negocio irrevocable. Cfr., por todos, MACIOCE, F., *Il negozio di rinuncia*, ob. cit., p. 182; CABANILLAS, A., ob. cit., p. 768; DíEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema*, ob. cit., vol. 1, p. 467 y ROMANO, S., *La revoca degli atti giuridici privati*, Padua [Cedam], 1935 (reimp. Nápoles [Edizioni Scientifiche Italiane], 1980), pp. 302 y ss. De nuevo, la opinión discrepante de CANO, J.I., ob. cit., pp. 72 y ss., debe considerarse minoritaria. Para este autor, las renunciaciones traslativas y, entre ellas, la remisión de la deuda (v. *supra* nota 453) pueden revocarse «incluso después de que la notificación de aquélla llegue a conocimiento del deudor», siendo suficiente, para que la revocación sea eficaz, con que el deudor no haya adoptado decisiones con base en la renuncia «tales que, si se revocase, se le produciría un grave perjuicio».

los administradores y de forma indirecta su extinción. Se trata de comprobar, en otras palabras, si el acuerdo de la junta es un instrumento *estructuralmente idóneo* para operar, por sí solo y sin necesidad de una ulterior ejecución por parte del órgano administrativo, la renuncia a la acción social de responsabilidad no sólo con efectos meramente internos, sino con relevancia frente a terceros.

La cuestión, lejos de ser sencilla, pasa por analizar la *naturaleza jurídica de los acuerdos de la junta*, poniéndola en relación con las competencias legalmente asignadas al órgano de administración.

a) Conforme a la enseñanza tradicional, hoy en día mayoritaria en la doctrina española, los acuerdos de la junta son, desde el punto de vista de su formación, el resultado de distintas declaraciones de voluntad expresadas por los socios en forma de voto, que concurren para dar vida a un «acto colegial» de carácter unilateral, imputable a la sociedad⁴⁵⁶. Una vez formado, dicho acto se presentará normalmente como una declaración de voluntad, pero podrá constituir igualmente una declaración de ciencia, de opinión, de conocimiento, etc., en atención a su contenido concreto⁴⁵⁷. Por otra parte, y desde una perspectiva funcional, el acuerdo estará destinado, en la mayor parte de las ocasiones, a regular relaciones de orden puramente interno, aunque nada impide que se proyecte hacia el exterior, incidiendo de forma inmediata en las relaciones con terceros extraños a la organización⁴⁵⁸. Para ello, podrá aparecer como una figura autónoma —en

⁴⁵⁶ A pesar de que la categoría de los «actos colegiales» no presenta perfiles uniformes, ha servido para descartar las primeras aproximaciones a la figura de los acuerdos de la junta en términos de contrato o acto jurídico plurilateral (cfr., por ejemplo, VON TUHR, A., *Derecho civil*, ob. cit., pp. 209 a 213) o, incluso, bilateral (cfr. VICENTE Y GELLA, A., *Las resoluciones de la Asamblea General de una Sociedad Anónima*, Zaragoza [Tip. La Académica], 1932, pp. 24 y 35). Entienden que el acuerdo de la junta es un «acto colegial», con matices acerca de lo que ha de entenderse por tal, entre muchos otros, DONATI, A., *L'invalidità della deliberazione di assemblea delle società anonime*, Milán [Giuffrè], 1937, p. 17; VASELLI, M., *Deliberazioni nulle e annullabili delle società per azioni*, Padua [Cedam], 1947, pp. 17 y 18; ROMANO-PAVONI, G., ob. cit., nota 2, en pp. 66 y 67; GRECO, P., *Le società nel sistema legislativo italiano*, Turín [Giappichelli], 1959, p. 258; BUTTARO, L., «In tema di inesistenza di deliberazione assembleare per difetto di maggioranza», en *Banca e borsa*, 1962, I, pp. 240 y ss.; GRAZIANI, A., *Diritto delle società*, 5ª ed., Nápoles [Morano], 1962, p. 347; GIRÓN, J., *Derecho de sociedades*, ob. cit., p. 309; URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J.M., ob. cit., p. 50 y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., voz «Acuerdo social», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. 1, Madrid [Civitas], 1995, p. 224.

⁴⁵⁷ Así, por ejemplo, el acuerdo de aprobación de las cuentas que se contempla mayoritariamente como una declaración de ciencia (v. *supra* §8.I.1). Ello permite afirmar que el acuerdo de la junta no es, en sí mismo, un negocio jurídico, como se ha sostenido en ocasiones (cfr. SOPRANO, E., *L'assemblea generale degli azionisti*, Milán [F. Villardi], 1914, p. 126 y TRIMARCHI, P., *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milán [Giuffrè], 1958, p. 29), sino que podrá serlo en función de su contenido concreto. De hecho, no constituirá un negocio jurídico cuando, en casos como éste, su contenido sea una actividad de naturaleza no volitiva, ni cuando se halle privado de naturaleza autónoma por formar parte de un procedimiento, ni, en fin, tampoco, cuando teniendo un contenido volitivo, deba calificarse como un mero acto jurídico. Cfr. GRAZIANI, A., *Diritto delle società*, ob. cit., p. 348. Negando igualmente la naturaleza intrínsecamente negocial de los acuerdos de la junta, FRÈ, G., *L'organo amministrativo*, ob. cit., pp. 65 y 66.

⁴⁵⁸ En relación con la eficacia interna o externa de los acuerdos de la junta, puede distinguirse la siguiente evolución —no necesariamente temporal— en la doctrina. En una primera fase, se entendió que la junta era el órgano encargado de *formar* la voluntad de la junta y que, por tanto, sus decisiones tenían únicamente eficacia interna. Frente a ello, se dijo, en un segundo momento, que, si bien, en la mayoría de los supuestos, la junta *forma* la voluntad social con eficacia meramente interna, hay también casos en los que la junta *forma*, en el plano interno, y los administradores *declaran*, en el plano externo, esa voluntad

forma de negocio jurídico unilateral— o crear un nuevo negocio bilateral o plurilateral, uniéndose a otras declaraciones de voluntad⁴⁵⁹. Un claro ejemplo de lo anterior lo encontramos en el acuerdo de nombramiento de los administradores —al menos, cuando éste recaiga sobre terceros no socios—, el cual produce sus efectos más allá de la esfera interna de la sociedad, ya sea que se contemple como una oferta contractual o como un acto jurídico unilateral y recepticio⁴⁶⁰.

Por tanto, conforme a esta concepción mayoritaria —que, en un sentido amplio, podríamos denominar «negocial»—, los acuerdos de la junta, en cuanto *declaraciones de voluntad*, serían estructuralmente idóneos para alcanzar directamente los mismos resultados prácticos que podrían obtenerse mediante una actuación individual. Ello quiere decir que, mediante un acuerdo de junta, sería posible crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas con efectos frente a terceros, sin necesidad de una actuación ejecutiva por parte de los administradores. Por eso, desde este punto de vista, no parece especialmente problemático atribuir al acuerdo de renuncia el valor de negocio jurídico unilateral por el que la sociedad lleva a cabo, de forma inmediata y con relevancia externa, la abdicación del derecho a la reintegración de los daños derivados de *mala gestio*.

b) No obstante, frente a esta tesis, se alza aquella otra —conocida generalmente como «procedimental»—, para la cual, el acuerdo de la junta no constituye una declaración de voluntad fruto de la combinación o fusión de los votos de los socios en un acto colegial atribuible a la persona jurídica. Se trataría, más bien, del *resultado de un procedimiento* de coordinación de esos votos, mediante la aplicación del principio mayoritario⁴⁶¹. Dicho procedimiento integraría, al mismo nivel que la declaración de

e, incluso, casos en los que es la junta la que *forma y declara* la voluntad social con eficacia directamente externa (cfr. DONATI, A., ob. cit., pp. 23 y ss.). Pronto se advirtió, sin embargo, que, en relación con los órganos colegiales, no es posible imaginar una voluntad formada que no sea, al mismo tiempo, declarada, llegándose a la conclusión, hoy en día mayoritaria, de que los acuerdos de la junta deben considerarse siempre instrumentos de *formación y declaración de la voluntad social* (cfr. CANDIAN, A., *Nullità e annullabilità di delibere di assemblea di società per azioni*, Milán [Giuffrè], 1942, pp. 180 a 183). Así las cosas, el problema de la eficacia interna o externa de los acuerdos de la junta parece haber quedado reducido a la posibilidad de identificar supuestos en los que la voluntad social, formada y declarada por la junta, se proyecte hacia el exterior, dirigiéndose a un tercero ajeno a la sociedad. A este respecto, gran parte de la doctrina parece haber reconocido en el acuerdo de nombramiento de los administradores un supuesto —quizá el único— en el que tiene lugar esa proyección exterior (v. *infra* en el texto y en la nota 460). De ahí que, actualmente, se admita sin dificultades la eficacia externa de los acuerdos de la junta (v., todavía, *infra* en el texto, las reticencias de la denominada tesis «procedimental»).

⁴⁵⁹ Cfr., por todos, GRECO, P., ob. cit., pp. 260 y 261 y GIRÓN, J., *Derecho de sociedades*, ob. cit., p. 312.

⁴⁶⁰ Cfr., entre muchos otros, MINERVINI, G., *Gli amministratori*, ob. cit., pp. 9 y ss. y 56 y ss.; FRÈ, G., *L'organo amministrativo*, ob. cit., p. 67; DONATI, A., ob. cit., p. 29; CANDIAN, A., últ. ob. cit., pp. 185 y ss.; ROMANO-PAVONI, G., ob. cit., p. 64; PAVONE LA ROSA, A., «La rinnovazione delle deliberazioni assembleari invalide», en *Banca e borsa*, 1954, I, pp. 893 y 894; GARRIGUES, J., en Garrigues-Uría, *Comentario*, ob. cit., vol. 2, p. 27; GIRÓN, J., *Derecho de sociedades anónimas*, ob. cit., pp. 284 y 339 y SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores*, ob. cit., pp. 90 y 91.

⁴⁶¹ Aunque esta teoría tiene un antecedente en la obra de CHIOMENTI, F., *La revoca delle deliberazione assembleari*, Milán [Giuffrè], 1969, pp. 79 y ss., su autoría corresponde a FERRO-LUZZI, P., *La conformità*, ob. cit., *passim*. (v. espec. pp. 48 y ss.). En su construcción, este último autor parte de la neta distinción entre los mecanismos de producción de la «acción individual», por un lado, y los mecanismos de producción de la «acción colectiva» o «colegial», por otro. En relación con los primeros, es la

voluntad en los actos individuales, el elemento material de un «acto jurídico» en sentido técnico, al que la norma podría atribuir, en abstracto, cualquier valor⁴⁶². Sin embargo, en concreto, al carecer de estructura declarativa, los acuerdos sólo serían aptos para realizar, por sí mismos, los valores propios del fenómeno societario, pero no aquéllos típicamente individuales. Dicho en otros términos, mediante un acuerdo de junta, únicamente podrían llevarse a cabo, de forma inmediata, actos de naturaleza organizativa o corporativa, mientras que para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas con eficacia externa se requeriría siempre un acto posterior de los administradores —éste sí, de carácter declarativo— que ejecutase —o mejor dicho «actuase»⁴⁶³— el acuerdo de la junta, el cual se vería degradado, en estos casos, a simple «decisión» interna⁴⁶⁴.

De ahí que, para esta otra teoría, la estructura no declarativa del acuerdo, haga de éste un instrumento, en principio, inidóneo para llevar a cabo la renuncia a la acción social de responsabilidad de forma inmediata y sin necesidad de la intervención ulterior de los administradores⁴⁶⁵. Pero decimos en principio, porque un atento análisis de esta reconstrucción permite advertir cómo, en la base de esta —pretendida— ineptitud estructural de los acuerdos sociales para realizar los valores propios de la actuación individual, se halla su incompatibilidad con uno de los rasgos típicos de la declaración de voluntad, como es su carácter potencialmente recepticio⁴⁶⁶. Es decir, lo que, según

«declaración» la que ocupa un papel central y determinante, en la medida en la que son las declaraciones, en cuanto perfectas, las que la norma asume de forma inmediata como objeto de valoración, a fin de atribuirles un determinado valor jurídico. En los segundos, el papel de las declaraciones se altera. Éstas pasan a ser relevantes sólo en la medida en la que contribuyen a la perfección de un «procedimiento»; procedimiento que es ahora el que asume ese papel central, ya que es a éste, una vez perfecto —o sea al «acuerdo»—, al que la norma le atribuye un determinado valor jurídico (v. *infra*, en el texto y en la nota siguiente).

⁴⁶² La tesis de Ferro-Luzzi se asienta sobre una particular concepción de los «hechos jurídicos», que el propio autor expone en su obra *I contratti associativi*, Milán [Giuffrè], 1971, *passim*, (v. espec., pp. 131 y ss.). El «acto jurídico» —como, en general, el «hecho jurídico»— no puede entenderse en sentido «empírico», esto es, como un comportamiento humano jurídicamente relevante. Se trata, por el contrario, de un concepto estrictamente jurídico, que designa un fenómeno unitario, compuesto por dos elementos: uno material, la declaración de voluntad en la actividad individual y el proceso de formación de la mayoría, o mejor dicho, su resultado (el acuerdo) en la actividad colectiva o colegial; y otro formal, el valor que la norma atribuye al elemento material formado y perfecto. *A priori*, la norma podría atribuir cualquier valor jurídico a los acuerdos; sin embargo, el hecho de que éstos carezcan de estructura declarativa hace que únicamente se les puedan reconocer valores propios del fenómeno societario (v. *infra* en el texto).

⁴⁶³ Hablando con propiedad, este nuevo acto de los administradores no se limitaría a «ejecutar» la decisión de la junta, dado que se trataría de un acto totalmente distinto y autónomo respecto a ésta, que presentaría una estructura, forma y régimen jurídico propios. Cfr. FERRO-LUZZI, P., *La conformità*, ob. cit., pp. 104 y ss.

⁴⁶⁴ FERRO-LUZZI, P., *La conformità*, ob. cit., pp. 106 y ss.

⁴⁶⁵ De hecho, para FERRO-LUZZI, P., últ. ob. cit., p. 87, nota 44, el acuerdo de renuncia a la acción social debe entenderse como una aprobación en sentido técnico —recordemos que el artículo 2393, párrafo sexto del *Codice civile* habla de «aprobación» de la renuncia (v. *supra* la nota 282 y el texto correspondiente)— y, por ende, como un acto que se presenta como *condicio iuris* de eficacia del negocio de renuncia ya realizado por los administradores.

⁴⁶⁶ Como señala FERRO-LUZZI, P., *La conformità*, ob. cit., p. 78, «non pare dubbio che la deliberazione, di per sé, non possa concretare il comportamento che dei fenomeni recettizi e proprio, e ciò perché al

esta teoría, hace que un acuerdo de la junta no sea apto, por sí mismo, para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas es, en el fondo, la imposibilidad de identificar en el procedimiento deliberativo aquella destinación *ad alterum* que caracteriza los fenómenos recepticios.

Siendo esto así, el acuerdo no podrá contemplarse, ciertamente, como oferta o aceptación de un contrato y, ni siquiera, como acto o negocio unilateral cuando éste deba ser dirigido o notificado a un tercero para desplegar sus efectos. Pero nada obsta para que un determinado acuerdo asuma, junto al valor corporativo u organizativo que le es propio, también el valor característico de un acto o negocio jurídico *no recepticio*⁴⁶⁷. Y esto es, precisamente, lo que sucede con el acuerdo de renuncia a la acción social de responsabilidad, el cual es, como sabemos, un acto esencialmente corporativo (*supra* §7.I.1), pero es, al mismo tiempo, un acto dispositivo, que produce por sí mismo la abdicación del derecho al resarcimiento del patrimonio social, sin necesidad de que se dirija a un tercero o de que se ponga en su conocimiento (*supra* 1.3). Por eso, creemos que esta tesis no supone ningún impedimento a la hora de considerar al acuerdo de la junta —por sí sólo y sin que se requiera un acto posterior de los administradores— como un negocio jurídico unilateral y no recepticio de renuncia o, cuando menos, para atribuirle ese valor jurídico.

De esta manera, es posible concluir que, mediante el acuerdo de renuncia, la junta no se dirige a los administradores que ostentan en ese momento la representación de la sociedad, ni genera en ellos obligación alguna. Tampoco se dirige al administrador o administradores inculpados. Lo que hace es disponer, ella misma, de manera inmediata y con relevancia externa, de una pretensión indemnizatoria que forma parte del patrimonio social, abdicando de su titularidad y provocando, indirectamente, su extinción⁴⁶⁸. Es el propio acuerdo de la junta el que produce los efectos típicos de la

procedimento [...], alla sua giuridica consistenza e perfezione, è del tutto estranea quella direzione al terzo, che in caso de recettività costituisce "un aspetto di coerenza intrinseca della stessa manifestazione"».

⁴⁶⁷ Cfr., en sentido conforme, ABBADESSA, P., *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, Milán [Giuffrè], 1975, pp. 161 y 162 y nota 88, quien critica, en este punto, la tesis de Ferro-Luzzi, en relación con los acuerdos del consejo. A juicio de aquél, no podría dudarse, por ejemplo, de la eficacia de una renuncia realizada por el consejo —declaración pura y simple, no recepticia—, «sulla base della (presunta) inidoneità dell'azione collegiale a produrre dichiarazioni indirizzate». Ahora bien, lo cierto es que, para FERRO-LUZZI, P., *últ. ob. cit.*, pp. 106 y ss., el problema de los valores que cabe atribuir a los acuerdos de la junta no está relacionado con su carácter recepticio o no recepticio —categorías éstas, que, para el autor, sólo resultan aplicables a los actos individuales—, sino con la naturaleza social o individual del concreto valor. Con todo, hemos sido incapaces de identificar en su construcción otro elemento, al margen de la «recepticidad», que sirva para discriminar los valores que el acuerdo de la junta puede o no puede adoptar. De hecho, el propio FERRO-LUZZI, P., *últ. ob. cit.*, p. 102 y p. 172, nota 123, reconoce una excepción a su teoría. Se trata del acuerdo de reparto de dividendos, el cual, pese a ser un acto de la organización, desplegaría efectos directamente constitutivos de derechos subjetivos, perfectos y externos a la organización social; es decir, efectos propios de la actuación individual. En nuestra opinión, lo que hace que el acuerdo de reparto de dividendos pueda tener estos efectos «no corporativos» es, precisamente, que tales efectos se producen sin necesidad de que el acuerdo se dirija a los socios, es decir, con independencia de su carácter recepticio.

⁴⁶⁸ Así, BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, *ob. cit.*, pp. 141 y 142. En el mismo sentido, DELL'ATTI, G., *La rinunzia*, *ob. cit.*, pp. 185, 289 y 290.

renuncia y determina la imposibilidad de ejercitar la acción social, no sólo para la sociedad, sino también para al resto de sujetos a los que la ley legitima con carácter extraordinario: administración concursal (*supra* §7.II.1.2), acreedores y socios minoritarios (*infra* V). En otras palabras, *el acuerdo de la junta es, en sí mismo, el negocio jurídico de renuncia*.

Lo anterior nos permite afirmar, además, el carácter *irrevocable* de este acuerdo. Tras haber acordado válidamente la renuncia, la junta no podrá adoptar un nuevo acuerdo que deje sin efecto el anterior, pues lo contrario significaría, como se ha señalado acertadamente, dejar en manos de la junta «una resurrección, *sin causa alguna*, de un derecho ya extinguido, una adquisición infundada de un derecho por el ex renunciante»⁴⁶⁹.

3. La posición de los administradores frente al acuerdo de renuncia

3.1. La posición de los administradores que ostentan la representación de la sociedad en el momento en que se acuerda la renuncia

Del hecho de que el acuerdo de renuncia constituya un negocio jurídico abdicativo, perfecto y eficaz es posible extraer importantes consecuencias a la hora de perfilar la *posición en la que se sitúan los administradores* en relación con el mismo. De un lado, nos permite confirmar cuanto dejamos apuntado en otra parte acerca de los *administradores que ostentan la representación de la sociedad en el momento en que se adopta el acuerdo* (*supra* §7.I.2): éstos deben poner en manos de la junta toda la información necesaria para que el acuerdo se adopte de manera consciente, pero no asumen ninguna obligación en cuanto a la *decisión* abdicativa. Además, sólo en el caso de que la renuncia tenga lugar en sede judicial, el acuerdo de la junta requerirá un mínimo acto ulterior de ejecución, consistente en otorgar poder especial de representación al procurador, en aquellos casos en los que su intervención sea preceptiva (art. 23 LEC), para que éste presente el pertinente escrito de renuncia (art. 25.2 LEC). Por tanto, salvo en ese supuesto, tampoco asumen obligación alguna en relación con su *ejecución*.

Las obligaciones de los administradores se circunscriben, como decimos, a poner en conocimiento de la junta toda aquella información necesaria para que el acuerdo de renuncia se adopte de manera *plenamente consciente*. Veámos en el epígrafe anterior (*supra* §8), que este pleno conocimiento trata de garantizarse mediante la exigencia de que la renuncia a la acción social conste en el orden del día y de que se articule por medio de un acuerdo de carácter expreso. Requisito este último que se concreta también en la necesidad de que el objeto de la renuncia esté perfectamente determinado y no sea meramente determinable (*infra* II.1.1) y de que el negocio abdicativo tenga como causa la creación de valor para la sociedad (*infra* II.2). Pues bien, los deberes de información de los administradores giran en torno a estos dos aspectos, por lo que estarán obligados

⁴⁶⁹ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema*, ob. cit., vol. 1, p. 467 (en cursiva en el original).

a suministrar a los socios todos aquellos datos e informaciones que les permitan, de un lado, conocer con exactitud la pretensión o pretensiones abandonadas y, de otro, apreciar la oportunidad y conveniencia —en definitiva, la conformidad con el interés social— del acto abdicativo. El cauce para proporcionar esta información será, en principio, el establecido con carácter general por los artículos 196 y 197 de la Ley de Sociedades de Capital. Cuando se trate, por tanto, de una sociedad de responsabilidad limitada (art. 196 LSC), los administradores deberán proporcionar a los socios la información que éstos soliciten por escrito, con anterioridad a la celebración de la junta o verbalmente, durante el desarrollo de la misma. Y lo mismo en el caso de que se trate de una sociedad anónima (art. 197 LSC), si bien, debe tenerse en cuenta que, en este otro supuesto, las aclaraciones e informaciones que se soliciten con carácter previo a la celebración de la junta deberán hacerse llegar a los administradores antes del séptimo día anterior al previsto para la celebración de la misma (art. 197.1 LSC), y que las que se soliciten verbalmente durante su desarrollo podrán ser contestadas dentro de los siete días siguientes a los de la terminación de la junta cuando no pudieran suministrarse en ese momento (art. 197.2 LSC)⁴⁷⁰.

No obstante, el carácter potencialmente lesivo del acuerdo de renuncia impone, *de facto*, una carga adicional a los administradores. Como hemos dicho, el acuerdo de renuncia a la acción social de responsabilidad debe estar dotado de causa, lo que, en esencia, se traduce en la necesidad de que la abdicación del derecho al resarcimiento del daño derivado de la *mala gestio* de los administradores se traduzca en una creación de valor para la sociedad. Cuando falte esta justificación causal, el acuerdo podrá ser impugnado con base en la lesión del interés social en beneficio de uno o varios terceros —los administradores— (art. 204.1) y el negocio de renuncia anulado (arts. 6 II y 1275 CC)⁴⁷¹. Ahora bien, como podrá comprenderse, la obligación de justificar la renuncia en la obtención de una ventaja patrimonial —o de cualquier otra índole— que ya de por sí se antoja complicada, se vuelve aún más difícil cuando el sujeto renunciante es una sociedad de capital, por el hecho de que la pretensión indemnizatoria abandonada forma parte de un patrimonio —el social— cuya titularidad se halla referida, en última instancia a una pluralidad de sujetos —los socios— que pueden verse perjudicados por la decisión (*infra* II.2.2). Esto hace que el acuerdo de renuncia sea extraordinariamente vulnerable a las acciones de impugnación y que sobre los administradores pese la obligación —*rectius*, la carga *de facto*— de hacer expresa la causa de la renuncia, lo que supone un plus en sus deberes de información a la junta. En concreto, deberán dar

⁴⁷⁰ Adviértase que, tras la reforma de 2014, el artículo 297.5 de la Ley de Sociedades de Capital declara que la vulneración del derecho del accionista a solicitar aclaraciones o formular preguntas durante el desarrollo de la junta no dará lugar a la impugnación del acuerdo, sino únicamente a la indemnización de los daños y perjuicios. A su vez, el artículo 204.3, letra «b», de la Ley de Sociedades de Capital impide la impugnación del acuerdo sobre la base de la incorrección o insuficiencia de la información suministrada por los administradores en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta, «salvo que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación».

⁴⁷¹ V. lo que decimos, más abajo, al final del apartado II.2.2.

cumplida explicación acerca de los motivos que, a su juicio, hacen que el acuerdo de renuncia sea la opción más conveniente para el interés social⁴⁷².

En la práctica, lo habitual —sobre todo en las sociedades cotizadas— será que los administradores elaboren un informe, similar al requerido para la modificación de estatutos (art. 286 LSC) o para delegar en los administradores la facultad de excluir el derecho de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones (arts. 308.2, letra «a», y 506.2 LSC), en el que se detalle la propuesta de renuncia y se justifique su adopción, señalando los motivos por los que el acuerdo debiera ser adoptado⁴⁷³. Sin embargo, dado que la redacción de este informe no es una obligación legal, los socios no podrán exigirla ni solicitar a los administradores que la pongan a su disposición con anterioridad a la celebración de la junta.

Como vemos, los deberes que asumen los administradores, en relación con el acuerdo de renuncia son básicamente informativos. De ahí que no quepa imputarles responsabilidad alguna, ni frente a la sociedad ni frente a terceros, por los daños que pudieran derivarse de su adopción⁴⁷⁴. Entiéndase bien esto último. Ante la sociedad, los

⁴⁷² El hecho de que la minoría pueda vetar el acuerdo de renuncia sitúa a los administradores en una posición ciertamente delicada en relación con los límites al derecho de información. Por un lado, los socios minoritarios vetarán la aprobación del acuerdo siempre que estimen que la información suministrada por los administradores es insuficiente. Pero estos últimos estarían obligados, por otro lado, a no proporcionar la información solicitada cuando «la publicidad de ésta perjudique el interés social» (art. 196.2 LSC, *in fine*), «sea innecesaria para la tutela de los derechos del socio, o existan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales o su publicidad perjudique a la sociedad o a las sociedades vinculadas» (art. 197.3 LSC, segundo inciso). El derecho a la información no es, pues, ilimitado ni siquiera en estos casos (*contra* BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, ob. cit., p. 180). Le corresponde al administrador realizar la delicada labor de ponderar los intereses en juego, y suministrar, en consecuencia, la información que sea estrictamente necesaria para que la decisión de la junta sea plenamente informada. Todo ello sin perjuicio de que, en aquellos supuestos en los que la solicitud de información provenga de tantos socios que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social —o la menor medida que en su caso se hubiera establecido en los estatutos, si se trata de una sociedad anónima— los administradores no puedan negarse a proporcionarla (arts. 196.3 y 197.4 LSC).

⁴⁷³ Éste ha sido el caso del único acuerdo de renuncia a la acción social adoptado por una sociedad cotizada del que tenemos constancia. Se trata de la renuncia a la acción ejercitada por Banco Español de Crédito («Banesto») contra algunos de sus antiguos administradores. Dicho acuerdo —sobre el que volveremos más adelante, cuando hablemos del objeto y de la causa de la renuncia, v. *infra* II.1.1 y II.2.2— fue aprobado en junta general extraordinaria celebrada el 6 de julio de 2012. El día 1 de junio de 2012, los administradores remitieron a la CNMV, al tiempo que lo publicaban en su página web, un informe en el que se detallaban las circunstancias que, en su día, originaron el ejercicio de la acción social de responsabilidad, así como los motivos que justificaban la adopción del acuerdo de renuncia (el informe se encuentra publicado en la página web de la CNMV; febrero de 2015).

⁴⁷⁴ En idéntico sentido, cfr. BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, ob. cit., p. 152. Cuando analicemos la posibilidad y licitud de un acuerdo de renuncia preventivo (*infra* II.1.2) tendremos ocasión de exponer los argumentos que permiten afirmar, *de lege lata*, la irresponsabilidad de los administradores por la ejecución de un acuerdo en materia de gestión, a pesar de que el riguroso tenor literal del artículo 236.2 de la Ley de Sociedades de Capital parezca indicar lo contrario. La ejecución de un acuerdo válido es un acto debido para los administradores, que excluye de raíz su responsabilidad por los daños que el mismo pudiera ocasionar en el patrimonio social. La responsabilidad subsiste, únicamente, por aquellos aspectos meramente ejecutivos cuya determinación se hubiera dejado a la discrecionalidad de los administradores. Y, como hemos dicho en la nota anterior, el margen de ejecución de la renuncia, incluso en los supuestos en los que ésta se lleva a cabo en el proceso, son extraordinariamente reducidos. Con todo, la indebida ejecución de la renuncia podría desencadenar la responsabilidad del administrador, siempre y cuando se

administradores serán responsables, desde luego, si la información suministrada fue defectuosa, insuficiente o sesgada, pero no si la decisión finalmente adoptada fue inoportuna o si sus términos concretos no maximizaron el interés de los socios. Y, ante los terceros, no responderán porque el acuerdo no podrá adoptarse nunca en daño de sus intereses. A estos efectos, son «terceros» que podrían verse perjudicados por la renuncia aquellos sujetos legitimados extraordinariamente para ejercitar la acción social de responsabilidad, esto es, la administración concursal, los acreedores y la minoría. Por lo que a la administración concursal se refiere, hemos visto que la renuncia de la sociedad, realizada con anterioridad a la declaración de concurso, le resulta plenamente oponible por cuanto aquélla únicamente puede ejercitar los derechos que subsisten en el patrimonio del deudor concursado (*supra* §7.II.1.2). Ahora bien, si el acuerdo abdicativo se adoptó en perjuicio de los acreedores, siempre podrá ser objeto de rescisión (art. 71.1 LC) o de anulación (art. 6 II CC, en relación con el art. 71.6 LC)⁴⁷⁵. De igual manera, los acreedores, en la medida en que ejercitan la acción social de responsabilidad en vía subrogatoria (art. 1111 CC) (*infra* §10.I.3), tampoco podrán demandar a los administradores si la sociedad renunció *in bonis*, pero podrán anular o rescindir la renuncia cuando ésta se hubiera llevado a cabo en una situación de desequilibrio patrimonial, lesionando sus legítimas expectativas de cobro (arts. 6 II, 1111 y 1291.3º CC) (*infra* §10.II.1). A su vez, la minoría goza de un derecho de oposición frente a la decisión mayoritaria favorable a la renuncia, que les permitirá paralizarla cuando la información proporcionada por los administradores no les satisfaga plenamente o cuando consideren que la renuncia lesiona, de un modo u otro, el interés de la sociedad (*infra* IV).

3.2. La posición de los administradores inculcados

Por su parte, la posición de los *administradores inculcados* frente a la renuncia también se halla determinada por el hecho de que el acuerdo de la junta representa un negocio abdicativo de carácter unilateral y no recepticio. En efecto, la validez y plena eficacia del mismo no dependen ni de su consentimiento, ni tan siquiera de que el acuerdo haya sido puesto en su conocimiento, por lo que, en ningún caso, se requiere su colaboración o intervención. Como hemos repetido ya varias veces, la renuncia agota sus efectos inmediatos en la esfera patrimonial de la sociedad, de forma que el administrador inculcado no dispone de ningún medio para evitar la extinción de la obligación, que tiene lugar de manera indirecta⁴⁷⁶.

produzca un daño en el patrimonio social, lo que difícilmente tendrá lugar por el hecho de no haberse ejecutado o haberse ejecutado mal la renuncia.

⁴⁷⁵ V. *supra* la nota 333.

⁴⁷⁶ *Contra*, BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, ob. cit., pp. 159 y ss. Para este autor, el administrador inculcado, como cualquier otro deudor, carece de un «derecho al cumplimiento», por lo que la renuncia es siempre un acto unilateral. No obstante, sí ostenta un interés a no verse liberado por la sola decisión de la junta, que «*potrebbe risultare, in certe circostanze, umiliante ed oltraggiosa per la dignità e per la personalità morale e patrimoniale dell'amministratore medesimo*». En consecuencia, considera aplicable a este supuesto el artículo 1236 del *Codice civile*, dictado en materia de condonación, conforme al cual, la

II. OBJETO Y CAUSA DEL ACUERDO DE RENUNCIA

1. El objeto del acuerdo de renuncia

En el capítulo segundo hemos hablado largo y tendido acerca de cuál es el objeto de la renuncia a la acción social de responsabilidad. No se trata, por tanto, de repetir aquí las conclusiones que alcanzamos allí y sobre las que hemos ido insistiendo a lo largo de este estudio: *i.e.* que el acuerdo de renuncia tiene por objeto el *derecho sustantivo* al resarcimiento del patrimonio social lesionado por los administradores. Lo que se analiza en este apartado es, por un lado, qué grado de determinación debe tener el derecho de crédito que se abandona para que la decisión de la junta pueda considerarse plenamente consciente e informada (1.1) y, por otro, si esos requisitos resultan compatibles con una renuncia *ex ante*, que tenga por objeto una responsabilidad eventual y futura (1.2).

1.1. Carácter determinado y no meramente determinable del objeto

El objeto de la renuncia, como, en general, el de cualquier otro negocio jurídico patrimonial, debe ser determinado o, cuando menos, determinable (art. 1261.2º y 1273 CC). La justificación de este requisito es evidente: para que pueda decirse que el negocio existe «es necesario que se conozca ya el concreto objeto sobre el cual el mismo ha de versar [objeto determinado] o, por lo menos, que pueda llegar a conocerse sin necesidad de un nuevo acuerdo de las partes [objeto determinable]»⁴⁷⁷. Con ello se permite que el requisito de la determinación se entienda cumplido no sólo cuando el objeto está perfectamente definido desde el principio, sino también cuando se hayan señalado los datos o elementos suficientes o se hayan establecido los criterios necesarios para que esa determinación pueda realizarse sin que deba llevarse a cabo una nueva manifestación de voluntad⁴⁷⁸. Pues bien, cuando a lo que está renunciando la sociedad es a la acción ya ejercitada judicialmente o simplemente acordada por la junta, la determinación del objeto no plantea especiales problemas. Bastará con que en la propuesta formulada por los administradores o por los socios se haga referencia al correspondiente acuerdo o al proceso en el que va a tener lugar la renuncia.

declaración remisoría extingue la obligación cuando sea comunicada al deudor, a no ser que éste manifieste no querer aprovecharse de la misma, en un plazo razonable. De esta forma, la renuncia a la acción social de responsabilidad debería ponerse en conocimiento del administrador inculcado, el cual podría resolver sus efectos, poniendo en conocimiento de la junta su oposición. Al margen de que esta situación en la que el administrador no quiera beneficiarse de la renuncia parece poco realista, lo cierto es que nosotros hemos defendido la autonomía del negocio de renuncia frente a la condonación (v. *supra* la nota 446 y el texto correspondiente). Por lo tanto, aunque pueda reconocerse que, también en el Ordenamiento español, esta última tiene carácter recepticio (cfr., en este sentido, FLORENSA, C.E., ob. cit., pp. 147 y ss.), a nuestro juicio, la renuncia a la acción social de responsabilidad es plenamente eficaz sin necesidad de que se ponga en conocimiento del administrador inculcado, quien no podrá impedir sus efectos.

⁴⁷⁷ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, ob. cit., vol. 1 (6ª ed., 2007), p. 251.

⁴⁷⁸ HERRERO GARCÍA, M.J., «Comentario al artículo 1273 CC», en Albaladejo/Díaz Alabart (Dirs.), *Comentarios*, ob. cit., tomo 17, vol. 1-B, p. 477.

Un buen ejemplo de ello lo encontramos en el acuerdo de renuncia a la acción social aprobado por la junta general del Banco Español de Crédito («Banesto») el día 6 de julio de 2012⁴⁷⁹. En el supuesto concreto, «Banesto» decidió renunciar a una acción que había sido previamente acordada por la junta y cuya tramitación judicial se hallaba en fase de recurso ante el Juzgado de Primera Instancia. El tenor literal de la propuesta de acuerdo formulada por los administradores y sometida a la aprobación de la junta era el siguiente: «*Renunciar al ejercicio de la acción social de responsabilidad de administradores promovida en virtud de acuerdo adoptado en la Junta General de Accionistas de Banco Español de Crédito, S.A. de 26 de marzo de 1994, y entablada mediante demanda promovida ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 46 de Madrid (autos nº 371/1994) contra los administradores de la entidad que lo eran a 27 de diciembre de 1993*».

Ahora bien, sabemos que la renuncia a la acción social puede tener lugar desde el mismo momento en el que se produce el daño en el patrimonio de la sociedad, antes de que la acción se haya ejercitado judicialmente, e incluso antes de que se haya acordado formalmente su ejercicio (*supra* §6.II.2). Será, por tanto, en estos casos, en los que la determinación del derecho renunciado presente más dificultades. Ante la ausencia de mayores indicaciones en el artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital acerca del contenido del acuerdo de renuncia, cabe plantearse la licitud y eficacia de un acuerdo abdicativo que tuviera por objeto no ya pretensiones resarcitorias perfectamente determinadas, sino meramente determinables. Se trata de comprobar hasta qué punto un acuerdo de la junta que se adopte de forma expresa y sin oposición de la minoría, pero que se refiera, en general, a la responsabilidad incurrida durante todo el mandato de los administradores o durante un período de tiempo concreto puede desplegar los efectos abdicativos propios de la renuncia.

En este sentido, hay que tener en cuenta que el derecho al resarcimiento de los daños ocasionados por la *mala gestio* de los administradores se escinde en tantos segmentos autónomos como actos de gestión lesivos hayan realizado los administradores en violación de sus deberes de diligencia y lealtad (art. 236.1 LSC)⁴⁸⁰. Dicho de otro modo, dentro de un genérico derecho de crédito a la reintegración del patrimonio social es posible distinguir tantos derechos de crédito individuales como actos lesivos y culpables hayan llevado a cabo los administradores⁴⁸¹. Lo que queremos saber es si el acuerdo de renuncia puede recaer sobre ese derecho genérico, en cuyo caso el objeto sería simplemente determinable, o si debe referirse necesariamente a uno o varios de los derechos individuales que lo componen, lo que implicaría que el acuerdo debería tener un objeto perfectamente determinado.

La cuestión ha quedado resuelta en buena medida en el epígrafe anterior (*supra* §8.II). Al hablar del carácter expreso del acuerdo de renuncia, decíamos que éste debe ir precedido de toda la información necesaria para que la decisión sea plenamente consciente e informada. Precisamente por eso, el artículo 238.4 de la Ley de Sociedades de Capital declara que la «aprobación de las cuentas anuales no impedirá el ejercicio de

⁴⁷⁹ V. *supra* la nota 473.

⁴⁸⁰ Así, cuasi textualmente, BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, ob. cit., p. 289.

⁴⁸¹ *Ibidem*.

la acción de responsabilidad ni supondrá la renuncia a la acción acordada o ejercitada». Como se recordará, este precepto está llamado a cumplir una doble función en relación con la renuncia a la acción social. Por un lado, cumple la que hemos denominado «función de delimitación externa» que consiste, básicamente, en poner de manifiesto que el acuerdo de aprobación de las cuentas tiene un objeto y una naturaleza jurídica completamente distintos a los del acuerdo de renuncia: aquél es una mera declaración de ciencia a través de la cual los socios constatan la conformidad de las cuentas con la situación patrimonial de la sociedad, mientras que éste constituye un auténtico negocio jurídico por el que se abandona la titularidad de una pretensión resarcitoria sustantiva o material. De ahí que la aprobación de las cuentas y el posterior ejercicio de la acción social no puedan verse nunca como actos contradictorios que vulneren la prohibición de *venire contra factum proprium* (*supra* §8.II.1.2). Pero, como decimos, este precepto cumple también una segunda función de «delimitación interna» que es la que ahora nos interesa. En efecto, al declarar que la aprobación de las cuentas no puede equipararse a la renuncia, el artículo 238.4 de la Ley de Sociedades de Capital deja claro que la información suministrada por estos documentos es insuficiente y, en consecuencia, impide que los socios puedan valorar el alcance de su decisión de manera analítica y consciente. En otras palabras, la aprobación de las cuentas —y del informe de gestión— carece de efectos abdicativos porque impide a los socios conocer con el adecuado nivel de determinación el derecho al resarcimiento de los daños ocasionados por los administradores que se pretende abandonar (*supra* §8.II.1.1). Esta conclusión se ve avalada además por el artículo 236.2 de la Ley de Sociedades de Capital que impone la obligación de que la renuncia se adopte mediante un acuerdo expreso precisamente porque parte de la presunción de que cualquier otro acuerdo —descargo, aprobación o ratificación— que tienda a exonerar a los administradores una vez que se ha producido el hecho dañoso tiene un carácter genérico y, por tanto, no permite saber con exactitud a qué derecho se estaría renunciando (*supra* §8.II.2.1).

Todo ello es coherente con las particularidades que presentan tanto el crédito renunciado, como el sujeto renunciante. El primero tiene su origen en una actividad compleja, como es la administración de la sociedad, que se descompone y articula en un sinnúmero de singulares actos de gestión. Se trata, por ello mismo, de una actividad imprevisible e indeterminable si no es con referencia a cada uno de esos actos. Por su parte, el «sujeto» renunciante, esto es, la junta o, mejor dicho, la mayoría sin oposición de los socios minoritarios (art. 238.2 LSC) se caracteriza —al menos, en las sociedades cotizadas o con un capital disperso— por un total desconocimiento del día a día de la gestión realizada por los administradores. Los únicos instrumentos a través de los cuales los socios pueden obtener información acerca de la gestión son las cuentas y el informe de gestión, pero ninguno de ellos es capaz de ofrecer un cuadro detallado y analítico de las distintas operaciones cuya ejecución pudiera haber lesionado el patrimonio social (art. 238.4 LSC).

Por este motivo, debe descartarse la posibilidad de una renuncia que tenga por objeto, sin más, el derecho al resarcimiento del daño derivado de toda la actividad de gestión desarrollada a lo largo del ejercicio. Referida a la responsabilidad de los

administradores, ésta no pasa de ser una fórmula abstracta y privada de cualquier valor jurídico⁴⁸². No cabe, pues, la renuncia a la acción social con un objeto meramente determinable. Es necesario que los socios conozcan a la perfección el derecho que abandonan y, para ello, es imprescindible que describan todos y cada uno de los elementos que lo componen. En particular, deberán identificarse con precisión: (a) el administrador o los administradores a los que se pretende exonerar; (b) el comportamiento negligente o desleal que se les imputa; y (c) el daño experimentado en el patrimonio social como consecuencia de dicho comportamiento.

Si falta alguno de estos elementos o no se encuentra lo suficientemente detallado, el acuerdo será, a pesar de ello, válido, pero no desplegará los efectos propios de la renuncia. El derecho continuará existiendo en el patrimonio social y, en principio, podrá seguir siendo ejercitado por la sociedad, por los socios minoritarios o por los acreedores. Con todo, el acuerdo podrá haber generado en los administradores una confianza legítima que podría llevar a desestimar la demanda presentada por la sociedad o por los socios que votaron a favor del acuerdo por vulnerar la prohibición de *venire contra factum proprium*⁴⁸³.

1.2. La posibilidad de una «renuncia» preventiva. Esbozo del problema

Según lo dicho, la válida abdicación del derecho al resarcimiento del patrimonio social lesionado por la *mala gestio* de los administradores no requiere únicamente un acuerdo expreso de la junta (*supra* §8.II) y la ausencia del veto de la minoría cualificada (*infra* IV); es preciso, además, que se lleve a cabo una concreta determinación de todos y cada uno de los actos de administración que integran la pretensión resarcitoria abandonada. Los socios deben ser plenamente conscientes del alcance de su decisión, y eso sólo es posible si el acuerdo de renuncia tiene por objeto un derecho de crédito perfectamente determinado y no meramente determinable. Lo que nos preguntamos ahora es si esta exigencia resulta compatible con la aprobación de un acuerdo de renuncia de carácter preventivo, esto es, anterior a la realización del acto lesivo. La situación sería la siguiente: ante una concreta operación de gestión que se presenta especialmente arriesgada o potencialmente perjudicial, los administradores optan por dirigirse a la junta, a fin de que ésta les libere de la responsabilidad por los daños que eventualmente pudieran irrogarse al patrimonio social con su ejecución. Un acuerdo de este tipo, ¿es admisible en nuestro Ordenamiento? Y, en el caso de que lo fuera, ¿debería quedar sometido al régimen de la renuncia a la acción social de responsabilidad?

De forma casi intuitiva, cabría responder a la primera pregunta negando cualquier efecto abdicativo a un acuerdo que, por ser anterior a los hechos que generaron la pretensión resarcitoria, impediría a la sociedad determinar con la debida precisión el

⁴⁸² BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, ob. cit., p. 294.

⁴⁸³ En definitiva, el acuerdo de renuncia genérico no es otra cosa que un «descargo», con el valor jurídico que a éste quepa atribuirle (v. *supra* §8.II.2.2).

derecho de crédito sobre el que vendría a operar la renuncia⁴⁸⁴. Pero, con la misma intuición, se podría replicar que la inadmisibilidad de una renuncia preventiva no puede reconducirse, sin más, a una insuficiente información de la junta y a la imposibilidad de que ésta evalúe y comprenda el alcance y los efectos de su decisión. El hecho de que las operaciones respecto de las cuales se pretende exonerar de responsabilidad a los administradores aún no se hayan llevado a cabo no impide, en efecto, que los socios puedan prefigurarse, con total exactitud, el derecho de crédito del que eventualmente estarían disponiendo⁴⁸⁵. Si, gracias a la información exhaustiva y detallada que les proporcionan los administradores, los socios llamados a decidir en junta acerca de la renuncia son plenamente conscientes de las características, el significado y las posibles consecuencias que podrían derivarse de su decisión, no habría, en realidad, ninguna razón para diferenciar este supuesto de aquel otro en el que la renuncia se acuerda *ex post*, una vez que el acto dañoso ha tenido lugar y el derecho al resarcimiento ha entrado ya a formar parte del patrimonio social⁴⁸⁶. Debería admitirse, entonces, la plena validez de un acuerdo de renuncia preventiva al ejercicio de la acción social, limitado siquiera a la responsabilidad derivada de aquellas concretas operaciones que hubieran sido rigurosamente ilustradas a la junta, siempre y cuando se respetasen, además, el resto de requisitos establecidos en el artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital; es decir, siempre que la renuncia se aprobase mediante un acuerdo expreso frente al que la minoría titular del cinco (o el tres) por ciento del capital social no hubiera manifestado su oposición⁴⁸⁷.

⁴⁸⁴ Así, *Trib. Milano*, de 2 de diciembre de 2005, en *Società*, 2006, p. 1535: «*La rinuncia all'azione sociale di responsabilità, perché possa produrre efficacia, deve essere deliberata dall'assemblea in relazione a specifici e concreti episodi di amministrazione integranti la pretesa risarcitoria della società; per tale ragione, non è ammissibile una rinuncia anteriore ai fatti di mala gestio*». En idéntico sentido, pueden verse *Trib. Milano*, de 10 de febrero de 2000, en *Giur. comm.*, 2001, II, p. 326 y *Trib. Roma*, de 28 de septiembre de 1998, cit. A la misma conclusión llega FRANCHI, A., ob. cit., pp. 729 y 730.

⁴⁸⁵ TINA, A., «*Insindacabilità*», ob. cit., p. 353.

⁴⁸⁶ *Ibidem*. No obstante, y a pesar de lo afirmado en el texto, la equiparación de una renuncia preventiva con una renuncia *ex post* no es tan sencilla, puesto que lo que se plantea aquí no es únicamente un problema de información de los socios. En el fondo, lo que subyace a la posibilidad de renunciar anticipadamente al ejercicio de la acción social es el carácter imperativo o meramente dispositivo de la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad (v. *infra* en el texto y en la nota 541).

⁴⁸⁷ Admiten la posibilidad de una renuncia preventiva, acordada con los mismos requisitos exigidos para la renuncia *ex post*, CALANDRA BUONAURO, V., *Gestione dell'impresa*, ob. cit., p. 158, nota 37: «*non intendo mettere indubbio la possibilità dell'assemblea di rinunciare preventivamente all'azione di responsabilità con riferimento a specifiche operazioni (quando ciò costituisca esplicitamente l'oggetto della deliberazione e nel rispetto delle condizioni previste dall'art. 2393⁴ c.c. [...])*»; BORGIOLO, A., *L'amministrazione delegata*, Florencia [Nardini], 1982, p. 38: «*non si vede perché non possa rinunciarvi preventivamente (sia pure con le stesse garanzie), non già in modo generico (che non avrebbe alcun valore), ma in relazione a una o più specifiche operazioni*»; BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, ob. cit., pp. 332 y ss.; BONELLI, F., *La responsabilità*, ob. cit., p. 178, nota 49, y GUERRERA, F., *La responsabilità deliberativa nelle società di capitali*, Turín [Giappichelli], 2004, p. 63. En la jurisprudencia italiana puede verse, en el mismo sentido, *Trib. Milano*, de 16 de enero de 1995, en *Gius.*, 1995, p. 3752: «*È ammissibile la preventiva rinuncia all'azione di responsabilità contro gli amministratori purché la relativa delibera assembleare si riferisca a specifiche vicende gestionali dettagliatamente descritte nel contesto dell'atto*».

Con todo, la licitud de una renuncia anticipada ha sido rechazada de forma prácticamente unánime por la doctrina y la jurisprudencia, no ya sobre la base de un posible defecto de información, sino en atención al *carácter imperativo y, por ende, indisponible del régimen de responsabilidad de los administradores frente a la sociedad*⁴⁸⁸. En este sentido, se afirma con relativa frecuencia que los administradores se hallan investidos de una competencia de carácter funcional, que deriva directamente de la ley y que deben ejercitar no sólo en interés de la sociedad, sino también de los acreedores y de la colectividad en general⁴⁸⁹. La limitación de la responsabilidad personal de la que se benefician los socios de una sociedad de capital hace que los acreedores y demás terceros cuenten únicamente con el patrimonio social como garantía de sus intereses. Por este motivo, la organización corporativa de la sociedad sería un rasgo tipológico que tendería a garantizar la correcta gestión de la empresa a través de la despersonalización de la participación del socio y la creación de un órgano ágil e independiente que tendría encomendadas las más amplias funciones de administración⁴⁹⁰. En el marco de esta organización, el régimen de responsabilidad que grava a los administradores constituiría el complemento necesario a tan amplios poderes, operando como una eficaz medida disuasoria frente al riesgo de una gestión

⁴⁸⁸ La afirmación del carácter cogente de las normas que regulan la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad ha sido una constante tanto en España como en Italia. Ya vimos cómo, durante la vigencia del *Codice di commercio* de 1882, la doctrina italiana negó mayoritariamente la licitud de aquellas cláusulas que limitasen la responsabilidad de los administradores o la sometiesen a plazos de prescripción extraordinariamente breves, en atención, precisamente, a su naturaleza imperativa (v. los autores citados *supra* en la nota 21). Tras la aprobación del *Codice civile* de 1942, han seguido sosteniendo que la renuncia preventiva, el pacto por el que los socios se obligan a no ejercitar la acción social o las cláusulas por las que se limita la responsabilidad de los administradores son nulos por ser contrarios al orden público o por afectar a intereses de terceros, entre muchos otros, BRUNETTI, A., *Trattato del Diritto delle società*, vol. 2, Milán [Giuffrè], 1948, pp. 391 y 392; PIRAINO LETO, L., «L'autonomia privata nel diritto societario», en *Banca e borsa*, 1973, I, p. 420; BORGIOI, A., *I direttori generali di società per azioni*, Milán [Giuffrè], 1975, p. 327; FERRI, G., *Le società*, ob. cit., p. 711; FARENGA, L., *I contratti parasociali*, 3ª ed., Turín [Utet], 1987, p. 347; JAEGER, P.G., «Il problema delle convenzioni di voto», en *Giur. comm.*, 1989, I, p. 243; CARBONE, G., «Le convenzioni di voto e la teoria generale del contratto», en *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, II, p. 71; BARTESAGHI, M., «Gli amministratori», en AAVV, *Società per azioni*, Turín [Utet], 1994, p. 167; PICONE, L.G., «L'assunzione del debito da parte della società nella nuova disciplina delle sanzioni amministrative», en *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 36 y BERNABAI, R., «Profili processuali delle azioni di responsabilità», en *Società*, 2005, núm. 2, p. 215. En España, consideran igualmente que la responsabilidad de los administradores es una materia «de orden público» y rechazan, en consecuencia, la validez de su exclusión o limitación *ex ante*, además de los autores citados *supra* en la nota 152; MORA MATEO, J.E., «Responsabilidad civil del administrador de la sociedad anónima», en *RGD*, 1993, p. 11853; JUSTE, J., *Los «derechos de minoría»*, ob. cit., p. 428; EMBID, J. y MARTÍNEZ SANZ, F., «Libertad de configuración estatutaria en el Derecho de sociedades de capital», en *RdS*, 1996, p. 15; DÍAZ ECHEGARAY, J.L., ob. cit., p. 336 e IRIBARREN, M., *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directos de sociedades de capital (D&O)*, Madrid [Civitas], 2005, p. 86, nota 117.

⁴⁸⁹ Afirman la existencia de un interés a la correcta gestión de la sociedad, trascendente al de los socios, entre otros, FARENGA, L., *loc. ult. cit.*; JAEGER, P.G., *últ. ob. cit.*, p. 243, nota 132; CARBONE, G., *loc. ult. cit.*; GALGANO, F., *Trattato di diritto civile*, ob. cit., vol. 4, p. 429; WEIGMANN, R., ob. cit., p. 159 y DE LOJENDIO, I.M., ob. cit., p. 295.

⁴⁹⁰ GALGANO, F., *Degli amministratori di società personali*, Padua [Cedam], 1963, pp. 138 y ss. Cfr., en España, DE LOJENDIO, I.M., ob. cit., p. 311 y ss.

negligente o desleal⁴⁹¹. La constante «amenaza» del ejercicio de la acción social aparecería, de este modo, como la mejor garantía de una correcta gestión, de la que se beneficiarían, además de los socios mayoritarios, las minorías, los acreedores, el personal y los propios administradores⁴⁹². Desde esta perspectiva, debería negarse cualquier posibilidad de que una intervención *ex ante* de la junta pudiera tener como efecto la liberación de los administradores de la responsabilidad que eventualmente contrajesen frente a la sociedad en el ejercicio de sus funciones. A esta última sólo le correspondería juzgar la conveniencia de no entablar la acción social o de renunciar a su ejercicio de forma retrospectiva, una vez que el daño en su patrimonio ya se ha cometido y la función disuasoria de la acción ha dejado de tener significado. En el Ordenamiento español, todo ello encontraría, además, un reconocimiento expreso en el artículo 236.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que, como sabemos, declara de manera tajante que «en ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general».

La determinación del carácter imperativo o meramente dispositivo de las normas que configuran el régimen de responsabilidad de los administradores frente a la sociedad es una cuestión ciertamente compleja, de la que la renuncia preventiva es tan sólo un aspecto, y cuyo análisis se ve enturbiado, a menudo, por fuertes condicionamientos ideológicos⁴⁹³. Por eso, no podemos ocuparnos con profundidad de

⁴⁹¹ Destaca esta relevancia tipológica del régimen de responsabilidad de los administradores, deduciendo de ella su carácter imperativo ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad social», ob. cit., pp. 655 y 656. *Contra*, pueden verse las agudas observaciones de TINA, A., *L'esonero da responsabilità*, ob. cit., pp. 101 y ss., quien señala que el régimen de responsabilidad de los administradores no puede constituir un requisito tipológicamente necesario de las sociedades de capital, puesto que no cumple ninguna función de identificación. La responsabilidad del administrador (deudor) por la gestión del patrimonio de la sociedad (acreedor) «è un elemento che non consente di qualificare e differenziare il contratto sociale rispetto ad ogni altro rapporto obbligatorio di natura contrattuale o non» (*ibídem*, p. 104). En idéntico sentido crítico, cfr. ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., ob. cit., pp. 700 a 704.

⁴⁹² Esta función disuasoria o preventiva del régimen de responsabilidad de los administradores ha sido advertida, entre otros, por ALLEGRI, V., *Contributo allo studio della responsabilità*, ob. cit., pp. 118 y ss.; QUIJANO, J., *La responsabilità*, ob. cit., p. 28; BONELLI, F., *La responsabilità*, ob. cit., p. 113; ESTEBAN VELASCO, G., «Responsabilidad de los administradores (Art. 14)», en Pau Pedrón (Coord.), *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*, Madrid [Tecnos], 1992, p. 235; SÁNCHEZ CALERO, F., «Supuestos de responsabilidad», ob. cit., pp. 906 a 908 y JUSTE, J., *Los «derechos de minoría»*, ob. cit., p. 409. No obstante, como pone de manifiesto PAZ-ARES, C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», ob. cit., pp. 42 y ss. no existe una diferencia jurídicamente relevante entre la posibilidad de exonerar preventivamente a los administradores —dentro de los límites del artículo 1102 del Código civil— y contratar una póliza que cubra su responsabilidad. Por eso, no es coherente afirmar la validez de esto último y negar la de lo primero sobre la base de una supuesta función imperativamente preventiva de la responsabilidad de los administradores.

⁴⁹³ Al fin y al cabo, la atribución de un carácter imperativo o meramente dispositivo a las normas que regulan la responsabilidad social de los administradores depende de la visión que se tenga acerca de la naturaleza y la función que está llamado a desempeñar el Derecho de sociedades en su conjunto. Desde una concepción «institucional», la responsabilidad de los administradores se ve como un instrumento tendente a garantizar los intereses de los trabajadores, acreedores y terceros en general a una correcta gestión de la sociedad y, por ello, indisponible para la sociedad. Para las tesis más «contractualistas», por el contrario, estos intereses encuentran una adecuada protección fuera del Derecho de sociedades, cuyo principal cometido es regular las relaciones entre los socios. Desde otro punto de vista, las reglas que regulan la responsabilidad de los administradores, tenderían a proteger exclusivamente los intereses de los

ella en esta sede. Nos limitaremos a señalar, únicamente, que frente a esta posición tradicional, se ha ido abriendo paso, en los últimos tiempos, una corriente de pensamiento que, haciendo hincapié en el carácter contractual de la relación que liga a los administradores con la sociedad, aboga por reconocer un margen más amplio a la autonomía de la voluntad en la configuración de los deberes y responsabilidades de los éstos frente a aquélla⁴⁹⁴. Corriente que parece haber encontrado, además, un reflejo positivo en la nueva redacción del artículo 230.1 de la Ley de Sociedades de Capital que, tras la reforma de 2014, afirma el carácter imperativo del deber de lealtad y de la responsabilidad por su infracción, permitiendo deducir *a sensu contrario* el carácter meramente dispositivo del deber de diligencia y de la responsabilidad derivada de su incumplimiento⁴⁹⁵.

Sea como fuere, lo que, a nuestro juicio, no cabe afirmar *de lege lata* es que ninguna intervención preventiva de la junta puede tener como efecto la liberación de responsabilidad de los administradores. A diferencia de lo que sucede con la *Aktiengesetz* alemana, el *Code de commerce* francés y, tras la reforma de 2003, también con el *Codice civile* italiano, la Ley de Sociedades de Capital considera a la junta general el órgano «soberano» o «supremo» de la sociedad, al que se encuentra plenamente subordinado el órgano de administración en todas las facetas de la vida societaria, incluida la gestión⁴⁹⁶. Ello se pone de manifiesto, por un lado, en la

socios y serían, por ende, disponibles para la sociedad (sobre estas cuestiones, cfr. ALFARO, J., *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*, Madrid [Civitas], 1995, pp. 51 y ss.).

⁴⁹⁴ El precursor de esta línea revisionista, cuyas tesis han influido, sin duda, en la reforma de 2014, es PAZ-ARES, C. (cfr., fundamentalmente, su trabajo «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», ob. cit.). Le han seguido, entre otros, ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., ob. cit., y LLAVERO, M., ob. cit. Un breve apunte en defensa del carácter dispositivo de los deberes fiduciarios de los administradores puede verse también en ALFARO, J., *Interés social*, ob. cit., p. 39, nota 48.

⁴⁹⁵ V. *supra* la nota 136.

⁴⁹⁶ Como pusiera de manifiesto GLIOZZI, E., *Gli atti estranei all'oggetto sociale nelle società per azioni*, Milán [Giuffrè], 1970, pp. 160 a 162, el calificativo de órgano «soberano» o «supremo» de la sociedad, aplicado a la junta, puede ser entendido de distintas formas, dando lugar a equívocos. Nosotros lo empleamos aquí en su acepción más tradicional para señalar la facultad de la junta de separar a los administradores sin necesidad de alegar justa causa y de impartirles instrucciones vinculantes en materia de gestión (v. *infra* en el texto).

Antes de la reforma, el artículo 2364, núm. 4, del *Codice civile*, reconocía la competencia de la junta sobre aquellos asuntos de gestión que le reservasen los estatutos o que fueran sometidos a su consideración por los administradores. Para el sector mayoritario de la doctrina, este precepto no daba cobertura a las instrucciones espontáneas de la junta y, por tanto, no colocaba a esta última en una posición de supremacía (cfr., por todos, CALANDRA BUONAURA, V., *Gestione dell'impresa*, ob. cit., pp. 119 y ss.). Sin embargo, esta opinión no era unánime (cfr. ABBADESSA, A., *La gestione dell'impresa*, ob. cit., pp. 72 y ss.). Pero, en cualquier caso, la reforma ha venido a zanjar la polémica, dando una nueva redacción al precepto (actual art. 2364, núm. 5, *C.Civile*), que dice ahora: «[...] *l'assemblea ordinaria: delibera sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea, nonché sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti*». Con ello, parece haberse dejado claro que la junta sólo puede intervenir en materia de gestión cuando la habilite para ello la ley o los estatutos, pero no a iniciativa propia o de los administradores (para una crítica a esta opción del legislador, cfr. CALANDRA

posibilidad que tienen los socios de nombrar y revocar *ad nutum* a los administradores (art. 223 LSC) y, por otro, y lo que a estos efectos es más importante, en la facultad que la Ley le reconoce a la junta de inmiscuirse en los asuntos de gestión, impartiendo instrucciones que, bajo determinadas condiciones, resultan plenamente vinculantes (art. 161 LSC).

Pues bien, objeto de este apartado es dejar planteados los argumentos que, a nuestro modo de ver, permiten afirmar que la ejecución de un acuerdo vinculante en materia de gestión excluye *in radice* la responsabilidad de los administradores por los daños causados a la sociedad no sólo frente a ésta, sino también frente a los socios minoritarios y frente a los acreedores sociales. Y ello sin necesidad de que el acuerdo hubiera sido aprobado con los requisitos de la renuncia a la acción social. En contra de lo que pudiera parecer en una primera lectura, el artículo 236.2 de la Ley de Sociedades de Capital no impide llegar a esta conclusión, ya que la única función que cumple este precepto es, como hemos visto y trataremos de apuntalar a continuación, la de evitar que, *una vez constatada la existencia de responsabilidad*, puedan tener lugar renunciaciones implícitas (*supra* §8.II.2).

Del análisis sistemático de nuestra legislación societaria se desprende que la gestión de la empresa social es una competencia que corresponde, en principio, a los administradores⁴⁹⁷. Son ellos quienes tienen atribuido el poder de representación de la sociedad (art. 234 LSC), a ellos les incumbe la realización de todos aquellos actos que sean necesarios o convenientes para el desarrollo del fin social (art. 209 LSC) y sobre ellos gravitan los deberes de diligencia y lealtad cuyo cumplimiento trata de garantizar el régimen de responsabilidad diseñado por los artículos 236 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital. Ahora bien, no cabe duda de que esta competencia no es exclusiva ni excluyente⁴⁹⁸. Dejando a un lado aquellas materias generalmente consideradas de gestión cuya competencia se atribuye *ex lege* a la junta —*v.gr.* aprobación de las cuentas y distribución de beneficios (art. 160, letra «a», LSC), emisión de obligaciones (art. 406 LSC), renuncia a la acción social de responsabilidad (art. 238.2 LSC), adquisición de bienes a título oneroso durante los dos años siguientes a la inscripción de la sociedad (art. 72.1 LSC), adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad de activos esenciales (art. 160, letra «f», LSC)⁴⁹⁹, etc.—, la injerencia del

BUONAURO, V., «I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario», en *Giur. comm.*, 2003, I, pp. 541 y ss.).

⁴⁹⁷ GARRIGUES, J., en Garrigues-Uría, *Comentario*, ob. cit., vol. 2, p. 23; IGLESIAS PRADA, J.L., *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Madrid [Tecnos], 1971, p. 122; GIRÓN, J., *Derecho de sociedades anónimas*, ob. cit., p. 284; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores*, ob. cit., pp. 46 y 47 y ESTEBAN VELASCO, G., «Intervención de la junta general en asuntos de gestión (Art. 161)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentarios*, ob. cit., vol. 1, p. 1209.

⁴⁹⁸ Esta idea es pacífica entre los autores españoles, *cfr.*, por todos, ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión*, ob. cit., pp. 505 y ss. *Contra*, únicamente, DE LOJENDIO, I.M., ob. cit., *passim* (*v. espec.* pp. 316 y ss.).

⁴⁹⁹ En las sociedades cotizadas, las competencias de la junta se extienden igualmente a la transferencia a entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad, aunque esta mantenga el pleno dominio de aquellas —operaciones de «filialización»—, a la realización de operaciones cuyo efecto sea equivalente al de la liquidación de la sociedad y a la política de

órgano deliberativo en asuntos de gestión puede tener lugar de dos formas: en primer lugar, los estatutos pueden reservarle la adopción de algunas decisiones de administración extraordinaria (art. 160, letra, «j» LSC); y, en segundo lugar, es posible que la propia junta —por iniciativa propia o a solicitud de los administradores— imparta instrucciones o someta a su autorización determinados asuntos de gestión, sin necesidad de que exista una reserva estatutaria que le habilite para ello (art. 161 LSC). Esta última posibilidad, que tradicionalmente se hallaba restringida a las sociedades de responsabilidad limitada, tras la reforma de 2014 se ha ampliado también a las sociedades anónimas —y a las comanditarias por acciones—, acogiéndose, así, la solución patrocinada por la doctrina mayoritaria⁵⁰⁰.

Con ello, la Ley 31/2014 ha venido a atribuirle a la junta general de cualquier sociedad de capital una suerte de «derecho a administrar» o «derecho de injerencia», que, salvo disposición contraria en los estatutos, le permite imponer a los administradores determinadas decisiones de gestión que, en principio, deberán ser ejecutadas⁵⁰¹. Y es que, aunque pueda dudarse del alcance cuantitativo o cualitativo que cabe reconocer a esta facultad⁵⁰², lo que parece claro es que se trata de instrucciones

remuneraciones de los consejeros (art. 511-*bis* LSC). Con ambas disposiciones, la reforma ha zanjado la controvertida cuestión de las «competencias implícitas» de la junta, reconociendo expresamente que es a esta última a la que le corresponde adoptar las decisiones de inversión o desinversión relativas a activos esenciales de la sociedad, acogiéndose, en definitiva, la tesis de la jurisprudencia alemana recogida, por vez primera, en la famosa sentencia del *Bundesgerichtshof* recaída en el asunto *Holz Müller* (BGH, de 25 de febrero de 1982, en *NJW*, 1982, p. 1703).

⁵⁰⁰ Ya durante la vigencia de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, y a pesar de su silencio, la doctrina más autorizada reconocía este poder de instrucción de la junta (cfr. por todos, GARRIGUES, J., en Garrigues-Uría, *Comentario*, ob. cit., vol. 1, pp. 571 y ss.; GIRÓN, J., *Derecho de sociedades anónimas*, ob. cit., p. 284; RUBIO, J., *Curso*, ob. cit., pp. 200 y ss. y ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión*, ob. cit., pp. 504 y ss.). Posteriormente, y tras la aprobación de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que pasó a reconocer expresamente la facultad de la junta de impartir instrucciones (art. 44.2 LSRL), hubo quien consideró que nos encontrábamos ante un rasgo tipológico, que no era susceptible de ser aplicado, por analogía, a las sociedades anónimas (cfr., en este sentido, BISBAL MÉNDEZ, J., «La junta general de socios de la sociedad de responsabilidad limitada», en Paz-Ares [Coord.], *Tratando de la sociedad limitada*, Madrid [Fundación Cultural del Notariado], 1997, p. 680 y GARCÍA VIDAL, A., ob. cit., pp. 161 y ss. y la bibliografía allí citada). Sin embargo, y pese a que el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital continuaba contemplando únicamente esta facultad en relación con las sociedades de responsabilidad limitada, se siguió afirmando su aplicación también a las sociedades anónimas (cfr. ESTEBAN VELASCO, G., «Intervención de la junta general en asuntos de gestión», ob. cit., p. 1217, quien, no obstante, precisaba que el poder de instrucción debería limitarse a las sociedades anónimas de estructura cerrada).

⁵⁰¹ Habla de este «derecho a administrar» o «derecho de injerencia» en favor de la junta MARTÍNEZ SANZ, F., en BROSETA, M., *Manual de Derecho mercantil*, vol. 1, 21ª ed. (a cargo de MARTÍNEZ SANZ, F.), Madrid [Tecnos], 2014, p. 468. Si acudimos al *Estudio* de la «Comisión de Expertos», cit., que constituye el antecedente más inmediato de la reforma, la decisión de hacer extensiva la facultad de instrucción a todas las sociedades de capital está motivada en la convicción de que la mayor involucración de los socios en la gestión de la sociedad está llamada a jugar un papel relevante como «instrumento para combatir algunos problemas de agencia entre accionistas y ejecutivos», incluso en las sociedades cotizadas. Con ello, parece haberse superado el que, tradicionalmente, ha sido el argumento principal en contra de la admisión de una injerencia de los socios en la gestión en las sociedades cotizadas o con estructura de propiedad dispersa: el desinterés del socio por los asuntos del día a día de la empresa (cfr., al respecto, CALANDRA BUONAURO, V., *La gestione dell'impresa*, ob. cit., pp. 13 y ss.).

⁵⁰² La doctrina considera, en efecto, que la exigencia de funcionalidad en la gestión de la empresa impide que la intervención de la junta sea de tal intensidad que acabe comprometiendo gravemente la eficiencia

que, salvo que expresamente se indique lo contrario, son plenamente *vinculantes* para los administradores. En efecto, la doctrina española ha entendido de manera pacífica que los acuerdos de la junta en materia de gestión no deben entenderse como meras recomendaciones u opiniones⁵⁰³. Esto significa que, cuando este órgano interviene en asuntos de gestión, ya sea instruyendo a los administradores o sometiendo a autorización su actuación, no se limita a realizar una actividad de control sobre una competencia ajena; lo que hace es *abrogarse una competencia* que desde ese momento —y siquiera en el plano interno (art. 234 LSC)— le pertenece⁵⁰⁴. No hay, pues, ninguna diferencia, en cuanto a su naturaleza jurídica o efectos, entre aquellos acuerdos adoptados por la junta en el marco de sus competencias legales o estatutarias y aquellos otros que dicta al amparo de la facultad de instrucción que le reconoce el artículo 161 de la Ley de Sociedades de Capital. La posición de los administradores es, en esencia, la misma frente a uno y otro. En ambos casos, existe un *deber de ejecución* que, como veremos, cede únicamente ante un acuerdo impugnado o del que pudiera derivarse para ellos alguna responsabilidad frente a terceros⁵⁰⁵.

productiva, lo que, en esencia, se traduce en la imposibilidad de que la injerencia de los socios en los asuntos de gestión se amplíe «hasta llegar a vaciar de contenido la función legal de los administradores, convirtiendo a éstos en meros ejecutores de sus decisiones y pasando a tener la iniciativa, incluso en asuntos de la gestión ordinaria, la propia J.G.» (ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión*, ob. cit., p. 505). Cfr., asimismo, OTXOA, R., «La participación de los socios de la SRL en la gestión de la sociedad», en *RdS*, núm. 1, 1993, p. 120; BISBAL MÉNDEZ, J., ob. cit., p. 680 y ALCOVER, G., «Competencia de la Junta General (Art. 44)», en Arroyo/Embid/Górriz (Coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, 2ª ed., Madrid [Tecnos], 2009, p. 610.

⁵⁰³ Como decimos, dejando a un lado la posición aislada de DE LOJENDIO, I.M., ob. cit., pp. 310 y ss., en España no se ha discutido nunca el carácter vinculante de las instrucciones de la junta (cfr., por todos, ESTEBAN VELASCO, G., «Acuerdos de la junta general de socios», ob. cit., pp. 222 y 223). Mucho más controvertida ha sido la cuestión en Italia. Antes de la reforma de 2003, la doctrina estaba dividida entre quienes sostenían que la junta sólo podía intervenir en los asuntos de gestión mediante opiniones o pareceres no vinculantes, y siempre a solicitud de los administradores (cfr., BONELLI, F., «Le direttive dell'assemblea agli amministratori di società per azioni (art. 2364, n. 4 c.c.)», *Giur. comm.*, 1984, I, pp. 9 a 11 y la doctrina allí citada) y quienes, por el contrario, entendían que los acuerdos de la junta en materia de gestión, aunque sólo pudieran adoptarse a solicitud de los administradores, eran plenamente vinculantes (cfr. CALANDRA BUONAURA, V., *La gestione dell'impresa*, ob. cit., pp. 147 y ss.). Tras la reforma, la junta sólo puede adoptar acuerdos en las materias de gestión que le reserve la ley, en cuyo caso, tendrán carácter vinculante, o cuando así se prevea en los estatutos, pero, en este otro caso, el artículo 2364, núm. 5, del *Codice civile* declara subsistente la responsabilidad de los administradores, lo que ha llevado a la doctrina a entender de forma pacífica que se trata de meras autorizaciones sin carácter vinculante. Cfr. TINA, A., *L'esonero da responsabilità*, ob. cit., pp. 252 y ss.; DI AMATO, S., «Sub art. 2354», en Caratozzolo (*et al.*), *Società per azioni: azioni, società collegate e controllate, assemblee (Artt. 2346-2379-ter)*, en Lo Cascio (a cura di), *La riforma*, ob. cit., pp. 271 y 271 y PETRAZZINI, B., «Sub art. 2364-2364-bis», en Cottino (*et al.*) (Dirs.), *Il nuovo diritto*, ob. cit., vol. 1, p. 474. Ello es coherente con el nuevo artículo 2380-bis del *Codice civile*, que establece la competencia *exclusiva* de los administradores en materia de gestión.

⁵⁰⁴ En este sentido, CUENCA GARCÍA, A. y FERRANDO VILLABA, M.L., en Embid (Coord.), *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital*, Valencia [Tirant lo Blanch], 2005, p. 248, según las cuales, cuando la sociedad emite instrucciones al amparo del artículo 161 de la Ley de Sociedades de Capital, está «ejercitando competencias propias». *Contra*, BARBA DE VEGA, J., «Junta General», en Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, 2ª ed., Navarra [Aranzadi], 2006, p. 337.

⁵⁰⁵ Pese a que no existe en nuestro Ordenamiento ningún precepto que, de forma expresa, imponga a los administradores un deber de ejecución de los acuerdos de la junta —como sucede, por ejemplo, en

Si es cierto lo anterior, necesariamente debe concluirse que la adecuación de los administradores a un acuerdo vinculante de la junta *excluye de raíz* la responsabilidad de estos últimos por los daños que su ejecución pudiera ocasionar a la sociedad⁵⁰⁶. En este sentido, no debe olvidarse que la responsabilidad social de los administradores reviste los caracteres propios de la responsabilidad contractual (arts. 1101 y ss. CC), es decir, nos encontramos ante una responsabilidad *subjetiva o por culpa*, que exige la concurrencia de un daño conectado causalmente a una acción u omisión ilícita y culpable de los administradores (art. 236.1 I LSC, *in fine*)⁵⁰⁷. Para que surja una obligación de indemnizar a su cargo no basta, pues, con que se haya producido un daño en el patrimonio social; es necesario, además, que ese daño pueda reconducirse a un comportamiento negligente o desleal que les sea plenamente imputable. Por eso, cuando es la junta la que ha decidido e impuesto el cumplimiento del acto, no es posible imputarles posteriormente a los administradores las consecuencias perjudiciales que eventualmente se deriven del mismo. En otras palabras, *la ejecución de un acuerdo válido rompe el nexo de causalidad* entre la conducta de los administradores y el daño. No estamos, por tanto, ante una causa de «exoneración» en sentido propio, porque los administradores no llegan a incurrir nunca en responsabilidad⁵⁰⁸. Se trata, más bien, de un supuesto de *inexistencia de responsabilidad por falta de culpa*⁵⁰⁹.

Alemania (cfr. § 83, *Abs. 2 AktG*)—, su existencia deriva de los deberes generales de diligencia y lealtad. Cfr. QUIJANO, J., *La responsabilidad*, ob. cit., p. 174.

⁵⁰⁶ Como hemos dejado apuntado y tendremos oportunidad de desarrollar *infra* en el texto, por más que a primera vista pudiera pensarse lo contrario, esta conclusión no entra en contradicción con lo dispuesto en el artículo 236.2 de la Ley de Sociedades de Capital, ya que el cometido de este precepto no es otro que imponer el carácter expreso del acuerdo de renuncia a la acción social de responsabilidad.

⁵⁰⁷ En realidad, el carácter subjetivo de la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad no se ha cuestionado nunca (cfr., a modo de ejemplo, QUIJANO, J., *La responsabilidad*, ob. cit., pp. 136 y 137; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores*, ob. cit., pp. 317 y ss. y BONELLI, F., *Gli amministratori di società per azioni*, Milán [Giuffrè], 1985, pp. 159 y ss.). Sin embargo, la redacción dada al artículo 236.1 por la Ley 31/2014 ha querido despejar cualquier duda al respecto señalando expresamente que los administradores responderán siempre y cuando, en su actuación «haya intervenido dolo o culpa».

⁵⁰⁸ Señala ABBADESSA, P., *La gestione dell'impresa*, ob. cit., p. 265, nota 277, que «*solo impropriamente si può parlare, in questo caso, di effetto liberatorio o di esonero dalla responsabilità, perché a carico degli amministratori non sorge, in realtà, alcuna responsabilità per aver dato esecuzione a un ordine legittimo dell'assemblea*». En idéntico sentido, TINA, A., *L'esonero da responsabilità*, ob. cit., p. 228.

⁵⁰⁹ Como bien dice ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad social», ob. cit., p. 713, «*[s]i la actuación de los administradores es obligada y viene predeterminada por la Junta, dicha actuación no será imputable (falta de culpa) y por tanto no habrá responsabilidad. El problema es determinar hasta qué punto hay o no obligación o vinculación de los administradores por los acuerdos de la junta*» (en cursiva en el original) (v. *infra* en el texto). De hecho, ésta es la solución coherentemente adoptada por el Ordenamiento alemán, donde el § 93(4), *Satz 1*, de la *Aktiengesetz* establece que: «*Der Gesellschaft gegenüber tritt die Ersatzpflicht nicht ein, wenn die Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluß der Hauptversammlung beruht*». *Contra*, considerando que el rigor con el que se manifiesta el artículo 236.2 de la Ley de Sociedades de Capital impide llegar a esta solución, POLO, E., *Los administradores y el consejo*, ob. cit., p. 311 y SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores*, ob. cit., p. 333, quien señala: «Por supuesto, para que exista responsabilidad de los administradores hace falta que su actuación sea culposa, pero lo que dice la Ley —marcando la independencia del órgano administrativo frente a la junta general— es que la actuación de ésta no exonera de culpa y, por consiguiente de responsabilidad, a los administradores». Para una crítica a esta postura, v. *infra* en el texto.

No obstante, debe tenerse en cuenta que el término «exoneración» no siempre se emplea en el mismo sentido y, por eso, puede resultar equívoco. Es frecuente hallarlo referido a los supuestos, que para nosotros son también de inexistencia de responsabilidad por falta de culpa, regulados en el artículo 237 de la Ley de Sociedades de Capital (inciso segundo). Así, se dice que el no haber intervenido en la adopción del acuerdo dañoso, el desconocer su existencia o el haber hecho todo lo conveniente para evitar el daño o, cuando menos, el haberse opuesto a su adopción son «causas de exoneración» en sentido estricto⁵¹⁰. Pero lo cierto es que el significado usual del verbo «exonerar» —«Aliviar, descargar de peso u obligación»⁵¹¹— parece presuponer la existencia de aquello que se libera: en este caso, la responsabilidad. En este otro sentido, que es en el que nosotros lo empleamos, el término sería sinónimo no de «inexistencia» de responsabilidad, sino de «liberación», «extinción» o «inexigibilidad» de la misma⁵¹².

En cualquier caso, la mencionada inexistencia de responsabilidad no es, ni mucho menos, un efecto automático. Se presenta, antes bien, como una mera «eventualidad», sujeta a la condición esencial de que el administrador haya cumplido diligentemente aquellos deberes que siguen siendo de su incumbencia en relación con el acuerdo de la junta, a saber, el deber de información y el deber de diligente ejecución⁵¹³. Dicho de otro modo, la ausencia de responsabilidad pasa necesariamente porque el administrador (a) haya transmitido a la junta toda la información necesaria para que los socios sean plenamente conscientes del alcance de su decisión y (b) se trate de un acuerdo efectivamente vinculante y del que se derive, en consecuencia, un auténtico deber de ejecución.

a) El primero de los requisitos que deben cumplirse para que la ejecución del acuerdo de la junta en materia de gestión excluya la responsabilidad de los administradores es, como decimos, que éstos hayan cumplido diligentemente su *deber de suministrar a los socios toda la información necesaria*⁵¹⁴. Este deber, que se considera normalmente expresión de los principios de buena fe y corrección en el cumplimiento de las obligaciones (art. 1258 CC), tiene, en esta sede, una serie de manifestaciones concretas: en primer lugar, los administradores están obligados a poner en conocimiento de la junta todos aquellos aspectos técnicos, jurídicos o de cualquier otra índole que rodean la operación, incluidos los riesgos inherentes a la misma, las probabilidades de éxito o fracaso y los posibles daños que eventualmente pudieran derivarse para el patrimonio de la sociedad; en segundo lugar, deben informar a la junta acerca de sus propios intereses personales en la operación (art. 229.3 LSC) o de su intención de no dar ejecución al acuerdo o de impugnarlo cuando consideren que éste no se ajusta a la ley o a los estatutos o puede exponerles a una responsabilidad frente a terceros (*infra b*); y, en tercer lugar, deben advertir a los socios de las eventuales

⁵¹⁰ Cfr., por ejemplo, ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad social», ob. cit., pp. 710 y 711, aunque se trata del uso más difundido del término.

⁵¹¹ DRAE, 23ª ed., 2014.

⁵¹² Sobre esta cuestión terminológica, que no está exenta de relevancia práctica (v. *infra* nota 539 y el texto correspondiente), puede verse, PUYOL, B., ob. cit., pp. 1021 a 1023.

⁵¹³ Hace hincapié en este carácter meramente eventual de la irresponsabilidad de los administradores por la ejecución de los acuerdos de la junta CALANDRA BUONAURA, V., *Gestione dell'impresa*, ob. cit., p. 153.

⁵¹⁴ TINA, A., *L'esonero da responsabilità*, ob. cit., pp. 238 a 241.

alteraciones que se hubieran producido en las circunstancias que sirvieron de base a la decisión, estando obligados, en su caso, a convocar nuevamente a la junta para que ésta valore mediante un nuevo acuerdo la conveniencia de seguir adelante con la operación (cfr. arts. 1719 II CC y 260 CCo)⁵¹⁵. En el caso de que la información suministrada sea insuficiente o falsa, ya sea por negligencia o por mala fe de los administradores, la ejecución de la operación decidida por la junta no les libera de responsabilidad frente a la sociedad, la minoría y los acreedores, siempre y cuando, obviamente, pueda establecerse la oportuna relación de causalidad entre la falta de información y el daño sufrido por la sociedad⁵¹⁶. En particular, los administradores no podrán alegar un comportamiento contradictorio por parte de la sociedad o los socios que, en un primer momento, adoptaron el acuerdo y, en segundo momento, ejercitaron la acción social de responsabilidad, dado que la prohibición de *venire contra factum proprium* presupone siempre la buena fe del tercero destinatario del acto⁵¹⁷.

b) Mayor trascendencia —y, sin duda, mayor complejidad— presenta el análisis del *deber de ejecución del acuerdo*. Efectivamente, el *quid* de la cuestión acerca de la eventual liberación de responsabilidad de los administradores está en definir su posición frente a aquellos acuerdos que, por adolecer de algún vicio, pudiera cuestionarse su obligatoriedad y, por consiguiente, la subsistencia de un deber de ejecución. En concreto, es necesario analizar en qué medida los administradores se encuentran vinculados (i) por un acuerdo que sea contrario al orden público o que les exponga, en todo caso, a una responsabilidad frente a terceros, (ii) por un acuerdo que, pese a no contradecir el orden público ni exponerles a responsabilidad frente a terceros, sea contrario a la ley, a los estatutos o perjudique el interés de la sociedad en beneficio de uno o varios socios o terceros y, finalmente, (iii) por un acuerdo que, aun siendo válido, pudiera producir un daño en el patrimonio de la sociedad.

i) En relación con los primeros, es decir, aquellos que, por sus circunstancias, causa o contenido resulten contrarios al orden público, no parece especialmente problemático afirmar que *no existe ningún deber de ejecución*⁵¹⁸. Se trata de acuerdos

⁵¹⁵ MINERVINI, G., *Gli amministratori*, ob. cit., pp. 184 y 185; WEIGMANN, R., ob. cit., p. 214; BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, ob. cit., p. 263, nota 21 y, siguiendo a la doctrina alemana en este punto, ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad social», ob. cit., p. 712.

⁵¹⁶ Es importante subrayar que la falta de información o la inexactitud de la misma sólo dará lugar a responsabilidad cuando subsista el nexo de causalidad con el daño sufrido por la sociedad, porque, de otro modo, se llegaría casi siempre a afirmar la responsabilidad de los administradores por el comportamiento mostrado durante el desarrollo de la junta (cfr. CALANDRA, V., *Gestione dell'impresa*, ob. cit., p. 266, nota 280).

⁵¹⁷ V. *supra* la nota 420. Cfr., asimismo, TINA, A., *L'esonero da responsabilità*, ob. cit., p. 240.

⁵¹⁸ La ausencia de un deber de inexecución es pacífica en estos casos (cfr., por todos, MINERVINI, G., *Gli amministratori*, ob. cit., p. 186; OPPO, G., «Amministratori e sindaci di fronte alle deliberazioni assembleari invalide», en *Riv. dir. comm.*, 1957, I, p. 226; CALANDRA BUONAURA, V., *últ. ob. cit.*, p. 199; CENTONZE, M., «La delibera nulla. Nuove tendenze interpretative e profili di disciplina», en *Abbadessa/Portale (Dirs.)*, *Il nuovo diritto delle società*, ob. cit., vol. 2, p. 341 y QUIJANO, J., *La responsabilidad*, ob. cit., p. 175). Lo que se discute es, si además de este deber de inexecución, los administradores tienen también el deber de impugnar los acuerdos nulos de la junta. En el fondo, la solución pasa por aclarar si la legitimación para impugnar los acuerdos sociales se les reconoce a los administradores en su propio beneficio, esto es, para evitar incurrir en responsabilidad por los daños que

que podríamos calificar como «radicalmente nulos» —aunque tras la reforma de 2014 el término resulte anacrónico—, en la medida en que la acción para impugnarlos no se somete a ningún plazo de prescripción o caducidad (art. 205.1 LSC, *in fine*). La nulidad conlleva la falta del presupuesto que legitima la actuación de los administradores y, por eso, deberán abstenerse de ejecutarlos. En caso contrario, incurrirán en responsabilidad, frente a la sociedad, los socios minoritarios y los acreedores si de la ejecución del acuerdo viciado finalmente se derivase un daño para el patrimonio social.

Lo mismo cabe decir respecto de aquellos otros acuerdos que —con independencia de que puedan calificarse o no como contrarios al orden público— expongan a los administradores a una responsabilidad frente a terceros. No cabe ninguna duda de que no existe el deber de ejecutar un acuerdo que pudiera hacerles incurrir en responsabilidad penal o administrativa⁵¹⁹. Pero es asimismo evidente que tampoco están obligados a dar ejecución a un acuerdo que pudiera fundamentar una acción individual de responsabilidad *ex* artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital⁵²⁰. De igual manera, el deber de seguir la voluntad de la junta se detiene ante un acuerdo que eventualmente expusiera a los administradores a una acción de responsabilidad *ex* artículo 172-*bis* de la Ley Concursal. Esto último es particularmente relevante porque, como veremos enseguida, los acuerdos válidos —o «anulables» pero no impugnados dentro del plazo legal— que fueran susceptibles de ocasionar un perjuicio en el patrimonio social son, en principio, vinculantes y su ejecución libera de responsabilidad a los administradores (*infra ii y iii*). Pero esta vinculatoriedad cesa

podrían derivarse de la falta de impugnación, o en beneficio de la propia sociedad. La primera postura (cuyo principal valedor es MINERVINI, G., *Gli amministratori*, últ. ob. cit., pp. 187 y 188 y anteriormente, con mayor detalle, en ID. «Sulla legittimazione degli amministratori all'impugnativa delle deliberazioni assembleari di società per azioni», en *Riv. dir. comm.*, 1955, I, pp. 215 y ss.) llevaría a excluir un deber de impugnar los acuerdos nulos, ya que éstos nunca van a generar una obligación de ejecución que pudiera exponer a los administradores a una acción de responsabilidad (cfr. CENTONZE, M., últ. ob. cit., p. 343). La segunda postura (sostenida, entre otros, por OPPO, G., últ. ob. cit., p. 234), llevaría, en cambio, a la solución contraria, ya que, bajo esta óptica, la legitimación para impugnar se concibe como un poder-deber que los administradores ejercitan en el exclusivo interés de la sociedad. En cualquier caso, la doctrina española niega, con carácter general, la existencia de un deber de impugnación de los acuerdos nulos. Cfr., por todos, ROJO, A., «Legitimación para impugnar (Art. 206)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario*, ob. cit., vol. 1, pp. 1454 y 1455.

⁵¹⁹ Entre los delitos a los que pudiera dar lugar un acuerdo en materia de gestión aprobado por la junta cabe mencionar el «alzamiento de bienes» (arts. 257 y 258 CP) y otros delitos concursales, como el «favorecimiento de acreedores» (art. 259 CP), la «insolvencia o concurso punible» (art. 260 CP) y la «presentación de datos falsos» en el procedimiento concursal (art. 261 CP); el delito de «administración desleal» (art. 295 CP) y otros delitos societarios, tales como el «falseamiento de documentos sociales» (art. 290 CP), o la «imposición de acuerdos abusivos» (arts. 291 y 292 CP); al igual que los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (arts. 305 a 310 CP). Por su parte, supuestos que pueden dar lugar a responsabilidad administrativa son los regulados, *v. gr.* en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (art. 89.4, letra «b» y arts. 91 y ss.), en la Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (art. 91 y ss.), o en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (art. 63.2).

⁵²⁰ La responsabilidad de los administradores *ex* artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital podría derivar, por ejemplo, de un acuerdo por el que se aprueba la solicitud de un préstamo sobre la base de unas cuentas falseadas.

cuando las instrucciones pudieran llegar a comprometer irremediablemente la solvencia de la sociedad, abriendo, de este modo, las puertas a la responsabilidad concursal de los administradores.

En todos estos supuestos, resulta superflua cualquier alusión al artículo 236.2 de la Ley de Sociedades de Capital para fundamentar la responsabilidad del administrador que haya dado ejecución al acuerdo: éste responde porque su actuación supone la violación de previsiones legales establecidas *en interés de terceros*, sobre las cuales la sociedad no tiene ningún poder de disposición (art. 1257 CC), y lo haría igualmente aunque no existiese este precepto.

ii) Las cosas no son, sin embargo, tan claras por lo que respecta a aquellos otros acuerdos que, siguiendo la terminología anterior a la reforma, podríamos calificar como «anulables»⁵²¹. Es decir, aquéllos que, sin vulnerar el orden público ni exponer a los administradores a una responsabilidad frente a terceros, resulten contrarios a la ley, a los estatutos o perjudiquen el interés social en beneficio de uno o varios socios o terceros⁵²². Como es sabido, en estos casos, la acción de impugnación está sometida a un plazo de caducidad de un año —tres meses, para las sociedades cotizadas (art. 495.2, letra «c», LSC)— a contar desde la fecha de su adopción o desde la fecha de oponibilidad de la inscripción en caso de que el acuerdo se hubiera inscrito (art. 205.1, primer inciso, y 205.2 LSC). Por consiguiente, aun siendo provisionalmente eficaces, estos acuerdos pueden resultar privados de todo efecto si son finalmente impugnados, pero pueden igualmente llegar a adquirir eficacia definitiva y convertirse en vinculantes si ninguno de los sujetos legitimados para hacerlo propone su impugnación. Frente a ellos, la posición de los administradores es, por tanto, bastante más delicada, ya que podrían incurrir en responsabilidad tanto si ejecutan el acuerdo como si no lo hacen⁵²³.

A este respecto, cabe imaginar hasta cuatro hipótesis⁵²⁴: ante un acuerdo «anulable» que, además, cause un daño en el patrimonio social, los administradores (*aa*) optan por no darle ejecución y éste es posteriormente impugnado y privado de todo efecto; (*bb*) deciden ejecutarlo y es igualmente impugnado y privado de efectos; (*cc*) se niegan a ejecutar el acuerdo, que después no es impugnado, adquiriendo plena eficacia; y (*dd*) ejecutan el acuerdo y éste nunca es impugnado.

⁵²¹ En realidad, no existe una coincidencia absoluta entre los acuerdos calificados como «anulables» por el artículo 204.2 de la Ley de Sociedades de Capital en su versión anterior a la reforma y los acuerdos que se someten ahora a una acción de impugnación caducable. Como se sabe, entre los primeros no se mencionaban los acuerdos contrarios a la ley, que eran considerados «nulos», si bien la acción para impugnarlos se sometía igualmente a un plazo de caducidad de un año.

⁵²² A poco que se piense, esta categoría queda reducida, en la práctica, a aquellos acuerdos que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o terceros, ya que es difícil imaginar un supuesto en el que un acuerdo contrario a la ley o a los estatutos no termine generando una responsabilidad de los administradores frente a terceros o frente a los socios como tales terceros (art. 241 LSC).

⁵²³ MINERVINI, G., *Gli amministratori*, ob. cit., p. 186.

⁵²⁴ Cfr. TINA, A., *L'esonero da responsabilità*, ob. cit., pp. 223 y ss., a quien seguimos en toda la argumentación.

El primer supuesto (*aa*) no plantea especiales dificultades: los administradores se habrán abstenido correctamente de ejecutar un acuerdo inválido y lesivo para la sociedad y, por tanto, no incurrirán en responsabilidad alguna. Tampoco el segundo (*bb*) es particularmente problemático: los administradores responderán por los daños que la ejecución del acuerdo cause en el patrimonio social, puesto que han incumplido el deber de impugnarlo, en caso de que se entienda que la impugnación era obligatoria, o, en todo caso, el deber de abstenerse de dar ejecución a acuerdos inválidos y lesivos (art. 237 LSC)⁵²⁵. El tercer supuesto (*cc*) se presenta, en cambio, algo más delicado. Una vez transcurrido el plazo de caducidad de la acción de impugnación —un año o tres meses— el acuerdo resultará plenamente eficaz y los administradores estarán obligados a darle ejecución, aunque de ello se derive un perjuicio para la sociedad. Se plantean, entonces, dos posibilidades: si se considera que los administradores no tienen el deber, sino únicamente la facultad, de impugnar los acuerdos inválidos de la junta, entonces, el hecho de que éstos adquieran eficacia definitiva excluye cualquier responsabilidad por los daños que se hubieran podido producir en el patrimonio social, ya que habrán actuado de conformidad con sus obligaciones y, por tanto, sin culpa⁵²⁶; por el contrario, si se entiende que los administradores están obligados a impugnar los acuerdos inválidos de la junta, habrán incurrido en responsabilidad⁵²⁷; pero, en la práctica, el resultado será el mismo ya que el ejercicio de la acción social estará excluido, tanto para la minoría como para los acreedores, por aplicación de la prohibición de *venire contra factum proprium*. En efecto, si la conducta responsable que se achaca a los administradores es la de no haber impugnado el acuerdo «anulable» y lesivo, el ejercicio de la acción por parte de los socios ausentes o disidentes o de los acreedores que tampoco impugnaron el acuerdo cuando estaban legitimados para hacerlo (art. 206.1 LSC), no puede dejar de considerarse contrario al principio de buena fe y, por ende, inadmisibles (art. 7 CC). Por último (*dd*), si los administradores optan por ejecutar el acuerdo antes de que hubiera transcurrido el plazo de impugnación, deberá afirmarse su

⁵²⁵ Por regla general, la doctrina española excluye que los administradores tengan el deber de impugnar los acuerdos «anulables» (cfr., entre otros, ROJO, A., «Legitimación para impugnar», ob. cit., pp. 1454 y 1455; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Impugnación de acuerdos sociales (Legitimación y procedimiento). Acuerdos del Consejo de Administración», en Bercovitz Rodríguez-Cano [Coord.], *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, ob. cit., p. 467. *Contra*, PÉREZ DAUDÍ, V., «Comentario al artículo 117», en Arroyo/Embid/Górriz [Coords.], *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, ob. cit., p. 1218). En cambio, la doctrina italiana mayoritaria es favorable a la existencia de este deber, con base en distintos fundamentos: evitar una futura acción de responsabilidad, perseguir el interés social o cumplir con las obligaciones de «*vigilare sul generale andamento della gestione*» (ant. art. 2392, párrafo segundo, *C.Civile*), o de hacer todo lo que pudieran para impedir el cumplimiento de actos dañosos y eliminar o atenuar sus consecuencias (art. 2392, párrafo segundo, *C.Civile*) (cfr., entre otros, OPPO, G., «Amministratori e sindaci», ob. cit., p. 230; SCORZA, G., «Gli amministratori di società per azioni di fronte alle delibere invalide dell'assemblea», en *Riv. soc.*, 1963, pp. 510 a 533; COLOMBO, G.E., *Il bilancio di esercizio*, ob. cit., pp. 408 y ss.; ALLEGRI, V., *Contributo allo studio della responsabilità*, ob. cit., pp. 218 y 219; ZANARONE, G., «L'invalidità delle deliberazioni assembleari», en Colombo/Portale (Dirs.), *Trattato*, ob. cit., vol. 3, tomo 2, pp. 264 y ss. y STAGNO D'ALCONTRES, A., «L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a. La nuova disciplina», en Abbadessa/Portale (Dirs.), *Il nuovo diritto delle società*, ob. cit., vol. 2, p. 185).

⁵²⁶ Nos encontraríamos ante un acuerdo que ha devenido válido, por lo que su tratamiento es el mismo que veremos *sub iii*).

⁵²⁷ Acerca de la existencia de este deber v. *supra* la nota 525.

responsabilidad aunque después ninguno de los sujetos legitimados lo impugne. El hecho de que el acuerdo acabe adquiriendo eficacia definitiva no elimina la responsabilidad de los administradores porque el daño sufrido por la sociedad es consecuencia directa de su decisión de amoldarse a la voluntad ilícita de los socios mayoritarios. Además, y a diferencia de lo que sucedía en el supuesto anterior (*sub cc*), los administradores demandados no podrán aducir un comportamiento contradictorio por parte de los socios ausentes o disidentes o de los acreedores que no impugnaron el acuerdo, ya que el acto supuestamente contradictorio —no impugnar el acuerdo— sería, en todo caso, posterior al comportamiento ilícito y dañoso —haberlo ejecutado—, por lo que no podría alegarse una vulneración del principio de buena fe.

No es difícil advertir cómo, aplicado a estos supuestos, el artículo 236.2 de la Ley de Sociedades de Capital terminaría siendo igualmente tautológico y, por ende, perfectamente prescindible. Tal y como hemos podido comprobar, en el fondo, el administrador responde porque ha dado ejecución a un acuerdo de la junta que era inválido y lesivo. Por tanto, respondería del mismo modo aunque hubiera actuado de forma independiente, adoptando la decisión de manera autónoma. Dicho de otra manera, en estas circunstancias, el artículo 236.2 de la Ley de Sociedades de Capital no quita ni añade responsabilidad a los administradores. Es como si viniese a decir, en definitiva, que «el administrador responde porque es responsable», por lo que éste no puede ser su sentido último.

iii) Nos queda por analizar, sin embargo, el supuesto más controvertido. Se trata de comprobar hasta qué punto es vinculante un acuerdo de la junta que no sea contrario al orden público, a la ley o a los estatutos, ni exponga a los administradores a una responsabilidad frente a terceros, pero del que se derive un daño para el patrimonio social. A este respecto, lo primero que hay señalar es que nos encontramos ante un acuerdo perfectamente *válido*⁵²⁸. En ningún caso cabría replicar que, habiendo causado un daño a la sociedad, el acuerdo es contrario al deber de diligencia (art. 225) y, por ello, inválido y no vinculante, puesto que *la sola lesión del patrimonio social no convierte a un acuerdo de la junta en ilícito*. El deber de diligencia grava únicamente a los administradores y no a los socios⁵²⁹. Buena prueba de ello es que el artículo 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital únicamente permite impugnar un acuerdo de la junta que lesione el interés social cuando, al mismo tiempo, resulte beneficioso para uno o

⁵²⁸ Téngase en cuenta cuanto dijimos acerca de aquellos acuerdos en los que el daño pudiera llegar a comprometer la solvencia de la sociedad. Ya no estaríamos ante un acuerdo válido pero perjudicial para la sociedad, se trataría, más bien, de un acuerdo que expone a los administradores a una acción de responsabilidad concursal (art. 172-bis LC), que tutela intereses no disponibles para la sociedad y que, por tanto, no resulta vinculante.

⁵²⁹ En este sentido, son especialmente clarificadoras las palabras de ABBADDESA, P., ob. cit., p. 58: «*Il trasferimento di competenza dal consiglio all'assemblea modifica profondamente gli strumenti di garanzia predisposti dal legislatore per il corretto esercizio della funzione gestoria. Mentre, infatti, l'attività degli amministratori consente un giudizio di responsabilità in termini di ordinaria diligenza [...] la delibera assembleare è attaccabile solo quando si possa dimostrare che la maggioranza ha inteso perseguire un vantaggio particolare a danno della minoranza o dell'intera società*». Conformemente, TINA, A., *L'esonero da responsabilità*, ob. cit., p. 210.

varios socios o terceros. Por eso, un acuerdo lesivo que no adolezca de ningún otro vicio es, en principio, válido y debe ser ejecutado⁵³⁰.

Pero es precisamente aquí donde el artículo 236.2 de la Ley de Sociedades de Capital parece adquirir todo su significado: a pesar de la validez del acuerdo, los administradores deberían rechazar su ejecución cuando la misma pudiera ocasionar un perjuicio a la sociedad, ya que este artículo les impediría librarse de responsabilidad alegando haberse limitado a ejecutar la voluntad de los socios⁵³¹. Entendido de esta forma, el precepto vendría a ampliar los supuestos en los que la inejecución de un acuerdo de la junta en materia de gestión estaría justificada, reforzándose, con ello, la independencia del órgano de administración y su función como garante del patrimonio social frente a la minoría y los acreedores⁵³². El deber de realizar todo lo conveniente para evitar que se produzca un daño en el patrimonio social que pesa sobre los administradores (art. 237 LSC) se ampliaría, así, hasta el punto de obligarles a rechazar la ejecución de un acuerdo válido pero lesivo. Dicho de otra manera, el artículo 236.2 de la Ley de Sociedades de Capital reputaría negligente el comportamiento del administrador que, aun no pudiendo impugnarlo, ejecutase un acuerdo válido pero que se presenta, *ex ante*, contrario al buen juicio empresarial. Ante esta situación, no le quedaría más remedio que dimitir o arriesgarse al ejercicio de una acción social de responsabilidad por parte de la minoría o de los acreedores —ya que los socios mayoritarios se encontrarían vinculados, en todo caso, por sus propios actos⁵³³—.

Ahora bien, a poco que se piense, se advierte cómo esta interpretación terminaría por convertir las instrucciones de la junta en meras opiniones o recomendaciones, susceptibles de ser inaplicadas por los administradores atendiendo a criterios de mera oportunidad o conveniencia. En este sentido, no debe olvidarse que el interés social no se puede concebir como un «principio o directriz de actuación» susceptible de ser optimizado con arreglo a una única solución correcta, sino que está sujeto a un amplio «margen de acción estructural» y a un amplio «margen de acción epistémico»⁵³⁴. Como ha puesto de manifiesto la doctrina más atenta, si fuera una sola la decisión de gestión que maximizase el interés social, la intervención de la junta perderían toda su razón de

⁵³⁰ CALANDRA BUONAURA, V., *Gestione dell'impresa*, ob. cit., pp. 242 y 243; GUERRERA, F., *La responsabilità deliberativa*, ob. cit., nota 65 en p. 185 y pp. 189 y ss. y TINA, A., *loc. ult. cit.*

⁵³¹ GARCÍA VIDAL, A., ob. cit., p. 133 y, en el mismo sentido, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores*, ob. cit., p. 333 e ID., *La junta general*, ob. cit., p. 456. Con todo, esta exigencia suele matizarse, diciendo que los administradores estarán obligados a no ejecutar aquellos acuerdos que sean «manifiestamente contrarios al interés social» (cfr., entre otros, ESTEBAN VELASCO, G., «Acuerdos de la junta general», ob. cit., p. 227; ALCOVER, G., «Competencia de la Junta General», ob. cit., p. 611 y PUYOL, B., ob. cit., p. 1035).

⁵³² ESTEBAN VELASCO, G., *loc. ult. cit.*

⁵³³ V. *infra* la nota 540.

⁵³⁴ PAZ-ARES, C., «Fundamento de la prohibición de los pactos de voto para el consejo», en Sáenz García de Albizu (*et al.*) (Coords.), *Estudios de Derecho mercantil. En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Madrid [Civitas], 2010, p. 707. Como dice ALFARO, J., *Interés social*, ob. cit., p. 34: «*El interés social no es [...] ningún criterio objetivo determinable al margen de la voluntad de las partes, sino una forma de referirse a los deberes fiduciarios de los socios*» (en cursiva en el original).

ser, «bien porque su decisión [sería] innecesaria (si es conforme al interés social sería en todo caso la decisión que habrían tomado los administradores), bien porque su decisión [sería] ineficaz (si no es conforme al interés social no vincula a los administradores)»⁵³⁵. Lo que ocurre es que el carácter esencialmente indeterminado del interés social hace que, en realidad, sean muchas las posibles decisiones correctas, sin que quepa a ciencia cierta saber de antemano cuál será la mejor. Y es precisamente esta incertidumbre la que tiende a paliarse mediante las instrucciones vinculantes de la junta. A través de ellas, los socios realizan una suerte de «interpretación auténtica» del interés social que quedaría sin sentido si los administradores pudieran sustituirla atendiendo a criterios de mera oportunidad⁵³⁶. De ahí la necesidad de que el control que éstos ejercitan sobre los acuerdos de gestión deba limitarse a un juicio de legitimidad, es decir, a *comprobar su validez*⁵³⁷. Si el acuerdo no es contrario al orden público, ni somete a los administradores a una responsabilidad frente a terceros, ni perjudica los intereses de la sociedad en beneficio de los socios de control o de los propios administradores, éstos estarán obligados a ejecutarlos y, por consiguiente, quedarán exentos de toda responsabilidad frente a la sociedad, la minoría o los acreedores.

De lo contrario, se correría el riesgo de que la única interpretación correcta del interés social fuera la de los administradores y, en última instancia, la de los jueces llamados a decidir sobre la responsabilidad de estos últimos⁵³⁸. Lo cual no sólo pugna contra una visión contractualista de este interés, sino que choca frontalmente con la regla de protección de la discrecionalidad empresarial aplicada desde hace tiempo por los tribunales españoles y tipificada en el artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital tras la reforma de 2014. En efecto, si se considera que el artículo 236.2 de la Ley de Sociedades de Capital obliga a los administradores a enjuiciar la conveniencia u oportunidad de ejecutar un acuerdo de gestión válidamente adoptado por la junta, sometiéndoles a responsabilidad en caso de que su puesta en práctica acabe produciendo un daño a la sociedad, se estaría desplazando el riesgo empresarial —asumido por los socios— sobre los administradores. Éstos acabarían respondiendo en mayor medida cuando ejecutan un acuerdo de la junta que cuando actúan de forma autónoma, ya que determinadas decisiones de gestión que, en principio, estarían amparadas por la *Business Judgment Rule* dejarían de estarlo por el simple hecho de haber sido los socios quienes las hubieran adoptado. Como resultado, los socios minoritarios y los acreedores «jugarían» sin asumir riesgo alguno: si la decisión de la junta, arriesgada o

⁵³⁵ PAZ-ARES, C., últ. ob. cit., p. 706. El mismo análisis es el que conduce a TINA, A., *L'esonero da responsabilità*, ob. cit., pp. 211 y ss., a afirmar el carácter vinculante de los acuerdos válidos en materia de gestión que la junta hubiera adoptado en el marco de sus competencias legales y la ausencia de responsabilidad de los administradores que los ejecuten.

⁵³⁶ Siguiendo la tesis criticada en el texto, considérese lo que sucedería si los administradores someten a la junta la decisión de llevar a cabo una determinada operación y los socios se oponen a su realización. Aquéllos estarían obligados a ejecutarla, aun en contra del parecer de los socios, pues de lo contrario, podrían verse obligados a indemnizar a la sociedad el lucro cesante.

⁵³⁷ PAZ-ARES, C., «Fundamento de la prohibición», ob. cit., p. 707 y la doctrina allí citada.

⁵³⁸ Como dice PAZ-ARES, C., últ. ob. cit., p. 706, con ello «acabaríamos en lo que podría denominarse la “empresa jurisdiccional”».

potencialmente perjudicial —pero, insistimos, perfectamente válida—, termina siendo un éxito, tanto unos como otros se beneficiarán de los buenos resultados cosechados por la sociedad, pero si resulta ser un absoluto fracaso, tampoco se verán perjudicados, puesto que podrán recuperar las pérdidas a costa de los administradores, mediante el ejercicio de la acción social.

Lo absurdo de esta última conclusión parece abocar al artículo 236.2 de la Ley de Sociedades de Capital a una *interpretatio abrogans*. Se trataría de un precepto mal importado de la Propuesta de Quinta Directiva, que encontraría un difícil encaje en un Ordenamiento como el español, en el que la junta tiene reconocida la facultad de impartir instrucciones vinculantes al órgano de administración. No obstante, esta postura derrotista casa mal con el cuadro normativo que emerge de la última reforma del Derecho de sociedades en España. Parece poco probable, en efecto, que el legislador haya optado decididamente por ampliar las competencias de la junta en materia de gestión y que, pudiendo hacerlo, no haya eliminado al mismo tiempo este artículo o, al menos, no haya modificado su perturbadora redacción. Si se ha mantenido inalterado es, naturalmente, porque se entiende que su contenido es compatible con la existencia de instrucciones vinculantes de la junta (art. 161 LSC).

La clave para entender esta compatibilidad debe buscarse, a nuestro juicio, en el régimen jurídico de la renuncia a la acción social de responsabilidad. Como vimos en el epígrafe anterior (*supra* §8), la Ley de Sociedades de Capital, a diferencia de lo que sucede con el *Codice civile* (art. 2393, párrafo sexto) no exige de forma taxativa que la renuncia deba aprobarse mediante un acuerdo expreso. Pero vimos también que dicha exigencia se deduce claramente de su artículo 236.2 y, en menor medida, de su artículo 234. Para ser precisos, este último cumple funciones distintas, como son, por un lado, la de aclarar que la aprobación de las cuentas y el posterior ejercicio de la acción social de responsabilidad no son actos contradictorios (*supra* §8.II.1.2) y, por otro, la de rodear al acuerdo de renuncia del máximo nivel de información, imponiendo una perfecta determinación del derecho de crédito que se abandona (*supra* 1.1). Es del primero de estos preceptos del que realmente se desprende el imperativo legal de que la renuncia se adopte de forma expresa. En efecto, cuando el artículo 236.2 de la Ley de Sociedades de Capital declara que los administradores en ningún caso quedarán exonerados de sus responsabilidades por el hecho de que el acto lesivo hubiera sido adoptado por la junta general lo que quiere decir es que, *una vez que se haya constatado la existencia de responsabilidad*, el único acuerdo que puede extinguirla es la renuncia al ejercicio de la acción social, esto es, un acuerdo adoptado con las garantías establecidas en el artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital. A pesar de que su ubicación sistemática —en un artículo que lleva por rúbrica «Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad»— pudiera inducir a pensar lo contrario, entendemos que el artículo 236.2 de la Ley de Sociedades de Capital sólo cobra sentido si se entiende como un *posterius* lógico respecto de la existencia de responsabilidad. Sólo una vez que se ha verificado la concurrencia de un daño para la sociedad ligado causalmente a un incumplimiento doloso o culpable de los administradores, es cuando entra en juego esta

norma, impidiendo que la abdicación de la pretensión resarcitoria ya madurada en el patrimonio social pueda tener lugar de manera implícita.

Como creemos haber demostrado, no es posible sostener que el artículo 236.2 de la Ley de Sociedades de Capital amplía los deberes de los administradores obligándoles a no dar ejecución a un acuerdo válidamente acordado por la junta del que pudiera derivarse un daño para la sociedad, porque entonces sería incompatible con la existencia de instrucciones vinculantes. Su contenido no tiene, en realidad, nada que ver con los presupuestos que hacen surgir la responsabilidad por *mala gestio*, cuya concurrencia debe verificarse, en todo caso, con anterioridad a su aplicación. Precisamente por eso, habla de «exoneración» —entendida como «extinción» o «inexigibilidad»— y no de «inexistencia» o «exclusión», porque su función no es otra que la de evitar que la responsabilidad, *una vez nacida*, pueda ser aliviada o descargada mediante cualquier otro acuerdo que no sea una renuncia formal⁵³⁹.

Si estas consideraciones son correctas, únicamente puede llegarse a la conclusión de que la ejecución de un acuerdo válido de la junta hace inviable el posterior ejercicio de la acción social, no por aplicación de la doctrina de los propios actos, sino porque impide que el daño pueda imputársele a los administradores, eliminando así uno de los presupuestos de su responsabilidad, que, de este modo, queda radicalmente excluida⁵⁴⁰. Con ello no se vacía de contenido el artículo 236.2 de la Ley de Sociedades de Capital, cuyo único cometido es evitar que en aquellas responsabilidades en las que sí hayan incurrido los administradores puedan entenderse extinguidas o renunciadas por el simple hecho de haber actuado aquéllos ejecutando la voluntad de los socios. En particular, y salvo que medie un acuerdo expreso de renuncia, los administradores responderán cuando hubieran proporcionado una información insuficiente o errónea a la junta o hubieran actuado de forma negligente a la hora de poner en práctica el acuerdo.

⁵³⁹ Para ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad societaria», ob. cit., pp. 710 y 711, el término «exoneración» «no implica “extinción” ni “inexigibilidad”, sino “inexistencia” de responsabilidad por falta de culpa de los administradores», por eso, entiende que el legislador se equivoca al hablar de «exoneración» en el artículo 236.2 de la Ley de Sociedades de Capital, «pues ahí lo que se contempla no es un tema de inexistencia de responsabilidad, sino de “inexigibilidad”», pues lo que quiere decir el precepto es que mediando culpa y por tanto responsabilidad de los administradores la Junta no puede extinguir dicha responsabilidad haciéndola inexigible» (en cursiva en el original). Como puede apreciarse, su conclusión coincide plenamente con la nuestra, si bien, nosotros entendemos que el término «exoneración» se emplea de forma correcta (v. lo dicho *supra* en la notas 510 y ss. y el texto correspondiente).

⁵⁴⁰ Como vimos en su momento (*supra* §8.II.2.2), a excepción de POLO, E., *Los administradores y el consejo*, ob. cit., pp. 312 y 313, la mayoría de la doctrina entiende que el artículo 236.2 de la Ley de Sociedades de Capital no impide la aplicación de la doctrina de los actos propios. Por eso, se entiende que si los administradores se limitaron a ejecutar un acuerdo válido pero lesivo de la junta, ni la junta ni los socios que hubieran votado a favor del acuerdo podrían ejercitar después la acción social de responsabilidad, aunque sí podrían hacerlo los socios ausentes o disidentes (art. 239 LSC) o los acreedores (art. 240) (cfr., en este sentido, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores*, ob. cit., pp. 333 y 334; CALBACHO, F., ob. cit., pp. 57 a 59 y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Responsabilidad de los administradores societarios», ob. cit., pp. 142 y ss.). Pero, como decimos en el texto, este recurso a la doctrina de los actos propios no está justificado. La sociedad no podrá demandar —ni tampoco podrán hacerlo el resto de legitimados subsidiarios— no porque ello sea contrario a la buena fe, sino porque los administradores habrán actuado sin culpa y, por tanto, no habrá responsabilidad que reclamar (cfr. TINA, A., *L'esonero da responsabilità*, ob. cit., p. 209).

En relación con esto último, debe tenerse en cuenta que el margen de actuación de los administradores acerca de la forma en la que deben ejecutar el acuerdo puede ser más o menos estrecho en función de su grado de determinación. De este modo, si la junta se limita a aprobar, sin más, el cumplimiento de una determinada operación, sin especificar el momento y las condiciones exactas en las que debe llevarse a cabo, todas estas cuestiones quedarán sometidas a la discrecionalidad de los administradores, que no responderán por el mero hecho de ejecutarla —lo que es, en todo caso, un acto debido— pero sí por la forma en que lo hagan⁵⁴¹.

Expuestas las razones que, en nuestra opinión, permiten afirmar *de lege lata* la irresponsabilidad de los administradores que se hubieran limitado a ejecutar un acuerdo válido de la junta en materia de gestión, estamos en mejores condiciones para responder a las dos preguntas que habíamos dejado planteadas al comienzo de este apartado: ¿es admisible que los administradores, ante una decisión arriesgada o potencialmente perjudicial, se dirijan a la junta para que ésta adopte un acuerdo que les libere de la responsabilidad por los daños que eventualmente pudieran producirse en el patrimonio social?, y, si ese acuerdo de la junta fuese admisible, ¿debería quedar sometido al régimen jurídico de la renuncia a la acción social de responsabilidad (art. 238.2 LSC)?

En coherencia con nuestro planteamiento, la respuesta a la primera pregunta debe ser, sin duda, afirmativa. Es preciso, no obstante, calificar adecuadamente esta intervención preventiva de la junta, a fin de aclarar en qué sentido cabe afirmar que la

⁵⁴¹ Lo que cabría preguntarse entonces es si, en relación con todos aquellos aspectos, meramente ejecutivos, que no queden cubiertos por el acuerdo de la junta, es posible acordar una renuncia anticipada. En principio, y según lo que hemos dicho al comienzo de este apartado, no habría mayor problema para que la junta acordase no exigir responsabilidades *pro futuro*, siempre que lo hiciese de forma expresa y con los requisitos del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital, esto es, determinando con precisión el derecho al que eventualmente se estaría renunciando y concediéndole un derecho de oposición a la minoría titular de, al menos, el cinco (o el tres) por ciento del capital social (cfr., en este sentido, TINA, A., *L'esonero da responsabilità*, ob. cit., pp. 251 y ss.). El análisis de la licitud de esta «renuncia» preventiva es, sin embargo, bastante más complejo de lo dábamos a entender entonces. En general, la posibilidad de renunciar a un derecho antes de que éste haya llegado a nacer en el patrimonio del sujeto renunciante —un «derecho futuro»— es una cuestión muy controvertida en la doctrina. Sin intención de agotar el tema, diremos tan sólo que, según la opinión más autorizada, este tipo de «renuncias» constituyen, en realidad, actos de «exclusión voluntaria de la ley aplicable». Ambas figuras se encuentran reguladas en el artículo 6 II del Código civil, pero cada una de ellas responde a una lógica distinta y, en consecuencia, está sometida a unos requisitos diferentes. Las —auténticas— renunciaciones son, como debiera haber quedado claro *supra* en el apartado I de este epígrafe, una manifestación de la facultad de disposición que se articula por medio de un negocio jurídico unilateral y no recepticio, cuyo único efecto directo e inmediato es la pérdida del derecho por parte de su titular. Por eso, sólo pueden tener como objeto un derecho subjetivo ya existente y sometido al poder disposición del sujeto renunciante y su validez está condicionada a la ausencia de perjuicio para terceros y a la conformidad con el interés o el orden público. Antes de que el derecho exista, las partes del contrato lo único que pueden hacer es delimitar sus respectivos deberes y obligaciones excluyendo aquellas normas cuya aplicación daría lugar al nacimiento de los correspondientes derechos. Ahora bien, este otro acto de reglamentación ya no tiene como límite el perjuicio de terceros, ni el interés o el orden público, sino la naturaleza imperativa de la norma cuya aplicación se pretende excluir. La consecuencia es clara: sólo podrán ser inaplicadas aquellas normas que tengan un carácter meramente *dispositivo* (v. los autores citados *supra* en la nota 151). Por tanto, la posibilidad de renunciar en vía preventiva a la responsabilidad de los administradores por los aspectos ejecutivos del acuerdo depende, en realidad, del carácter imperativo o meramente dispositivo que se otorgue al régimen de responsabilidad *ex* artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital (v. lo que dijimos al respecto *supra* en la nota 493).

misma «libera» de responsabilidad a los administradores. El análisis de las relaciones entre la junta y el órgano de administración que hemos esbozado en estas líneas debería permitirnos concluir que, en el Ordenamiento español, los socios están facultados para abrogarse cualquier decisión en materia de gestión, ya sea por iniciativa propia o a solicitud de los administradores. Si éstos someten a su consideración la oportunidad de llevar a cabo una determinada operación que podría originar graves daños en el patrimonio social, pero de la cual podrían derivarse también grandes ventajas, la Ley permite que sea la junta la que adopte la decisión final, asumiendo sus consecuencias. Con ello, se garantiza que son los socios —y no los administradores— quienes establecen las condiciones de su propia inversión, en función de su mayor o menor aversión al riesgo, permitiéndoles, en definitiva, hacer suya una decisión que, a su juicio, maximiza el interés social. El objeto de esta intervención preventiva de la junta es, por tanto, declarar la compatibilidad de la operación planteada por los administradores con el interés social. De ahí que, aunque su resultado práctico sea el mismo —la imposibilidad de reclamar, después, a los administradores los daños sufridos por la sociedad— dicha intervención *no pueda equipararse nunca a una renuncia preventiva* al ejercicio de la acción social de responsabilidad.

Las diferencias entre ambos acuerdos no son de carácter meramente temporal, sino estructural y funcional⁵⁴². Mediante la renuncia *ex* artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital, la sociedad realiza un acto de disposición sobre un derecho de crédito ya madurado en su patrimonio (*supra* I.2). Los administradores han incumplido sus deberes de diligencia y lealtad y han ocasionado un daño a esta última que, desde ese momento, es titular de una pretensión resarcitoria. En este caso, el resultado del acuerdo es la pérdida de esa pretensión y su definitiva extinción. Los intereses en tensión son, por un lado, el de la sociedad a deshacerse de un derecho que pueda resultarle excesivamente oneroso en términos económicos o reputacionales (*infra* 2) y, por otro, el de la minoría a que la decisión no se adopte en beneficio exclusivo de los administradores. La situación es, sin embargo, completamente distinta cuando la junta se pronuncia con anterioridad a la realización del acto de gestión. En este otro caso, los socios no disponen de pretensión resarcitoria alguna porque el daño no se ha producido aún. Es más, aunque finalmente llegara a producirse, no sería imputable a los administradores que, habiéndose limitado a ejecutar la voluntad de la junta, habrían actuado sin culpa y, por tanto, sin incurrir en responsabilidad. Lo que se contrapone, aquí, es el interés de los socios a definir el nivel de riesgo que quieren soportar en su inversión, frente al de los miembros del órgano de administración a obtener una adecuada protección en el ejercicio de sus funciones. De la comparación entre ambas «renuncias» emerge con claridad que la preventiva no es sino una *injerencia de la junta en materia de gestión* (art. 161 LSC), y es en este sentido en el que debe interpretarse la voluntad de los socios llamados a decidir sobre la conveniencia de llevar a cabo una

⁵⁴² TINA, A., «Insindacabilità», ob. cit., p. 355.

determinada operación⁵⁴³. Adoptado el acuerdo por la junta, los administradores estarán obligados a darle ejecución, en los términos ya mencionados, sin que llegue a nacer responsabilidad alguna a su cargo por la toma de la decisión. De ahí que sólo de manera impropia pueda decirse que el acuerdo les «libera» de responsabilidad⁵⁴⁴.

Estas consideraciones bastarían para responder de forma negativa a la segunda de las preguntas formuladas: el supuesto de hecho de la «renuncia» preventiva es completamente diferente al de la renuncia *ex post* y, por tanto, debe quedar excluido del ámbito de aplicación del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Con todo, cabría preguntarse si existe entre ambos una identidad de razón suficiente como para que el régimen establecido en este precepto también debiera aplicarse, por analogía, a la «renuncia» *ex ante*. Es oportuno comprobar, en particular, si la necesidad de tutelar a los acreedores o a la minoría exige este tratamiento unitario. Por lo que se refiere a los primeros, no cabe duda de que su posición encuentra una protección adecuada en la responsabilidad concursal (art. 172-*bis* LC) de la que, como ya sabemos, los administradores no pueden verse liberados por el acuerdo de la junta (*supra i*). El hecho de que la Ley les conceda una legitimación extraordinaria para el ejercicio de la acción social (art. 240 LSC) no debe inducir a error: los deberes de diligencia y lealtad vinculan a los administradores *únicamente frente a la sociedad y no frente a los acreedores*. Prueba de ello es que su legitimación reproduce el esquema de la acción subrogatoria común (art. 1111 CC) (*infra* §10.I.3) y que la renuncia al ejercicio de la acción social por parte de la sociedad impide su actuación (*infra* V y §10.II.1).

Más dudas plantea la posición de los socios minoritarios, ¿deberían ellos poder oponerse al acuerdo de la junta? Creemos que no. La oposición es un mecanismo que — junto a la legitimación extraordinaria para el ejercicio de la acción social (art. 239 LSC)— garantiza a la minoría el derecho a (co)determinar el interés social a disponer de la pretensión resarcitoria por los daños derivados de *mala gestio*, ya sea ejercitándolo ante los tribunales o renunciando a su ejercicio. Pero, como ha quedado dicho, mediante una «renuncia» preventiva la junta no dispone, ni tan siquiera de forma indirecta o mediata, de la referida pretensión. No se trata de exonerar a los administradores de su responsabilidad, porque ésta queda radicalmente excluida gracias a la intervención de la junta⁵⁴⁵. Pero, por si esto no fuera suficiente, lo cierto es que, en este caso, el derecho de oposición no ofrece a la minoría una mayor tutela de la que ya le proporciona el procedimiento asambleario. En efecto, el preventivo recurso a la junta, obliga a los

⁵⁴³ A esta conclusión es a la que llega TINA, A., últ. ob. cit., *passim*, tras analizar la relación existente entre el artículo 2364, núm. 5, del *Codice civile* en su redacción anterior a la reforma de 2003 (v. *supra* la nota 503) y el artículo 2393, último párrafo, del mismo texto.

⁵⁴⁴ CALANDRA BUONAURA, V., *Gestione dell'impresa*, ob. cit., p. 265, nota 277: «È bene precisare che solo impropriamente si può parlare, in questo caso, di effetto liberatorio o di esonero dalla responsabilità perché a carico degli amministratori non sorge, in realtà, alcuna responsabilità per aver dato esecuzione a un ordine legittimo dell'assemblea».

⁵⁴⁵ Niegan que exista un derecho de oposición de la minoría frente a los acuerdos de la junta en materia de gestión ABBADESSA, P., *La gestione dell'impresa*, ob. cit., 60; ID., «L'assemblea: competenza», en Colombo/Portale (Dirs.), *Trattato*, ob. cit., vol. 3*, p. 35; WEIGMANN, R., ob. cit., p. 224; CALANDRA BUONAURA, V., últ. ob. cit., pp. 261 y ss. y TINA, A., *L'esonero da responsabilità*, ob. cit., p. 245 y ss.

administradores a explicar en detalle todas las circunstancias que rodean la operación, permitiendo que los socios ausentes o disidentes puedan valorar si el posterior acuerdo «*sia inficiat[o] dalla presenza di un interesse extrasociale o da un abuso di potere della maggioranza che valgano a metterne in dubbio la legittimità*»⁵⁴⁶, y puedan ejercitar, en consecuencia, la pertinente acción de impugnación o, en su defecto, la acción resarcitoria *ex* artículo 206.1 II de la Ley de Sociedades de Capital⁵⁴⁷.

2. La «transposición de valor» como causa concreta de la renuncia a la acción social de responsabilidad

Aunque sólo sea por insistencia, el lector debería estar persuadido a estas alturas de que el artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital regula un supuesto concreto de renuncia a un derecho subjetivo (art. 6 II CC): el derecho —concreto y determinado— al resarcimiento de los daños ocasionados en el patrimonio social como consecuencia de la gestión negligente o desleal de los administradores (art. 236 LSC). Sabemos, además, que el acuerdo de renuncia a la acción social de responsabilidad representa, en sí mismo, un negocio jurídico unilateral que tiene como único efecto directo e inmediato la pérdida de ese derecho y como efecto reflejo —y, en este caso, también necesario— la extinción de la obligación resarcitoria a cargo del administrador responsable y, consecuentemente, la liberación de éste frente a la sociedad (*supra* I). A través de este acuerdo, la sociedad se despoja, por tanto, de un elemento patrimonial sin obtener una contraprestación directa, beneficiando con ello a un tercero: el administrador o administradores exculpados, sean o no socios. Salta, pues, a la vista que la renuncia a la acción social se presenta —al menos, *a priori*— como un acto lesivo para el interés social, en beneficio de uno o varios socios o terceros, que parece encajar a la perfección en uno de los supuestos de impugnación regulado en el artículo 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

Antes de la reforma operada por la Ley 31/2014, hubiéramos dicho que se trata de un acuerdo, en principio, «anulable» (cfr. la antigua redacción del art. 204 LSC). Sin embargo, en el régimen actual de impugnación de acuerdos sociales, ha desaparecido la dicotomía entre «acuerdos nulos», por ser contrarios a la ley, y «acuerdos anulables», por oposición a los estatutos o *lesión del interés social en beneficio de uno o varios socios o terceros*. Frente a estas categorías tradicionales, se alza ahora una única categoría general, la de los acuerdos «impugnables», que comprende todos los supuestos de invalidez: contrariedad a la ley, a los estatutos o al reglamento de la junta y *lesión del interés social en beneficio de uno o varios socios o terceros*. Para todos ellos se establece, tras la reforma, un mismo régimen de

⁵⁴⁶ La cita es de CALANDRA BUONAURA, V., *Gestione dell'impresa*, ob. cit., p. 262, pero la idea, tal y como la exponemos en el texto la hemos tomado de TINA, A., *L'esonero da responsabilità*, ob. cit., pp. 247 y 248.

⁵⁴⁷ A este respecto, debe tenerse en cuenta que la reforma de 2014, acogiendo una solución similar a la del Derecho italiano (cfr. art. 2377, párrafo cuarto, *C.Civile*), ha condicionado el derecho a impugnar los acuerdos de la junta a la titularidad de, al menos el uno por ciento del capital social (art. 206.1 LSC, *in fine*) —cifra que se reduce al uno por mil en las sociedades cotizadas (art. 495.2, letra «b») — al tiempo que ha reconocido a los socios que no alcancen este umbral el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios que les hubiera ocasionado el acuerdo impugnado (art. 206.1 II LSC, *in fine*).

impugnación: la acción para hacerla valer se somete a un único plazo de caducidad de un año (art. 205 LSC) o tres meses, en el caso de las sociedades cotizadas (art. 495.2, letra «c», LSC), y la legitimación se atribuye a cualquiera de los administradores, a los terceros que acrediten un interés legítimo y a los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital (art. 206.1 LSC) o el uno por mil en las sociedades cotizadas (art. 495.2, letra «b», LSC). No obstante, dentro de esta categoría única se distinguen, por su especial gravedad, aquellos acuerdos que «por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público», para los cuales se prevé un régimen de impugnación especial: en estos casos, la acción no caduca ni prescribe (art. 205.1 LSC, *in fine*) y la legitimación para ejercitarla se reconoce a cualquier socio, aunque hubiera adquirido esa condición después del acuerdo, así como a cualquier administrador o tercero (art. 206.2 LSC)⁵⁴⁸.

Ello hace que, inevitablemente, surja la cuestión: ¿cómo es posible que la Ley — no sólo la española, sino la de la mayor parte de los países de nuestro entorno— ampare la adopción de un acuerdo que favorece única y exclusivamente a los administradores a costa del sacrificio del interés social? (*supra* §2)⁵⁴⁹. A nuestro modo de ver, son dos las respuestas posibles.

En primer lugar, cabría pensar que la renuncia a la acción social de responsabilidad es, efectivamente, un acto *intrínsecamente lesivo* que produce siempre un perjuicio en el patrimonio social y un beneficio correlativo en el de los administradores por una cuantía equivalente al daño ocasionado por su mala gestión⁵⁵⁰. Desde esta perspectiva, parecería como si la Ley, al declarar que la sociedad puede renunciar en cualquier momento al ejercicio de la acción, estuviera admitiendo —de forma excepcional y en atención a la estricta disciplina del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital— la aprobación de un acuerdo lesivo. En otras palabras, la existencia de un derecho de oposición de la minoría, junto al resto de cautelas que la Ley adopta en relación con este acuerdo —obligatoria constancia en el orden del día, carácter expreso, objeto determinado, etc.— actuarían como una suerte de

⁵⁴⁸ Sobre este punto de la reforma puede verse, con carácter general, PERDICES, A.B., «Retorno a la impugnación de los acuerdos de la junta de accionistas», en Ibáñez Jiménez (Dir.), *Comentarios a la reforma*, ob. cit., pp. 113 a 132.

⁵⁴⁹ Bien mirada, la justificación de la renuncia se presenta siempre problemática. A este respecto, señala DORAL, J.A., ob. cit., pp. 409 y 410, que «[n]o es fácil razonar que merece tutela jurídica quien siendo titular de derechos, ventajas jurídicas o prerrogativas decide amputar voluntariamente su patrimonio con la dejación o abandono de algo que posee, renunciar sin ventaja, sin esperar a cambio contraprestación, el *quid pro quo*».

⁵⁵⁰ Afirma ABBADESSA, P., *La gestione dell'impresa*, ob. cit., p. 60, que «la rinuncia ad una pretesa risarcitoria già entrata nel patrimonio della società si presenta, di per sè, come atto gravemente pregiudizievole». En la misma línea se mueve CALBACHO, F. (v. *infra* la nota siguiente), mientras que MINERVINI, G., *Gli amministratori*, ob. cit., p. 345, considera que la renuncia a la acción social es siempre un acto perjudicial para la sociedad que lleva implícito, *in re ipsa*, un fraude de acreedores. No obstante, debe tenerse en cuenta que el autor expone su opinión con anterioridad a la reforma de 2003, cuando los socios minoritarios no tenían reconocida la legitimación para el ejercicio de la acción social, lo que le lleva a afirmar que, con la renuncia, «la società infatti si priva del suo diritto alla reintegrazione del patrimonio sociale leso, senza corrispettivo, laddove —se il suo atteggiamento fosse ispirato da intenti non-antigiuridici (p. e., dall'intento di non porre in piazza gli affari propri)— basterebbe ad essa non tentare l'azione, senza addivenire ad una rinuncia, che ne preclude per sempre l'esercizio». No se perca, sin embargo, Minervini de que, con ello, realmente vacía de contenido la figura de la renuncia, que en ningún caso encontraría una justificación lícita.

«convalidación» legal de un acuerdo, *per se*, inválido. Esta primera interpretación llevaría a aceptar la validez de toda renuncia adoptada sin la oposición de la minoría. En consecuencia, los socios que no hubieran asistido a la junta o que no alcanzasen el porcentaje mínimo para oponerse al acuerdo no podrían impugnarlo después con éxito, al menos basándose en la lesión del interés social⁵⁵¹.

Frente a ello, cabría sostener que la Ley admite la renuncia porque considera que ésta puede resultar una herramienta útil para la mejor realización del interés común a todos los socios. De ser así, no todo acuerdo de renuncia sería válido por el mero hecho de haber sido aprobado sin oposición de la minoría; se requeriría, además, que la decisión estuviera justificada en la maximización de ese interés⁵⁵². No existiendo esta justificación, los socios ausentes o los que no hubieran podido oponerse a su adopción por no alcanzar el cinco (o el tres) por ciento del capital social podrían, no obstante, impugnar el acuerdo de renuncia cuando éste resultase efectivamente lesivo para el interés social (art. 204.1 LSC).

Esta última es, en nuestra opinión, la interpretación correcta. El legislador contempla la posibilidad de renunciar a la reintegración del patrimonio lesionado por los administradores como un instrumento de creación de valor para la empresa social y, sólo en cuanto tal, la permite y ampara. Ello significa que la dejación del derecho al resarcimiento del daño causado por los administradores y su correlativa exoneración deben responder siempre a una finalidad lícita y digna de tutela o, lo que es igual, *el negocio jurídico de renuncia que se articula por medio del acuerdo de la junta debe constar de causa y ésta ha de ser lícita y veraz* (arts. 1261.3º y 1275 CC).

Como podrá comprenderse, no se trata de abordar aquí un tratamiento exhaustivo de las distintas tesis que han girado en torno al concepto de «causa del negocio», del que, no en vano, se ha dicho que ha cobrado fama de incomprensible y hasta de misterioso⁵⁵³. Nuestra intención es, simplemente, la de exponer a grandes trazos el problema de la causa del negocio jurídico abdicativo (*infra* 2.1), para analizar, después, las particularidades que ésta presenta en relación con la renuncia a la acción social de responsabilidad (*infra* 2.2.), a fin de determinar en qué medida la ausencia de una

⁵⁵¹ Cfr., en este sentido, CALBACHO, F., *ob. cit.*, p. 216 y pp. 222 a 224, para el cual, «resultaría muy difícil que pudiera prosperar la impugnación del acuerdo de renuncia o de transacción válidamente adoptado [...] sobre la base de la lesión que los mismos estuvieran ocasionando al interés social. De lo contrario, la facultad reconocida en el artículo 134.2 [actual art. 238.2 LSC] carecería de consistencia alguna, en la medida en que hubiera un accionista que, por pequeña que fuera su participación, estuviera dispuesto a impugnarlo». Sí podrían alegar, en cambio, otros defectos del acuerdo, como la omisión del asunto en el orden del día, defectos relevantes de convocatoria, etc.

⁵⁵² Esta es la tesis de DELL'ATTI, G., *La rinunzia*, *ob. cit.*, pp. 175 a 181, a la cual, como decimos más abajo en el texto, nos adherimos plenamente.

⁵⁵³ DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, *ob. cit.*, p. 164. Resultaría del todo superfluo indicar siquiera una bibliografía básica sobre un tema del que tanto se ha escrito en España y en Italia. Por eso, para una panorámica general de la literatura española, nos remitimos al completo estudio del Profesor De Castro (últ. *ob. cit.*, pp. 163 y ss.), así como al trabajo de CLAVERÍA, L.H., *La causa del contrato*, Bolonia [Publicaciones del Real Colegio de España], 1998, pp. 80 a 94. Para la italiana, además de las páginas 75 a 78 de esta última obra, puede consultarse GIORGIANNI, M., voz «Causa del negozio giuridico», en *Enc. dir.*, vol. 6, Milán [Giuffrè], 1960, pp. 457 a 577.

finalidad práctica lícita que justifique su adopción reacciona sobre la validez del acuerdo de la junta.

En una primera aproximación, la relevancia práctica de esta cuestión puede parecer bastante escasa, habida cuenta de que aquellos socios que no alcancen siquiera la titularidad de capital necesaria para oponerse al acuerdo de renuncia tampoco podrán ejercitar la acción social de responsabilidad en vía extraordinaria y, por tanto, aunque se declarase la nulidad del acuerdo, la decisión de entablar la acción seguiría quedando en manos de una mayoría que, al fin y al cabo, ya se ha manifestado a favor del acto abdicativo. Cabe preguntarse, entonces: el hecho de que una renuncia lesiva para el interés social pueda ser impugnada, *cui prodest?*

Pronto se advierten, sin embargo, una serie de motivos, más allá del mero prurito legalista, que ponen de manifiesto la utilidad de que el acuerdo perjudicial pueda ser impugnado. Por un lado, puede suceder que la renuncia lesiva haya sido acordada en el marco de un procedimiento judicial ya iniciado, de modo que su impugnación permita que aquél continúe hasta la emanación de una sentencia de condena⁵⁵⁴. No debe descartarse, por otro lado, que la estructura de propiedad de la sociedad cambie, de forma que la minoría pueda alcanzar en un futuro el porcentaje necesario para ejercitar la acción social de responsabilidad. Y, finalmente, debe tenerse presente que el acuerdo de renuncia desborda la esfera interna de la sociedad, por cuanto, habiendo sido válidamente adoptado, resultará oponible no sólo a los socios minoritarios, sino también a los acreedores (*infra* V y §10.II.1). Por ello, es necesario que estos últimos, que no cuentan con la posibilidad de oponerse a la adopción del acuerdo, puedan contestar su validez, impugnándolo o anulándolo, cuando la renuncia se presente como un acto injustificado de «blindaje» de los administradores en perjuicio de sus intereses⁵⁵⁵.

2.1. La renuncia como negocio jurídico causal. La causa de la renuncia en general

Entre los autores —fundamentalmente franceses e italianos— que han estudiado con mayor detenimiento la renuncia, el problema de su causa presenta una especial controversia, como consecuencia, sin duda, de la perplejidad que la figura de la causa ha suscitado dentro de la teoría general del negocio jurídico. En este sentido, y dejando a un lado las tesis decididamente anticausalistas⁵⁵⁶, es posible advertir hasta tres posturas

⁵⁵⁴ CALBACHO, F., ob. cit., p. 224.

⁵⁵⁵ Como veremos a lo largo de este apartado, el perjuicio que la renuncia puede ocasionar los acreedores no comporta siempre un problema de ilicitud de la causa. Es posible que un acuerdo de renuncia dotado de una causa válida resulte igualmente perjudicial para sus intereses, en cuyo caso, los acreedores podrán acudir al mecanismo de la rescisión (arts. 1111 y 1291.3º CC) (v. *infra* §10.I.1).

⁵⁵⁶ Como es sabido, las teorías que niegan toda relevancia autónoma a la causa tienden a identificarla con el objeto o el contenido del negocio, o aun con la voluntad de las partes (cfr., por todos, LACRUZ, J.L. [*et al.*], ob. cit., tomo 1, vol. 1, p. 186). De esta forma, su inexistencia o ilicitud coincidirían con la inexistencia o ilicitud del objeto o con la carencia de voluntad, mientras que su falsedad vendría a ser lo mismo que la simulación. A este respecto, es significativo que, en las recientes propuestas privadas de codificación del Derecho europeo de los contratos —Principios de Unidroit (art. 3.1.2), Principios del Derecho Europeo de los Contratos (art. 2:101) y Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos (art.

distintas en torno a la *causa de la renuncia*. Para una primera corriente de pensamiento (a), la renuncia, como negocio patrimonial carente de todo efecto atributivo directo, estaría caracterizada por una total «abstracción» causal. Tal y como hemos podido comprobar en el apartado anterior (*supra* I.1.2), el único efecto esencial y directo de la renuncia es, efectivamente, la pérdida del derecho sobre el que ésta se proyecta; pérdida que, en ningún caso, va a acompañada de su atribución a un tercero. De ahí que la causa, entendida como justificación jurídica del desplazamiento de un derecho de un patrimonio a otro, no encuentre aplicación, según esta tesis, en los actos meramente abdicativos⁵⁵⁷. En cambio, para otros autores (b), el de la causa de la renuncia sería, en realidad, un problema aparente, puesto que la abdicación de un derecho se presenta normalmente como una «prestación» típica, con un *esquema causal* «incompleto», que estaría llamada a integrarse en un negocio más complejo —a título oneroso o gratuito—, del cual recibiría o «absorbería» la propia causa⁵⁵⁸. Finalmente, se ha afirmado (c), y ésta es quizá la opinión más difundida, que la renuncia se configura legalmente como un negocio jurídico dotado de una *causa típica y constante*, que se identificaría, precisamente, con la mera abdicación del derecho por parte del titular al único fin de desprender de su patrimonio una entidad jurídica activa. Desde este punto de vista, la pérdida voluntaria de un derecho que se articula por medio de la renuncia constituiría un acto de libertad, máxima expresión del poder de disposición, que el Ordenamiento jurídico ampararía en cuanto tal, con independencia de cuál fuese la finalidad concretamente perseguida por el sujeto renunciante o de las razones que le hubieran

5.3)—, se haya producido un progresivo desvanecimiento del concepto de causa. Desvanecimiento que, en opinión de algunos, supone el reconocimiento de la inutilidad de esta figura (cfr., por ejemplo, MARTÍN PÉREZ, J.A., «La causa del contrato ante el proceso de armonización europeo», en Llamas [Coord.], *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, tomo 2, Madrid [La Ley], 2006, pp. 283 a 303), pero que, a juicio de otros, no implica, ni mucho menos, su destierro absoluto (así, entre otros, FERRI, G.B., «L'“invisible” presenza della causa del contratto», en *Europa e diritto privato*, núm. 4, 2002, pp. 897 a 913; SABORIDO, P., «La pervivencia de la relevancia jurídica de los propósitos o intereses de las partes en el contrato», *InDret*, núm. 1, 2013 y LUNA, A., «Hacia el abandono de la mención de la causa en la conformación definitoria del contrato», en *CDT*, núm. 2, 2010, pp. 140 a 148).

⁵⁵⁷ Ésta ha sido la postura tradicional entre los autores de habla francesa. Cfr. BRETON, A., «Théorie générale de la renonciation aux droits réels», en *Rev. trim. dr. civ.*, 1928, p. 316; RIGAUX, F. «Les renonciations au bénéfice de la loi en Droit civil belge», en *Travaux de l'association H. Capitant*, vol. 13, París [Daloz], 1963, pp. 396 y 397 y GRAMMATIKAS, G., *Théorie générale de la renonciation en droit civil*, París [Librairie générale de droit et de jurisprudence], 1971, p. 29, para quien, «[d]’ailleurs les recours de la cause ne présente d’intérêt que pur cette catégorie d’actes qu’on dénomme en doctrine germanique actes d’attribution (Zuwendungen) [...]». *Ainsi, les auteurs qui ont examiné ce problème affirment de concert le caractère abstrait de la renonciation*. En Italia, ha defendido también el carácter abstracto de la renuncia GORLA, G., ob. cit., pp. 60 y 61, aunque con argumentos parcialmente distintos. En España, pueden verse, entre otros, CANO, J.I., ob. cit., p. 64; SANTOS BRIZ, J., *Derecho civil. Teoría y práctica*, vol. 1, Madrid [Edersa], 1978, p. 155 y POU DE AVILÉS, J.M., ob. cit., pp. 704 y 705, para el cual la abstracción de la renuncia derivaría del hecho de que la inexpressión de su causa no afecta a su validez («abstracción procesal», v. *infra* la nota 560).

⁵⁵⁸ GIORGIANNI, M., ob. cit., p. 98. En esta dirección apunta igualmente FERRI, G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milán [Giuffrè], 1968, pp. 396 y 397, aunque no se refiere expresamente a la renuncia, sino, en general, a los negocios jurídicos unilaterales, de los cuales afirma que son estructuras extremadamente simples, con un contenido y efecto constantes, lo cual hace que escapen al problema de la causa.

impulsado a despojarse del derecho renunciado; finalidad o razones que no pasarían de ser simples motivos, como tales, irrelevantes para el Derecho⁵⁵⁹.

No obstante, a nuestro modo de ver, ninguno de estos planteamientos aborda de forma correcta el problema de la causa en el negocio abdicativo.

a) Ante todo, el hecho de que la renuncia no tenga como consecuencia directa una atribución patrimonial a un tercero no parece suficiente para afirmar el carácter «abstracto» de la misma. Al margen de las muchas dudas que los denominados «negocios abstractos» han generado en la doctrina española⁵⁶⁰, lo cierto es que esta falta de atribución patrimonial, lo único que permite es *rechazar la naturaleza gratuita u onerosa de los negocios puramente abdicativos*, pero no elimina en absoluto la necesidad de valorar la relevancia del elemento causal en los mismos⁵⁶¹.

A este respecto, parece existir un amplio consenso en torno a la idea de que la causa no es predicable exclusivamente de la obligación o de la atribución patrimonial aislada, sino del contrato en su conjunto y, por derivación, de cualquier negocio jurídico⁵⁶². De esta forma, puede decirse que, al igual que existen atribuciones

⁵⁵⁹ BOZZI, A., ob. cit., p. 1147. En el mismo sentido, pueden verse, SICCHIERO, G., ob. cit., p. 661; MOSCARINI, L.V., ob. cit., pp. 5 y 6; PERLINGIERI, P., ob. cit., p. 86 y BIANCA, C.M., *Diritto civile*, vol. 4, Milán [Giuffrè], 1993, p. 470. En España, CABANILLAS, A., ob. cit., p. 751, señala que el carácter causal de la renuncia «permite considerar que no es renuncia el acto o negocio jurídico cuya causa es diversa a la de la renuncia. *No habrá renuncia cuando el fin práctico del negocio celebrado no sea el típico de la renuncia, es decir, la abdicación de un derecho*» (la cursiva es nuestra). Cfr., igualmente, OJEDA, A., ob. cit., p. 171, para el cual, «la causa del negocio de renuncia, el fin práctico perseguido por el declarante y reconocido por el Derecho, *es la abdicación de un derecho o titularidad activa, y estrictamente esa abdicación*» (el énfasis es también nuestro).

⁵⁶⁰ A pesar de que no han faltado quienes han querido ver en el artículo 1277 del Código civil una vía para dar entrada en el Ordenamiento español a los negocios «abstractos» (cfr., fundamentalmente, PÉREZ GONZÁLEZ, B y ALGUER, J., en la traducción y anotación a ENNECCERUS-NIPPERDEY, ob. cit., tomo 1, vol. 2, pp. 84 a 89 y NÚÑEZ LAGOS, R., *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Madrid [Reus], 1934, pp. 49 a 61), lo cierto es que la mayor parte de la doctrina ha entendido que aquéllos no tienen cabida en un sistema como el español, de marcado carácter causalista (arts. 1261.3º y 1274 y ss. CC). Cfr., además de DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, ob. cit., pp. 289 y ss. (v. espec. p. 295); ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, ob. cit., vol. 1, p. 477; LÓPEZ VILAS, R.J., «Los llamados negocios jurídicos abstractos», en *RDP*, 1965, pp. 487 a 500 (v. espec. pp. 495 y ss.) y DE LOS MOZOS, J.L., «Negocio abstracto y reconocimiento de deuda», en *ADC*, 1966, pp. 369 a 422, quienes dejan claro que la única abstracción que puede derivarse del artículo 1277 del Código civil es la meramente «procesal» o «formal», la cual no implica ausencia de causa, sino, tan sólo, la presunción *iuris tantum* de su existencia y validez.

⁵⁶¹ Sobre la impropiedad de aplicar las categorías de onerosidad o gratuidad a los actos puramente abdicativos, cfr. MOSCO, L., *Onerosità e gratuità degli atti giuridici con particolare riguardo ai contratti*, Milán [Francesco Vallardi], 1942, pp. 24 y 25; SANTORO-PASSARELLI, F., ob. cit., p. 224 y OPPO, G., *Adempimento e liberalità*, Nápoles [Edizioni Scientifiche Italiane], 1979, pp. 293 y 294. Refiriéndose, en concreto a la renuncia, cfr. PIRAS, S., ob. cit., pp. 127 a 130, para el cual, ésta sería un «acto indiferente» (p. 129); BOZZI, A., ob. cit., p. 1147 y MACIOCE, F., *Il negozio di rinuncia*, ob. cit., pp. 102 y 130.

⁵⁶² No hace falta decir que éste es uno de los puntos más problemáticos en el estudio de la causa. Es bien sabido que nuestro Código civil, inspirado en el *Code Napoléon* —que recogía, a su vez, la doctrina de DOMAT, J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, París, 1713 [v. espec. los núms. V y VI de la sección 1ª del tomo 1], y de POTHIER, R.B., *Ouvres. Traité des obligations*, tomo 1, París, 1821 [v. espec. pp. 107 y ss.]—, se refiere, en principio, a la «causa de la obligación» (art. 1261, párrafo tercero, CC), esto es, a la justificación de la vinculación individual de *cada una* de las partes (cfr. ALBALADEJO, M., últ. ob. cit., pp. 460 y 461 y LACRUZ, J.L. [et al.], últ. ob. cit., pp. 187 y 188). De ésta se diferenciaría, sin embargo, la

patrimoniales que se producen sin necesidad de un negocio jurídico previo —piénsese en la atribución al cónyuge viudo del ajuar de la vivienda habitual del matrimonio, que tiene lugar *ex lege* (art. 1321 CC)⁵⁶³— hay negocios jurídicos que no comportan ninguna atribución patrimonial, pero que no por ello dejan de necesitar su propia justificación causal⁵⁶⁴. Éste es, precisamente, el caso de la renuncia, que produce la pérdida del derecho sin que tenga lugar su atribución a un tercero, pero que requiere, como cualquier otro negocio jurídico patrimonial, de la existencia de una causa verdadera y lícita como requisito de validez (arts. 1261.3º y 1275 CC)⁵⁶⁵.

b) Frente a lo anterior, cabría aducir que la renuncia rara vez se presenta como un negocio jurídico independiente —o, como dirían los italianos, «*prestazione isolata*»—. En la mayoría de los casos, forma parte de un negocio jurídico más complejo, en el que aparece como «prestación» debida o comprometida por una de las partes. Preguntarse, entonces, por la causa de la renuncia carecería de sentido: la renuncia adoptaría siempre la causa de aquel negocio en el que se inserta. Así, por ejemplo, en un contrato de transacción, las «renuncias» a las que se obligan recíprocamente las partes no serían sino las prestaciones —consistentes, en este caso, en un *facere*— que integrarían el contenido del convenio transaccional, absorbiendo la causa del mismo⁵⁶⁶. De igual modo, la «renuncia» podría llevarse a cabo a cambio de una contraprestación, presentándose, en ese caso, como contenido de un contrato bilateral de carácter oneroso (cfr. *v.gr.* la «renuncia» contemplada en el art. 1000.3º CC⁵⁶⁷), o bien, podría hacerse sin que medie una contraprestación y con el ánimo exclusivo de beneficiar —indirectamente— a un tercero, dando vida, en este último caso, a un «renuncia» con causa liberal.

denominada «causa de la atribución», esto es, la razón que justifica el desplazamiento de bienes de un patrimonio a otro y que puede tener o no su origen en un negocio jurídico anterior; negocio que debe tener también su propia «causa» (cfr. Díez-Picazo, L., «El concepto de causa en el negocio jurídico», en *ADC*, 1963, pp. 26 y ss.). Se llega, así, al concepto de «causa del negocio jurídico», como requisito de validez no sólo de los contratos, sino, en general, de cualquier negocio jurídico patrimonial e incluso no patrimonial (cfr., además de Díez-Picazo, L., *últ. ob. cit.*, p. 28 e *Id.*, «El negocio jurídico del Derecho de familia», en *RGLJ*, núm. 212, 1962, pp. 788 a 790; Cariota Ferrara, L., *Il negozio giuridico*, *ob. cit.*, p. 589; Messineo, F., voz «Contratto [dir. priv.—teoría generale]», en *Enc. dir.*, vol. 9, Milán [Giuffrè], 1961, p. 826 y De Castro, F., *El negocio jurídico*, *ob. cit.*, pp. 194 a 198; *contra*, Lacruz, J.L. [*et al.*], *últ. ob. cit.*, p. 195).

⁵⁶³ DE LOS MOZOS, J.L., «Comentario al artículo 1321 CC», en Albaladejo/Díaz Alabart (Dirs.), *Comentarios*, *ob. cit.*, tomo 18, vol. 1, pp. 136 y 137 y HERRERO GARCÍA, M.J., «Comentario al artículo 1321», en Paz-Ares (*et al.*), *Comentario*, *ob. cit.*, tomo 2, p. 593.

⁵⁶⁴ Díez-Picazo, L., «El concepto de causa», *ob. cit.*, pp. 27 y 28.

⁵⁶⁵ Dejando a un lado a quienes entienden que estamos ante un negocio «abstracto» (*v. supra* la nota 557), la relevancia del elemento causal en la renuncia ha sido afirmada por la doctrina mayoritaria, si bien, como ya hemos señalado y como veremos a continuación en el texto, con discrepancias en torno a su significado concreto.

⁵⁶⁶ Así, para Piras, S., *ob. cit.*, pp. 135 y 136, la transacción constituiría una hipótesis típica de actividad renunciativa inserta en un esquema negocial de carácter oneroso.

⁵⁶⁷ Como se sabe, este precepto —equivalente al artículo 478 del *Codice civile*— reputa aceptación de la herencia la «renuncia» el heredero lleva a cabo, por precio, a favor de todos sus coherederos indistintamente.

No obstante, una mirada más atenta a todos estos supuestos revela cómo, en realidad, ninguno de ellos constituye una hipótesis típica de renuncia. Por lo que a la transacción se refiere, debe tenerse en cuenta que las concesiones recíprocas que integran el contenido del convenio —entre las que, se nos dice, podrían incluirse «renuncias»— representan el instrumento típico a través del cual las partes tratan de lograr la finalidad propia de la transacción, que no es otra que la de poner fin a un conflicto o prevenirlo. Por eso, quien transige no busca sólo abandonar el derecho, ya que su actuación adquiere significado en el marco de un intercambio recíproco⁵⁶⁸. Es más, si se piensa detenidamente, las partes, al «renunciar» recíprocamente, en ningún momento pretenden deshacerse del derecho, sino todo lo contrario, tratan de conservarlo eliminando cualquier controversia que haya surgido o pudiera surgir en torno al mismo⁵⁶⁹. La «renuncia» deja, por ello, de tener relevancia autónoma, diluyéndose en otro negocio jurídico, el de transacción, que tiene su propia causa⁵⁷⁰. En este sentido, resulta particularmente clara la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª), de 12 de mayo de 2010, en cuyo fundamento jurídico octavo puede leerse:

«Por su naturaleza unilateral, la renuncia se diferencia de la transacción, negocio jurídico contractual, bilateral y sinalagmático, dirigido a zanjar diferencias existentes entre las partes y evitar un pleito, o en su caso, dirigido a poner fin al iniciado. Acaso pueda cuestionarse la admisibilidad de la explicación de la transacción como el concierto de mutuas renunciaciones, ya que en la transacción hay cesiones por cada parte, y el contenido de tales cesiones puede implicar o no una renuncia de derechos; si [...] la transacción encubre renuncia o renunciaciones, ésta o éstas se desvirtúan con el pacto y no pueden presentarse jurídicamente como tales. En la jurisprudencia española se ha reflejado con todo rigor, aunque no constantemente, la diferencia entre ambos negocios jurídicos —en términos generales, predomina la buena doctrina que distingue renuncia y transacción (STS de 6 de octubre de 1932)— entendiéndose que no hay renuncia de derechos en la permuta de beneficios (STS de 9 de junio de 1954)»⁵⁷¹.

Algo similar sucede con las pretendidas «renunciaciones onerosas». Si nos centramos, concretamente, en el supuesto regulado en el artículo 1000.3º del Código civil, nos encontramos con que la doctrina niega de forma unánime y rotunda que el heredero que «renuncia» por precio a la herencia a favor de todos los coherederos esté realizando un auténtico negocio abdicativo. Se trata, antes bien, de una transmisión a título oneroso

⁵⁶⁸ PERLINGIERI, P., ob. cit., pp. 95 y 96.

⁵⁶⁹ BOZZI, A., ob. cit., pp. 121 y 122.

⁵⁷⁰ Además de los autores citados *supra* en las dos notas precedentes, diferencian correctamente la transacción de la renuncia pura y simple, entre otros, MACCIOCE, F., *Il negozio di rinuncia*, ob. cit., pp. 114 y ss.; COPPOLA, C., ob. cit., pp. 109 y ss.; CABANILLAS, A., ob. cit., p. 740; OJEDA, A., ob. cit., pp. 184 a 191 (v. espec., pp. 188 y ss.) y POU DE AVILÉS, A., ob. cit., p. 707. Por su parte, el de la causa de la transacción es también un tema debatido, aunque por regla general, se tiende a considerar que es un contrato oneroso (sobre esta cuestión, cfr. TAMAYO, S., ob. cit., pp. 65 y ss.).

⁵⁷¹ JUR 2010/229856. En el mismo sentido, pueden verse —además de las resoluciones citadas por esta sentencia— las SSTS de 11 de octubre de 2000 (FFJJ Segundo y Cuarto) (RJ 2000/9193), de 6 de noviembre de 1993 (FJ Tercero) (RJ 1993/8618), la SAP Jaén (Sección 3ª), de 7 de diciembre de 2001 (FJ Cuarto) (AC 2001/2354) y, con anterioridad, la STS de 26 de junio de 1969 (Cdo. Primero) (RJ 1969/3663).

del derecho hereditario que implica, por sí misma, aceptación y adquisición de la cuota que se transmite⁵⁷². A idéntica conclusión lleva el análisis de la supuesta «renuncia» a un derecho real limitado a cambio de una contraprestación: el usufructuario que hace dejación de su derecho, habiéndose comprometido el nudo propietario al pago de un precio, lo que realmente está haciendo es transmitir su derecho, provocando con ello la consolidación del dominio⁵⁷³. Y no muy distinto es el caso de la «renuncia» al derecho de crédito mediando una contraprestación del deudor: este otro «contrato de renuncia» será, en rigor, un negocio solutorio, por el que se estará modificando la relación obligatoria precedente y que, según los casos, podría amoldarse al esquema de la compensación, de la dación en pago o de la novación —*v.gr.* A renuncia al crédito que tiene frente a B por la entrega de una mercancía, a cambio de que éste le preste un servicio—⁵⁷⁴. Tampoco puede considerarse «renuncia» *stricto sensu* la del sujeto que se obliga por precio a abdicar de un derecho, porque, en ese caso, el acto del obligado no es más que el cumplimiento de dicha obligación, la cual tiene su origen en un contrato en el que la parte que se desprende del derecho no ha prometido renunciar pura y simplemente, sino hacerlo a cambio de una contraprestación⁵⁷⁵.

Finalmente, cabe rechazar que la «renuncia» a un derecho de crédito que se hace por puro ánimo liberal sea tal renuncia. Pese a que la propensión a equiparar la renuncia al derecho de crédito con la remisión de la deuda puede hacer que la distinción no sea tan clara, creemos que lo correcto sería encuadrar este último supuesto en la figura de la condonación (arts. 1187 y ss. CC)⁵⁷⁶. En efecto, si aceptamos, como hemos hecho

⁵⁷² Esta conclusión es compartida tanto por los autores españoles como por los italianos, estos últimos en relación con el artículo 478 del *Codice civile*. Cfr., entre los primeros, ya MANRESA, J.M., ob. cit., tomo 7, p. 406; O'CALLAGHAN, X., «Comentario al artículo 1000 CC», en Paz-Ares (*et al.*), *Comentario*, ob. cit., tomo 2, p. 2369 y COSTAS RODAL, L., «Comentario al artículo 1000 CC», en Bercovitz (Dir.), *Comentarios al Código civil*, tomo 5, Valencia [Tirant lo Blanch], 2013, p. 7219; y, entre los segundos, AURICCHIO, A., «La rinuncia verso corrispettivo nell'art. 478 c.c.», en *Temì*, 1956, pp. 176 a 182; PERLINGIERI, P., ob. cit., pp. 91 a 94; CICALA, R., *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Nápoles [E. Jovene], 1968, pp. 95 y ss., y los autores citados por este último.

⁵⁷³ Dice CARRESI, F., «Il contratto con obbligazioni del solo proponente», en *Riv. dir. civ.*, 1974, I, p. 398, que la operación podría calificarse como un contrato atípico del tipo *do ut facias*, en el cual, el *facere* consistiría en la renuncia al usufructo. Pero parece difícil seguir apreciando aquí un mero efecto abdicativo-renunciativo; por eso entendemos que se trataría, más bien, como decimos en el texto, de una auténtica transmisión del derecho de usufructo (cfr. GAZZONI, F., *La trascrizione immobiliare*, tomo 1, en Schlesinger [Dir.], *Il codice civile: commentario*, 2ª ed., Milán [Giuffrè], 1998, p. 220 y BOZZI, L., ob. cit., p. 119). Tanto este supuesto, como el anterior, ponen de manifiesto la falsedad de las denominadas «renuncias traslativas», que, como advierte de forma unánime la doctrina actual, son realmente actos de enajenación (cfr., por todos, CASTÁN, J., *Derecho civil*, ob. cit., tomo 1, p. 92 y los autores citados *supra* en la nota 453).

⁵⁷⁴ CARRESI, F., *últ. ob. cit.* Dado que la mayor parte de la doctrina equipara la renuncia al derecho de crédito con la condonación, este supuesto se ha analizado, generalmente, en relación con esta última y, en este sentido, se afirma que la «condonación» realizada a cambio de una contraprestación es, en realidad, una compensación, una dación en pago o una novación. Cfr., por todos, MANRESA, J.M., ob. cit., tomo 8, pp. 355 y 356; ESPÍN, D., *Manual de Derecho Civil español*, vol. 3, 6ª ed., Madrid [Revista de Derecho Privado], 1983, p. 175; SANTOS MORÓN, M.J., ob. cit., p. 1662 y BOZZI, L., ob. cit., p. 118.

⁵⁷⁵ PERLINGIERI, P., ob. cit., p. 97.

⁵⁷⁶ Como señala MACIOCE, F., *Il negozio di renuncia*, ob. cit., p. 150: «*chi rimette un debito, oltre che abdicare al diritto, vuole raggiungere lo scopo di liberare al debitore dall'obbligazione, mentre chi rinuncia non persegue altro fine che quello di dismettere il diritto ed uscire dal rapporto, per cui l'effetto*

nosotros (*supra* I), que la renuncia al derecho de crédito es un negocio jurídico cuyo único efecto directo y esencial se identifica en la *pérdida del derecho* y que se distingue de la condonación, la cual produce directamente la *extinción de la obligación*, parece claro que sólo esta última puede estar impulsada por un *animus donandi*: el sujeto renunciante puede «querer» el efecto liberatorio que indirectamente se derivará de su acto abdicativo, pero esa intención no dejará de ser un simple motivo, que no impedirá seguir hablando de renuncia; pero si la finalidad que persigue de forma inmediata el «renunciante» es la de liberar a su deudor extinguiendo la obligación, más que una «renuncia con causa liberal» el negocio efectivamente realizado habrá sido una condonación⁵⁷⁷. Es cierto que en esta última falta una atribución patrimonial, entendida como traspaso efectivo de un derecho del patrimonio del acreedor al del deudor, pero no lo es menos que, al producir la extinción de la obligación, la condonación lleva consigo un enriquecimiento directo del deudor, y que ello permite calificarla como «acto de liberalidad»⁵⁷⁸. Esta diferencia entre donación y renuncia, basada en la ausencia de un *animus donandi* en esta última, es apreciada correctamente por el Tribunal Supremo, en la sentencia de 24 de octubre de 1955, que en su considerando tercero se señala lo siguiente:

«[S]i bien el alegado artículo 1187 establece que la condonación de la deuda, cuando es expresa habrá de acomodarse a las formas de donaciones, en el propio motivo reconoce el recurrente que esa renuncia o relevación la deduce la Sala de otros actos o circunstancias, o sea, que es implícita pero no expresa, lo que bastaría para rechazar en el caso presente la aplicación del precepto; pero, además, esto no excluye la posibilidad de que, si no media el “animus donandi”, característico y esencial de toda donación, tenga eficacia la renuncia unilateral de un derecho, al amparo del artículo 4 del Código citado [actual art. 6 II CC], sin necesidad de someterla a las reglas de las donaciones, y en el caso que se considera nada consta en los autos que revele que la indicada renuncia

estintivo dell'obbligo, effetto vantaggioso per il debitore, è puramente riflesso ed estraneo all'intento del rinunciante».

⁵⁷⁷ Entre quienes diferencian la renuncia al derecho de crédito de la condonación y sostienen, al mismo tiempo, que el *animus donandi* es un requisito indispensable de esta última, se encuentran PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J., en la traducción y anotación a ENNECCERUS-NIPPERDEY, ob. cit., tomo 2, vol. 1, p. 366; CASTÁN, J., *Derecho civil*, ob. cit., tomo 3, p. 478; TORRES LANA, J.A., «Comentario al artículo 1187 CC», en Paz-Ares (*et al.*) (Dirs.), *Comentario*, ob. cit., tomo 2, pp. 265 y 266; MARÍN LÓPEZ, M.J., «Comentario al artículo 1187 CC», en Bercovitz (Dir.), *Comentarios*, ob. cit., tomo 6, pp. 8754 y 8755 y, aunque en términos menos claros, INFANTE, F.J., «Comentario al artículo 1187», en Cañizares Laso (*et al.*), *Código civil comentado*, ob. cit., vol. 3, pp. 446 y 447. El problema es que la tendencia mayoritaria a equiparar la renuncia al derecho de crédito con la condonación, lleva a muchos autores a hablar —a nuestro juicio, equivocadamente— de una «renuncia gratuita». Así, entre muchos otros, MANRESA, J.M., últ. ob. cit., p. 355; ORTEGA PARDO, G.J., «Donaciones indirectas», en *ADC*, 1949, p. 953; O'CALLAGHAN, X., «Comentario al artículo 1187 CC», ob. cit., p. 1214 y SANTOS MORÓN, M.J., ob. cit., pp. 1656 a 1674, quien sostiene que la renuncia al derecho de crédito (=condonación) es siempre un negocio con causa liberal. Esta última es, sin duda, la postura mayoritaria en la jurisprudencia. Cfr., entre las resoluciones más recientes, SAP Castellón (Sección 3ª), de 24 de julio de 2014 (FJ Segundo) (JUR 2014/272524), SAP Huelva (Sección 3ª), de 6 de julio de 2012 (FJ Segundo) (JUR 2013/151714) y SAP Gerona (Sección 1ª), de 5 de julio de 2011 (FJ Segundo) (JUR 2011/319517). Con mejor criterio, la SAP Asturias (Sección 5ª), de 6 de octubre de 2011 (FJ Tercero) (JUR 2011/416021) distingue entre renuncia al crédito y condonación, señalando que sólo esta última, a diferencia de aquella, se caracteriza, habitualmente, «por el ánimo o razón de gratuidad».

⁵⁷⁸ Cfr., en sentido conforme MARÍN LÓPEZ, M.J., últ. ob. cit., p. 8755 y BOZZI, L., ob. cit., pp. 95 y 96.

se haya hecho por causa de liberalidad, sino más bien para satisfacer propias conveniencias del renunciante en sus relaciones con el inquilino que sigue en el local»⁵⁷⁹.

Todo lo anterior pone de manifiesto que la «renuncia» integrada en un esquema contractual más complejo, así como la realizada a cambio de una prestación o por puro ánimo liberal no es, hablando con propiedad, una verdadera renuncia. Visto desde esta perspectiva, el de la «renuncia» como prestación contractual o acto de liberalidad deja de ser un problema de causalidad, para convertirse en un problema de *tipicidad*: no se trata de que la renuncia adopte la causa del negocio del que forma parte o se lleve a cabo *donandi causa*, lo que ocurre es, simple y llanamente, que nos encontramos ante un tipo de negocio distinto —transacción, transmisión, condonación, etc.— que presenta su propio esquema causal y dentro del cual ya no es posible distinguir una renuncia en sentido estricto⁵⁸⁰.

c) Así pues, auténtica renuncia es, sólo y exclusivamente, la que se lleva a cabo con la única finalidad de perder el derecho renunciado, sin atribuirlo a un tercero y sin que medie una contraprestación o un ánimo liberal. Y, por tanto, parece que lo correcto sería atribuir al negocio jurídico de renuncia una causa típica e invariable, que bien podría definirse como «causa abdicativa». Debería afirmarse, en consecuencia, que la renuncia expresa, por sí misma y en razón de su rigidez estructural, un interés típico que el Ordenamiento considera digno de tutela, de tal forma que la abdicación tendrá causa y ésta será lícita siempre y cuando el renunciante se haya servido de la misma a los solos efectos de provocar la pérdida del derecho.

Sin embargo, es evidente que quien renuncia a un derecho actúa movido, en todo caso, por la intención de lograr un resultado práctico concreto que va «*oltre il mero gusto di liberarsi di un bene*»⁵⁸¹, y es asimismo evidente que no todos los posibles resultados prácticos buscados en concreto por medio de aquélla merecen el amparo del Ordenamiento jurídico. De ahí que esta forma de concebir la causa de la renuncia en sentido abstracto u objetivo, como función o fin económico-social del negocio abdicativo, no sirva para discriminar aquellos intentos prácticos perseguidos por su autor que son legítimos y deben mantenerse, de aquellos otros que no lo son y, por consiguiente, deben ser eliminados⁵⁸². Así entendida, la causa cumple una función bien

⁵⁷⁹ RJ 1955/3083. La misma argumentación puede verse en la STS de 21 de octubre de 1980 (Cdo. Octavo) (RJ 1980/3633). En la misma línea, señala PALAZZO, A., «La donazione cosiddetta liberatoria», en *Vita not.*, núm. 1, 2000, p. 9, que «*affinché si realizzi l'intento liberale è necessario che la mera dismissione del diritto da parte del titolare venga qualificata dalla considerazione principale del donante di realizzare una attribuzione. In altri termini, che l'interesse di questo soggetto sia (manifestamente) indirizzato, al di là della dismissione del diritto, all'arricchimento di un altro soggetto*».

⁵⁸⁰ En este sentido, la extrema rigidez que presenta el negocio abdicativo excluye la posibilidad de configurar una «renuncia atípica» (cfr. BOZZI, L., ob. cit., pp. 226 y ss.).

⁵⁸¹ GIANOLA, A., *Atto gratuito, atto liberale. Ai limiti della donazione*, Milán [Giuffrè], 2002, p. 373.

⁵⁸² Como es sabido, ésta es la principal crítica que se ha dirigido contra las denominadas «teorías objetivistas» de la causa, que la identifican con la «función económico-social» o «práctico-social» del negocio y que dominaron el panorama científico italiano inmediatamente posterior a la aprobación del *Codice civile* de 1942. Cfr., entre otros, BETTI, E., *Teoría general*, ob. cit., pp. 132 a 165 (v. espec. pp. 142 a 152); CARIOTA FERRARA, L., *Il negozio giuridico*, ob. cit., p. 586; SANTORO-PASSARELLI, F., ob. cit., p. 127 y 128 y MIRABELLI, G., *L'atto non negoziale nel Diritto privato italiano*, Nápoles [E. Jovene],

distinta, como es la de determinar si la operación negocial concluida responde a un esquema típico predefinido. Sirve, en otras palabras, para comprobar si nos encontramos o no ante una auténtica renuncia. Pero, una vez acometida esta primera tarea de subsunción, debe llevarse a cabo un análisis jurídico de segundo nivel que permita valorar si el negocio concretamente actuado —calificado ya como renuncia— responde a un interés digno de tutela. Y, para ello, es necesario descender hasta la «causa concreta» o «propósito empírico» que el sujeto ha pretendido alcanzar con la renuncia efectivamente realizada⁵⁸³. Esto no significa, en modo alguno, indagar el móvil psicológico que ha impulsado la actuación del renunciante, ya que éste es irrelevante para el Derecho⁵⁸⁴. De lo que se trata es de juzgar *objetivamente* si el resultado práctico finalmente obtenido se adecúa a los principios del Ordenamiento jurídico. Y para hacerlo, habrán de tomarse en consideración también los motivos de su autor, pero siempre que éstos se hayan incorporado al negocio renunciativo como elemento integrante de su función práctica⁵⁸⁵.

Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que este juicio de adecuación a los principios del Ordenamiento jurídico al que debe someterse cada renuncia concreta no implica que su autor esté obligado a justificar el valor «social» de su conducta para obtener amparo legal. Dicho de otra manera, estos principios no operan aquí a modo de

1955, pp. 49 y 50. En España, asumen este concepto de causa ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, ob. cit., vol. 1, pp. 460 a 463 y MARTÍN-BALLESTERO, L., «De la causa en los negocios jurídicos contractuales», en *RGLJ*, núm. 200, 1956, pp. 705 y 739 a 744.

⁵⁸³ Aunque con matices en su formulación, la de la «causa concreta» puede considerarse, actualmente y desde los años 80 del siglo pasado, la tesis predominante en Italia. Cfr., en este sentido, FERRI, G.B., *Causa e tipo*, ob. cit., *passim*. (v. espec. pp. 355 y ss.) e ID., «Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico», en *Riv. dir. comm.*, 1986, I, pp. 127 a 147 (v. espec. pp. 142 a 144), que define la causa como «función económico-individual» del contrato; BIANCA, C.M., ob. cit., vol. 3, pp. 452 a 455; ROLFI, F., «Sulla causa dei contratti atipici a titolo gratuito», en *Corr. giur.*, núm. 1, 2003, pp. 44 a 64; RIMOLDI, F., «La causa quale ragione in concreto del singolo contratto», en *I contratti*, núm. 7, 2007, pp. 623 a 634 y GALGANO, F., *Trattato di diritto civile*, vol. 2, 2ª ed., Padua [Cedam], 2010, p. 208. Esta noción de causa ha sido adoptada igualmente por la jurisprudencia italiana más moderna: cfr. *Cass.*, de 3 de abril de 2013, núm. 8100, en *Mass. Foro it.*, 2013, c. 260; *Cass.*, de 14 de septiembre de 2012, núm. 15449, en *Gazzetta forense*, 2013, núm. 2, p. 46 y *Cass.*, de 18 de agosto de 2011, núm. 17360, en *Giur. it.*, 2012, p. 1795. También en España, la doctrina más autorizada se inclina por un concepto «concreto» de causa. Cfr. CLAVERÍA, L.H., ob. cit., *passim*. (v. espec. pp. 289 y ss.), habla de causa como «función práctico-social concreta»; Díez-PICAZO, L., *Sistema*, ob. cit., vol. 1, p. 497, la define como el «propósito empírico» de las partes, y DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 228, reconoce igualmente la utilidad de la «causa concreta» o de la «incorporación de los motivos a la causa», para apreciar su concurrencia y licitud. Precisamente, la de los «motivos incorporados a la causa» ha sido la fórmula empleada por el Tribunal Supremo para dar relevancia causal al móvil impulsivo y determinante: cfr., entre las más recientes, las SSTs de 20 de enero de 2014 (FJ Undécimo) (RJ 2014/78), de 29 de octubre de 2013 (FJ Séptimo) (RJ 2013/8053) y de 21 de noviembre de 2012 (FJ Cuarto) (RJ 2012/11052).

⁵⁸⁴ GIANOLA, A., ob. cit., p. 374.

⁵⁸⁵ Como muy bien señala MACIOCE, F., *Il negozio di rinuncia*, ob. cit., pp. 240 y 241, «*il problema dei motivi leciti rilevanti si presenta [...] come un pseudo problema; ed invero il motivo che non sia rimasto allo stato di pura determinazione psicologica, ma sia penetrato nel contenuto causale dell'atto [...] giova alla qualificazione della fattispecie e alla valutazione della funzione concreta propria dell'atto di autonomia*». En idéntico sentido, sostiene CLAVERÍA, L.H., ob. cit., p. 289 que la causa del contrato —que él entiende como «función práctico-social concreta»— comprende también el motivo determinante común a los contratantes; motivo que, en los negocios jurídicos unilaterales habrá de referirse exclusivamente al autor del mismo (cfr. FERRI, G.B., *Causa e tipo*, ob. cit., p. 383).

límite positivo, de forma que la ley sólo esté dispuesta a tutelar aquellos actos abdicativos que, además de realizar un interés particular del renunciante, satisfagan también un interés general; lo único que imponen es un *límite negativo*, que llevará a rechazar aquellas renunciaciones que persigan una finalidad contraria a la ley o a los principios éticos o morales vigentes (arts. 1255 y 1275 CC)⁵⁸⁶. Conclusión que encuentra una confirmación expresa en el artículo 6 II del Código civil, en el que se supedita la validez de la renuncia al hecho de que ésta no contrarie el interés o el orden público *ni perjudique a terceros*.

Este último requisito no tiene una interpretación fácil si no se pone en conexión con la causa del negocio abdicativo. Buena prueba de ello son las constantes vacilaciones de la —por lo demás, escasa— doctrina que se ha enfrentado al mismo. Ya MANRESA ponía de manifiesto que «es sumamente difícil determinar cuándo hay perjuicio de tercero, apreciable para los efectos de este artículo; pues si bien aquél existe en casi todas las renunciaciones, aquí se trata de un perjuicio derivado de haberse desconocido un derecho que ha sido vulnerado por la renuncia»⁵⁸⁷. Por eso, se ha dicho que «no están prohibidas todas las renunciaciones que causen un perjuicio efectivo o posible a una persona extraña al renunciante, sino que presupone siempre que el interés del tercero esté protegido por la ley», dejando claro, por tanto, que la renuncia no será válida si daña *directamente* el *derecho subjetivo* de un tercero ajeno al acto⁵⁸⁸. Ahora bien, puesto que la renuncia agota sus efectos en el patrimonio del sujeto renunciante, ¿cómo es posible que lesione de forma inmediata el derecho subjetivo de un tercero? La doctrina más atenta advierte que de producirse esta lesión directa habría que concluir que, en realidad, el sujeto no ha renunciado a su propio derecho, sino al del tercero perjudicado. Pero, entonces, la renuncia sería ineficaz —*rectius*, nula— por no tener el renunciante poder de disposición sobre el derecho abdicado (art. 1259 CC) y no por aplicación del artículo 6 II del Código civil⁵⁸⁹.

Este razonamiento es el que emplea la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª), de 17 de marzo de 2008⁵⁹⁰, para desestimar el recurso del actor, que pretendía el cese de la obligación de suministrar alimentos a su hija, sobre la base de la renuncia de ésta a percibirlos. La Audiencia confirma la resolución del tribunal de instancia argumentando que el derecho de alimentos se reconoce al cónyuge con el que convive el hijo en situación de dependencia económica y no a este último. En consecuencia, la renuncia de la hija sería ineficaz por hallarse referida a un derecho de la madre, sobre el cual no tenía poder de disposición⁵⁹¹.

⁵⁸⁶ FERRI, G.B., *Causa e tipo*, ob. cit., pp. 345 y ss.

⁵⁸⁷ MANRESA, J.M., ob. cit., tomo 4, p. 67.

⁵⁸⁸ La frase entrecomillada es de POU DE AVILÉS, J.M., ob. cit., p. 729.

⁵⁸⁹ CARRASCO, A., «Comentario al artículo 6.2 CC», en Bercovitz (Dir.), *Comentarios*, ob. cit., tomo 1, pp. 150 y 151.

⁵⁹⁰ JUR 2008/16394.

⁵⁹¹ No obstante, a mayor abundamiento —y, a nuestro modo de ver, de forma innecesaria y equívoca—, la Audiencia señala que, en todo caso, la renuncia se habría producido en perjuicio de la madre y sería nula *ex* artículo 6 II del Código civil.

De ahí que el perjuicio al que se refiere este precepto no pueda ser otro que un *daño reflejo o indirecto* sobre el derecho del tercero, cuyo ejemplo prototípico sería el de la renuncia realizada en *fraude de acreedores*. Por ello, no es de extrañar que, a menudo, el artículo 6 II del Código civil se haya puesto en relación con el 1291.3°. Se ha afirmado, en efecto, que la *invalidéz* de la que habla el primero jugaría de manera distinta según el supuesto contemplado, de forma que, en algunas ocasiones, el acto abdicativo sería simplemente inoponible frente al tercero afectado que podría actuar como si aquél nunca hubiera tenido lugar (cfr. arts. 107 LH y 1937 CC), mientras que, en otras, ese tercero tendría que reaccionar solicitando la *rescisión* del negocio realizado en su perjuicio (art. 1291.3° CC). Sin embargo, esta interpretación no parece del todo acertada. La «invalidéz» con la que el artículo 6 II del Código civil sanciona la renuncia realizada en perjuicio de terceros no puede materializarse en la rescisión del negocio, por la sencilla razón de que *invalidéz y rescisión son conceptos totalmente incompatibles*. Como es bien sabido, la rescisión se emplea para lograr la ineficacia de un negocio que sido *válidamente celebrado* (art. 1290 CC), pero que ha producido un perjuicio a una de las partes o a un tercero que el Ordenamiento considera injusto y para cuya reparación no se prevé ningún otro recurso legal (art. 1294 CC)⁵⁹². Por consiguiente, la renuncia que perjudica a un tercero acreedor podrá ser inválida (art. 6 II CC) o rescindible (arts. 1111 y 1291.3° CC), pero no las dos cosas a la vez, pues ambos calificativos se repelen.

La clave para distinguir ambos supuestos reside, a nuestro juicio, en analizar la adecuación al Ordenamiento jurídico del propósito empírico o resultado práctico concretamente buscado con la renuncia o, lo que es lo mismo, en determinar la licitud de su causa. Si la única finalidad perseguida por medio de ésta ha sido la de dañar a los acreedores, entonces la renuncia será inválida —*rectius*, nula— por haberse realizado *en perjuicio de terceros* (art. 6 II CC), esto es, por tener una causa ilícita (art. 1275 CC)⁵⁹³. Por el contrario, si el acto abdicativo persigue una finalidad amparada por el

⁵⁹² DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 520.

⁵⁹³ Esta afirmación requiere alguna explicación adicional. Generalmente, se afirma que el fraude de acreedores no hace ilícita la causa del negocio y, por tanto, que el negocio fraudulento no es nulo (art. 1275 CC), sino meramente rescindible (art. 1291.3° CC) (cfr. Díez-PICAZO, L., *Sistema*, ob. cit., vol. 1, p. 552 y PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, J.M., «Causa ilícita y fraude de acreedores [STS de 26 de abril de 1962]», en *ADC*, 1962, pp. 1089 y 1090). Sin embargo, esta afirmación debe matizarse. Cuando estamos ante un acto gratuito, parte de la doctrina entiende que no es necesario el requisito del *consilium fraudis* para rescindir el acto, por lo que la acción pauliana podrá ejercitarse siempre, con independencia de que las partes consientan o no en el daño que causan al tercero. En cambio, otros autores entienden la conciencia del fraude se requiere al menos en el deudor que realiza el acto. Pero, sea como fuere, si, efectivamente ambas partes consienten en el daño, cabe sostener que el acto no sólo será rescindible, sino que podrá ser declarado nulo por tener una causa ilícita. A su vez, cuando el acto es oneroso, el ejercicio de la acción pauliana sí requiere que el adquirente preste su consentimiento sobre el daño injusto al acreedor, por lo que nulidad por causa ilícita y rescindibilidad por fraude de acreedores coinciden. Por eso, en ambos casos, el acreedor podría optar por la solución que mejor proteja sus intereses, es decir, podría solicitar la nulidad del acto o su rescisión, o bien acumular ambas pretensiones en la misma demanda (cfr. CLAVERÍA, L.H., ob. cit., pp. 193 a 195.). En la renuncia, el problema del *consilium fraudis* presenta algún matiz diferente, ya que se trata de un acto abdicativo que escapa a los conceptos de onerosidad o gratuidad, pero la conclusión es, en el fondo, la misma: si la única finalidad perseguida a través del acto abdicativo fue la de perjudicar a los acreedores, el supuesto encaja tanto en la nulidad por falta de causa, como en la rescisión por fraude, pero, en vista de que el artículo 6 II del Código civil habla

Ordenamiento, será en todo caso válido, aunque podrá rescindirse si su resultado es objetivamente lesivo para los acreedores (arts. 1111 y 1291.3º CC)⁵⁹⁴. En definitiva, esta interpretación del artículo 6 II del Código civil lleva a concebirlo como una manifestación o concreción del artículo 1275, que reflejaría la opción del legislador por la sanción de la nulidad en el caso de la renuncia realizada en fraude de acreedores⁵⁹⁵.

Ciertamente, la línea divisoria entre uno y otro supuesto puede llegar a ser muy sutil en la práctica, pero, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, será posible trazarla sin problemas. Un buen ejemplo de ello es la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª), de 10 de abril de 2013⁵⁹⁶. Los hechos enjuiciados fueron los siguientes: en 1988, un matrimonio funda junto a sus dos hijos menores de edad una sociedad con un capital social dividido en 350 acciones. Tanto el marido como la mujer eran titulares de una única acción cada uno, aunque ostentaban a partes iguales el usufructo de las 348 acciones restantes, de las que eran nudos propietarios los dos hijos, también a partes iguales. Por virtud de lo dispuesto en los estatutos sociales, el usufructo se establecía con carácter vitalicio y sucesivo a favor de cualquiera de los cónyuges y el ejercicio de los derechos políticos y económicos se atribuía, en todo caso, al matrimonio. A principios de 1991, el matrimonio es condenado al pago de una elevada suma de dinero como indemnización por un incumplimiento contractual derivado de otros negocios. En 1994, marido y mujer renuncian notarialmente al usufructo sobre las 348 acciones de titularidad de sus hijos, para favorecer que éstos, una vez alcanzada la mayoría de edad, se hicieran cargo de la gestión de la empresa, siendo aceptada la renuncia por ambos hijos. Acto seguido, el acreedor de la indemnización presenta una demanda frente a ambos cónyuges por la que se insta la nulidad —y, subsidiariamente la rescisión— de la renuncia por ocultar una donación en fraude de ley y en perjuicio del demandante. La sentencia de instancia estima la acción de nulidad y el matrimonio recurre defendiendo la validez de la renuncia y alegando que el instrumento jurídico hábil para privar de efecto a la misma debiera haber sido la acción rescisoria o pauliana del artículo 1111 del Código civil, en relación con el artículo 1291.3º y no la acción de nulidad. La sentencia de la Audiencia Provincial comienza afirmando que el negocio efectivamente realizado por el matrimonio fue una renuncia *ex* artículo 513.4º del Código civil y no una donación, por más que se hubiera celebrado en escritura pública y que hubiera sido aceptada por los hijos; aceptación que, con total acierto, la Audiencia considera redundante. A continuación, concluye que la renuncia, aunque dotada de una causa lícita y, por ende, siendo válida, infringió un perjuicio al acreedor por cuanto supuso el traspaso del poder económico sobre la sociedad a los hijos, lo que le lleva a desestimar la acción de nulidad *ex* artículo 1275 del Código civil y a estimar, en cambio, la acción rescisoria basada en el artículo 1291.3º del mismo Código⁵⁹⁷.

A la vista de lo anterior, puede concluirse que la renuncia tendrá causa y ésta será lícita siempre y cuando el sujeto renunciante se haya servido de la misma a los solos

de «invalidez», parece que el legislador ha optado por sancionar la renuncia fraudulenta con la nulidad y no con la mera ineficacia. En todo caso, volveremos sobre esta cuestión más adelante, al estudiar la oponibilidad de la renuncia frente a los acreedores sociales (v. *infra* §10.II.1).

⁵⁹⁴ Más adelante, tendremos oportunidad de analizar con mayor detenimiento los requisitos que deben concurrir para que la renuncia pueda ser objeto de rescisión por fraude de acreedores (v. *infra* §10.II.1).

⁵⁹⁵ V. *supra* la nota 593.

⁵⁹⁶ JUR 2013/203165.

⁵⁹⁷ No obstante, la sentencia es algo confusa a la hora de justificar la existencia de causa en la renuncia, pues afirma que al haberse constituido el usufructo de forma vitalicia, la renuncia no se explica por el simple hecho de la mayoría de edad de los hijos (FJ Octavo). Por eso, parece que lo que subyace en el razonamiento del tribunal es un concepto objetivo de causa, entendida como función económico-social del negocio, que sería válido en cuanto dirigido a la abdicación pura y simple del derecho.

efectos de provocar la pérdida del derecho y *esa pérdida le proporcione una utilidad patrimonial —o de cualquier otra índole— que se encuentre amparada por el Ordenamiento*. Como se ha dicho con acierto, la causa del acto abdicativo es un «concepto relacional», en la medida en que encuentra su justificación en la relación de congruencia que necesariamente debe existir entre la abdicación del derecho y la licitud del interés perseguido a través de la misma⁵⁹⁸.

Acaso los siguientes ejemplos sirvan para terminar de aclarar lo que, en nuestra opinión, ha de entenderse por causa de la renuncia. Si *A* decide renunciar al crédito que tiene frente a *B*, sin obtener nada a cambio y sin buscar el enriquecimiento de este último, su decisión —que integra un auténtico negocio abdicativo— puede perseguir distintas finalidades prácticas. Podemos imaginar, en primer lugar, que *B* es un cliente habitual, con el que *A* quiere seguir manteniendo una buena relación comercial⁵⁹⁹. Pero puede suceder, también, que *A* renuncie a cobrar lo que se le debe porque, de esta forma, sus ingresos no superarán el umbral de renta máximo establecido por la legislación autonómica para acceder a una vivienda de protección oficial o a una beca de estudios⁶⁰⁰. Cabe pensar, asimismo, que *A* ha decidido abdicar de su derecho de crédito porque *B* es insolvente y los costes en los que debería incurrir para cobrarlo excederían con creces su importe. Es igualmente posible que *A*, con fama de usurero, renuncie ostensiblemente al crédito hipotecario que ostenta frente a *B*, anciana sin recursos y al borde del desahucio, para granjearse con ello la simpatía de sus vecinos⁶⁰¹. En otro contexto, puede ser que *A*, sociedad matriz de *B*, haya realizado un préstamo a favor de esta última en cumplimiento de una carta de patrocinio exigida por un tercero y que, posteriormente, renuncie a exigir el crédito para que su filial pueda seguir con su actividad económica, lo que, indirectamente, le beneficia, ya que su filial está integrada en su cadena de producción⁶⁰². En todas estas hipótesis podemos afirmar que el propósito empírico buscado por el sujeto renunciante, objetivamente apreciable, se encuentra amparado por el Ordenamiento jurídico e integra, en consecuencia, una *causa lícita*. En sentido opuesto, piénsese en la renuncia que *A* hace del crédito que ostenta frente a *B*, con la finalidad manifiesta de que éste emplee el dinero que no tiene que devolver para encargar el falseamiento del balance de una sociedad en la que ambos participan. En este otro caso —y suponiendo que, en atención a las circunstancias del caso, sea posible apreciar objetivamente la finalidad perseguida por el renunciante— estaremos ante una renuncia con *causa ilícita* y, por ende, nula. Y lo mismo sucedería si *A* renuncia con el único propósito manifiesto de provocar su insolvencia y defraudar así a sus acreedores. Ahora bien, si *A* renuncia a su derecho de crédito porque con ello pretende no alcanzar un determinado nivel de renta y poder optar a una beca, pero lo hace siendo consciente de que ello le dejará en situación de insolvencia, su renuncia tendrá una causa lícita y será, en principio válida, pero podrá ser objeto de *rescisión* por parte de sus acreedores.

⁵⁹⁸ Así, cuasi textualmente, DELL'ATTI, G., *La rinunzia*, ob. cit., p. 149. Cfr. también COPPOLA, C., ob. cit., p. 78. En un sentido muy parecido puede verse MACIOCE, F., *Il negozio di rinuncia*, ob. cit., pp. 101 y ss. (v. espec. pp. 109 y 110), si bien, este último —que sigue en este punto la tesis de GIORGIANNI, M., ob. cit., p. 568— considera que la rigidez del negocio de renuncia hace que ésta exprese siempre un interés digno de tutela consistente en la pérdida del derecho y que, por tanto, sea siempre válida. El hecho de que, después, el resultado práctico buscado con la concreta renuncia resulte no ser compatible con el Ordenamiento afectaría sólo a la conservación de los efectos del acto abdicativo, es decir, actuaría como causa de ineficacia.

⁵⁹⁹ GIANOLA, A., ob. cit., p. 373.

⁶⁰⁰ MACIOCE, F., *Il negozio di rinuncia*, ob. cit., p. 330.

⁶⁰¹ Que la renuncia pueda perseguir, entre otras finalidades lícitas, la de cultivar «*beni fuori commercio*», como el derecho al honor, lo pone de manifiesto COPPOLA, C., ob. cit., p. 93, siguiendo a GIANOLA, A., *loc. ult. cit.*

⁶⁰² Hemos tomado este ejemplo de PALAZZO, A., ob. cit., p. 22.

2.2. *En particular, la causa de la renuncia a la acción social de responsabilidad*

También el acuerdo de renuncia a la acción social de responsabilidad, en tanto que negocio abdicativo, debe estar dotado de una causa lícita. No obstante, veremos a continuación cómo el hecho de que, en este caso, el acto abdicativo recaiga sobre un derecho que forma parte de un patrimonio «colectivo» reacciona sobre el elemento causal del mismo, haciendo que éste adquiera una relevancia en cierto modo distinta a la que puede tener en la renuncia realizada fuera de un contexto societario.

Como hemos dicho, la pérdida voluntaria de un derecho debe responder siempre a un propósito práctico lícito. Y, puesto que nadie renuncia por renunciar, esa licitud dependerá de que, en el caso concreto, la abdicación le haya proporcionado una utilidad —patrimonial o personal— al sujeto renunciante que no contraste con los principios del Ordenamiento jurídico. Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1277 del Código civil, esa utilidad se presumirá existente y válida aunque no haya sido manifestada, de tal manera que habrá de ser el tercero que se considere lesionado por la renuncia el que deba probar ambos extremos⁶⁰³. Con todo, a poco que se reflexione, se advierte fácilmente que si el titular del derecho no ha dado razón alguna de su decisión, a este tercero le será muy fácil destruir esa presunción *iuris tantum*, puesto que la renuncia se presenta, a primera vista, como un negocio perjudicial para su autor. A tal efecto, al impugnante le bastará con alegar que el abandono del derecho renunciado, contemplado de manera objetiva, representa una opción irracional, cuya única finalidad aparente consiste en disminuir la solvencia de su autor.

Lo anterior se traduce en una obligación *de facto*, para el sujeto renunciante, de hacer explícita la causa de su renuncia en aquellos supuestos en los que puedan existir terceros perjudicados. En el caso de que la renuncia la realice una persona física y tenga por objeto un derecho de crédito, esos terceros serán, por regla general, acreedores, de modo que esta *expressio causae* será necesaria cuando el negocio abdicativo se lleve a cabo en una situación de insolvencia o cercana a la insolvencia. En efecto, el sujeto que pretenda defender la validez de un acto que comporta la pérdida de un derecho patrimonial, siendo su patrimonio insuficiente para hacer frente a sus deudas, tendrá, de hecho, la carga de probar la racionalidad de su decisión. Y, en este contexto, únicamente podrá considerarse racional que la renuncia haya supuesto un incremento objetivamente constatable en la solvencia del deudor. Como puede imaginarse, en la práctica, no será fácil probar esta circunstancia, pero si analizamos algunos de los ejemplos que poníamos más arriba, es posible concebir algunas situaciones en las que la pérdida de un derecho de crédito lleva aparejada un robustecimiento objetivo de la situación patrimonial de su titular: así sucederá si la renuncia tiene lugar en el marco de un procedimiento que está generando unos costes muy superiores al importe del crédito que previsiblemente podrá recuperarse, o si el abandono del derecho hace posible la continuidad de una relación comercial o profesional que permita al renunciante mantener una fuente regular de ingresos.

⁶⁰³ Cfr., por todos, AMORÓS, M., «Comentario al artículo 1277 CC», en Paz-Ares (*et al.*), *Comentario*, ob. cit., tomo 2, pp. 496 a 502.

Fuera de estos casos, cuando no existan terceros acreedores que puedan cuestionar la validez de la renuncia, el titular del derecho no estará obligado, ni legalmente, ni de hecho, a rendir cuentas de su actuación. La concreta utilidad, patrimonial o personal, que haya podido obtener a través de su actuación será un dato absolutamente intrascendente. El Ordenamiento se limitará, en definitiva, a contemplar la abdicación como un acto de soberanía, sin que las repercusiones que ésta haya podido tener sobre el patrimonio de su autor adquieran la más mínima relevancia.

Sin embargo, las cosas son parcialmente distintas por lo que se refiere a la renuncia a la acción social de responsabilidad. La primera parte del discurso no cambia, de manera que, si la sociedad decide abdicar del derecho al resarcimiento de los daños derivados de la *mala gestio* de sus administradores hallándose en una situación de insolvencia o pre insolvencia, se verá obligada *de facto* a justificar su decisión y deberá hacerlo, además, alegando que la renuncia supone un aumento objetivo de su solvencia (*infra* §10.II.1). La diferencia esencial se produce en aquellos otros supuestos en los que, por hallarse la sociedad *in bonis*, no haya *terceros acreedores* potencialmente perjudicados por la renuncia. El hecho de que la pretensión indemnizatoria forme parte de un patrimonio —el social— cuya titularidad se halla referida, en último término, a una pluralidad de sujetos —los socios— hace que, salvo en la hipótesis de una sociedad unipersonal, *también en estos casos existan otros terceros potencialmente perjudicados por el acto abdicativo*: los socios que no asistieron a la junta o no prestaron su conformidad al acuerdo. Para éstos, la abdicación pura y simple del derecho a la indemnización comporta *a priori* la lesión de su interés jurídicamente protegido a maximizar la inversión realizada, en beneficio exclusivo de los administradores. Dicho de otro modo, la circunstancia de que el interés potencialmente dañado por la renuncia no sea aquí meramente individual, sino colectivo —el «interés social»— hace que el fin práctico o utilidad perseguida a través de la misma —es decir, su causa— no sea nunca irrelevante. Aunque no haya terceros acreedores, la pérdida de un elemento del activo patrimonial de la sociedad, en principio, afecta negativamente al patrimonio de los socios, lo que hace de la renuncia a la acción social de responsabilidad un negocio cuya licitud estará constantemente en tela de juicio.

Ello trae consigo una importante consecuencia: a pesar de que la junta no esté legalmente obligada a hacer expresas las razones que han motivado la adopción de sus acuerdos, ni con carácter general, ni tampoco en relación con la renuncia a la acción social (cfr. arts. 26 CCo y 97 RRM), esta obligación —*rectius*, carga— vendrá impuesta, en este último caso, por la necesidad de evitar que el acuerdo de la junta se vea sistemáticamente impugnado por los socios que no han participado en su adopción. Es decir, *el carácter presumiblemente contrario al interés social de este acuerdo reacciona sobre el elemento causal del mismo, imponiendo de facto su exteriorización*⁶⁰⁴. Por tanto, a la hora de presentar a debate la propuesta de renuncia,

⁶⁰⁴ La doctrina italiana más reciente también afirma la necesidad de que la junta haga expresa la causa de la renuncia a la acción social de responsabilidad. Así, DELL'ATTI, G., *La rinunzia*, ob. cit., pp. 245 y ss., tras analizar el régimen jurídico de la retribución de los administradores, llega a la conclusión de que en todas aquellas materias, como esta última o como la renuncia a la acción social, en las que existe un

los administradores o los socios que la hubieran formulado deberán describir con precisión, no sólo el derecho abdicado (*supra* 1.1), sino también la finalidad práctica que, en concreto, pretende alcanzarse con el acuerdo⁶⁰⁵. Y, del mismo modo, el secretario de la junta —o, en su caso, el notario (art. 203 LSC)—, deberá dejar constancia expresa de dicha finalidad práctica, a efectos meramente probatorios e informativos⁶⁰⁶.

Por otra parte, si en la renuncia «individual» la causa concreta del negocio se materializa en la obtención de una utilidad ligada a la pérdida del derecho por parte del sujeto renunciante, en la renuncia a la acción social de responsabilidad, esa utilidad no puede ser otra que la *maximización del interés social*. La interpretación de este interés corresponde, por regla general, a la mayoría, pero esta regla quiebra en el caso concreto de la renuncia a la acción social, en la medida en que el artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital somete la adopción de este acuerdo al requisito adicional de la ausencia de oposición de la minoría titular de, al menos, el cinco (o el tres) por ciento del capital social. Como veremos en su momento (*infra* IV.1.1), la ausencia de oposición actúa aquí como requisito de integración de la «mayoría» necesaria para aprobar la renuncia, de forma que el acuerdo no podrá llegar a nacer contra la voluntad de esa minoría. A ésta se le concede, por tanto, la facultad de (co)determinar si la finalidad práctica concretamente perseguida a través del acuerdo abdicativo efectivamente maximiza el interés social.

Ahora bien, el carácter potencialmente lesivo de este acuerdo, que de hecho conlleva una pérdida patrimonial, hace que, en relación con el mismo, los márgenes de interpretación del interés social sean, en la práctica, sumamente estrechos. Al igual que el sujeto insolvente únicamente puede justificar su decisión de renunciar en la circunstancia, objetivamente constatable, de que esa pérdida patrimonial redundará en

riesgo potencial de lesión del interés social derivado de una decisión de carácter económico en la que se encuentran en tensión los intereses de los administradores y de los socios, el legislador impone un régimen más severo de información asamblearia, que se traduce en la obligación de que se haga patente el elemento causal del acuerdo; obligación que, en el caso concreto de la renuncia, vendría impuesta, además, por el propio artículo 2393, párrafo sexto, del *Codice civile*. En efecto, este último, al señalar que la sociedad puede renunciar al ejercicio de la acción siempre que sea aprobada «*con espressa deliberazione dell'assemblea*» vendría a poner de manifiesto que, en un ámbito tan sumamente delicado, no es suficiente el nivel de información normalmente requerido para la aprobación de los acuerdos sociales. Esta necesidad de una «*espressa deliberazione*» se traduciría en la exigencia de una información adicional: la *expressio causae*, que haga posible la adopción de una decisión plenamente consciente e informada por parte de los socios.

⁶⁰⁵ En general, sobre la necesidad de que los socios minoritarios que formulan la propuesta de acuerdo expliquen la razón de ser de la misma y el fundamento del acuerdo que someten a votación, cfr. SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, Madrid [Civitas], 2007, p. 288. En relación con el deber de información que incumbe a los administradores, nos remitimos a lo dicho *supra* en el apartado I.3.1.

⁶⁰⁶ DELL'ATTI, G., *La rinunzia*, ob. cit., pp. 252 y ss., quien, no obstante, al considerar que la *expressio causae* como una obligación legal impuesta por el artículo 2393, párrafo sexto, del *Codice civile* (v. *supra* nota 604), va más allá, concluyendo que la falta de constancia de la causa en el acta de la junta reacciona sobre la validez del acuerdo, haciéndolo anulable *ex* artículo 2377, párrafo quinto, núm. 3, del *Codice civile* (*ibidem*, p. 279). Sobre la necesaria constancia de la renuncia en acta notarial para su oponibilidad a los acreedores v. *infra* §10.II.1.

un fortalecimiento de su solvencia, la sociedad —*rectius*, la mayoría sin oposición de la minoría— sólo podrá disponer del derecho a la reintegración del patrimonio social si ello se traduce en un instrumento para crear valor y aumentar, en consecuencia, la rentabilidad de la inversión de los socios. Es decir, *la causa concreta de la renuncia a la acción social de responsabilidad debe consistir necesariamente en una «transposición de valor»*, en el sentido de que la extinción del crédito tendrá que contribuir —de forma directa o mediata— a la creación de valor para la empresa social⁶⁰⁷. De lo contrario, la decisión de la junta deberá considerarse una liberalidad irracional que busca únicamente el beneficio privado de los administradores —cuando no, directamente, del grupo de control— en perjuicio del interés social y, por ende, de los socios minoritarios (art. 204.1 LSC).

No cabe duda de que, en la práctica, será difícil encontrar supuestos en los que tenga lugar esa «transposición de valor», dado que la renuncia supone, por definición, una pérdida patrimonial. Pero, aun así, es posible imaginar algunas situaciones en las que esa pérdida llevará aparejado un incremento directo o indirecto del valor de la inversión de los socios. Ello sucederá, por ejemplo, cuando, aun estando seguros de que el administrador ha incumplido sus deberes y ha ocasionado con ello un daño a la sociedad, los socios carecen de pruebas que permitan afrontar el proceso con una mínima probabilidad de éxito o consideran que el importe del daño ocasionado es muy inferior a los costes que ocasionará su reclamación. El negocio abdicativo también estará causalmente justificado cuando la repercusión mediática de una reclamación frente a los administradores pueda perjudicar la imagen de la sociedad, generando un perjuicio mayor al daño ocasionado por aquéllos, o cuando el administrador, aun habiendo causado un daño a la sociedad mediante una decisión equivocada, sea considerado un dirigente capaz, cuya continuidad al frente de la sociedad pueda resultar útil para la marcha de la empresa⁶⁰⁸.

Un buen ejemplo de esta necesaria justificación causal de la renuncia a la acción social de responsabilidad lo encontramos en el acuerdo de renuncia adoptado por la junta general del

⁶⁰⁷ Es DELL'ATTI, G., *La rinunzia*, ob. cit., pp. 175 y ss. quien identifica en una «transposición de valor» la causa concreta de la renuncia a la acción social de responsabilidad: «*Nell'ipotesi di rinunzia all'azione sociale di responsabilità —afirma—, i soci dispongono di un proprio diritto in un'ottica "sociale" di utilità rivolta alla massimizzazione del proprio investimento; la causa della rinunzia all'azione sociale, quindi, si rispecchia innanzitutto in termini di "trasposizione" del valore (la rinunzia al diritto deve tradursi in uno strumento per creare o, quanto meno, per non disperdere valore)*» (*ibidem*, p. 177). En este sentido, continúa, «*[l]a rinunzia all'azione sociale permette di imprimere al credito vantato nei confronti degli amministratori un vincolo di destinazione diverso, tale da comportarne una modificazione qualitativa: da valore necessario alla reintegrazione di un danno a valore utile per l'esercizio dell'impresa*» (*ibidem*, p. 178).

⁶⁰⁸ Todos éstos son ejemplos propuestos por DELL'ATTI, G., *La rinunzia*, ob. cit., pp. 179 a 181, quien plantea otras hipótesis, tales como que el exculpado sea un administrador públicamente apreciado o que el daño ocasionado a la sociedad haya sido consecuencia de decisiones de gestión negligentes pero social, moral o éticamente apreciables —*v.gr.* la decisión de no despedir a un gran número de trabajadores, de no concluir un determinado contrato con una sociedad que fabrica sus productos en países donde la mano de obra está sometida a ínfimas condiciones laborales, etc.— que hagan que la renuncia resulte un instrumento útil para fidelizar a un determinado tipo de clientela o para mejorar la imagen pública de la sociedad (*ibidem*, p. 180, nota 115).

«Banco Español de Crédito, SA» («Banesto»), el día 6 de julio de 2012, al que ya nos hemos referido en otra ocasión⁶⁰⁹. Los antecedentes del caso son los siguientes: el día 26 de marzo de 1994, la junta general de «Banesto» adoptó el acuerdo de entablar la acción social de responsabilidad contra algunos de sus antiguos administradores, por una serie de daños causados al patrimonio de la entidad como consecuencia de una administración desleal, estimados en una cuantía máxima de 3.636 millones de euros. En ejecución del acuerdo, la sociedad presentó la correspondiente demanda el 21 de abril de 1994. No obstante, de forma paralela al procedimiento civil, había comenzado a tramitarse un procedimiento penal contra los mismos administradores; hecho que fue alegado por algunos de los demandados para solicitar la suspensión del proceso civil por prejudicialidad penal. Tras distintas diligencias, el Juzgado de Primera Instancia decretó la suspensión. El procedimiento penal fue resuelto por la Audiencia Nacional, mediante sentencia de 31 de marzo de 2000, que fue parcialmente casada por el Tribunal Supremo, por sentencia de 29 de julio de 2002, en la que condenó a varios de los antiguos administradores por delitos de estafa y apropiación indebida y se ventiló la correspondiente responsabilidad civil derivada de delito. Desaparecida la causa que determinó la suspensión del procedimiento civil, «Banesto» interesó su alzamiento, a lo cual se opusieron los administradores demandados, alegando que se encontraba ya en trámite un recurso de amparo promovido por uno de ellos frente a la sentencia del Tribunal Supremo. El Juzgado de Primera Instancia denegó el alzamiento de la suspensión estimando la oposición de los demandados. A comienzos de 2012, el Juzgado dirigió de oficio una comunicación al Tribunal Constitucional por la que se solicitaba información sobre el estado de tramitación del recurso de amparo; solicitud que fue contestada el 6 de febrero de 2012, indicándose que el recurso se encontraba terminado y archivado. El 10 de abril de 2012, y como consecuencia de esta contestación, el Juzgado dictó un auto por el que se declaraba la caducidad de la instancia, que fue recurrido por «Banesto». En este contexto, los nuevos administradores propusieron a la junta la renuncia a la acción social ejercitada, argumentando que, a pesar de que las posibilidades de estimación del recurso frente al auto del Juzgado eran bastante elevadas, un análisis técnico-jurídico, había determinado «la práctica inviabilidad y dudosa eficacia de la acción ejercitada, cuya prosecución implicaría la asunción de elevados costes de gestión y de todo tipo para la entidad». Los administradores exponen, asimismo, que el «asunto Banesto» es, a su juicio, «un capítulo cerrado, si se tiene en cuenta la actual situación de la entidad, la depuración de las responsabilidades de los antiguos administradores y, en fin, la resolución por las distintas instancias judiciales del conjunto de procedimientos promovidos por los antiguos administradores». Y concluyen su informe señalando que «en la situación descrita y ponderando los razonamientos y circunstancias hasta aquí expuestos, incluidos los factores de tipo económico concurrentes, se considera que el interés social aconseja acordar la renuncia a la acción social».

Si del acuerdo de renuncia se desprende claramente la justificación causal del acto abdicativo, *nulla quaestio*⁶¹⁰. Cabe preguntarse, sin embargo, cómo reacciona la ausencia o ilicitud de la causa sobre la validez del acuerdo. El hecho de que éste y el negocio abdicativo sean un *unicum* inescindible —«*la rinunzia all'azione sociale, insomma, si manifesta con la deliberazione e ne rappresenta il contenuto*»⁶¹¹— hace que esta cuestión deba afrontarse desde una doble perspectiva. Por un lado, y desde un punto de vista estrictamente societario, el acuerdo por el que se apruebe una renuncia inútil para la sociedad —*i.e.* sin causa o con causa ilícita— deberá considerarse lesivo

⁶⁰⁹ V. *supra* la nota 473 y el texto correspondiente a la nota 479.

⁶¹⁰ El acuerdo será, entonces, válido y solamente podrá ser atacado por la administración concursal (v. *supra* la nota 333) o por los acreedores (v. *infra* §10.II.1) mediante el ejercicio de las correspondientes acciones revocatorias.

⁶¹¹ DELL'ATTI, G., *La rinunzia*, ob. cit., p. 270.

para el interés social en beneficio de uno o varios terceros: los administradores (art. 204.1 LSC). En consecuencia, podrá ser impugnado por los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital —o el uno por mil, si se trata de una sociedad cotizada (art. 495.2, letra «b», LSC)—, por cualquier administrador o por los terceros que acrediten un interés legítimo (art. 206.1 LSC) y la acción de impugnación caducará en el plazo de un año —o de tres meses, en el caso de las sociedades cotizadas (art. 495.2, letra «c», LSC)—. Ahora bien, por otro lado, y desde una perspectiva negocial, la ausencia o ilicitud de la causa reacciona sobre el acuerdo *como negocio jurídico abdicativo*, comportando su nulidad radical (arts. 1261.3º, 1275 y 6 II CC).

Aparecen de este modo, dos posibles remedios para los socios o acreedores perjudicados por una renuncia injustificada: impugnar el acuerdo *ex* artículo 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital —para lo cual, sin duda, los acreedores deben ser considerados «terceros interesados»—, dentro del plazo de caducidad de la acción de impugnación; o bien, solicitar su anulación *ex* artículo 6 II del Código civil (en relación con los artículos 1261.3º y 1275 CC), sin plazo. En principio, ambos remedios estarían a disposición de los socios y de los acreedores. Para estos últimos, que, por regla general, desconocerán la adopción del acuerdo —que carece de ningún tipo de publicidad— debe estar siempre abierta la posibilidad de solicitar la anulación de la renuncia realizada en su perjuicio. Sin embargo, para los socios, que han tenido oportunidad de conocer la adopción del acuerdo, la única vía para atacar la validez de la renuncia será ejercitar la acción de impugnación. Si el acuerdo no es impugnado por los socios, éstos no podrán luego pretender su anulación, ya que éste habrá devenido inatacable *ad intra* y habrá generado una legítima confianza en los administradores, que estará amparada por la prohibición de *venire contra factum proprium*.

III. QUÓRUM Y MAYORÍA

1. El quórum y la mayoría necesarios para aprobar la renuncia

La Ley de Sociedades de Capital no hace referencia alguna al quórum ni a la mayoría necesarios para aprobar la renuncia a la acción social de responsabilidad. Y aunque se trata, en el fondo, de cuestiones de una relevancia menor, habida cuenta de que la conformación de la mayoría necesaria para la adopción del acuerdo se halla supeditada, en todo caso, a la ausencia de oposición de la minoría (*infra* IV), son precisas dos consideraciones al respecto:

a) En primer lugar, debe quedar claro que la Ley no somete la aprobación de la renuncia al voto favorable de una mayoría tal, que la minoría restante no alcance el porcentaje suficiente para entablar la acción social. Dicho de otro modo, *la Ley no exige que el acuerdo de renuncia sea adoptado por una mayoría superior al noventa y cinco*

(o noventa y siete) por ciento del capital social⁶¹². No es difícil advertir cómo la interpretación contraria atribuiría a la minoría una protección mucho mayor de la que realmente le dispensa el artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Este precepto concede a aquellos socios que sean titulares de, al menos, el cinco por ciento del capital social —tres por ciento en las sociedades cotizadas— la facultad de impedir la aprobación de la renuncia (*infra* IV.1), pero, para ello, *es necesario que se activen y manifiesten expresamente su oposición*. De no hacerlo, siempre podrán impugnar el acuerdo por alguna de las causas reguladas en el artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital, aunque éste resultará aprobado si recibe el voto favorable de la mayoría en una junta debidamente constituida.

b) Lo dicho nos obliga a analizar, en segundo lugar, qué quórum debe concurrir para que la junta pueda deliberar válidamente acerca de la renuncia a la acción social y qué mayoría debe pronunciarse a favor de la misma para que se entienda aprobada, siempre que no concurra el veto de la minoría. Cuestiones éstas, que han sido muy debatidas en relación con el acuerdo de ejercicio de la acción, pero que se presentan mucho menos problemáticas en materia de renuncia.

El artículo 238.1 de la Ley de Sociedades de Capital dispone, en su último inciso, que «los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la ordinaria para la adopción de este acuerdo», refiriéndose al acuerdo relativo a la exigencia de responsabilidad. Esta remisión a la «mayoría ordinaria» ha generado una conocida polémica doctrinal, en cuyos detalles no podemos detenernos ahora⁶¹³. En esencia, los puntos controvertidos han sido dos: por un lado, se duda de si la prohibición de alterar la mayoría se refiere exclusivamente al quórum deliberativo (arts. 198 y 201 LSC) o afecta también al quórum constitutivo (art. 193 LSC); y, por otro, se ha debatido si por «mayoría ordinaria» ha de entenderse la legalmente establecida o, por el contrario, la fijada estatutariamente⁶¹⁴. Nos inclinamos a pensar que la prohibición legal se refiere a la previsión estatutaria de un quórum especial o de una mayoría reforzada *ad hoc* para la válida adopción del acuerdo relativo al ejercicio de la acción social de responsabilidad;

⁶¹² Cfr. BERBEL, J., *ob. cit.*, pp. 118 y 119; ARROYO, I., y BOET, E., *ob. cit.*, pp. 1560 y 1561 y POLO, E., «Abuso o tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre mayoría y minoría en la sociedad anónima», en Iglesias Prada (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Madrid [Civitas], 1996, pp. 2283 y 2284. En Italia, puede verse TINA, A., *L'esonero da responsabilità*, *ob. cit.*, p. 259. Este sistema de mayorías ultrareforzadas era, en cambio, el seguido por el § 270 del *HGB* alemán de 1897, que requería un quórum deliberativo superior al noventa por ciento del capital social para aprobar la renuncia y, posteriormente, por el artículo 153 del Proyecto de *Codice di commercio* de 1922 (Proyecto Vivante), que permitía a la asamblea exonerar de responsabilidad a los administradores siempre que el acuerdo fuese adoptado por una mayoría de, al menos, las tres cuartas partes del capital social. Y es el que sigue también el actual § 136 de la *Aktiengesetz* austríaca. Véase cuanto dijimos al respecto en el capítulo primero.

⁶¹³ Sobre la misma, puede verse, con profusión de citas bibliográficas, POLO, E., *Los administradores y el consejo*, *ob. cit.*, pp. 322 a 325.

⁶¹⁴ Tras la reforma de 2014, el artículo 201 de la Ley de Sociedades de Capital especifica que la mayoría ordinaria en las sociedades anónimas es la «simple», por lo que los acuerdos deberán entenderse adoptados cuando se obtengan más votos a favor que en contra del capital presente o representado.

lo cual no es obstáculo para que, en su caso, se apliquen la mayoría o el quórum reforzados que hayan sido establecidos, con carácter general, para todos los acuerdos⁶¹⁵.

Ahora bien, como decimos, el acuerdo de renuncia no plantea estos problemas. Al impedir que los estatutos establezcan un quórum o una mayoría cualificados a la hora de debatir la exigencia de responsabilidad, lo que la Ley pretende es facilitar que la sociedad obtenga la reparación de los daños que hubieran podido ocasionar sus administradores en el desempeño negligente o desleal de su cargo. Por ello, debe admitirse la validez de aquellas cláusulas estatutarias que establezcan unos requisitos más gravosos para aprobar la renuncia, ya que, con esta medida, se estará implicando a una mayor fracción del capital social en la adopción de una decisión particularmente delicada para la sociedad como es la de abdicar del derecho a obtener esa reparación. Lo cual favorecerá que el acuerdo finalmente adoptado responda, en mayor medida, al interés común de todos los socios⁶¹⁶.

2. La participación del administrador inculcado en la votación del acuerdo

Una cuestión que presenta mayor interés que la anterior y que tampoco encuentra una solución explícita en la Ley española es saber si el administrador inculcado, que es al mismo tiempo socio, puede ejercitar el derecho de voto en aquella junta en la que se acuerde la renuncia al ejercicio de la acción social por las responsabilidades en las que hubiera podido incurrir en el ejercicio de su cargo.

Pues bien, aunque el conflicto de intereses en el que se encuentra este administrador parece innegable, el tratamiento jurídico al que debe quedar sometido no es fácil de determinar. Por un lado, es cierto que la renuncia se presenta *a priori* como un acuerdo lesivo para la sociedad y que el administrador inculcado tiene un interés objetivo en verse librado de la obligación resarcitoria contraída por su mala gestión. Pero no es menos cierto, por otro lado, que la licitud del acuerdo abdicativo depende de que su adopción esté causalizada y se dirija a incrementar el valor de la empresa social (*supra* II.2). Además, la Ley concede a los socios minoritarios una herramienta específica, como es el derecho de oposición, que les permite asegurarse de que la decisión mayoritaria no responde a un interés particular del administrador en conflicto

⁶¹⁵ Así lo entendieron, en su momento, RUBIO, J., *Curso*, ob. cit., p. 299 y BÉRGAMO, A., ob. cit., pp. 153 y 154. Más recientemente, cfr. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores*, ob. cit., pp. 374 y 375 y QUIJANO, J., «Acción social», ob. cit., p. 1711. Va más allá SUÁREZ-LLANOS, L., ob. cit., pp. 942, quien admite la posibilidad de prever cláusulas estatutarias que exijan un quórum de asistencia especial o una mayoría reforzada *ad hoc* para deliberar el ejercicio de la acción social de responsabilidad. *Contra*, POLO, E., *Los administradores y el consejo*, ob. cit., p. 325, para quien los quórums y mayorías reforzados, eventualmente previstos en los estatutos, no podrían aplicarse a la hora de deliberar el ejercicio de la acción social de responsabilidad. Por lo demás, esta cuestión fue objeto de un amplio debate en la doctrina italiana anterior a la aprobación del *Codice civile*, que, sin embargo, se inclinó mayoritariamente por la interpretación apuntada en el texto (v. *supra* la nota 23).

⁶¹⁶ En sentido favorable a la posibilidad de elevar el quórum y la mayoría necesarios para aprobar la renuncia, cfr. ARROYO, I. y BOET, E., ob. cit., p. 1561 y CALBACHO, F., ob. cit., pp. 201 y 202, quien, no obstante, pone de manifiesto que lo verdaderamente relevante es la posibilidad de alterar el porcentaje de capital al que se anuda el derecho de veto (*infra* IV.2).

con el de la sociedad, y cuya coordinación con los sistemas de control de los conflictos de interés en el ejercicio del derecho de voto plantea algunas dudas.

A estas dificultades, se añade el hecho de que el conflicto de interés presente en el acuerdo de renuncia a la acción social haya recibido un escaso tratamiento por parte de la doctrina, que, por lo general, ha preferido centrarse en el conflicto existente en el acuerdo relativo a su ejercicio. Sin embargo, la situación de conflicto en la que se encuentra el administrador frente al que se decide si entablar o no la acción social no es la misma en la que se halla el administrador responsable al que se libera de su obligación de indemnizar el daño causado, lo que hace que la solución a la que se llegue en relación a la primera no pueda extenderse, sin más, a la segunda.

2.1. Los mecanismos de tutela preventiva y correctiva del interés social en los conflictos de interés: prohibición del voto e impugnación del acuerdo

Como es sabido, el control de los conflictos de interés socio-sociedad puede llevarse a cabo por medio de dos técnicas legislativas. Una —tutela «preventiva»— consiste en imponer al socio incurso en la situación conflictiva la prohibición de ejercer los derechos de voto correspondientes a sus acciones o participaciones (a). La otra —tutela «correctiva»— aborda el problema desde una perspectiva *ex post*, a través de la impugnación del acuerdo adoptado con la participación del socio en conflicto cuando éste resulte lesivo para el de la sociedad en beneficio de dicho socio o de un tercero (b). Cada una de ellas responde a una lógica distinta y, en consecuencia, se articula de un modo diverso.

a) Cuando el legislador prohíbe el ejercicio del derecho de voto, basa su decisión en una doble presunción *iuris et de iure*: de un lado, presume la incompatibilidad absoluta entre el interés social y el interés extrasocietario que presenta el socio en relación con el contenido del acuerdo; y, de otro, da por sentado que este último, de poder ejercer su derecho de voto, lo hará siempre dando preferencia a su interés particular⁶¹⁷. En otras palabras, presume la existencia de un conflicto de intereses, sin posibilidad de prueba en contrario. Se trata, por ello, de un mecanismo que se aplica a los supuestos «más graves» o evidentes, en los que el alto riesgo de que se acabe lesionando el interés social justifica que el socio afectado se vea privado de su derecho esencial a participar en la formación de la voluntad de la sociedad. Lo que se pretende es garantizar que la decisión sea adoptada por un conjunto de socios —en principio— «desinteresados» o imparciales, a fin de que refleje, en la mejor medida posible, el interés común a todos ellos⁶¹⁸.

⁶¹⁷ Así, por todos, SÁNCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital*, Navarra [Aranzadi], 2000, pp. 290 y 291.

⁶¹⁸ ESTEBAN VELASCO, G., «Algunos aspectos relevantes de la regulación de la Junta general de socios en la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995», en AAVV, *Estudios de Derecho mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque*, vol. 1, Valladolid [Universidad], 1998, p. 247.

Consecuencia de este deber de abstención es la atribución al presidente de la junta, o bien a la propia junta, de la facultad de apreciar la concurrencia del concreto conflicto de intereses y de excluir de la votación al socio que se halle incurso en el mismo⁶¹⁹. Los derechos de voto que le correspondan habrán de computarse a la hora de calcular el quórum constitutivo, pero deberán descontarse para el cómputo de la mayoría, con independencia de cuál haya sido el sentido concreto en el que finalmente se hubieran pronunciado. En el caso de que el socio «interesado», contraviniendo la prohibición legal, finalmente emitiera el voto, éste se considerará ilícito —*rectius*, nulo— por el mero hecho de su emisión, lo que comprometerá la validez del acuerdo siempre que su participación hubiera sido relevante para determinar el sentido final de la votación⁶²⁰. De este modo, si el acuerdo es adoptado o rechazado gracias al voto decisivo del socio en conflicto de interés —esto es, si no se supera la «prueba de resistencia»— podrá ser impugnado como nulo por contravención a la ley, sin necesidad de alegar y probar la efectiva concurrencia de un daño a los intereses de la sociedad (art. 204.1 LSC)⁶²¹.

b) Por el contrario, cuando se establece un modelo de control *ex post*, la ley no prejuzga la existencia de un conflicto de interés lesivo para la sociedad. No presume que la satisfacción del interés personal del socio deba pasar necesariamente por la postergación del interés común. Es sólo una vez adoptado el acuerdo, cuando el conflicto pasa a tener relevancia como elemento integrador de un supuesto específico de impugnación: la lesión al interés social, en beneficio de uno o varios socios o terceros (art. 204.1 LSC). No se trata ya, como en el supuesto anterior, de que el riesgo de un daño al interés social vicie el voto del socio «interesado». Éste podrá votar y su voto será perfectamente válido. Lo que sucede es que, si como consecuencia de su participación en la votación, obtiene un beneficio privado o «extrasocial» que provoca

⁶¹⁹ En Italia, la cuestión acerca de qué órgano —presidente o junta— es el facultado para controlar el conflicto de interés ha sido ampliamente debatido. Para una exposición de los distintos argumentos a favor y en contra de una y otra posibilidad, cfr. PREITE, D., «Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni», en Colombo/Portale (Dir.), *Trattato*, ob. cit., vol. 2, pp. 116 a 122. En España, puede verse SÁNCHEZ RUIZ, M., ob. cit., pp. 352 a 358.

⁶²⁰ El conflicto de interés afecta directamente al voto, provocando su nulidad, y sólo de forma indirecta al procedimiento de formación del acuerdo cuando la participación del socio «interesado» incida decisivamente en el resultado final. Cfr., en este sentido, ALCALÁ DÍAZ, M.A., «El conflicto de interés socio-sociedad», en *RdS*, núm. 9, 1997, pp. 96 y 112; ESTEBAN VELASCO, G., últ. ob. cit., p. 254; COSTAS COMESAÑA, J., *El deber de abstención del socio en las votaciones*, Valencia [Tirant lo Blanch], 1999, pp. 293 a 295 y SÁNCHEZ RUIZ, M., ob. cit., pp. y 363 y ss. En contra de esta opinión, consideran que el acuerdo adoptado en conflicto de interés es nulo por contravenir una norma legal prohibitiva, siempre y con independencia de que no supere la «prueba de resistencia», SÁNCHEZ-CALERO, J., «El conflicto de intereses en la sociedad limitada», en Rodríguez Artigas (*et al.*) (Coords.), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, tomo 1, Madrid [McGraw-Hill], 1996, p. 701 y BOQUERA, J., «La regulación del conflicto de intereses en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», en *RDM*, núm. 217, 1995, p. 1044 (aunque parece rectificar su posición en p. 1045).

⁶²¹ En estos supuestos, el daño al interés social es meramente posible o eventual. Lo que resulta verdaderamente determinante para justificar la prohibición del voto —y su nulidad en caso de que finalmente se emita— es la existencia de un conflicto de interés *potencialmente* lesivo, cuya concurrencia es valorada *ex ante* por el legislador. Cfr. ALCALÁ DÍAZ, M.A., ob. cit., p. 113 y 114 y SÁNCHEZ RUIZ, M., ob. cit., p. 291.

un daño objetivo en el interés social, el acuerdo podrá ser anulado. No basta, pues, con la concurrencia aislada del daño o del conflicto de intereses. Es necesario que exista una conexión causal entre uno y otro, de forma que la lesión tenga su origen directo e inmediato en la satisfacción del interés extrasocial. Si consiguen probarse ambos elementos, el acuerdo será impugnabile con independencia de cuál haya sido la intención de los socios que participaron en el mismo y sin que tenga que demostrarse que el voto del socio «interesado» fue decisivo para adoptar el acuerdo⁶²².

Fácilmente puede comprobarse cómo ambos mecanismos tienden a proteger el interés social y, en última instancia, el *interés de la minoría*⁶²³. En efecto, la tutela preventiva permite que, en aquellos supuestos en los que el socio mayoritario se encuentra «contaminado» por un conflicto de intereses particularmente grave, una minoría «aséptica», alcance, de manera excepcional, la capacidad de determinar, por sí sola, la voluntad social. Y, de igual manera, la tutela correctiva sirve a los socios ajenos al grupo mayoritario para controlar que éste no ejercita su poder de decisión con la intención de obtener ventajas que no se extienden al conjunto de socios y que se han logrado a costa del sacrificio del interés común.

2.2. El tratamiento de los conflictos de interés en el ejercicio de la acción social de responsabilidad antes de la reforma de la Ley de Sociedades de Capital de 2014

Expuestos, a grandes trazos, el fundamento, funcionamiento y finalidad de las técnicas de prevención y represión del conflicto de intereses entre el socio y la sociedad, de lo que se trata, a continuación, es de analizar la evolución que ha experimentado el tratamiento del conflicto de interés en el que puede incurrir el socio administrador a la hora de deliberar *el ejercicio* de la acción social de responsabilidad en nuestro Ordenamiento, para comprobar después si este tratamiento resulta extensible también al acuerdo de renuncia.

Frente a la posición clara y rotunda del legislador italiano, que, desde siempre, ha prohibido al socio administrador ejercitar el derecho de voto en estos acuerdos (art. 2373, párrafo segundo, *C.Civile*⁶²⁴), la legislación societaria española ha optado,

⁶²² No existe, por tanto, un vicio en el *procedimiento* de formación del acuerdo que adquiera relevancia de no superarse la «prueba de resistencia». El vicio afecta al *contenido* del acuerdo que se ha revelado objetivamente lesivo para el interés común de los socios. Cfr., en este sentido, ALCALÁ DÍAZ, M.A., pp. 128 y 129 y SÁNCHEZ RUIZ, M., ob. cit., pp. 180 y 181. *Contra*, considerando que la impugnación del acuerdo sólo será posible si el voto del socio en conflicto de intereses fue necesario para su adopción, DUQUE, J., *Tutela de la minoría. Impugnación de acuerdos lesivos*, Valladolid [Universidad], 1957, p. 101; GALÁN CORONA, E., «La junta general», en Bonardell/Mejías/Nieto (Coords.), *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid [Dykinson], 2004, p. 518 y JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., «La regulación de los órganos sociales en la Ley de Sociedades Anónimas y en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», en *DN*, núm. 92, 1998, p. 7.

⁶²³ Así, SANCHEZ-CALERO, J., «El conflicto de intereses», ob. cit., p. 683.

⁶²⁴ «*Gli amministratori non possono votare nelle deliberazioni riguardanti la loro responsabilità*». Este precepto se completa con la previsión del artículo 2368, párrafo tercero, del *Codice civile*, el cual establece que las acciones afectadas por el conflicto de interés social habrán de tenerse en cuenta en el cálculo del quórum constitutivo de la junta, pero no a la hora de computar la mayoría requerida para la

tradicionalmente, por inhibirse en esta materia. Ya durante la vigencia de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, un autorizado sector de la doctrina puso de manifiesto que, probablemente, se trataba de una laguna intencionada, motivada quizá por la escasa confianza de los redactores de la Ley en la eficacia de una prohibición que podría ser fácilmente burlada mediante la transmisión de las acciones o participaciones⁶²⁵. Pero, deliberada o no, lo cierto es que esta carencia normativa dio pie a dos interpretaciones contrapuestas.

a) Para algunos, el silencio de la Ley no fue óbice para afirmar la existencia de un deber de abstención, cuyo fundamento jurídico acaso podía encontrarse en la identidad de razón entre este supuesto y el regulado por el artículo 22.3 de la Ley 1951 (actual art. 49.2 II LSC), en el que se impedía al socio aportante de bienes *in natura* intervenir en el acuerdo relativo a la valoración de su aportación, en los casos de fundación sucesiva⁶²⁶. Para otros, en cambio, la abstención obligatoria supondría un juicio apriorístico acerca del carácter «antisocial» del interés que hubiera movido al socio administrador a votar en contra del ejercicio de la acción social; siendo así que, en realidad, su —lógico— interés personal en oponerse a la exigencia de responsabilidad podría coincidir, perfectamente, con el interés social⁶²⁷. De ahí que la Ley hubiera optado, conscientemente, por un sistema de control «represivo» o «sancionador», en el que el posible conflicto de intereses solamente adquiriese relevancia en sede de impugnación

aprobación del acuerdo. Como vimos en el capítulo primero, ya antes de la entrada en vigor del *Codice civile* de 1942, el *Codice di commercio* de 1882 establecía la misma prohibición en su artículo 161 (v. *supra* §1.I.2). Esta solución —que no es para nada inédita entre los Ordenamientos de nuestro entorno jurídico (cfr., por ejemplo, el § 136 de la *Aktiengesetz* alemana, los artículos 75.3 y 384.6 del *Código das sociedades comerciais* portugués)— se fundamentaría en una presunción absoluta de conflicto de intereses (cfr. WEIGMANN, R., ob. cit., pp. 113 y ss.), o bien, en la existencia de un «conflicto de tipo especial», expresión del principio general, según el cual, nadie puede ser juez en su propia causa (cfr. FRÈ, G., *Società per azioni*, ob. cit., p. 373; JAEGER, P.G., *L'interesse sociale*, Milán [Giuffrè], 1964, p. 217 y notas 80, 81 y 82 e ID., «Determinazione del compenso dell'amministratore e conflitto d'interessi», en *Giur. comm.*, 1980, II, p. 397).

⁶²⁵ En este sentido, GARRIGUES, J., en Garrigues-Uría, *Comentario*, ob. cit., vol. 2, p. 177. Cfr., igualmente crítico con esta técnica legislativa, MOTOS, M., *Fusión de sociedades mercantiles*, Madrid [Revista de Derecho Privado], 1953, pp. 396 a 398. En Italia, se han mostrado asimismo escépticos acerca de la eficacia de la prohibición de voto FRANZONI, M. y GALGANO, F., en Franzoni (*et al.*), *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci*, en Galgano (Dir.), *Trattato*, ob. cit., vol. 19, p. 68 y BONELLI, F., *La responsabilità*, ob. cit., p. 164.

⁶²⁶ GIRÓN, J., *Derecho de sociedades anónimas*, ob. cit., pp. 378 y 379. En idéntico sentido, pueden verse GARRIGUES, J., *últ. ob. cit.*, pp. 177 y 178 y PUIG BRUTAU, J., «La responsabilidad de los administradores», ob. cit., p. 367. *Contra*, SUÁREZ-LLANOS, L., ob. cit., pp. 945 a 947, para el cual, este último precepto tenía una *ratio* totalmente distinta. En estos casos, la prohibición de voto respondería, por un lado, a la necesidad de garantizar el principio de integridad del capital social y, por otro, a una cuestión de orden puramente práctico, como era la imposibilidad técnica de que el aportante de bienes *in natura* votase en una decisión de la que dependía, precisamente, la determinación de su participación en el capital social y, por tanto, del número de votos que le corresponderían. Sostuvo, igualmente, la existencia de un deber de abstención bajo el régimen de la Ley de 1951, ALBORCH, C., *El derecho de voto del accionista*, Madrid [Tecnos], 1977, p. 255, aunque basando su opinión en el principio *nemo iudex in causa propria* (v. *supra* nota 624). Con mayores dudas, FAIRÉN, V., «La responsabilidad civil de los órganos de administración de las Sociedades Anónimas», en *RDP*, 1955, p. 875.

⁶²⁷ Así, por ejemplo, al administrador injustamente inculcado no se le podría achacar un interés contrario al de la sociedad por el hecho de pretender su exoneración. Cfr. SUÁREZ-LLANOS, L., ob. cit., pp. 947 y ss., y, en sentido conforme, RUBIO, J., *Curso*, ob. cit., p. 260 y BÉRGAMO, A., ob. cit., p. 155.

cuando el acuerdo adoptado —o rechazado— gracias al voto decisivo del socio administrador se hubiera revelado efectivamente lesivo para el interés social, en beneficio del propio socio (cfr. art. 67 LSA de 1951)⁶²⁸.

Ni la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, ni la posterior Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995 aclararon expresamente la cuestión, por lo que proliferaron los argumentos en favor y en contra de una y otra postura.

b) Hubo, así, quien consideró que la regulación de los conflictos de interés en el seno del consejo de administración, introducida por la «Ley de Transparencia» de 2003, evidenciaba la opción del legislador por la tesis favorable a la abstención obligatoria en la junta. Según el nuevo artículo 127-ter de la Ley de Sociedades Anónimas (actuales arts. 228, letra «c», y 229 LSC), el administrador afectado por un conflicto de intereses debía abstenerse de intervenir en la concreta operación a la que se refiriese el conflicto, lo cual invitaba a pensar que el socio administrador tendría vedada igualmente la participación en el acuerdo de junta en el que se debatiera su responsabilidad⁶²⁹. Con todo, era evidente, y así lo puso de manifiesto la doctrina más atenta, que se trataba de dos supuestos completamente distintos y que, por tanto, este tratamiento unitario no estaba justificado⁶³⁰.

En efecto, tanto el administrador como el socio están sujetos a sendos deberes de lealtad, de los que puede derivarse una obligación de abstención, pero el fundamento y contenido de tales deberes no son coincidentes. El administrador, como gestor de intereses *absolutamente* ajenos, está obligado a hacer prevalecer siempre el interés de la sociedad sobre el suyo propio (art. 227.1 LSC). Ello hace que el deber de lealtad que pesa sobre él se concrete, en las situaciones de conflictos de interés, en la obligación de no tomar parte, bajo ningún concepto, en la operación en la que dicho conflicto se materialice (art. 228, letra «c», LSC)⁶³¹. En cambio, el socio mayoritario, en la medida en que tiene capacidad para decidir sobre la totalidad de unos activos —los de la sociedad— que le pertenecen únicamente en la parte proporcional a su participación, puede decirse que gestiona intereses sólo *parcialmente* ajenos. De ahí que su deber de fidelidad para con la sociedad y para con los demás socios no le obligue a perseguir, siempre y a toda costa, un interés social objetivo y concreto. Nada le impide tratar de obtener beneficios particulares mediante su participación en la sociedad. Lo que no puede hacer es obtenerlos sacrificando el bien común, es decir, no puede lesionar el interés social en su propio

⁶²⁸ SUÁREZ-LLANOS, L., *loc. ult. cit.*

⁶²⁹ SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores*, ob. cit., p. 377 y 378, quien, no obstante, se mostraba crítico con la opción legislativa. Cfr., también, QUIJANO, J., «Acción social», ob. cit., p. 1711.

⁶³⁰ Cfr., en este sentido, CALBACHO, F., ob. cit., p. 89, nota 89. Por su parte, DÍAZ ECHEGARAY, J.L., ob. cit., p. 309, rechazaba la aplicación extensiva del artículo 127-ter de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 al voto del administrador en la junta, sobre la base de que dicho precepto se refería únicamente a «operaciones» y no a «acuerdos». No obstante, la debilidad de este último argumento es patente. De hecho, el actual artículo 229 de la Ley de Sociedades de Capital habla de «acuerdos o decisiones» y no por ello su aplicación a los supuestos de voto en la junta deja de ser incorrecta. Como decimos *infra* en el texto, el verdadero motivo por el que el deber de abstención que la Ley impone al administrador en el desarrollo de sus competencias de gestión no puede exigírsele, sin más, al socio administrador cuando participa en la determinación de la voluntad social es que el administrador está sujeto a un deber de lealtad que difiere, en su fundamento y contenido, del deber de lealtad que recae sobre el socio.

⁶³¹ ALFARO, J., *Interés social*, ob. cit., pp. 39 y ss.

beneficio⁶³². Por eso, resulta incorrecto extender, sin más, el deber de abstención que pesa sobre el socio administrador en los conflictos de intereses que le afectan *en su condición de administrador*, a aquellos otros conflictos que le afectan *en su condición de socio*⁶³³.

c) Por su parte, la opinión favorable a admitir el voto del administrador inculcado encontró un argumento de peso en la regulación de los conflictos de interés del socio en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995. A diferencia de lo que sucedía con la Ley de Anónimas, ésta sí hacía referencia específica a la materia, contemplando, en el artículo 52.1, una serie de supuestos en los que el socio debía abstenerse de participar en la votación. Pero, entre ellos, no figuraba el ejercicio de la acción social de responsabilidad, que fue expresamente eliminado durante la tramitación parlamentaria de la Ley⁶³⁴. Y, aunque no faltó quien propugnó su aplicación analógica a estos supuestos, la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia consideraron que la norma debía interpretarse como un *numerus clausus* y aplicarse de manera restrictiva⁶³⁵.

De este modo, y pese a la ausencia de normas claras —el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital se limitó a reproducir, en su artículo 190, el antiguo

⁶³² Cfr., nuevamente, ALFARO, J., *Interés social*, ob. cit., p. 33 y *passim*. Sobre la inexistencia de un deber a cargo del socio de perseguir el interés social, cfr., en Italia, MINERVINI, G., «Sulla tutela dell'interesse sociale», ob. cit., p. 329 y GAMBINO, A., ob. cit., p. 216.

⁶³³ A esta misma conclusión llega SÁNCHEZ RUIZ, M., «El deber de abstención del administrador en conflicto de intereses con la sociedad (Art. 229.1 LSC)», en *RdS*, núm. 41, 2013, pp. 204 a 206. A nuestro juicio, el diferente contenido y alcance del deber de fidelidad del socio en su condición de tal, respecto a su deber de fidelidad como administrador puede apreciarse con claridad en el actual artículo 526 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo art. 114 LMV, introducido igualmente en 2003 por la «Ley de Transparencia»); precepto al que, sin embargo, se ha acudido para fundamentar un supuesto deber de abstención del socio administrador en los acuerdos relativos a su responsabilidad (cfr. VILLANUEVA, B.A., *El ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima*, Madrid [Tesis doctoral-Universidad Complutense], 2013, pp. 183 y ss.). De acuerdo con dicho precepto, el administrador de una sociedad cotizada que hubiera formulado solicitud pública de representación no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a las *acciones representadas*, en relación con el ejercicio de la acción social de responsabilidad dirigida contra él. Ello es coherente con el deber de abstención que pesa sobre el administrador, en su condición de tal, pero permite entender, *a sensu contrario*, que sí podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a *sus propias acciones* en caso de tenerlas, pues *como socio* no tiene ningún deber de abstención (cfr. DÍAZ-ECHEGARAY, J.L., ob. cit., p. 309).

⁶³⁴ Efectivamente, el artículo 55 del Proyecto (publicado en el BOCG, núm. 48-1, de 25 de enero de 1994), siguiendo el modelo italiano anterior a la reforma de 2003, prohibía al socio ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus participaciones en aquellos asuntos en los que se encontrase en situación de conflicto de intereses con los de la sociedad, precisando, a continuación, que se consideraría existente dicho conflicto cuando se tratase de adoptar el acuerdo relativo al ejercicio de la acción social de responsabilidad contra el socio administrador o a la *renuncia* por parte de la sociedad a ejercitar tal acción.

⁶³⁵ Cfr., entre otros, BOQUERA, J., ob. cit., pp. 1023 y 1024 y ALCALÁ DÍAZ, M.A., últ. ob. cit., p. 102 y nota 29. En la jurisprudencia más reciente, pueden verse la SAP La Coruña (Sección 4ª), de 18 de noviembre de 2011 (FJ Quinto) (AC 2011/1613); SAP Barcelona (Sección 15ª), de 27 de octubre de 2010 (FJ Tercero) (JUR 2011/183075); SAP Madrid (Sección 28ª), de 10 de mayo de 2010 (FJ Tercero) (JUR 2010/230319); SAP Zamora (Sección 1ª), de 18 de marzo de 2010 (FJ Séptimo) (JUR 2010/164131); SJMerc núm. 5 de Madrid, de 13 de enero de 2010 (FJ Segundo) (AC 2010/323); SAP Zamora (Sección 1ª), de 18 de diciembre de 2008 (FJ Cuarto) (JUR 2009/115220); SAP Barcelona (Sección 15ª), de 18 de octubre de 2007 (FJ Cuarto) (JUR 2008/33438); SAP Guipúzcoa (Sección 2ª), de 30 de julio de 2007 (FJ Cuarto) (JUR 2008/16330) y SAP Jaén (Sección 1ª), de 10 de octubre de 2007 (FJ Primero) (JUR 2008/58959). Cfr., asimismo, la RDGRN de 16 de octubre de 2000 (BOE de 10 de noviembre).

artículo 52 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, sin ampliar su ámbito de aplicación a las sociedades anónimas— se ha ido consolidando una opinión mayoritaria favorable a admitir el voto del socio administrador en los acuerdos que tengan por objeto debatir su responsabilidad⁶³⁶.

2.3. El tratamiento de los conflictos de interés en el ejercicio de la acción social de responsabilidad tras la reforma de la Ley de Sociedades de Capital de 2014

Sea como fuere, lo cierto es que los recientes movimientos de reforma del Derecho de sociedades español han terciado definitivamente en esta polémica; si bien, lo han hecho ofreciendo soluciones antagónicas.

a) De un lado, la Propuesta de Código Mercantil, elaborada por la Comisión de Codificación, establecía el *deber de abstención* del socio administrador en los asuntos que se refiriesen a la exigencia de responsabilidad (cfr. art. 231-63.3 PCMer)⁶³⁷. Esta previsión se hallaba contenida en un precepto que abordaba el tratamiento general de los conflictos de interés mediante la técnica de la privación del voto. En efecto, el apartado primero del artículo 231-63 de la Propuesta impedía que el socio ejercitase, por sí o por representante, el derecho de voto que le correspondiese en aquellos asuntos en los que tuviera, por cuenta propia o de un tercero, un interés en conflicto con el de la sociedad. Y, en coherencia con ello, el apartado cuarto imponía la deducción de los votos del socio en conflicto de intereses del total de los necesarios para la adopción del acuerdo, esto es, del cómputo de la mayoría.

b) Por el contrario, la reforma finalmente introducida por la Ley 31/2014 ha optado por una solución diametralmente opuesta. En general, el régimen jurídico de los conflictos de intereses que resulta de esta reforma es inédito en el Ordenamiento español. Lo que se ha hecho ha sido adoptar un modelo híbrido, a medio camino entre un sistema basado exclusivamente en la prevención, como el proyectado por la Comisión General de Codificación, y otro estrictamente correctivo⁶³⁸. A tal efecto, el

⁶³⁶ En muchos de los supuestos en los que se debate el ejercicio de la acción por parte de la minoría, se da por sentada la validez del previo acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad adoptado con el voto mayoritario del socio administrador. Cfr., por ejemplo, la SAP Almería (Sección 2ª), de 15 de enero de 2014 (FJ Segundo) (JUR 2014/102194). Y, en otras ocasiones, la posibilidad de que el socio administrador ejercite el derecho de voto en el acuerdo relativo a su responsabilidad se admite de forma expresa. Cfr. la SAP Madrid (Sección 28ª), de 11 de julio de 2014 (FJ Sexto) (AC 2014/1654) y, con anterioridad, la SAP Cantabria (Sección 3ª), de 15 de noviembre de 2005 (FJ Segundo) (JUR 2006/28767); la SAP Barcelona (Sección 15ª), de 2 de abril de 2004 (JUR 2004/222080) y la SAP Cantabria (Sección 1ª), de 14 de enero de 2004 (FJ Decimocuarto) (JUR 2004/37517).

⁶³⁷ Como ya advertimos en el capítulo primero, en su paso a Anteproyecto de Ley, la Propuesta de Código Mercantil ha asumido las modificaciones planteadas por la Ley 31/2014, por lo que una futura aprobación del Código no conllevaría una modificación de la legislación vigente en este punto (cfr. el art. 231-68 ALCMer, que reproduce el actual artículo 190 de la LSC).

⁶³⁸ En su *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas*, de 14 de octubre de 2013, cit., p. 20, la Comisión en materia de gobierno corporativo, nombrada por el Consejo de Ministros, justificaba esta opción legislativa en los siguientes términos: «Una solución extrema, [...] consiste en establecer una cláusula general de prohibición de voto en caso de conflicto de interés. Esta es la línea que sigue el artículo 231-63 de la PCM [...]. La alternativa opuesta consiste en mantener la solución de la actual LSC

nuevo artículo 190 de la Ley de Sociedades de Capital clasifica los conflictos de intereses en tres categorías, a cada una de las cuales, le dispensa un tratamiento distinto:

i) En primer lugar, se regulan los casos «más graves», en relación con los cuales, la Ley ha optado por privar al socio del derecho de voto (art. 190.1 LSC)⁶³⁹. Se trata de una lista cerrada que reproduce literalmente los supuestos que ya previera el artículo 52.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y que seguían siendo de aplicación a este tipo social antes de la reforma (cfr. el art. 190 LSC, en su redacción anterior a la reforma de 2014). En atención a la misma, el socio no podrá votar cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga por objeto: autorizarle a transmitir acciones o participaciones sujetas a una restricción legal o estatutaria; excluirle de la sociedad; *liberarle de una obligación* o concederle un derecho; facilitarle cualquier tipo de asistencia financiera, incluida la prestación de garantías a su favor; o dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo previsto en el artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital.

Como no podía ser de otra forma, el apartado segundo del artículo 190 de la Ley de Sociedades de Capital aclara que las acciones o participaciones del socio que se encuentre en algunas de estas situaciones de conflicto de interés se deducirán del capital social para el cómputo de la mayoría.

ii) A continuación, el precepto señala que, cuando exista un de conflicto de interés distinto de los previstos *sub i)* —conflictos que cabría denominar «genéricos»—, el socio no se verá privado de su derecho de voto. Pero se establece una presunción de perjuicio para el interés social, de forma que, si el voto del socio incurso en el conflicto ha sido decisivo para la aprobación del acuerdo, le corresponderá a la sociedad y, en su caso, al socio afectado por el conflicto, probar que su adopción no lesiona el interés social, en tanto que el socio o socios impugnantes, deberán probar únicamente la concurrencia del conflicto de interés (art. 190.3 LSC, primer inciso).

iii) El régimen legal se completa con una excepción a la regla anterior. Se trata de los conflictos de interés «posicionales», es decir, aquéllos que afectan al socio en relación con la posición que éste ostenta dentro de la organización y entre los que, a modo de ejemplo, la Ley enumera los acuerdos que se refieran al nombramiento, el cese, la revocación y la *exigencia de responsabilidad de los administradores*⁶⁴⁰. En

[...]. La Comisión de Expertos considera que ninguna de estas fórmulas resulta adecuada. La primera peca por exceso porque conduce a generalizar de manera indiscriminada a todos los casos una solución prohibitiva, que tiene poco sentido en los conflictos meramente posicionales. [...] La segunda peca por defecto, ya que pasa por alto un elemento clave para garantizar el buen gobierno corporativo en el seno de las sociedades anónimas, tanto cotizadas como no cotizadas».

⁶³⁹ Cfr. la Exposición de Motivos de la Ley 31/2014 (apartado IV).

⁶⁴⁰ En la Propuesta de redacción del artículo 190 de la Ley de Sociedades de Capital que contemplaba inicialmente el *Estudio* de la Comisión en materia de gobierno corporativo (cit. p. 21), esta excepción a la presunción general de perjuicio para el interés social aparecía recogida en los siguientes términos: «De esta regla se exceptúan los acuerdos relativos al nombramiento, revocación y exigencia de responsabilidad de los administradores y cualesquiera otros de análogo significado en los que el conflicto de interés no sea transaccional, sino meramente posicional». Sin embargo, esta definición de los conflictos de interés del socio como «transaccionales» o «posicionales», que ha desaparecido del texto

todos ellos, el socio en conflicto podrá votar, pero, en caso de impugnación, serán el socio o los socios impugnantes quienes deberán acreditar tanto la existencia del conflicto como el perjuicio para el interés social (art. 190.3 LSC, segundo inciso).

De esta manera, la reforma ha «privilegiado» el tratamiento de los conflictos de interés que afectan al socio en su condición de administrador, incluidos los que pueden originarse en el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra él. Esta decisión se encuentra motivada por el temor —fundado— de que la privación del voto pueda estar amparando conductas desleales de la minoría, dado que no puede descartarse que quienes actúen impulsados por un interés «extrasocial» a la hora de votar en el acuerdo relativo a la exigencia de responsabilidad sean precisamente los socios minoritarios. Es más, si se tiene en cuenta que la Ley anuda al acuerdo favorable al ejercicio de la acción el efecto inmediato de la destitución del administrador inculpado (art. 138.3 LSC), la imposición de un deber de abstención al socio administrador podría incentivar la adopción de este tipo de acuerdos por parte de una exigua minoría que busque provocar únicamente esa destitución⁶⁴¹.

De ahí que la opción de la reforma nos parezca plenamente acertada. El socio administrador debe poder votar en los acuerdos en los que se delibere el ejercicio de la acción social de responsabilidad, puesto que la satisfacción de su interés particular a no ser demandado no pasa necesariamente por el sacrificio del interés común, que puede verse mejor tutelado, precisamente, por la decisión de no ejercitar la acción social⁶⁴². Por consiguiente, si el acuerdo hubiera sido aprobado gracias al voto decisivo del socio administrador, habrán de ser los socios impugnantes quienes prueben la existencia del conflicto de interés y el daño al interés social. Con ello, no se perjudica a las minorías, que encuentran una protección adecuada tanto en la posibilidad de impugnar el acuerdo (art. 204.1 LSC) como, sobre todo, en la legitimación subsidiaria que la Ley les reconoce para ejercitar la acción social de responsabilidad «en defensa del interés social» (art. 239 LSC)⁶⁴³.

definitivo, fue tachada de poco clara por algún autor. Cfr., en este sentido, SÁNCHEZ-CALERO, J., «Algunos cambios en la regulación de la junta general en el Informe de la Comisión de Expertos (y en el Anteproyecto de Ley de Modificación de la LSC)», *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 87, de junio de 2014, pp. 18 y 19 (accesible a través de la dirección: <http://eprints.ucm.es/25832/>; febrero de 2015).

⁶⁴¹ POLO, E., *Ante una nueva reforma de la sociedad anónima*, Barcelona [Universidad], 1965, pp. 182 y 183, quien ya entonces ponía de manifiesto este riesgo, advirtiendo su particular relevancia en las sociedades familiares, en las que privar del voto a los administradores en el acuerdo de responsabilidad podría significar dejar en manos de la minoría la posibilidad de destituir a todo el consejo. Más recientemente, puede verse GARRETA, J.M., *La responsabilidad*, ob. cit., pp. 138 y 139.

⁶⁴² Cfr., además de los autores citados *supra* en la nota 627, POLO, E., *Los administradores y el consejo*, ob. cit., p. 327 y PREITE, D., ob. cit., pp. 164 a 166.

⁶⁴³ Obsérvese que la prohibición de voto del socio administrador podría acarrear una alteración del porcentaje mínimo exigido por la Ley para el ejercicio de la acción social por parte de la minoría, de forma que, en aquellos casos en los que ésta no alcanzase el cinco (o el tres) por ciento del capital social, la abstención del socio mayoritario dejaría en sus manos la decisión de ejercitar la acción. Cfr., en este sentido, POLO, E., *loc. ult. cit. Contra*, CALBACHO, F., ob. cit., pp. 95 a 97, para el cual, ni la impugnación del acuerdo ni el ejercicio de la acción social en vía extraordinaria serían mecanismos de protección adecuados para la minoría. El primero porque la impugnación del acuerdo contrario a la exigencia de

2.4. El voto del administrador inculcado en el acuerdo de renuncia a la acción social de responsabilidad

Una vez examinado el tratamiento jurídico que el nuevo sistema legal dispensa al conflicto de interés en el que puede incurrir el socio administrador en la votación del ejercicio de la acción social de responsabilidad, es necesario analizar el régimen aplicable al *acuerdo de renuncia* que resulta de este sistema.

En una primera lectura, parecen posibles dos interpretaciones. Por un lado, cabría entender (a) que el acuerdo de renuncia a la acción social se halla comprendido entre los relativos a la «exigencia de responsabilidad», en cuyo caso, el tratamiento de los conflictos de interés que pudieran aflorar en su aprobación debería ser el establecido para los conflictos meramente «posicionales» (art. 190.3 LSC, primer inciso). Pero, frente a ello, podría considerarse (b) que la renuncia encuentra un mejor acomodo en la categoría de los acuerdos que tienen por objeto «librar al socio de una obligación» y que, por lo tanto, el socio administrador tiene prohibido ejercitar los derechos de voto correspondientes a sus acciones o participaciones (art. 190.1, letra «c», LSC).

Con todo, ninguna de estas interpretaciones se amolda con exactitud al régimen jurídico que emerge de la reforma. La que hemos referido en último lugar peca por exceso, por cuanto restringe innecesariamente el derecho de voto del socio administrador, en tanto que la primera lo hace por defecto, al gravar al socio impugnante con la carga de la prueba del conflicto y del perjuicio para el interés social. Por consiguiente, nos parece preferible una tercera (c), que someta la votación del socio administrador en el acuerdo de renuncia al tratamiento que la Ley dispensa a los conflictos de interés que hemos denominado «genéricos».

a) En apoyo de la primera de las interpretaciones apuntadas cabría argumentar que la expresión «acuerdos relativos a la exigencia de responsabilidad de los administradores» es lo suficientemente amplia como para abarcar también la renuncia a la acción social. De hecho, éste es el sentido en el que la doctrina mayoritaria interpreta el artículo 2373 del *Codice civile*, que emplea estos mismos términos a la hora de regular el deber de abstención del socio administrador⁶⁴⁴.

Pronto se advierte, sin embargo, que el conflicto de intereses a que puede dar lugar el acuerdo de renuncia entraña un riesgo de lesión al interés social y a las minorías mucho mayor del que pudiera derivarse de un acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad. Como hemos dicho, la reforma acierta al «privilegiar» los conflictos de

responsabilidad no impediría que en una junta posterior, el socio administrador volviese a votar en contra del ejercicio de la acción y, el segundo, porque el ejercicio extraordinario de la acción social por parte de la minoría, no lleva aparejado la destitución automática del administrador inculcado, como sí sucede en el caso de que la acción la entable la sociedad.

⁶⁴⁴ Cfr. WEIGMANN, R., ob. cit., pp. 113; BONELLI, F., «La responsabilità degli amministratori», en Colombo/Portale (Dirs.), *Trattato*, ob. cit., vol. 4, p. 426, nota 12 y PREITE, D., ob. cit., p. 146. En la jurisprudencia, pueden verse, a favor, la *Cass.*, de 18 de abril de 1961, núm. 853, en *Foro it.*, 1961, c. 757 y, en contra, aunque sin mayor argumentación, la *App. Torino*, de 9 de julio de 1975, en *Giur. comm.*, 1976, II, pp. 871 a 888 (v. espec. p. 874).

interés que pueden aflorar en la adopción del acuerdo de ejercicio de la acción social, ya que, en estos casos, lo que se discute es si el comportamiento del administrador fue o no contrario al interés social y, por ello, es razonable gravar al socio o socios impugnantes con la carga de probar tanto la concurrencia del conflicto, como el daño. Además, frente a un acuerdo que denegase la exigencia de responsabilidad y que hubiera sido aprobado gracias al voto decisivo del socio administrador, la minoría se encuentra suficientemente tutelada mediante el ejercicio de la acción en vía extraordinaria (art. 239 LSC). No obstante, el acuerdo de renuncia lleva aparejado un juicio —siquiera implícito— favorable a la existencia de un comportamiento negligente o desleal por parte de los administradores que ya ha ocasionado un daño en el patrimonio social. Es decir, *presupone la constatación de una conducta responsable del socio administrador* (*supra* §6.I.2). Circunstancia que lo sitúa en una situación de conflicto que no puede considerarse meramente «posicional», pues ya no se trata de analizar si su comportamiento fue o no contrario al interés social y, por tanto, si incurrió en responsabilidad, sino de juzgar la conveniencia de librarle de la obligación de resarcir a la sociedad los perjuicios que le ha irrogado en el ejercicio de su cargo. Por eso, resulta lícito presumir que la renuncia al derecho de crédito que la sociedad ostenta frente a él resultará perjudicial para la sociedad (*supra* II.2.2) y que, al ejercitar su derecho de voto, el socio implicado lo hará anteponiendo su interés a no verse afectado negativamente en su patrimonio, frente al interés social en obtener el resarcimiento íntegro del daño.

b) Lo anterior parece abocarnos a la conclusión de que, en la renuncia, concurre un conflicto de interés lo suficientemente grave como para impedir el voto del socio administrador, lo que haría conveniente aplicar, en estos casos, la cláusula general que prohíbe votar al socio en el acuerdo por el que se le «libere de una obligación» contraída con la sociedad (art. 190.1, letra «c», LSC).

Conforme a la interpretación mayoritaria, el supuesto de hecho contemplado en esta prohibición de voto es el de la liberación de una obligación que uno o varios socios ostentan frente a la sociedad a título singular, siendo irrelevante el origen de la misma⁶⁴⁵. Podrá tratarse de una deuda surgida en el marco de la relación societaria o de cualquier otra relación obligatoria existente entre el socio y la sociedad, sea ésta de carácter contractual o extracontractual⁶⁴⁶. El supuesto típico al que la doctrina entiende aplicable este precepto es el de liberación o modificación sustancial de las prestaciones accesorias. Pero, si tenemos en cuenta que, al renunciar a la acción social, la sociedad extingue la obligación a cargo del administrador (*supra* §3), todo parece indicar que el acuerdo de renuncia debe quedar sometido, igualmente, a la regla de prohibición de

⁶⁴⁵ Cfr., por todos, SÁNCHEZ RUIZ, M., ob. cit., p. 328.

⁶⁴⁶ *Ibidem*. En el mismo sentido, la mayor parte de la doctrina española (cfr. además de SÁNCHEZ-CALERO, J., «El conflicto de intereses», ob. cit., p. 690, las referencias citadas por SÁNCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de intereses*, ob. cit., p. 328, notas 72 y 73).

ejercicio del derecho de voto, con independencia de que la liberación beneficie al socio *qua* administrador y no *qua* socio⁶⁴⁷.

Con todo, esta interpretación no convence. En primer lugar, existen motivos fundados para pensar que, cuando el legislador habla de acuerdos por los que al socio se le «libera de una obligación» o se le «concede un derecho» ha querido referirse únicamente a obligaciones y derechos que tienen su origen en el propio contrato de sociedad y no a cualesquiera otros derivados de una relación contractual o extracontractual en la que el socio aparezca como contraparte de la sociedad. Y es que, si bien se mira, lo contrario supondría ensanchar el ámbito de aplicación de esta prohibición de voto hasta hacer de ella una suerte de cláusula general como la que preveía el Proyecto de Código mercantil y que fue descartada expresamente por la reforma⁶⁴⁸. Además, una lectura tan amplia del supuesto contemplado en la letra *c*) del artículo 190.1 de la Ley de Sociedades de Capital dejaría sin contenido al supuesto regulado en su letra *d*), ya que, en el fondo, otorgar un préstamo al socio o prestar una garantía a su favor no dejan de ser formas de concederle un derecho. Por eso, es preferible entender que la concesión de derechos y la liberación de obligaciones que sean fruto de una relación jurídica externa, distinta al contrato de sociedad, como es justamente la relación de administración, no entran dentro del ámbito de aplicación de este precepto⁶⁴⁹.

Pero, aún es más, incluso admitiendo la interpretación mayoritaria, lo cierto es que, en el caso de la renuncia a la acción social de responsabilidad, la prohibición del derecho de voto al socio administrador no ofrece un grado de tutela al interés social y a la minoría —merecedora de protección— que no esté ya lo suficientemente garantizado con el derecho de oposición regulado en el artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Dicho de otra manera, la *función tuitiva que la Ley atribuye al deber de abstención queda totalmente absorbida por el derecho de oposición*⁶⁵⁰.

En efecto, si el socio minoritario ostenta al menos el cinco (o el tres) por ciento del capital social, carece de sentido privar de voto al socio administrador, pues cualquier conflicto de interés lesivo para la sociedad podrá evitarse vetando la aprobación del acuerdo de renuncia. Por el contrario, en el caso de que la minoría no alcanzase la titularidad de este capital mínimo, el deber de abstención sí le proporcionaría una protección adicional, en la medida en que podría impedir la adopción del acuerdo de renuncia sin necesidad de recurrir a su posterior impugnación. No obstante, esta mayor protección llevaría consigo la alteración del sistema de mayorías legalmente previsto, en la medida en que se estaría atribuyendo, *de facto*, un derecho de veto a una minoría con una participación en el capital social inferior al cinco (o al tres) por ciento. El

⁶⁴⁷ COSTAS COMESAÑA, J., ob. cit., p. 183.

⁶⁴⁸ V. *supra* la nota 638.

⁶⁴⁹ Así, correctamente, MODREGO, A.L., «El deber de abstención del socio en conflicto de intereses con la sociedad (análisis del art. 52 de la nueva Ley de SRL)», en *CDCCom*, núm. 19, 1996, p. 88 y BOQUERA, J., ob. cit., p. 1028, aunque ninguno de los dos da argumentos a favor de su postura.

⁶⁵⁰ COSTAS COMESAÑA, J., ob. cit., pp. 185 y 186.

establecimiento de este umbral mínimo responde a una cuidada ponderación de los intereses en juego por parte del legislador en la que se ha tenido en cuenta que, frente al riesgo de que una conducta lesiva del administrador quede sin sanción en beneficio exclusivo de este último, se alza el riesgo de que la sociedad se vea abocada a iniciar o a proseguir el ejercicio judicial de una acción de la que pueden derivarse más perjuicios que ventajas para el interés social, por la voluntad de una minoría a la que la Ley ni siquiera reconoce el derecho a demandar, en nombre propio, a los administradores. Y, aunque como veremos a continuación, existe un consenso bastante amplio a la hora de admitir que dicho umbral pueda ser disminuido, *ello requiere, en todo caso, que se acuerde la pertinente modificación estatutaria (infra IV.2).*

c) Llegamos, de esta forma, a la interpretación propuesta en último término: considerar el acuerdo de renuncia en el que participe el socio administrador inculcado como un supuesto de conflicto de interés de los que hemos denominado «genérico», que debe quedar sujeto al régimen contemplado en el inciso primero del artículo 190.3 de la Ley de Sociedades de Capital. Ésta es, a nuestro juicio, la opción preferible. El administrador no se verá privado del derecho de voto, pero si su participación resulta decisiva para acordar la renuncia, la minoría que no alcance la titularidad necesaria para oponerse al acuerdo podrá impugnarlo y habrá de ser la propia sociedad o el socio administrador quienes deberán probar la ausencia de perjuicio al interés social.

De este modo, se concilian todos los intereses en juego: el del administrador, a participar en la adopción de un acuerdo que, aunque presumiblemente lesivo, puede resultar conveniente para el interés social (*supra* II.2.2); y el de la minoría, a que la abdicación del derecho al resarcimiento del daño derivado de *mala gestio* se acuerde en beneficio de todos los socios y no sólo del socio administrador.

Por lo demás, esta interpretación es coherente con el régimen de transparencia al que se halla sometido el acuerdo de renuncia. Su adopción debe ir precedida de toda la información necesaria para que la decisión de la junta sea plenamente consciente. Por eso se exige que el acuerdo sea expreso (*supra* §8.II) y que se ponga de manifiesto la conveniencia de la renuncia para el interés social como instrumento de creación de valor para los socios (*supra* II.2.2). En esta misma línea, el socio administrador que hubiera determinado con su voto la aprobación de la renuncia deberá acreditar, en sede de impugnación, que ésta responde al mejor interés de la sociedad. Si no lo consigue, el tribunal deberá declarar la invalidez de la renuncia, que no habrá desplegado efecto alguno.

IV. EL DERECHO DE OPOSICIÓN DE LA MINORÍA

Al comienzo del apartado anterior, poníamos de manifiesto la escasa relevancia práctica que presentan los problemas ligados al quórum y a la mayoría necesarios para aprobar el acuerdo de renuncia, a la vista de que su adopción se halla sometida al requisito adicional de la ausencia de oposición por parte de aquellos socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, o el tres por ciento en las

sociedades cotizadas (arts. 238.2 y 495.2, letra «a», LSC). Ciertamente, la posibilidad de que los estatutos prevean un quórum constitutivo o deliberativo reforzado pierde gran parte de su utilidad si se tiene en cuenta que la minoría está legitimada para vetar su aprobación. Y lo mismo cabe decir acerca del tratamiento del conflicto de intereses que afecta al socio administrador frente al que se adopta el acuerdo, dado que la tutela de los socios ajenos al grupo de control se articula, principalmente, a través de esta facultad de oposición. De ahí la importancia de detenernos en el examen de su fundamento y naturaleza jurídica, a fin de comprender mejor el papel que el legislador ha asignado a la minoría en relación con la decisión de la sociedad de abdicar, de manera definitiva e irreversible, del derecho a obtener la reintegración del patrimonio social lesionado por la gestión negligente o desleal de sus administradores.

Concretamente, en este apartado, estudiaremos cómo se configura este poder de veto, determinando las consecuencias de su ejercicio sobre el acuerdo de renuncia (*infra* 1); abordaremos, después, la viabilidad de aquellas cláusulas estatutarias que pretendan alterar el porcentaje exigido por la Ley, incrementándolo o reduciéndolo (*infra* 2); y, por último, analizaremos la forma en la que debe manifestarse la oposición a la renuncia, determinando si ello presupone el ejercicio del derecho de voto (*infra* 3).

1. Naturaleza jurídica y consecuencias de su ejercicio

Como hemos podido comprobar a lo largo del presente estudio, el legislador contempla la renuncia al ejercicio de la acción social de responsabilidad como un momento de especial trascendencia en la vida de la sociedad. Consciente de que se trata de una decisión potencialmente lesiva para el interés social, que afecta con particular intensidad al equilibrio de poderes en el seno de la organización corporativa, la somete a un régimen específico, cuyo objetivo principal es garantizar que su adopción responda, exclusivamente, al interés común de los socios.

A tal objeto, despoja al órgano de administración de toda competencia decisoria en la materia, atribuyéndosela, con carácter exclusivo, a la junta general (*supra* §7.I.1). Asimismo, rodea al procedimiento deliberativo de una serie de cautelas tendentes a evitar que los socios participen en la votación de manera irreflexiva o desinformada, entre las que destacan: (i) la obligatoria constancia de la renuncia en el orden del día de la junta (*supra* §8.1); y (ii) la necesidad de que su aprobación se lleve a cabo de forma expresa. Esto último comporta, de un lado, la privación de efectos abdicativos a todos aquellos acuerdos de la junta que no tengan por objeto directo e inmediato la exoneración de responsabilidad de los administradores o que no se ajusten a la disciplina del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital (*supra* §8.II) y, de otro, la exigencia de que la renuncia se halle referida a unos hechos concretos, determinados o determinables (*supra* II.1), y de que se ponga de manifiesto la causa que ha motivado su adopción (*supra* II.2).

Con todo, la piedra angular de esta regulación es, sin duda, la atribución a una minoría cualificada de la posibilidad de frustrar la renuncia en contra del parecer mayoritario, mediante el ejercicio de un derecho de veto u oposición⁶⁵¹.

1.1. La ausencia de oposición de la minoría como requisito de integración de la «mayoría» necesaria para aprobar la renuncia

Nos encontramos ante una fórmula recurrente en Derecho comparado⁶⁵², que representa una excepción a los principios que rigen, con carácter general, la formación de la voluntad social en las sociedades de capital. Como es sabido, en este tipo de sociedades, son los socios de mayoría los que determinan esa voluntad, a la que quedan sometidos todos los demás, incluidos los disidentes y los que no tomaron parte en la votación (art. 159 LSC)⁶⁵³.

Con todo, este principio mayoritario cuenta con algunas excepciones. En determinados supuestos, el legislador considera excesivamente gravosa la sumisión de todos los socios al criterio de la mayoría y admite que el socio ausente o disidente pueda eludirla, concediéndole un derecho de separación o sometiendo la eficacia del acuerdo a su consentimiento. Lo primero sucede, por ejemplo, cuando se acuerda la sustitución o modificación sustancial del objeto social, la prórroga o reactivación de la sociedad y la creación, modificación o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias (art. 346.1 LSC); así como en los supuestos de alteración del régimen de transmisión de las participaciones sociales (art. 346.2 LSC), transformación de la sociedad y traslado del domicilio al extranjero (art. 346.3 LSC, en relación con los arts. 15 y 99 LME). Lo segundo tiene lugar cuando se aprueban modificaciones estatutarias que implican nuevas obligaciones para los socios (cfr., con carácter general, el art. 291 LSC y los arts. 89 y 296.2 LSC⁶⁵⁴) o que afectan a los derechos individuales de los

⁶⁵¹ Dice, en concreto, el artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital que la junta podrá renunciar o transigir al ejercicio de la acción social de responsabilidad «siempre que no se opusieren a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social».

⁶⁵² Ya hemos visto cómo el legislador alemán (§93, *Abs. 4 AktG*), el portugués (art. 74.2 *CSC*) y el italiano (art. 2393, párrafo sexto, *C.Civile*) contemplan este derecho de la minoría a oponerse a los acuerdos de renuncia al ejercicio de la acción social de responsabilidad (v. *supra* el capítulo primero para más referencias).

⁶⁵³ Siempre y cuando, claro está, la decisión mayoritaria respete la ley y los estatutos y no contraríe el interés social en beneficio de uno o varios socios o terceros (art. 204 LSC). El fundamento de este principio mayoritario no es, en efecto, el convencimiento de que la *major pars* sea siempre la *melior pars*. Se trata, más bien, de una exigencia de carácter práctico, que tiende a facilitar la adopción de los acuerdos sociales ante la dificultad de lograr siempre la unanimidad. Cfr., por todos, URÍA, R., en Garrigues-Uría, *Comentario*, vol. 1, p. 558.

⁶⁵⁴ El artículo 89 de la Ley de Sociedades de Capital regula la creación, modificación o extinción anticipada de realizar prestaciones accesorias, estableciendo la necesidad de que el acuerdo de la junta cuente con el consentimiento de los socios obligados a realizarlas. Por su parte, el artículo 296.2 de la Ley de Sociedades de Capital establece que los aumentos de capital mediante elevación del valor nominal de las acciones o participaciones, que no se lleven a cabo, íntegramente, con cargo a beneficios o reservas deberán contar con el consentimiento de todos los socios. Ambos han sido identificados como supuestos concretos de modificaciones estatutarias que entrañan nuevas obligaciones para los socios. Cfr., por

socios de una sociedad de responsabilidad limitada o a los derechos de los titulares de una clase de acciones (arts. 103, 292 y 293 LSC). En todas estas hipótesis, deja de ser cierto el principio mayoritario, en el sentido de que el parecer de los socios titulares de la mayor parte del capital social no se impone, sin más, a los ausentes o disidentes.

Ahora bien, ello no significa que la voluntad de la mayoría deje de conformar un acuerdo válido y adscribible a la sociedad. Esto es particularmente evidente en el caso de los acuerdos que dan lugar a un derecho de separación, pues es precisamente la existencia y validez del acuerdo de la junta lo que motiva el nacimiento de este derecho⁶⁵⁵. Pero ocurre lo mismo con los acuerdos que aprueban modificaciones estatutarias que impliquen nuevas obligaciones para los socios o que lesionen sus derechos individuales o los de los titulares de una clase de acciones. A la hora de analizar estos últimos, se suele afirmar que estamos ante actos complejos, en la medida en que la modificación estatutaria se halla integrada por dos elementos: por un lado, el acuerdo de la junta general, que será válido si cumple los requisitos establecidos por la Ley para la alteración de los estatutos (arts. 285 y ss. LSC); y, por otro, el consentimiento del socio afectado o de la mayoría de accionistas integrantes de la clase perjudicada, que actuaría como *condicio iuris* de eficacia del acuerdo de la junta⁶⁵⁶. Por consiguiente, en estos supuestos, sigue siendo el voto mayoritario el que determina la voluntad social, pero ésta resulta ineficaz frente a aquellos socios que no presten su

todos, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Nuevas obligaciones de los socios (Art. 291)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentarios*, ob. cit., vol. 2, p. 2141.

⁶⁵⁵ Cfr., por todos, EMPARANZA, A., «Causas legales de separación (Art. 346)», en Rojo/Beltrán, *Comentarios*, ob. cit., vol. 2, p. 2470. En sentido análogo, puede verse, JUSTE, J., *Los «derechos de minoría»*, ob. cit., p. 189, quien destaca que el derecho de separación no impide la perfección del acuerdo mayoritario.

⁶⁵⁶ Como es sabido, la naturaleza jurídica de este segundo acuerdo ha sido objeto de un vivo debate. Para un breve repaso a las distintas posiciones doctrinales en la materia pueden verse MIGNOLI, A., *Le assemblee speciali*, Milán [Giuffrè], 1960, pp. 277 y ss.; GARCÍA-LUENGO, R.B., *Régimen jurídico de las Juntas Especiales en la S.A.*, Salamanca [Universidad], 1980, pp. 56 a 59 y SAGASTI, J.J., *El régimen jurídico de las acciones sin voto en el Derecho español y comparado de sociedades y de valores*, Madrid [Civitas], 1997, pp. 529 a 532. Entienden que se trata de una condición de eficacia del acuerdo de la junta, entre otros, el propio MIGNOLI, A., ob. cit., p. 282 y 298 y ss.; FERRARA, F. y CORSI, F., *Gli imprenditori e le società*, 12ª ed., Milán [Giuffrè], 2001, p. 506.; CAMPOBASSO, G.F., *Diritto commerciale*, ob. cit., p. 211; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general*, ob. cit., p. 100; MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Nuevas obligaciones de los socios», ob. cit., p. 2151; ID., «La tutela individual de los derechos del socio en la sociedad de responsabilidad limitada (Art. 292)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentarios*, ob. cit., vol. 2, p. 2165 y MADINA, F., *La adopción de acuerdos en la sociedad anónima. Quórum de constitución y mayorías*, Madrid-Barcelona [Marcial Pons], 2004, pp. 168, 274 y 276. *Contra*, considerando que la modificación estatutaria que no cuente con el consentimiento de los socios afectados o con el acuerdo de la clase perjudicada es inválida y ha de ser, por tanto, impugnada, GALGANO, F., *Le società per azioni*, ob. cit., p. 161 y ASCARELLI, T., «L'interesse sociale dell'art. 2441 cod. civile. La teoria dei diritti individuali e il sistema dei vizi delle deliberazioni assembleari», *Riv. soc.*, 1956, p. 106 y nota 5. Por su parte, MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN, E., *Las acciones sin voto*, en Uría/Menéndez/Olivencia (Dirs.), *Comentario*, ob. cit., tomo 4, vol. 1, p. 466 y CAMPUZANO, A.B., *Las clases de acciones en la sociedad anónima*, Madrid [Civitas], 2000, p. 345 e ID., «Modificaciones estatutarias lesivas (Art. 103)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentarios*, ob. cit., vol. 1, p. 865, sostienen que la modificación estatutaria lesiva para una clase de acciones que no cuente con el acuerdo de la mayoría de los integrantes de la misma deberá considerarse nula por contravención a la ley.

consentimiento⁶⁵⁷. La aquiescencia de los socios afectados representa solamente un *límite externo* a los poderes de la junta, que encuentra su fundamento, ya sea en las reglas generales del Derecho de obligaciones que impiden que un sujeto pueda quedar vinculado sin su consentimiento más allá de los supuestos establecidos en la ley (art. 1089 CC), o en el carácter inderogable o indisponible del derecho que se pretende modificar o suprimir.

Pues bien, con anterioridad a la reforma de 2003, parte de la doctrina italiana entendió que la constatación de la falta oposición de la minoría debía contemplarse, igualmente, como una *condicio iuris*, de *eficacia* del acuerdo de renuncia *válidamente adoptado por la mayoría*⁶⁵⁸. A favor de esta tesis militaría, sobre todo, el propio tenor literal del entonces vigente párrafo cuarto del artículo 2393 del *Codice civile*, que decía, como dice ahora su párrafo sexto:

«*La società può rinunciare all'esercizio dell'azione di responsabilità e può transigere, purché la rinuncia e la transazione siano approvate con espressa deliberazione dell'assemblea, e purché non vi sia il voto contrario di una minoranza di soci che rappresenti almeno il quinto del capitale sociale*».

De este precepto se desprendería claramente que la Ley no hacía depender la renuncia del concurso de dos voluntades positivas, la de la sociedad y la de la minoría, sino del hecho de que la voluntad de la primera no encontrara la oposición de la segunda. En este sentido, su texto podría descomponerse en dos períodos: el primero de ellos —«*La società può rinunciare...*»— haría referencia a la adopción del acuerdo de renuncia, que quedaría en manos de la mayoría asamblearia; mientras que el segundo —«*purché non vi sia il voto contrario di una minoranza...*»— aludiría al momento de «ejecución» del acuerdo, que quedaría subordinado a la ausencia de oposición⁶⁵⁹. De esta forma, la decisión mayoritaria representaría, por sí sola, la voluntad social completa y válida de llevar a cabo la renuncia, en tanto que los socios minoritarios lo único que podrían hacer sería intervenir frente a esta voluntad, en un momento —

⁶⁵⁷ La cuestión más problemática se plantea, obviamente, respecto de aquellas modificaciones estatutarias que afectan a aspectos esenciales de la organización societaria, como pueden ser la transformación o la prórroga de la sociedad cuando implique la prórroga de realizar prestaciones accesorias, o la modificación estatutaria que tenga por objeto otorgar derechos privilegiados en materia de voto a uno o varios socios, ya que, en todos estos casos, la oposición de los afectados se convierten en un auténtico derecho de veto, que impide que la modificación despliegue efectos frente a ningún socio. Cfr., al respecto, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., ults. obs. cits. y ZANARONE, G., ob. cit., nota 126.

⁶⁵⁸ BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, ob. cit., pp. 200 y ss. Aunque es este autor quien desarrolla la tesis de la *condicio iuris*, lo cierto es que la misma había sido defendida antes por PELIZZI, G.I., «Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare», en *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 161 y por WEIGMANN, R., ob. cit., p. 212, aunque sin mayor profundización. Entre nosotros, también se ha hablado de la falta de oposición de la minoría como condición de eficacia del acuerdo de renuncia, aunque, por lo general, se ha hecho sin precisión terminológica (v. *infra* la nota 667).

⁶⁵⁹ BENAZZO, P., últ. ob. cit., p. 205. En defensa de esta interpretación, el autor cita a MENGONI, L., «Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea delle società per azioni», en *Riv. soc.*, 1956, p. 440, aunque, si hemos entendido bien, este último configura el derecho de veto de la minoría como elemento integrante de la mayoría necesaria para la aprobación del acuerdo —con los matices que indicamos, más abajo, en la nota 663— por lo que su opinión parece, más bien, contradecir la de Benazzo.

conceptualmente— posterior, ejercitando su derecho de veto y privando de efectos al acuerdo. El voto contrario de la minoría actuaría, pues, a modo de filtro, impidiendo la ejecución de aquellas iniciativas válidamente adoptadas por la mayoría que pudieran responder al intento de proteger a los administradores en fraude del interés social.

Esta interpretación tal vez pudiera considerarse coherente con el distinto papel que el legislador italiano de 1942 había otorgado a la mayoría y a la minoría en relación con la exigencia de responsabilidad al órgano de administración. Como se recordará (*supra* §1.III.1), la versión original del *Codice civile* reservaba a la asamblea la competencia exclusiva para ejercitar la acción social de responsabilidad, con la única excepción de la legitimación extraordinaria del *amministratore giudiziario* (art. 2409, párrafos tercero y cuarto, *C.Civile*). De ahí que, según la doctrina mayoritaria, la asamblea estuviese investida, igualmente, de la legitimación exclusiva para disponer del derecho de la sociedad a obtener la reparación del patrimonio dañado por la actuación de los administradores. La función asignada a los socios minoritarios estaría circunscrita a controlar *externamente* la conformidad de la decisión mayoritaria con el interés social, pero sin alterar el esquema de competencias diseñado por la Ley.

Pero lo cierto es que esta tesis no resulta compatible con el sistema diseñado por el legislador español, ni con el cuadro normativo que emerge de la reforma del Derecho de sociedades italiano de 2003. La introducción, en este último, de la legitimación extraordinaria de la minoría para el ejercicio de la acción social de responsabilidad (art. 2393-*bis*, *C.Civile*), prevista en el Ordenamiento español desde la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 (actual art. 239 LSC), ha alterado sustancialmente la función que los socios ajenos al grupo de control están llamados a desempeñar dentro el régimen legal de responsabilidad de los administradores. Es evidente que ambos Ordenamientos privan a la mayoría del poder de decisión absoluto en relación con la acción social de responsabilidad. La intención del legislador es que los administradores respondan si han ocasionado un daño a la sociedad, a no ser que la adecuada ponderación del interés común de los socios exija lo contrario. Y, para ello, atribuye a la minoría la competencia para reclamar los daños causados por *mala gestio* y «blinda» su decisión, impidiendo que la junta pueda renunciar o transigir sin contar con su consentimiento⁶⁶⁰. Ambos derechos constituye la faz y el envés de una misma facultad: son los socios minoritarios quienes deberán juzgar si la decisión de exonerar a los administradores se halla inspirada en el interés social y si se adopta con pleno conocimiento de causa. De no ser así, podrán actuar frente a ellos «en defensa del interés social» (art. 239 LSC).

De lo anterior se desprende que la ausencia de veto no puede configurarse como mera condición de eficacia de una renuncia válidamente acordada por la junta⁶⁶¹. Se

⁶⁶⁰ Como dice JUSTE, J., *Los «derechos de minoría»*, ob. cit., p. 414, la oposición es un «derecho de defensa», que permite a los socios minoritarios evitar que se apruebe una actuación presumiblemente lesiva para el interés social. En el mismo sentido, POLO, E., «Abuso o tiranía», ob. cit., pp. 2283 y 2284.

⁶⁶¹ Para DELL'ATTI, G., *La rinunzia*, ob. cit., p. 269, la ausencia de oposición «*afferisce in maniera naturale ad un momento, quello dell'espressione del voto, tecnicamente interno al procedimento deliberativo, con la conseguenza che, anche sotto l'aspetto logico, deve escludersi che possa configurare una condicio iuris, evento che si presenta comunque come successivo rispetto all'assunzione della*

trata, antes bien, de un *requisito que integra la mayoría necesaria para adoptar el acuerdo*. Al imponer esta exigencia, el legislador no se ha limitado a establecer un límite externo a la voluntad de la junta, sino que ha ido más allá, definiendo el «sujeto» competente para disponer del interés tutelado por la acción social de responsabilidad⁶⁶². En otras palabras, el derecho de veto actúa como una suerte de quórum deliberativo negativo, que, en la práctica, se traduce en el sometimiento de la aprobación del acuerdo de renuncia a una «*mayoría cualificada*», formada por la mayoría —ordinaria o reforzada— exigida por la Ley o por los estatutos, sin la oposición de aquellos socios que sean titulares de, al menos, el cinco (o el tres) por ciento del capital social.

En este sentido, es posible afirmar que el artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital supone una derogación del principio mayoritario, en la medida en que la voluntad social deja de identificarse únicamente con la de la mayoría, y se hace depender, en igual medida, del parecer minoritario. Bien mirada, la situación es bastante similar a la del establecimiento de un quórum deliberativo o constitutivo reforzado, dado que *la oposición de la minoría cualificada impedirá que llegue a formarse el acuerdo*⁶⁶³. Acreditada su concurrencia, el presidente de la junta deberá declarar rechazada la propuesta de renuncia manteniéndose, por consiguiente, el *statu quo* anterior a la votación⁶⁶⁴. La propuesta de renuncia que encuentre la oposición de la minoría constituye, en definitiva, un «acuerdo negativo» o un «no acuerdo».

Por eso, se equivocan también quienes sostienen que la ausencia de oposición es un requisito de «validez» de la renuncia⁶⁶⁵. En realidad, la falta de acuerdo derivada del veto de la minoría no adolece, por ese sólo hecho, de ningún vicio⁶⁶⁶. Lo que sucede es,

deliberazione stessa». No obstante, como veremos más abajo en el texto, este autor se equivoca al entender la falta de oposición de la minoría como condición de validez del acuerdo.

⁶⁶² TINA, A., *L'esonero da responsabilità*, ob. cit., p. 290. En idéntico sentido, y criticando la tesis de la ineficacia, puede verse PICCIAU, A., primero en «*Sub art. 129*», ob. cit., nota 150, en pp. 1034 y 1035, y, después, en «*Sub artts. 2393-2393-bis; 2394-bis*», ob. cit., p. 593 y nota 54.

⁶⁶³ Según MENGONI, L., ob. cit., p. 440, cuando se establece una mayoría reforzada, no se produce, en puridad, una derogación del principio mayoritario, por cuanto se trata, simplemente, de dificultar la reunión de la mayoría necesaria. Sin embargo, sabemos que el derecho de veto del que goza la minoría en el acuerdo de renuncia no equivale al establecimiento de un quórum deliberativo superior al noventa y cinco por ciento. De ahí que este caso sí implique una excepción al principio mayoritario, tal y como indicamos en el texto.

⁶⁶⁴ Advierte correctamente MADINA, F., ob. cit., p. 278, que la ausencia de oposición es «un ulterior presupuesto, de carácter negativo, para la formación de la voluntad social en sentido favorable a la renuncia o transacción», por lo que, de concurrir esta circunstancia, deberá entenderse «que la decisión es contraria a la propuesta». Cfr., en el mismo sentido, MARTÍNEZ MACHUCA, P., ob. cit., p. 1164.

⁶⁶⁵ Ésta es la tesis mantenida, en Italia, por DELL'ATTI, G., *La rinunzia*, ob. cit., pp. 256 a 269. En España, hablan de nulidad «por oposición a la ley», SUÁREZ-LLANOS, L., ob. cit., p. 961 y JUSTE, J., *Los «derechos de minoría»*, ob. cit., pp. 445 y 446, quien afirma que, en caso de que la minoría ejercite el derecho de veto, «será necesaria la impugnación del acuerdo en el plazo correspondiente, si no se pretende que éste sea inatacable, y la renuncia o transacción eficaces». Para una crítica a esta postura, v. *infra* en el texto.

⁶⁶⁶ Como señala ROJO, A., «Acuerdos impugnables (Art. 204)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentarios*, ob. cit., vol. 1, pp. 1438 a 1440, la regla general es que estos «acuerdos negativos» o «no acuerdos» no puedan ser impugnados, dado que, si no ha habido acuerdo, no es posible la impugnación. Por excepción a esta regla, podrá ejercitarse una acción «para que se declare nulo el voto determinante negativo emitido

sencillamente, que la renuncia no habrá tenido lugar y, por lo tanto, el derecho a la indemnización de los daños derivados de *mala gestio* permanecerá en el patrimonio social y podrá ser ejercitado por la sociedad o por cualquiera de los legitimados extraordinarios, sin necesidad de que el «no acuerdo» deba impugnarse⁶⁶⁷. De hecho, la tesis que aboga por la invalidez termina gravando doblemente a la minoría, que no sólo debería manifestar su oposición a la renuncia, sino que se vería obligada, igualmente, a impugnar el acuerdo vetado para evitar que éste adquiriese eficacia definitiva⁶⁶⁸.

Lo dicho nos permite aclarar el error en el que incurre DELL'ATTI al interpretar que la presencia del veto minoritario llevaría aparejada la *anulabilidad* del acuerdo de renuncia *ex* artículo 2377, párrafo quinto, núm. 2, del *Codice Civile*⁶⁶⁹. Este precepto —equivalente al artículo 204.3, letra «d», de la Ley de Sociedades de Capital— considera meramente anulables algunos acuerdos que, con anterioridad a la reforma de 2003, hubieran sido calificados como «inexistentes»⁶⁷⁰. En concreto, establece como causas de anulabilidad, y no de inexistencia, la

por quien no podía o debía hacerlo o para que se declare nula la decisión de privación ilegítima del derecho de voto a un socio que, de haber participado en la votación, hubiera posibilitado la adopción del acuerdo siempre que pueda acreditarse que, de haber votado, lo habría hecho a favor de la propuesta, y no en contra». Sobre estas cuestiones, en Derecho italiano, cfr. CENTONZE, M., «Qualificazione e disciplina del rigetto della proposta (cd. “delibera negativa”)», en *Riv. soc.*, 2007, pp. 414 a 481.

⁶⁶⁷ No habrá, por tanto, mayor inconveniente en decir que el acuerdo es «inválido» o «ineficaz», siempre y cuando se tenga presente que ambos términos se usan aquí en un sentido amplio, para hacer referencia a la total ausencia de efectos abdicativos. De hecho, es con este significado con el que la doctrina española parece emplearlos en la mayor parte de las ocasiones, al afirmar, por ejemplo, que «[l]a consecuencia de la oposición de la minoría que represente el 5 por ciento del capital al acuerdo de transigir o renunciar el ejercicio de la acción de responsabilidad frente a los administradores es la de *privarle de todo efecto*» (DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *ob. cit.*, p. 311); que la ley «permite a las minorías limitar el poder de la mayoría impidiéndose tomar un *acuerdo válido* contra la oposición de socios que representen un determinado porcentaje del capital social» (URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J.M., *La junta general*, *ob. cit.*, p. 30); que «el efecto fundamental que produce la oposición de la minoría al acuerdo de transigir o renunciar es, precisa y paradójicamente, el de *privarle de todo efecto*»; o que «[l]a Ley no permite que la Junta de accionistas pueda *acordar válidamente* la transacción o la renuncia al ejercicio de la acción de responsabilidad cuando en la votación se opongan a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social» (CALBACHO, F., *ob. cit.*, p. 216). En idéntico sentido, habla de «invalidez», SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores*, *ob. cit.*, p. 380.

⁶⁶⁸ Pone de manifiesto esta consecuencia BENAZZO, P., *últ. ob. cit.*, p. 202.

⁶⁶⁹ DELL'ATTI, G., *La rinunzia*, *ob. cit.*, pp. 264 y ss.

⁶⁷⁰ Como es sabido, la «inexistencia» es una categoría alega, elaborada por la doctrina y la jurisprudencia italianas ante la insuficiencia del régimen de invalidez de los acuerdos de la asamblea previo a la reforma de 2003 para sancionar las desviaciones más graves del procedimiento asambleario respecto de la ley o los estatutos. En efecto, bajo el régimen anterior a la citada reforma, cualquier vicio en la formación de la voluntad social que no pudiera reconducirse a la ilicitud o imposibilidad del objeto —únicos supuestos sancionados con la nulidad radical *ex* art. 2379 *C.Civile*— daba lugar a la mera anulabilidad del acuerdo (cfr. *ant. arg. 2377 C.Civile*). Consecuencia de lo anterior era que los acuerdos aquejados de vicios tan relevantes como la falta de convocatoria de la asamblea o la falsificación del acta quedaban sometidos a la disciplina de la anulabilidad, con lo que eran susceptibles de desplegar efectos interinos, que podían llegar a ser definitivos si el acuerdo no era impugnado en el plazo de tres meses. Además, su impugnación estaba reservada a un grupo reducido de sujetos legitimados (*ant. art. 2377, párrafo segundo, C.Civile*). Para evitar el evidente perjuicio que la aplicación estricta de esta disciplina ocasionaba a las minorías, doctrina y jurisprudencia llegaron a la conclusión de que, en todos estos supuestos, el acuerdo debía considerarse «inexistente» y sujetarse al régimen, más severo, de la nulidad radical. No obstante, ante el recurso abusivo a esta categoría por parte de la jurisprudencia, la reforma de 2003 ha querido acabar con la misma, sancionando expresamente con la nulidad la falta de convocatoria de la asamblea o de redacción del acta (art. 2379, párrafo primero, *C.Civile*) y sometiendo el resto de vicios al régimen de la anulabilidad (art. 2377 *C.Civile*) (cfr., al respecto, la *Relazione* al d. lgs. 6/2003, publicada en *Riv. soc.*,

invalidez de los votos o el error en el cómputo de los mismos cuando hubieran sido decisivos para alcanzar la mayoría. Esto lleva al citado autor a concluir que, tras la reforma, el hecho de que un determinado acuerdo no haya alcanzado la mayoría requerida por la ley o por los estatutos debe considerarse un vicio sancionado con la anulabilidad. Por el mismo motivo, el veto de los socios minoritarios, al impedir que se forme la «mayoría» legalmente establecida para adoptar la renuncia, no comprometería la existencia del acuerdo, pero sí conllevaría su anulabilidad, en aplicación del artículo 2377 del *Codice civile*⁶⁷¹. Adviértase, sin embargo, el equívoco implícito en este razonamiento: cuando una determinada propuesta no alcanza el respaldo de la mayoría, lo que se produce no es más que uno de los posibles resultados del procedimiento asambleario, a saber, el rechazo de la propuesta o, como hemos dicho, un «acuerdo negativo». El vicio que el artículo 2377 del *Codice civile* sanciona ahora con la anulabilidad —y que, anteriormente, hubiera dado lugar a la inexistencia del acuerdo— no es, pues, la falta de quórum deliberativo, sino la falsa apariencia que se genera cuando en el acta de la junta se declara aprobado acuerdo que, en realidad, no ha alcanzado ese quórum. En este sentido es posible distinguir tres hipótesis. (i) La propuesta de renuncia presentada a la junta obtiene el apoyo de la mayoría sin oposición de la minoría y esta circunstancia queda adecuadamente reflejada en el acta: se trata de un acuerdo de renuncia existente y válido, que desplegará todos sus efectos. (ii) La propuesta de renuncia no logra alcanzar el quórum deliberativo establecido en la ley o en los estatutos o bien la minoría ejerce su derecho de veto, y ello se traslada correctamente al acta: nos encontraremos con un acuerdo contrario a la propuesta de renuncia —o un «no acuerdo»— del que no se derivará efecto abdicativo alguno, sin necesidad de que sea impugnado. (iii) La propuesta de renuncia no recibe el voto favorable de la mayoría o resulta vetada por la minoría, pero el acta declara aprobado el acuerdo: esta última hipótesis nos sitúa ante un acuerdo de renuncia existente, pero anulable *ex* artículo 2377 del *Codice civile*, que deberá impugnarse en el plazo de tres meses, so pena de que sus efectos devengan irreversibles⁶⁷². Como puede comprobarse, la solución propuesta por DELL'ATTI llevaría a la conclusión absurda de que aquellas decisiones legítimas de la junta que impliquen

2003, pp. 112 y ss., en especial, la p. 124). La doctrina jurisprudencial acerca de la inexistencia quedó fijada, entre otras, en las siguientes resoluciones: *Cass.*, de 14 de enero de 1993, núm. 403, en *Società*, núm. 4, 1993, p. 484, con nota de AMBROSINI, R.; *Cass.*, de 4 de diciembre de 1990, núm. 11601, en *Giur. it.*, 1991, I, p. 1408. Entre los autores italianos que han tratado el tema, pueden verse, con anterioridad a la reforma, BUTTARO, L., *ob. cit.*, pp. 212 a 255; FERRI, G. «Sulle deliberazioni cosiddette inesistenti», en *Riv. dir. comm.*, 1967, I, pp. 391 a 406; el amplio estudio de GRIPPO, G., «Deliberazioni inesistenti e metodo assembleare», en *Riv. soc.*, 1971, pp. 874 a 988; y, más recientemente, ZANARONE, G., *ob. cit.*, pp. 187 a 218. Con posterioridad, cfr. CIAN, M., «Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci nel nuovo diritto societario», en *Riv. soc.*, 2004, pp. 759 a 794; STAGNO D'ALCONTRES, A., *ob. cit.*, pp. 199 a 205 y CENTONZE, M., *L'«inesistenza» delle delibere assembleari di s.p.a.*, Turín [Giappichelli], 2008. En España, aun cuando haya quien ha identificado determinados supuestos de inexistencia contrapuestos a los de nulidad, se ha afirmado comúnmente que la sanción aplicable a los mismos sería la nulidad caducable (art. 205.1 LSC, en su redacción anterior a la reforma de 2014) (cfr., por todos, BUSTILLO, M.M., *La subsanación de acuerdos sociales por la junta general de la sociedad anónima*, Navarra [Aranzadi], 1999, p. 370. *Contra*, ROJO, A., *últ. ob. cit.*, p. 1432, para quien el acuerdo inexistente nunca desplegará efectos, sin que sea necesario impugnarlo). Con todo, habrá que esperar a la interpretación que se haga del artículo 205 de la Ley de Sociedades de Capital en su nueva redacción tras la Ley 31/2014, ya que parece dar cobijo a los acuerdos «inexistentes», al sujetar a una acción de impugnación imprescriptible a aquellos acuerdos «que por sus *circunstancias*, causa o contenido resultaren contrarios al orden público». En esta dirección apunta, precisamente, uno de los primeros comentaristas de la norma, cfr. PERDICES, A., «Retorno a la impugnación», *ob. cit.*, p. 131.

⁶⁷¹ DELL'ATTI, G., *últ. ob. cit.*, p. 265.

⁶⁷² La distinción entre aquellos supuestos en los que el acta refleja correctamente la falta de quórum deliberativo —hipótesis «fisiológica» de rechazo de la propuesta— y aquellos otros en los que el acta afirma erróneamente que se ha alcanzado un quórum deliberativo que, en realidad, no se ha logrado alcanzar —hipótesis «patológica» de anulabilidad del acuerdo— es analizada, en profundidad, por CENTONZE, M., *L'«inesistenza»*, *ob. cit.*, 87 a 96 (v. espec. p. 93).

la no aprobación de la renuncia por haberse opuesto la minoría son, estructuralmente y por ese sólo hecho, anulables y, en consecuencia, deben ser impugnadas⁶⁷³.

1.2. Consecuencias de la oposición. La propuesta frustrada de renuncia debe considerarse un «acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad»

Como ha quedado dicho, la oposición de los socios minoritarios impide que se forme la «mayoría» legalmente exigida para la adopción del acuerdo de renuncia, con lo que, de concurrir, la propuesta se habrá visto rechazada. Ahora bien, entre los autores españoles, es bastante común afirmar que este rechazo llevará aparejadas distintas consecuencias, en función de que (a) la acción ya hubiera sido entablada judicialmente, (b) se hubiera acordado expresamente el ejercicio de la acción, pero la demanda no se hubiese presentado aún, o (c) ni siquiera se hubiese llegado a adoptar un acuerdo expreso favorable al ejercicio de la acción. En el primer supuesto, el fracasado intento de renuncia impediría a la sociedad abdicar de la acción entablada, con lo que aquélla quedaría obligada a continuar el proceso⁶⁷⁴. En el segundo, el ejercicio del derecho de veto no haría sino confirmar el deber de los administradores de entablar la acción previamente acordada, de forma que, transcurrido un mes desde que se adoptara el acuerdo favorable al ejercicio de la acción, la minoría estaría legitimada para actuar en vía subsidiaria⁶⁷⁵. Por último, si la propuesta de renuncia se hubiera votado infructuosamente antes de haberse acordado siquiera el ejercicio de la acción — posibilidad que hemos considerado plenamente admisible (*supra* §4.II)— la sociedad debería adoptar un nuevo acuerdo, favorable o desfavorable al ejercicio de la acción, a propuesta de cualquiera de los socios interesados⁶⁷⁶.

Se llega, así, a la conclusión de que la oposición a la renuncia no habilita a los socios minoritarios a ejercitar directamente la acción social, sino que, todo lo más,

⁶⁷³ *Ibidem*, p. 87.

⁶⁷⁴ CALBACHO, F., ob. cit., pp. 229 y 230 y JUSTE, J., *Los «derechos de minoría»*, ob. cit., p. 446.

⁶⁷⁵ Cfr., nuevamente, CALBACHO, F., ob. cit., p. 229 y JUSTE, J., *últ. ob. cit.*, p. 447. Este último (nota 98) pone de manifiesto que, en realidad, cuando se celebre la junta en la que se debatiese la renuncia a la acción social de responsabilidad ya habría terminado, o estaría a punto de terminar, el plazo de un mes desde que se acordó el ejercicio de la acción, ya que el artículo 97 de Ley de Sociedades Anónimas de 1989 exigía que mediase un plazo de quince días entre el anuncio de la convocatoria y la celebración de la junta. Como se sabe, este último plazo fue ampliado, posteriormente, a un mes por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre (BOE, núm. 273, de 15 de noviembre); plazo que es el que establece hoy día el artículo 176 de la Ley de Sociedades de Capital para las sociedades anónimas no cotizadas. Por tanto, en relación con este tipo de sociedades, cuando el intento de renuncia tenga lugar una vez adoptado el acuerdo favorable al ejercicio de la acción, ya habrá pasado el plazo para que los socios minoritarios puedan actuar en vía subsidiaria. Por el contrario, en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada y de las sociedades anónimas cotizadas que ofrezcan a los accionistas la posibilidad efectiva de votar por medios electrónicos, en las que el plazo de convocatoria sigue siendo de quince días, los minoritarios deberían esperar otros quince días desde que se intentó la renuncia para poder ejercitar la acción. Para una crítica a esta interpretación, véase más abajo en el texto.

⁶⁷⁶ CALBACHO, F., *loc. ult. cit.*

obliga a la sociedad a continuar el proceso iniciado o a entablar la acción en caso de que ya se hubiera acordado su ejercicio⁶⁷⁷.

No obstante, esta interpretación aqueja un exceso de formalismo y genera una *grave disfunción* en perjuicio de los socios ajenos al grupo de control. En efecto, si éstos no puede actuar directamente contra los administradores pese a haber vetado la tentativa de renuncia, debería ser la propia sociedad la que inicie o prosiga un litigio en el que la mayoría —que, en el peor de los casos, será del noventa y cinco (o del noventa y siete) por ciento del capital social— ha demostrado no tener el más mínimo interés. La minoría quedaría, de este modo, a expensas del resultado de un proceso que no puede iniciar y en el que sólo puede intervenir como «coadyuvante» y cuya conducción por parte de la sociedad puede no ser todo lo diligente que debiera⁶⁷⁸.

A nuestro modo de ver, el hecho de que la minoría se oponga a la propuesta mayoritaria de renuncia pone siempre de manifiesto *el desacuerdo irreconciliable entre aquélla y el grupo de control en torno a la conveniencia de exigir responsabilidades a los administradores*. Bien mirado, y aunque se trate de casos distintos, estamos ante un conflicto muy similar al que se plantea cuando la junta acuerda no entablar la acción social, pues, al fin y al cabo, el voto de la mayoría a favor de la renuncia no hace sino evidenciar su desinterés por iniciar o continuar el ejercicio de una acción que la minoría considera esencial para la realización del interés común.

Esta identidad sustancial entre ambas hipótesis justifica que una y otra reciban un tratamiento unitario; lo cual implica, en definitiva, equiparar el intento frustrado de renuncia a un «acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad», a los efectos de considerar legitimada a la minoría para el ejercicio de la acción social (art. 239 LSC). Como quedó expuesto en su momento, ésta es una categoría que debe ser interpretada en un sentido amplio, como una suerte de cláusula residual, en la que tenga cabida toda decisión o actuación de la mayoría que, sin cristalizar en un acuerdo formal de renuncia, revele una intención contraria al ejercicio de la acción que justifique la atribución de legitimación a la minoría (*supra* §6.I.2). Y esto es, precisamente, lo que sucede en el caso que ahora analizamos. De ahí que a la oposición de los socios minoritarios deba atribuírsele, como efecto principal, la habilitación de estos últimos para ejercitar la acción social de responsabilidad⁶⁷⁹.

⁶⁷⁷ Así, ARROYO, I. y BOET, E., ob. cit., p. 1561 y JUSTE, J., *Los «derechos de minoría»*, ob. cit., p. 447. Según este último autor, si el intento de renuncia tuviese lugar en el mismo acuerdo en el que se plantea el ejercicio de la acción social, «la oposición excluye cualquier otra decisión distinta del acuerdo positivo sobre el ejercicio de la acción», con lo que el derecho de veto no actuaría sólo como oposición, sino como un auténtico poder de decisión. Transcurrido un mes desde el intento de renuncia, los socios minoritarios estarían legitimados para interponer la acción. V., todavía, *infra* en el texto.

⁶⁷⁸ Advierten esta contradicción CASTRESANA, L., ob. cit., p. 684; CALBACHO, F., ob. cit., p. 230 y DÍAZ-ECHEGARAY, J.L., ob. cit., p. 316.

⁶⁷⁹ Parece acoger, también, esta interpretación CALBACHO, F., ob. cit., p. 230, cuando señala que lo que sucederá, en la práctica, es que, en estos casos, el protagonismo de continuar con el ejercicio de la acción recaerá en los accionistas, en virtud de la legitimación extraordinaria que les reconoce la Ley.

Con todo, esta atribución de legitimación a la minoría tendrá, efectivamente, distintas consecuencias en función de cuál sea la situación en la que se haya planteado la renuncia:

a) Si la minoría veta la propuesta una vez iniciado el proceso, el juez deberá inadmitir el escrito de renuncia (art. 20 LEC). En consecuencia, la sociedad estará obligada a continuar con el litigio, aunque nada le impedirá desistir, mediante un nuevo acuerdo de junta que, como ya sabemos, no estará sometido al régimen del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital (*supra* §4.II)⁶⁸⁰. Por su parte, los socios minoritarios que se hubieran personado en la causa en calidad de «coadyuvantes» —lo cual, hemos considerado plenamente admisible *ex* artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (nuevamente *supra* §4.II)— podrán solicitar que se les tenga por parte demandante a todos los efectos⁶⁸¹; mientras que aquéllos que hubieran permanecido ajenos al juicio, podrán intervenir en el mismo, pero ya no en condición de «coadyuvantes», sino como auténticos codemandantes (art. 13 LEC)⁶⁸².

b) En caso de que la sociedad hubiera acordado el ejercicio de la acción, pero la demanda no se hubiera presentado aún, la oposición a la propuesta de renuncia permitirá a la minoría interponer la acción social de responsabilidad directamente y sin necesidad de esperar a que transcurra el plazo de un mes establecido en el artículo 239.1 I de la Ley de Sociedades de Capital para los supuestos de negligencia⁶⁸³.

c) Por último, si la propuesta de renuncia resulta frustrada antes de que se hubiera adoptado un acuerdo expreso favorable a la exigencia de responsabilidad, la minoría que formula la oposición no estará obligada a convocar la junta para que ésta pueda decidir si ejercita o no la acción, sino que podrá entablarla directamente⁶⁸⁴. Para acreditar su legitimación, a los socios minoritarios les bastará con presentar ante el juez

⁶⁸⁰ Todo ello sin perjuicio de que la sociedad pueda desistir de su acción. Si no lo hace, y decide seguir adelante con el proceso, los administradores que se encarguen de su conducción responderán si su actuación negligente o dolosa ocasiona un daño a la sociedad (art. 236 LSC).

⁶⁸¹ Como se recordará, la ya citada STS, de 30 de noviembre de 2000, adoptó una solución similar a la hora de interpretar el desistimiento de la sociedad como un acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad. Según esta resolución, el sentido del artículo 239.2 de la Ley de Sociedades de Capital no es otro que conferir a los socios «la titularidad legitimadora necesaria en defensa tanto de sus propios derechos como de los societarios generales, sin que de esta manera los supuestos que el precepto establece deban tenerse totalmente cerrados y agotados».

⁶⁸² La figura que ampara esta irrupción de la minoría en el proceso no será, por tanto, la «intervención adhesiva simple», sino la «intervención litisconsorcial», que no suspende el curso del procedimiento y cuya admisión deberá resolverse por el tribunal mediante auto, en el plazo común de diez días y previa audiencia de las partes personadas (art. 13.2 LEC). Cfr. ORTELLS, M., *Derecho procesal civil*, ob. cit., pp. 182 a 185.

⁶⁸³ V., no obstante, *supra* la nota 675.

⁶⁸⁴ En puridad, la sociedad ni siquiera podría adoptar un acuerdo contrario al ejercicio de la acción social de responsabilidad tras haber intentado infructuosamente la renuncia, ya que ésta lleva implícito el reconocimiento de la *mala gestio* por parte de los administradores. Además, el voto de la mayoría a favor de la renuncia puede haber generado una confianza en los administradores, que podría llegar a impedir la posterior adopción de un acuerdo de exigencia de responsabilidad en aplicación de la prohibición de *venire contra factum proprium*. Destaca esta última consecuencia, TINA, A., *L'esonero da responsabilità*, ob. cit., p. 282, nota 150.

el acta de la junta en el que conste expresamente su oposición a la renuncia y el voto de la mayoría a favor de la misma.

2. Derecho de oposición y autonomía estatutaria

La atribución del derecho de oposición a una minoría cualificada responde a una concreta *decisión de política legislativa* que tiende a conciliar dos intereses contrapuestos: de un lado, el de los socios ajenos al grupo de control a que la exoneración de los administradores no se realice de forma irreflexiva o fraudulenta; y, de otro, el de la propia sociedad a no verse abocada a emprender o a sostener iniciativas procesales que puedan resultar excesivamente onerosas en términos económicos o reputacionales. Este conflicto es, en esencia, el mismo que se plantea a la hora de reconocer la legitimación extraordinaria de la minoría para el ejercicio de la acción social y el mismo que justifica, en definitiva, la configuración de ciertos poderes de defensa y control como «derechos de minoría»⁶⁸⁵. Cuando el legislador hace depender la legitimación para el ejercicio de determinados derechos, facultades o acciones —que *a priori* podría haber atribuido al socio de forma individual— de la titularidad de un número mínimo de acciones o participaciones, lo que trata es de garantizar que la protección de los socios minoritarios no comprometan la estabilidad y el correcto funcionamiento de la sociedad⁶⁸⁶. En este sentido, no es difícil advertir cómo el reconocimiento de una legitimación *ut singuli* para el ejercicio de la acción social —al estilo de la *derivative action* propia de los sistemas anglosajones— podría incrementar notablemente el riesgo de que se interpusieran demandas abusivas; de igual manera que la concesión de un derecho individual de bloqueo podría impedir que se alcanzasen acuerdos de renuncia o transacción beneficiosos para la sociedad.

De hecho, aquellos Ordenamientos que reconocen la legitimación individual para entablar la acción social de responsabilidad suelen prever, al mismo tiempo, una serie de medidas que tratan de minimizar este riesgo de abuso y paralización de la sociedad. Así, en Derecho estadounidense, el socio demandante debe probar que lo era en el momento en el que se produjo el daño a la sociedad o que, al menos, lo era su causahabiente («*Contemporaneous Ownership Rule*») (§ 7.41 *MBCA* y *Rule 23.1 FRCP*) y está obligado, asimismo, a requerir al órgano de administración, para que sea éste el que entable la acción o adopte, en su defecto, cualquier otra

⁶⁸⁵ Además del derecho a ejercitar la acción social de responsabilidad (art. 239 LSC) y a oponerse a su renuncia o transacción (art. 238.2 LSC), los socios minoritarios cuentan con el derecho a solicitar el nombramiento de un experto independiente para la valoración de las aportaciones no dinerarias (art. 69 LSC), a solicitar la convocatoria de la junta (art. 168 LSC) y a incluir un complemento en el orden del día (art. 172 LSC), a impugnar los acuerdos del consejo de administración (art. 251 LSC) y a nombrar auditores en determinadas circunstancias (art. 265 LSC).

⁶⁸⁶ Es una cuestión hoy en día pacífica que los «derechos de minoría» no son derechos especiales, sino que participan de la misma naturaleza que los «derechos individuales» en sentido estricto. Ambos derivan de la condición de socio (son, pues, *Mitgliedschaftsrechte*), con la única diferencia de que el ejercicio de los primeros se halla sometido a un requisito adicional como es la reunión de un determinado porcentaje del capital social. Cfr., por todos, CERRAI, A. y MAZZONI, A., «La tutela del socio e delle minoranze», en *Riv. soc.*, 1993, pp. 54 y 55 y JUSTE, J., *Los «derechos de minoría»*, ob. cit., p. 97.

medida que estime oportuna («*Demand on Directors*») (§ 7.42 *MBCA* y *Rule 23.1 FRCP*)⁶⁸⁷. Por su parte, la *Companies Act* inglesa de 2006 impide al socio proseguir el litigio si el tribunal considera que la acción no se ha ejercitado en el mejor interés de la sociedad (cfr. *Section 261*)⁶⁸⁸. Por último, el reformado Derecho italiano de sociedades de responsabilidad limitada, que permite igualmente el ejercicio individual de la acción social (art. 2476, párrafo tercero, *C.Civile*), establece dos reglas tendentes a conjurar el peligro de un empleo abusivo: en primer lugar, el derecho de oposición a una eventual renuncia o transacción acordada por la mayoría se atribuye a aquellos socios que ostenten, al menos, el diez por ciento del capital social, lo que hace que, en la práctica, sólo puedan ejercitar exitosamente la acción aquellos socios que alcancen esta cuota más elevada⁶⁸⁹; y, en segundo lugar, se impone al socio actuante la obligación de adelantar las costas procesales (art. 2476, párrafo cuarto, *C.Civile*)⁶⁹⁰.

El principal problema que plantea la configuración legal de estos «derechos de minoría» en el Ordenamiento español es que el umbral mínimo al que se condiciona su ejercicio se ha venido estableciendo, tradicionalmente, en un *porcentaje fijo* sobre el capital social, *aplicable por igual a todas las sociedades*. En efecto, hasta la reciente reforma de 2014, la legitimación extraordinaria para ejercitar la acción social de responsabilidad y el correlativo derecho a impedir su renuncia o transacción se han supeditado a la titularidad de una participación igual o superior al cinco por ciento del capital, tanto en las sociedades anónimas, cotizadas o no, como en las sociedades de responsabilidad limitada⁶⁹¹. Ello ha dado lugar a un fenómeno de *desnaturalización* de este instituto, ampliamente analizado por la doctrina, que quizá sea más evidente en las grandes sociedades cotizadas con capital muy disperso, pero que afecta, de igual modo, a las sociedades cerradas de pocos socios.

⁶⁸⁷ Téngase en cuenta que, en el sistema estadounidense es el consejo de administración y no la junta el órgano competente para el ejercicio de la acción social de responsabilidad. Sobre estos requisitos, puede verse, con carácter general, CLARK, R., *Corporate Law*, Aspen [Aspen Law and Business], 1986, pp. 640 a 651 y FISCHER, D.R., «The Demand and Standing Requirements in Stockholder Derivative Actions», en *U. Chi. L. Rev.*, núm. 44, 1976, pp. 168 a 204. En algunos Estados, como Arizona (*Rule 23.1 Ariz.RCP*) o Minnesota (*Rule 23.09 Minn.RCP*), se añade un tercer requisito —contemplado también en la *Rule 23.1 FRCP*— que consiste en el previo requerimiento a la junta («*Demand on Shareholders*»).

⁶⁸⁸ DAVIES, P.L., ob. cit., pp. 614 y 615.

⁶⁸⁹ Cfr., en este sentido, RESCIGNO, M., «Soci e responsabilità nella nuova s.r.l.», en *Analisi giuridica dell'economia*, núm. 2, 2003, p. 309 y ANGELILLIS, A. y SANDRELLI, G., «Sub art. 2476», en Bianchi (a cura di), *Società a responsabilità limitata (Artt. 2462-2483, c.c.)*, en Marchetti (et al.) (Dirs.), *Commentario*, ob. cit., p. 725. Con ello, se establece un sistema muy similar al del Proyecto de reforma del *Codice di commercio* de 1922 (art. 153) (v. *supra* §1.I.3).

⁶⁹⁰ ANGELILLIS, A. y SANDRELLI, G., últ. ob. cit., p. 740, nota 277.

⁶⁹¹ Como vimos en el capítulo primero, la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 fijó esta cuota en el diez por ciento del capital social (art. 80 III). Señalaba entonces GARRIGUES, J., en Garrigues-Uría, *Comentario*, ob. cit., vol. 2, p. 183, que la intención del legislador era «evitar que la acción de responsabilidad vaya a parar a manos de los accionistas aislados que puedan, quizá, convertirla en un instrumento de coacción y de escándalo». Posteriormente, y siguiendo la estela de la Propuesta de Quinta Directiva (art. 16, letra «a»), el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 lo rebajó hasta el cinco por ciento, no sin polémica en su tramitación parlamentaria (cfr. DÍAZ-ECHEGARAY, J.L., ob. cit., pp. 63 a 65, donde se recogen las distintas enmiendas que abogaban por la elevación de este porcentaje al quince o incluso al veinte por ciento). Porcentaje que resultaba también de aplicación a las sociedades de responsabilidad limitada, en virtud de la remisión genérica contenida en el artículo 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995.

El modelo ideal del que parte el legislador a la hora de establecer este porcentaje fijo es, sin duda, el de una sociedad de tamaño medio, integrada por un número relativamente pequeño de socios, cuya participación en el capital social tiene cierta consistencia, lo que les permite ejercitar un poder de control, más o menos estable, sobre la administración y dirección de la sociedad⁶⁹². Sin embargo, es un hecho constatado que este modelo abstracto no se corresponde con la variada tipología de iniciativas empresariales que, en la realidad del tráfico, se agrupan indistintamente bajo la vestidura jurídica de la sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada⁶⁹³. Dejando a un lado las sociedades cotizadas, para las cuales se prevé, como modelo exclusivo el primero (art. 495 LSC), lo cierto es que ambos tipos legales presentan una acusada «polivalencia funcional», que los hace esencialmente fungibles⁶⁹⁴. En efecto, la ausencia de normas que garanticen una eficaz reserva de forma ha hecho de la sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada modelos intercambiables, susceptibles de ser aplicados a las más diversas estructuras societarias. Encontramos, de este modo, pequeñas sociedades anónimas de estructura cerrada —gracias al establecimiento de limitaciones a la libre transmisión de las acciones (cfr. arts. 123 LSC y 123 RRM)— con un número muy reducido de socios, junto a grandes sociedades de responsabilidad limitada, relativamente abiertas (cfr. art. 108.1 LSC), con miles de ellos⁶⁹⁵. Como es lógico, en estas últimas, resulta prácticamente imposible que las minorías aisladas y ocasionales puedan llegar a ostentar una titularidad igual o superior al cinco por ciento del capital social, que representa, a menudo, una cuota más que suficiente para dominar la sociedad; mientras que, en las primeras, ese mismo porcentaje será, la mayor parte de las veces, exiguo y, por ende, poco representativo.

⁶⁹² JUSTE, J., *Los «derechos de minoría»*, ob. cit., p. 161.

⁶⁹³ GIRÓN, J., «Las reformas varias, pendientes y andantes, de la sociedad anónima en España», en *La Ley*, núm. 1, 1989, p. 924, quien, ya en su momento, advertía la convivencia de tres subtipos de sociedad bajo la vestidura de la sociedad anónima: «las Anónimas cerradas, más o menos familiares, las Anónimas con socios activos y juego de mayorías y minorías que expresan correlativamente sus posiciones en los órganos deliberante y administrativo de la Sociedad y las Grandes Sociedades Anónimas y sus Grupos, peculiares de las Grandes empresas de la economía actual, sustancialmente bursátiles, con socios dispersos o dispersados, y desentendidos de la sociedad y atentos a su cartera de valores, Anónimas en las que el poder se absorbe por diversos medios por los ejecutivos». Con anterioridad, puede verse, en sentido análogo, ASCARELLI, T., «Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica», en *Riv. soc.*, 1959, pp. 996 y 997.

⁶⁹⁴ Sobre la polivalencia funcional de las sociedades anónimas en los sistemas latinos puede verse un amplio análisis en ROJO, A., «La sociedad anónima como problema», en *RDM*, núms. 187-188, 1988, pp. 7 a 33.

⁶⁹⁵ La tan traída y llevada «cuestión tipológica», sobre la cual, puede verse, con carácter general, POLO, E., «La concurrencia y selección de los tipos sociales en la reforma de las sociedades de capital», en AAVV, *¿Sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada? La cuestión tipológica*, Madrid [Civitas], 1992, pp. 155 a 180, parece haber pasado, definitivamente, a un segundo plano en la agenda del legislador. En efecto, la última gran reforma de nuestro Derecho de sociedades, el Anteproyecto de Código Mercantil, ha mantenido el *status quo* en esta materia, conservando la tradicional distinción entre sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada y abdicando, en consecuencia, de la —ambiciosa— tarea de tipificar las sociedades atendiendo a criterios como el de su cotización (cfr. la explicación de esta decisión que se ofrece en el apartado III-35 de la Exposición de Motivos del Anteproyecto).

Se produce, así, una auténtica subversión del sistema de los «derechos de minoría», que dejan de cumplir la función para la que, inicialmente, fueron concebidos. En las sociedades cotizadas o con un capital fragmentado y disperso, se ponen al servicio de los socios de control, que son los únicos capaces de alcanzar el grado de participación suficiente para ejercitarlos, y contribuyen, así, a reforzar su poder, amparando posibles conductas abusivas. Por el contrario, en las sociedades con una estructura de propiedad concentrada, quedan a merced de cualquier socio, incluso de aquéllos que, por ser titulares de una parte ínfima del capital social, asumen un riesgo moderado en la marcha de la empresa y pueden actuar movidos por intereses meramente especulativos, lo cual favorece su empleo con ánimo obstruccionista y deja a la sociedad indefensa frente a lo que, con una feliz expresión, se ha dado en llamar «tiranía de la minoría»⁶⁹⁶.

No obstante, el legislador tiene a su disposición una serie de mecanismos que pueden contribuir a paliar este desajuste, con mayor o menor grado de efectividad. El primero de ellos consiste, como es sabido, en establecer cocientes o porcentajes decrecientes, en función de la cifra de capital social. Es cierto que este sistema no tiene en cuenta, directamente, el carácter abierto o cerrado de la sociedad, pero no lo es menos que se adapta mejor que un porcentaje fijo a la estructura de propiedad. Se trata, además, de una medida que ha contado, desde siempre, con el favor de la doctrina y que se ha incluido en distintos textos prelegislativos, que, sin embargo, han sido finalmente abandonados⁶⁹⁷. Éste fue el caso del Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas de 1988 (art. 8), descartado posteriormente por el Texto Refundido de 1989 y ha sido, más recientemente, el del artículo 231-23 de la Propuesta de Código Mercantil de 2013, modificado después en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil remitido a las Cortes⁶⁹⁸.

Otra posible solución pasa por establecer, junto a la cuota fija de capital, una cifra de valor nominal en términos absolutos, habilitándose, de esta forma, dos vías para acceder al ejercicio de los «derechos de minoría»: la primera —alcanzar el porcentaje

⁶⁹⁶ POLO, E., «Abuso o tiranía», ob. cit., *passim*. Este fenómeno de la desnaturalización de los derechos de minoría como consecuencia de su falta de adaptación a los tipos subyacentes ha sido ampliamente analizado, desde hace tiempo, por la doctrina italiana. Cfr., a título de ejemplo, ASCARELLI, T., «Interesse sociale e interesse comune nel voto», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, pp. 1147 a 1149; ID., «I problemi delle società», ob. cit., pp. 10 a 15 y 31 y ss.; ID., «Tipologia delle società», ob. cit., *passim* (v. espec. pp. 1009 y ss.); AULETTA, G., «L'ordinamento della società per azioni», en *Riv. soc.*, 1961, pp. 15 y ss. y FERRARA, F., «La riforma della società per azioni», en *Riv. soc.*, 1962, pp. 192 a 196.

⁶⁹⁷ V. *supra*, en la nota 118, algunos de los autores españoles e italianos que lamentan la ausencia de un sistema de cocientes decrecientes en sus respectivos Ordenamientos.

⁶⁹⁸ En relación con el primero puede verse *supra* la nota 81 y el texto correspondiente. Para un análisis del segundo v. *supra* §1.IV.1. Entre ambos textos existen bastantes similitudes, pero puede advertirse también alguna diferencia importante. Por un lado, el de 1988 establecía cinco tramos, en lugar de los cuatro previstos en la Propuesta de 2013 y combinaba el sistema de porcentajes decrecientes con la previsión de un valor nominal absoluto para las sociedades de mayor dimensión. Por su parte, la Propuesta de 2013, adoptaba un sistema de cálculo más complejo, que lo hacía aún más progresivo que el de 1988 (v. un ejemplo *supra* en la nota 119) y preveía, además, la posibilidad de que los estatutos pudieran «reducir el porcentaje legal exigido para ejercitar los derechos de minoría» (cfr. el párrafo cuarto —que, realmente, debiera ser el tercero— del artículo 231-23 PCMer).

exigido— será más fácil en las sociedades de pequeña y mediana dimensión, en tanto que la segunda —reunir el valor nominal mínimo— lo será en las sociedades más grandes. Este sistema fue el elegido por la Propuesta de Quinta Directiva, que, tanto en su versión original como en la modificada, permitía ejercitar la acción social y oponerse a su renuncia o transacción a aquellos socios que poseyeran, al menos, el cinco por ciento del capital social o cuyas acciones o participaciones alcanzasen, como mínimo, un valor nominal de 100.000 ECUs⁶⁹⁹.

Una última medida consiste, simplemente, en rebajar los porcentajes exigidos, ya sea con carácter general o respecto de un tipo o subtipo legal concreto. Ésta ha sido la opción finalmente introducida por el legislador español en la reciente reforma de 2014, que, apelando a criterios de simplicidad y seguridad jurídica, así como al mantenimiento de la «tradicón del Derecho español», ha descartado el sistema de porcentajes decrecientes sugerido por la Propuesta de Código Mercantil. Efectivamente, la Ley 31/2014 ha preferido mantener en el cinco por ciento el umbral para el ejercicio de los «derechos de minoría» en las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas no cotizadas, mientras que lo ha rebajado al *tres por ciento* en las sociedades cotizadas (cfr. art. 495.3 LSC)⁷⁰⁰. A falta de mayor explicación en la Exposición de Motivos de la Ley, la razón por la que se ha fijado este porcentaje y no otro distinto debe buscarse en el informe de la «Comisión de Expertos», de 14 de octubre de 2013, que constituye el antecedente inmediato de la norma, y según el cual se ha estimado oportuno exigir este umbral mínimo de titularidad porque es el que la normativa del mercado de valores considera relevante para calificar la participación en una sociedad cotizada como *significativa* e imponer, en consecuencia, determinadas obligaciones a su titular en materia de transparencia⁷⁰¹.

⁶⁹⁹ El § 148 *AktG* acoge también este sistema, aunque fija el porcentaje en el uno por ciento del capital social y el valor nominal de la participación en 100.000 euros (v. *supra* §1.III.3). Como advierte JUSTE, J., *Los «derechos de minoría»*, ob. cit., p. 165, el problema que puede presentar este sistema en las sociedades de gran capital es que el establecimiento de una cifra de capital demasiado baja podría abrir la puerta al ejercicio de derechos de gran trascendencia para la vida de la sociedad por parte de minorías muy poco representativas.

⁷⁰⁰ Durante la tramitación parlamentaria del Anteproyecto de Ley se formularon dos enmiendas —la número 39 (Izquierda Plural) y la número 83 (Grupo Socialista)— que abogaban por reducir este porcentaje al dos y al uno por ciento respectivamente, alegando que el umbral finalmente establecido «sigue resultando excesivo para impulsar la actividad de las asociaciones de accionistas minoritarios» (cfr. BOCG-CD, Serie A, núm. 97-2, p. 62).

⁷⁰¹ Cfr. el *Estudio* de la Comisión, cit., p. 16. La referencia a la normativa del mercado de valores debe entenderse hecha al Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre (BOE, núm. 252, de 20 de octubre). Y, en concreto, a su artículo 23, en el que, al accionista que adquiera o transmita acciones que atribuyan derechos de voto de un emisor para el que España sea Estado de origen cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado secundario oficial español o en otro mercado regulado domiciliado en la Unión Europea, se le obliga a notificar al emisor y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores la proporción de derechos de voto que quede en su poder cuando, como resultado de dichas operaciones, esa proporción alcance, supere o se reduzca por debajo de una serie de umbrales, de los que el mínimo es el 3%. En sentido crítico con esta decisión, puede verse IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., «Derechos de asistencia y representación en junta: la reforma española en el contexto de las corrientes globales de *proxy voting law*», en Ibañez Jiménez (Dir.), *Comentarios a la reforma*, ob. cit., p. 137.

La nueva regulación adopta, pues, una clara postura acerca del papel que los «derechos de minoría» deben desempeñar en las sociedades cotizadas: el pequeño inversor-ahorrador, aquél que ostenta una participación infinitesimal en la sociedad y que busca rentabilizar su inversión en el corto y medio plazo, no es el destinatario final de los mismos⁷⁰². En el fondo, la Ley parte del presupuesto de que su posición es sustancialmente idéntica a la del obligacionista, puesto que sus decisiones de inversión no se basan en la posibilidad de ejercitar los distintos derechos corporativos con ánimo de influir en la gestión de la empresa común y ejercer un control sobre el órgano de administración, sino en razones de conveniencia financiera, a menudo, contingentes⁷⁰³. La total ausencia de *affectio societatis* que caracteriza a este tipo de accionistas desaconsejaría armarles con una serie de derechos cuyo ejercicio supondría un coste para la sociedad mucho mayor que la utilidad individual que pudiera reportarles y resultaría, por tanto, claramente antieconómico. Su protección discurre por otros cauces en teoría más eficientes: por un lado, gozan de la tutela directa que les proporciona la cotización de sus títulos y que les permite capitalizar su inversión en cualquier momento, manifestando, así, su desacuerdo con las políticas de gestión desarrolladas por el órgano administrativo; y, por otro, cuentan con la protección indirecta que les dispensa el ejercicio de los derechos corporativos por parte de los accionistas con participaciones relevantes o de las minorías organizadas.

Ello supone confiar el ejercicio de los «derechos de minoría» en las sociedades cotizadas, por un lado, a los accionistas significativos —básicamente inversores institucionales— y a aquellos accionistas minoritarios que hayan optado por organizar su actuación a través de asociaciones. Se trata, en definitiva, de una decisión de política legislativa, en sintonía con las recientes propuestas de reforma del Derecho europeo, que aboga por promover el activismo accionario y reforzar el papel de los inversores institucionales como pieza clave en el sistema de gobierno corporativo, asignándoles un papel decisivo en el control del órgano de administración⁷⁰⁴.

⁷⁰² A idéntica conclusión llegó, en su día, la doctrina italiana al analizar la introducción en aquel Ordenamiento de la legitimación extraordinaria de la minoría titular del cinco por ciento del capital social por el artículo 129 *TUF*. Cfr., por todos, ANGELICI, C., «Le “minoranze” nel decreto 58/1998: “tutela” e “poteri”», en *Riv. dir. comm.*, 1998, p. 221.

⁷⁰³ CERRAI, A. y MAZZONI, A., ob. cit., p. 84.

⁷⁰⁴ La idea de que los inversores institucionales pueden jugar un papel determinante en el buen gobierno de las sociedades cotizadas no es ni mucho menos nueva (cfr., a título de ejemplo, BLACK, B.S., «Shareholder Passivity Reexamined», en *Mich. L. Rev.*, núm. 89, 1990, pp. 520 a 608). Con todo, en los últimos tiempos, la necesidad de implicar a este tipo de accionistas y reforzar sus deberes de transparencia ha pasado a un primer plano en la agenda del legislador europeo. Buena prueba de ello, es la reciente Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas y la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a determinados elementos de la declaración sobre gobernanza empresarial, Bruselas, 9 de abril de 2014, COM(2014) 213 final. En dicha Propuesta, se insta a los Estados miembros a garantizar que los inversores institucionales y los gestores de activos desarrollan una política de mayor implicación y transparencia, basada en la técnica del *comply or explain* (cfr., en particular, los arts. 3-*septies* y 3-*nonies*).

Sin duda, es pronto aún para juzgar el acierto de esta medida⁷⁰⁵. Pero, en cualquier caso, es posible avanzar una crítica general al mantenimiento de estos porcentajes fijos como presupuesto habilitante para el ejercicio de los «derechos de minoría»: la nueva regulación sigue presentado una *rigidez excesiva* que lo hace acreedor de las mismas críticas que el sistema anterior, al menos por lo que a las sociedades cerradas se refiere. Esto nos lleva a plantearnos qué margen cabe atribuir a la *autonomía de la voluntad* en la configuración estatutaria del derecho de la minoría a ejercitar la acción social y a oponerse a su renuncia o transacción. Tarea nada sencilla, si se tiene en cuenta la dificultad de asignarle un concreto valor al silencio del legislador en una materia que, como hemos dicho, tiene mucho de decisión política. Nos limitaremos, por ello, a realizar algunas consideraciones *de lege lata*, para terminar formulando una propuesta *de lege ferenda*.

a) La posibilidad de prever un *porcentaje inferior* para el ejercicio de la acción social y para oponerse a su renuncia o transacción ha contado siempre con la opinión favorable de la doctrina mayoritaria⁷⁰⁶. El argumento es simple: dado que ambos derechos buscan tutelar a los socios minoritarios, debe considerarse lícito que los estatutos les faciliten el acceso a los mismos, otorgándoles garantías adicionales a las legalmente establecidas⁷⁰⁷. Cabría pensar, sin embargo, que el hecho de que no se contemple expresamente esta posibilidad obedece a una concreta ponderación de los

⁷⁰⁵ No obstante, un reciente estudio de ROCK, E.B., «Oxford Handbook: Institutional Investors in Corporate Governance», *University of Pennsylvania Law School*, Institute for Law and Economics Research Paper No. 14-37, October 15, 2014 (disponible en <http://ssrn.com/abstract=2512303>; febrero 2015), pone de manifiesto que las medidas tendentes a incentivar la participación de los inversores institucionales en el gobierno corporativo de las entidades participadas y a hacer más transparentes sus políticas de voto que se han venido desarrollando en Estados Unidos durante los veinte últimos años han tenido unos resultados decepcionantes. Por lo general, estos grandes accionistas se han limitado a seguir las recomendaciones de los denominados *proxy advisors*, sin que su voto en las juntas se haya traducido en un incremento en el valor de las empresas participadas. Ello lleva al autor a mirar con escepticismo las recientes medidas aprobadas por la Comisión Europea. En sentido crítico con esta opción legislativa de confiar el ejercicio de los derechos de minoría a los inversores institucionales puede verse ya ANGELICI, C., «Le “minoranze”», ob. cit., pp. 221 y 222.

⁷⁰⁶ Refiriéndose, en concreto, a la posibilidad de prever un quórum inferior en relación con el derecho a ejercitar la acción social de responsabilidad y a oponerse a la renuncia o transacción, puede verse CALBACHO, F., ob. cit., pp. 275 y 276. Por su parte, aceptan la posibilidad de rebajar el quórum para el ejercicio, en general, de todos los «derechos de minoría», entre otros, DE LA CÁMARA, M., *Estudios de Derecho mercantil*, vol. 2, 2ª ed., Madrid [Edersa], 1978, pp. 70 y 71; JUSTE, J., *Los «derechos de minoría»*, ob. cit., pp. 182 y 183; ID., «Derechos de minoría», en Rodríguez Artigas (*et al.*) (Coords.), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, ob. cit., tomo 1, pp. 729 y 730 y MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Los derechos individuales de los socios ante la modificación de los estatutos sociales en la sociedad limitada: tipología. Segunda parte», en *RdS*, núm. 35, 2010, p. 60.

⁷⁰⁷ Por su parte, CALBACHO, F., ob. cit., p. 275, añade un segundo argumento: el antiguo artículo 134.4 de la Ley de Sociedades Anónimas, al regular el ejercicio de la acción social por parte de la minoría, se remitía al artículo 100 de la misma Ley, que fijaba en el cinco por ciento el porcentaje mínimo para solicitar la convocatoria de la junta; precepto que fue interpretado por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su resolución de 13 de enero de 1994 (BOE, núm. 34, de 9 de febrero), en el sentido de que los estatutos podían prever un porcentaje más reducido. Este argumento ha recobrado vigencia tras la aprobación de la Ley 31/2014, puesto que el artículo 239 de la Ley de Sociedades de Capital, en su nueva redacción, atribuye la legitimación extraordinaria para el ejercicio de la acción social al «socio o socios que posean individual o conjuntamente una participación *que les permita solicitar la convocatoria de la junta general*».

intereses en juego por parte del legislador⁷⁰⁸. Los socios tendrían vetado establecer un umbral inferior porque ello podría amparar la creación, por vía estatutaria, de un derecho individual al ejercicio de la acción social y la *atribución de un correlativo poder de veto a cada socio*, lo que, en definitiva, equivaldría a exigir la unanimidad para la aprobación del acuerdo de renuncia. Unanimidad que contrastaría con el principio mayoritario que rige la formación de la voluntad social en las sociedades de capital (art. 159 LSC)⁷⁰⁹. Ello sería, además, especialmente grave en las sociedades cotizadas, en relación con las cuales, la previsión de un derecho singular de veto podría comprometer seriamente la posibilidad de alcanzar acuerdos de renuncia o transacción beneficiosos para el interés social⁷¹⁰.

Con todo, creemos que esta objeción no debe sobrevalorarse. Tanto el ejercicio de la acción social por parte de la minoría, como la oposición al acuerdo de renuncia o transacción suponen ya una excepción al principio mayoritario y el reconocimiento de la insuficiencia del mismo a la hora de adoptar decisiones que busquen la exoneración de los administradores (*supra* 1.1). Dicho lo cual, creemos que no existe mayor inconveniente en que los estatutos rebajen el porcentaje exigido hasta llegar a configurar la legitimación extraordinaria de la minoría como un auténtico derecho individual y atribuir, por consiguiente, al socio *ut singuli* la facultad de vetar la renuncia o

⁷⁰⁸ De hecho, los antecedentes de la norma parecen apuntar en esta dirección. Por un lado, el Anteproyecto de Código Mercantil, pese a haber abandonado el sistema de porcentajes decrecientes previsto en la Propuesta (v. *supra* la nota 698 y el texto correspondiente) para amoldarse a los porcentajes exigidos por la Ley 31/2014, sigue contemplando expresamente la posibilidad de que los estatutos de las sociedades de responsabilidad limitada y de las anónimas no cotizadas, reduzcan el porcentaje legal exigido para el ejercicio de los derechos de minoría (art. 231-23.3 ALCMer). Por otro lado, en un informe inédito sobre el Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, fechado el 10 de enero de 2014, la Comisión General de Codificación proponía la introducción de un nuevo artículo 495-*bis* en la Ley de Sociedades de Capital en el que se fijaba el umbral del tres por ciento para el ejercicio de los derechos de minoría en las sociedades cotizadas, pero se preveía expresamente la posibilidad de reducirlo por vía estatutaria (p. 40 del informe). El hecho de que ambas propuestas hayan sido finalmente descartadas invita a pensar que estamos ante una opción legislativa consciente y deliberada. V., todavía, *infra* en el texto.

⁷⁰⁹ Este argumento es, precisamente, el que emplea BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, ob. cit., pp. 217 y 218, para rechazar la posibilidad de que los estatutos puedan prever un porcentaje inferior al legal. En su opinión, «*la tutela del singolo socio non sembra assumere tanta importanza da esigere il sacrificio della funzionalità dell'ente societario e della capacità dello stesso di adottare le decisioni necessarie per la propria sopravvivenza*». En todo caso, debe tenerse en cuenta que la afirmación del autor es anterior a la reforma de 2003 y se produce, por tanto, en un contexto normativo en el que la minoría no tenía reconocida la legitimación extraordinaria para el ejercicio de la acción social de responsabilidad. Sobre el carácter «básico» e inderogable del principio minoritario, cfr. la RDGRN de 15 de abril de 1991 (BOE, núm. 127, de 28 de mayo).

⁷¹⁰ Un argumento a favor de la inderogabilidad *in minus* de los derechos de minoría en las sociedades cotizadas podría extraerse de la regulación del derecho de impugnación de los acuerdos sociales. En las sociedades no cotizadas, la legitimación se atribuye a aquellos socios que, además de haber adquirido las acciones antes de la adopción del acuerdo, representen individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital, pero se prevé expresamente la posibilidad de reducir este porcentaje por vía estatutaria (art. 206.1 II LSC). Por el contrario, en las sociedades cotizadas, la cuota se rebaja hasta el uno por mil del capital social, pero no se dice si esa cifra puede disminuirse en los estatutos (art. 495.2, letra «b» LSC). A pesar de ello, la Exposición de Motivos de la Ley 31/2014 (IV *in fine*) parece dar a entender que también en las sociedades cotizadas es posible reducir ese porcentaje.

transacción⁷¹¹. En las sociedades cotizadas o con accionariado difuso, la adopción de esta medida, aparentemente anti-económica, podría estar justificada en la intención de hacer más atractiva la inversión, facilitando a los socios de minoría el acceso a instrumentos de control legalmente reservados a inversores con una participación relevante⁷¹².

b) Más discutible se presenta, sin embargo, la opción contraria, esto es, que los estatutos sometan el ejercicio de la acción y la oposición a la renuncia o transacción a la titularidad de un *porcentaje* de capital social *superior* al establecido legalmente. Tradicionalmente, se ha rechazado esta posibilidad por entenderse que supondría «recortar un poder que, en los términos tajantes con que la ley los define, goza de protección a través de *normas imperativas*»⁷¹³. No obstante, en tiempos más recientes, se ha puesto en cuestión esta naturaleza imperativa de las normas que reconocen los derechos de minoría, al menos en las sociedades de responsabilidad limitada. En este sentido, se afirma que «una interpretación extensiva de la libertad estatutaria en la SRL en materia de órganos y posición de socio, debería permitir también una adaptabilidad estatutaria del régimen de responsabilidad social»⁷¹⁴, admitiéndose incluso la posibilidad de prever quórum reforzados para el ejercicio de la acción por parte de la minoría y, en consecuencia, para el ejercicio del derecho de veto⁷¹⁵. En favor de esta

⁷¹¹ Así es como la doctrina italiana interpretó, en su momento, el artículo 129 TUF, y como interpreta ahora el artículo 2393-*bis* del *Codice civile*. Cfr., en relación con el primero, PICCIAU, A., «Sub art. 129», ob. cit., pp. 990 y 991; y, por lo que respecta al segundo, ROSSI, A., «Sub art. 2393», ob. cit., p. 815; ID., «Sub art. 2393-*bis*», ob. cit., p. 823 y LATELLA, D., ob. cit., pp. 267 y 268. *Contra*, aunque sin mayor argumentación, AULETTA, F., ob. cit., pp. 467 y 468, quien entiende que esta reducción sólo es posible en las sociedades cotizadas.

⁷¹² Un problema distinto, y decididamente más delicado, es el relativo a la determinación del régimen al que debe quedar sometida la modificación de las cláusulas estatutarias en las que se establezcan estas minorías privilegiadas. Evidentemente, el tema no se circunscribe a la acción social de responsabilidad y al derecho de veto de la minoría, sino que abraza uno mucho más complejo, como es el de la protección del socio individual —y de la minoría— ante las modificaciones estatutarias que puedan lesionar sus derechos. De ahí que nuestra intención no pueda ser la de agotar el tema, sino la de exponer, de manera sintética, el estado de la cuestión en la doctrina. Para algunos autores, la modificación de estas cláusulas beneficiosas para la minoría debería regirse por el régimen general de modificación de los estatutos (cfr. JUSTE, J., *Los «derechos de minoría»*, ob. cit., p. 192, quien, no obstante, deja la puerta abierta a la posibilidad de que se prevean quórum reforzados para la modificación, sin llegar a la unanimidad). Con todo, parece preferible la opción mantenida por otra parte de la doctrina, según la cual, al participar los derechos de minoría de la misma naturaleza que los derechos individuales, su modificación requeriría el consentimiento de los socios afectados que, en este caso, serían aquéllos que, en el momento de la modificación, reuniesen la cuota de capital necesaria para el ejercicio del derecho (cfr. el análisis que realiza, en el marco de las sociedades de responsabilidad limitada, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Los derechos individuales de los socios», ob. cit. [segunda parte], pp. 59 y ss.).

⁷¹³ JUSTE, J., *Los «derechos de minoría»*, ob. cit., p. 181 (el énfasis es nuestro); ID., «Derechos de minoría», ob. cit., pp. 729 y 730. En idéntico sentido, DE LA CÁMARA, M., *Estudios*, ob. cit., p. 60 y 70; QUIJANO, J., «Legitimación subsidiaria de la minoría», ob. cit., p. 1717 y la RDGRN de 13 de enero de 1994, cit.

⁷¹⁴ ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (art. 171.3 del Anteproyecto de Ley Concursal)», ob. cit., p. 524.

⁷¹⁵ Se muestra conforme con esta posibilidad PAZ-ARES, C., «¿Cómo entendemos y cómo hacemos el derecho de sociedades? (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)», en Paz-Ares (Coord.), *Tratando*, ob. cit., p. 182, para el cual, la postura tradicional es una manifestación de un prejuicio paternalista, contrario al principio *volenti non fit iniuria*.

tesis renovadora cabría aducir que no existe norma alguna que expresamente prohíba esta práctica⁷¹⁶. Pero lo cierto es que, por más que en algunos supuestos parezca razonable, la posibilidad de establecer quórum reforzados difícilmente puede ser acogida ante el silencio de la Ley, por cuanto supone una reducción de las garantías establecidas en favor de los socios minoritarios, que, de este modo, podrían llegar a suprimirse *de facto*.

Por eso, sería deseable una intervención del legislador que aclare en qué medida los derechos de minoría pueden ser alterados por vía estatutaria. En este sentido, resulta mucho más razonable la solución del *Codice civile*, que ha optado por conceder un mayor o menor margen a la autonomía de la voluntad en función de que la sociedad recurra o no al mercado de capital de riesgo: en las sociedades «cerradas», el ejercicio de la acción y el correspondiente derecho de veto se atribuye a una minoría que represente, al menos, al veinte por ciento del capital social, pero se admite una modificación estatutaria de este porcentaje tanto al alza —con el límite máximo de un tercio— como a la baja (art. 2393-*bis*, párrafo primero); en cambio, en las sociedades «abiertas», este umbral se reduce al dos y medio por ciento y únicamente se permite que los estatutos fijen un porcentaje menor (art. 2393-*bis*, párrafo segundo).

No obstante, y a pesar de su aparente claridad, la normativa italiana también presenta algunos problemas interpretativos. El primero de ellos tiene que ver con la descoordinación que existe entre el porcentaje necesario para el ejercicio de la acción social de responsabilidad en las sociedades cotizadas, que, como decimos, es el *dos y medio* por ciento del capital social (art. 2393-*bis* *C.Civile*), y el porcentaje exigido para bloquear el acuerdo de renuncia o transacción, que el artículo 2393, párrafo sexto, del *Codice civile* fija en el *cinco* por ciento. Se trata, según la doctrina mayoritaria, de un error introducido por la ley número 262/2005, que se limitó a reducir el quórum necesario para ejercitar la acción, sin alterar, al mismo tiempo, el porcentaje de bloqueo. Con todo, parece que la intención de establecer una simetría entre ambos porcentajes se deduce claramente del propio artículo 2393, que prevé que el porcentaje de bloqueo será del cinco por ciento *o la distinta medida que hayan fijado los estatutos para el ejercicio de la acción*⁷¹⁷. El otro problema, sin duda más delicado, es saber si, al no haberse establecido un límite inferior, los estatutos pueden rebajar el porcentaje legalmente establecido hasta atribuir el ejercicio de la acción y el derecho de veto a cada socio, a título individual. Cuestión a la que se ha respondido mayoritariamente en sentido positivo, afirmándose que, no habiéndose previsto expresamente el carácter imperativo del quórum mínimo —como sí sucede en otros supuestos (cfr. el art. 2369, párrafo cuarto, *C.Civile*)—, no existiría ningún

⁷¹⁶ Así JUSTE, J., «La legitimación subsidiaria», ob. cit., p. 126, quien parece haber modificado, en este punto, su posición anterior (v. *supra* la nota 713).

⁷¹⁷ En este sentido, CAMPOBASSO, G.F., *Diritto commerciale*, ob. cit. (en la 6ª ed., Turín [Utet], 2006), p. 383, nota 73. En sentido conforme, AMBROSINI, S., «La responsabilità degli amministratori», en Ambrosini (*et al.*), *Le società per azioni*, en Cottino (Dir.), *Trattato di diritto commerciale*, vol. 4, tomo 1, Padua [Cedam], 2010, p. 676 y ENRIQUES, L. y MUCCIARELLI, F.M., ob. cit., p. 881. *Contra*, considerando que «*tale opinione, pur apprezzabile nell'intento, non può però essere condivisa, risolvendosi in un'evidente forzatura*» y que «*tale disarmonia è destinata a permanere, in assenza del intervento del legislatore*», CONFORTI, C., *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, Milán [Giuffrè], 2012, p. 864. En todo caso, la descoordinación no desaparece puesto que, como veremos más adelante, el porcentaje necesario para bloquear la renuncia se calcula sobre el capital social con derecho de voto, en tanto que el exigido para ejercitar la acción se computa sobre el capital total (v. *infra* las notas 733 y 734 y el texto correspondiente).

impedimento para configurar estatutariamente una *derivative action* de corte anglosajón, y un correspondiente derecho individual de veto a la renuncia o transacción⁷¹⁸.

En todo caso, y dada la íntima conexión existente entre el derecho de veto y la legitimación de la minoría para el ejercicio de la acción social, lo que no cabría prever en ningún caso es un porcentaje mayor para ejercitar el primero que para entablar la segunda.

3. El ejercicio del derecho de oposición no presupone el derecho de voto. Participación del socio sin voto y del accionista moroso

Después de haber examinado la naturaleza jurídica y los efectos del derecho de oposición de la minoría sobre el acuerdo de renuncia y de haber concretado —en la medida de lo posible— el margen de actuación que cabe atribuir a la autonomía de la voluntad en la configuración estatutaria del mismo, resta, tan sólo, analizar su articulación jurídica, de qué manera debe hacerse valer y, en consecuencia, qué sujetos están legitimados para ejercitarlo.

A este respecto, no estará de más realizar algunas aclaraciones previas. Una primera, probablemente superflua, es que el derecho de oposición, como cualquier otro derecho de minoría, presupone la condición de socio. Por tanto, en caso de *usufructo sobre las acciones o participaciones* será el nudo propietario el que, salvo disposición contraria en los estatutos, estará legitimado para interponer la acción social de responsabilidad en vía extraordinaria y para oponerse al acuerdo de renuncia o transacción (art. 127 LSC). De igual manera, el ejercicio de ambos derechos cuando se trate de *acciones o participaciones pignoradas* corresponderá al propietario, a no ser que los estatutos hubieran dispuesto lo contrario (art. 132.1 LSC)⁷¹⁹. Una segunda consideración, igualmente obvia, es que las *acciones o participaciones propias* o de la sociedad dominante que permanezcan en autocartera no podrán emplearse para ejercitar la acción social ni el derecho de veto, pero deberán tenerse en cuenta a la hora de calcular el porcentaje mínimo exigido y habrán de computarse igualmente en el quórum

⁷¹⁸ V. los autores citados *supra* en la nota 711.

⁷¹⁹ El tenor literal de los artículos 127 y 132.1 de la Ley de Sociedades de Capital no deja lugar a dudas: frente a la sociedad los derechos de socio —incluidos, por tanto, los de minoría— corresponden al (nudo) propietario, salvo disposición contraria en los estatutos (cfr. JUSTE, J., *Los «derechos de minoría»*, ob. cit., pp. 112 y 113). Sin embargo, hasta la reforma de 2003, el problema era mucho más delicado en Italia, ya que el artículo 2352 del *Codice civile* se limitaba a decir que el *derecho de voto* correspondía al usufructuario y al acreedor pignoraticio, sin concretar a quién se le atribuían el resto de derechos administrativos «menores» (sobre esta problemática, puesta en relación con el ejercicio de la acción social de responsabilidad por la minoría, cfr. MUCCIARELLI, F.M., «L'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori di società quotate», en *Giur. comm.*, 2000, I, pp. 89 a 93, quien concluía que el socio era el único legitimado). Con todo, el actual párrafo sexto del artículo 2352 del *Codice* parece haber zanjado la cuestión, señalando que el ejercicio de estos otros derechos, incluida la acción social de responsabilidad, corresponde, indistintamente, al (nudo) propietario y al usufructuario o al acreedor pignoraticio, siempre que el título no establezca lo contrario (cfr., en sentido conforme, ROSSI, A., «Sub art. 2393-bis», ob. cit., p. 825. *Contra*, LATELLA, D., ob. cit., p. 278 y AULETTA, F., ob. cit., p. 487, que excluyen la legitimación del usufructuario y del acreedor pignoraticio).

constitutivo y deliberativo de la junta (art. 148, letra «b», LSC)⁷²⁰. Por último, y abundando en lo evidente, cabe señalar que dicho porcentaje, del cinco o del tres por ciento, se halla referido, en la sociedad anónima, a la totalidad del *capital suscrito* y no sólo a la parte desembolsada⁷²¹.

Debe tenerse presente, por otra parte, que el veto de la minoría no opera como causa externa de invalidez o ineficacia del acuerdo de renuncia, sino como elemento *interno*, cuya presencia impide la formación de la voluntad social (*supra* 1). De ahí que, a diferencia de lo que sucede en otros supuestos, la Ley no habilite ningún mecanismo adicional —como la publicación del acuerdo y el establecimiento de un plazo *ad hoc* (cfr. v.gr. los arts. 334 LSC y 44 LME)— para que los socios puedan manifestar su disconformidad con la renuncia. Estamos ante un derecho que *debe ejercitarse necesariamente en la junta*; lo cual nos obliga a plantearnos si el voto, instrumento habitual de expresión de la voluntad del socio en el órgano deliberativo, es, también en este caso, el mecanismo a través del cual los socios minoritarios deben dejar constancia de su oposición.

La cuestión se suscita, lógicamente, respecto de aquellos socios que, (a) por ser titulares de acciones o participaciones sin voto (arts. 98 y ss. LSC) o (b) por hallarse incursos en mora de los desembolsos pendientes ya exigidos (art. 83.1 LSC), se encuentran privados de este derecho. Y debe afrontarse sin perder de vista la íntima conexión existente entre la legitimación extraordinaria para el ejercicio de la acción social (art. 239 LSC) y el derecho de oposición a la renuncia (art. 238.2 LSC). Se trata,

⁷²⁰ La misma solución se aplica a las participaciones recíprocas que superen el umbral establecido en el artículo 151 de la Ley de Sociedades de Capital mientras éste no se reduzca (art. 152.3 LSC). Sobre estas cuestiones, puede verse PAZ-ARES, C. y PERDICES, A.B., *Los negocios sobre las propias acciones*, en Uría/Menédez/Olivencia (Dir.), *Comentario*, ob. cit., tomo 4, volumen 2º-B, pp. 283 a 293, donde se discute la conveniencia de computar las acciones propias en el quórum deliberativo. Para ambos autores, esta opción legislativa supone una «grave contradicción valorativa y positiva», ya que implica que los acuerdos deban adoptarse por una mayoría superior a la establecida en la Ley o en los estatutos, haciendo que las acciones propias tengan el mismo efecto que los votos negativos.

⁷²¹ Durante la vigencia de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 una parte minoritaria de la doctrina entendió que el porcentaje debía calcularse sobre el «capital desembolsado», por ser ésta la expresión más usada en la Ley. Cfr. LÓPEZ BARRANTES, R. y MEJÍAS GONZÁLEZ, M., *Sociedades anónimas. Aplicación práctica de su legislación*, Madrid [Gráficas Chapado], 1953, p. 397; RUBIO, J., *Curso*, ob. cit., p. 262; CERRO, E., «Ejercicio por los accionistas de la acción de responsabilidad de los administradores de las anónimas», en *RDP*, 1970, p. 629 y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y QUIJANO, J., «Los órganos de la sociedad anónima: junta general y administradores», en Quintana (Dir.), *El nuevo derecho de las sociedades de capital*, Madrid [Trivium], 1989, p. 147, aunque estos últimos no se refieren ya a la Ley de 1951, sino al Proyecto de 1988. En idéntico sentido, cfr. también la STS de 26 de noviembre de 1990 (FJ Segundo) (RJ 1990/9050). *Contra*, GARRIGUES, J., en Garrigues-Uría, *Comentario*, ob. cit., vol. 2, p. 179). Sin embargo, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 sustituyó esta locución por la de «capital social» o «capital social suscrito con derecho a voto», en la mayor parte de los artículos en los que la empleaba la Ley anterior. Además, la Propuesta de Quinta Directiva, en la que se inspiró el Texto Refundido, hacía mención expresa al «capital suscrito». Por eso, actualmente, no parece que subsistan dudas en cuanto a que es sobre esta cifra y no sobre la del capital desembolsado sobre la que debe computarse el porcentaje habilitante. Cfr., entre otros, CAMPO SENTÍS, L., «Las minorías y la responsabilidad de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas», en *RDP*, núm. 76, 1992, p. 210; POLO, E., *Los administradores y el consejo*, ob. cit., p. 337; JUSTE, J., *Los «derechos de minoría»*, ob. cit., p. 443; ID., «La legitimación subsidiaria», ob. cit., p. 125 y MARTÍNEZ MACHUCA, P., ob. cit., pp. 1168 a 1171.

tal y como venimos insistiendo, de dos facultades complementarias, a través de las cuales el legislador trata de garantizar que los socios minoritarios puedan llevar a cabo un control efectivo sobre la gestión de la sociedad. Por este motivo, los estatutos no pueden prever un porcentaje superior para bloquear la renuncia a la acción social de responsabilidad del que se hubiera fijado para su ejercicio (*supra* 2, *in fine*). Y, por eso mismo, cabe esperar que exista también una coordinación entre los sujetos a los que se atribuyen legalmente ambos derechos, de forma que quienes estén legitimados para promover la acción social «en interés de la sociedad» puedan vetar también el acuerdo abdicativo de la mayoría.

a) Por lo que se refiere a las *acciones y participaciones sin voto*, es bien sabido que éstas poseen la naturaleza jurídica propia de las acciones y participaciones ordinarias y que atribuyen a su titular, además de los derechos que la Ley les reconoce con carácter mínimo (arts. 99, 100 y 101 LSC), el resto de derechos que integran la condición de socio, tanto los de naturaleza estrictamente económica, como los de carácter político o administrativo, siempre que no se encuentren indisolublemente unidos al derecho de voto (art. 102.1 LSC)⁷²². Por tanto, es una cuestión pacífica que los socios sin voto están legitimados, en primer lugar, para solicitar la convocatoria de la junta, a fin de que ésta delibere acerca del ejercicio de la acción social (art. 168 LSC)⁷²³. Con anterioridad a la reunión y durante su desarrollo, podrán hacer uso del derecho de información, en los términos establecidos en los artículos 196 y 197 de la Ley de Sociedades de Capital, y podrán participar, asimismo, en el debate asambleario y manifestar su opinión sobre la conveniencia de ejercitar la acción⁷²⁴.

Lo que no les estará permitido, en ningún caso, es tomar parte en la votación. El hecho de que las acciones y participaciones sin voto tengan un interés evidente en la reintegración del patrimonio social no conduce necesariamente a la conclusión de que sus titulares recuperen el derecho de voto en este supuesto. La tesis contraria, que ha sido sostenida en ocasiones, parte, sin embargo, de dos premisas equivocadas⁷²⁵. La primera es considerar que el ejercicio de la acción social en vía extraordinaria se encuentra condicionado al hecho de que el socio o socios minoritarios hubieran votado a

⁷²² Cfr., por todos, ALBORCH, C., «Las acciones sin voto», en *ADC*, 1974, pp. 646 y 647 y MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN, E., *La acción y los derechos del accionista*, ob. cit., p. 396.

⁷²³ Son de esta opinión, entre otros, DE LA CÁMARA, M., «La administración de la sociedad anónima», ob. cit., p. 147; MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN, E., ob. cit., p. 434; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores*, ob. cit., p. 396; ARROYO, I. y BOET, E., ob. cit., p. 1563; CALBACHO, F., ob. cit., p. 99; DÍAZ-ECHEGARAY, J.L., ob. cit., p. 324; MARTÍNEZ MACHUCA, P., ob. cit., p. 1174; CAMPO SENTÍS, L., ob. cit., p. 211 y SAGASTI, J.J., ob. cit., p. 455. *Contra*, en una posición minoritaria, VICENT, F., «El régimen de las acciones en el Proyecto de Ley de reforma», en Quintana (Dir.), *El nuevo derecho*, ob. cit., p. 104, quien considera que los accionistas sin voto no están legitimados para solicitar la convocatoria de la junta «puesto que nada pueden decidir en ella».

⁷²⁴ Esta facultad de los socios sin voto de recabar información, intervenir en la junta y manifestar su opinión —«derecho de voz»— ha sido admitida con carácter general. Cfr., por todos, GÓMEZ MENDOZA, M., «Acciones sin voto», en Alonso Ureba (*et al.*) (Coords), *Derecho de sociedades anónimas*, tomo 2, vol. 1, Madrid [Civitas], 1994, p. 130.

⁷²⁵ POLO, E., *Los administradores y el consejo*, ob. cit., p. 147; DE LA CÁMARA, M., *últ. ob. cit.*, pp. 147 y 148 y GARRETA, J.M., *La responsabilidad*, ob. cit., p. 142.

favor de la exigencia de responsabilidad en el acuerdo de la junta y que, en consecuencia, el socio sin voto debería poder votar para provocar su legitimación⁷²⁶. Pero lo cierto es que este requisito no se prevé expresamente, ni puede deducirse de la regulación legal. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la junta puede deliberar válidamente acerca del ejercicio de la acción sin necesidad de que la propuesta conste en el orden del día, por lo que la interpretación apuntada terminaría privando injustificadamente de este recurso también a aquellos otros socios que, por estar ausentes en la junta, no hubieran podido manifestar su consenso⁷²⁷. Por otro lado, se ha afirmado que de nada serviría que los socios sin voto pudiesen solicitar la convocatoria de la junta, «si una vez constituida no pudiesen intervenir en ella, defender su propuesta y votar sobre el ejercicio de la acción»⁷²⁸. Pero tampoco esta apreciación resulta del todo acertada. La posibilidad de que los socios privados del derecho de voto puedan requerir la convocatoria de la junta les proporciona ya una protección suficiente, en la medida en que les habilita para ejercitar, por sí mismos, la acción social de responsabilidad⁷²⁹.

En efecto, los socios sin voto están facultados, igualmente, para interponer la acción social, puesto que se trata de una facultad cuyo ejercicio tiene lugar, en todo caso, en sede extra asamblearia⁷³⁰. De esta forma, podrán actuar en vía subsidiaria, cuando los administradores no convoquen la junta solicitada a tal fin, cuando el acuerdo de la junta sea contrario a la exigencia de responsabilidad o cuando hubiera transcurrido un mes desde que se acordó el ejercicio de la acción, sin que se haya interpuesto aún la correspondiente demanda (art. 239.II LSC). Y podrán hacerlo, además, directamente y sin necesidad de someter previamente la decisión a la junta general en caso de que la acción se fundamente en la infracción del deber de lealtad (art. 239.1 II LSC).

Lo anterior permite concluir que, en el sistema español, *la titularidad del derecho de voto no constituye un requisito necesario para que los socios puedan ejercitar la acción social en vía extraordinaria*. Los socios sin voto, aun cuando no puedan intervenir en la adopción del acuerdo relativo a la exigencia de responsabilidad, estarán facultados para solicitar la convocatoria de la junta y entablar la acción en nombre propio y en «defensa del interés social». Conclusión idéntica a la que se ha llegado en Italia, donde se ha afirmado de manera unánime la legitimación de los titulares de «*azioni senza voto*» o de «*azioni a voto limitato, subordinato, misurato o scaglionato*», para ejercitar la acción social *ex artículo 2393-bis del Codice civile*⁷³¹.

⁷²⁶ DE LA CÁMARA, M., *loc. ult. cit.*

⁷²⁷ CALBACHO, F., *ob. cit.*, p. 105.

⁷²⁸ GARRETA, J.M., *loc. ult. cit.*

⁷²⁹ Cfr., nuevamente, CALBACHO, F., *loc. ult. cit.*

⁷³⁰ En este sentido, puede verse, además de los autores citados *supra* en la nota 723, JUSTE, J., «La legitimación subsidiaria», *ob. cit.*, p. 125.

⁷³¹ Cfr. los autores citados *infra* en la nota 733. Todas éstas son acciones con derechos de voto limitado, que pueden crearse en las sociedades no cotizadas, en virtud del amplio margen que el artículo 2351 del *Codice civile* otorga a la autonomía estatutaria. No obstante, la cuestión ha sido mucho más debatida en

Sentada, pues, la posibilidad de que los socios sin voto puedan promover la acción social, lo lógico sería que tuvieran reconocido asimismo el derecho a bloquear su renuncia o transacción. Por eso, resulta sorprendente que el artículo 2393 del *Codice civile* someta la aprobación de la renuncia a la ausencia del «voto contrario» de la minoría⁷³², dejando claro que, en el Ordenamiento italiano, la oposición presupone, en todo caso, el ejercicio del derecho de voto⁷³³. Es evidente que esta norma comporta una *grave desarmonía* —que no puede salvarse por vía interpretativa⁷³⁴— en la medida en

relación con las denominadas «azioni di risparmio», que son las realmente equivalentes a las acciones sin voto del Derecho español. Se diferencian de las «azioni senza voto» y de las demás acciones con voto restringido en el hecho de que sólo pueden ser emitidas por sociedades cotizadas y deben estar necesariamente dotadas de algún privilegio de carácter patrimonial (art. 145.1 *TUF*), cosa que no sucede con las primeras (cfr., al respecto, CAMPOBASSO, G.F., *Diritto commerciale*, ob. cit., p. 214 y BLANDINI, A., «Le azioni a voto limitato nella riforma», en *Giur. comm.*, 2004, I, pp. 467 a 490). Fueron introducidas por la *Legge n. 216*, de 7 de junio de 1974, cuyo artículo 14 señalaba expresamente que su titularidad atribuía los mismos derechos que las acciones ordinarias, a excepción del de voto. Pero, posteriormente, han pasado a estar reguladas en el *Testo Unico della Finanza*, que ha derogado este precepto y que, en el párrafo sexto de su artículo 145, establece ahora que el capital representado por este tipo de acciones no se tendrá en cuenta a la hora de calcular los porcentajes requeridos para el ejercicio de los derechos de minoría y, en particular, el ejercicio de la acción social de responsabilidad. Ambos cambios normativos han hecho que la doctrina mayoritaria se incline por negar la legitimación para el ejercicio de la acción social a los titulares de las «azioni di risparmio». Cfr., en este sentido, SABATELLI, E., «Questioni in tema di legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità da parte della minoranza», en *Banca e borsa*, 2001, I, pp. 95 y 96; MAVIGLIA, R., ob. cit., p. 708; PICCIAU, A., «Sub artts. 2393-2393-bis; 2394-bis», ob. cit., p. 610; MUCCARELLI, F.M., ob. cit., p. 87; ROSSI, A., «Sub art. 2393-bis», ob. cit., p. 824; SANTORO, V., «Profili della disciplina della tutela delle minoranze», en Griffi/Sandulli/Santoro (a cura di), *Intermediari finanziari, mercati e società quotate*, Turín [Giappichelli], 1999, p. 874. *Contra*, CAMPOBASSO, G.F., «Sub art. 129», ob. cit., pp. 1070 y 1071 y LATELLA, D., ob. cit., pp. 274 a 276. También ha sido muy discutida la legitimación de otra de las categorías especiales de acciones contempladas por el Derecho italiano: las denominadas «azioni di godimento» (art. 2353 *C.Civile*), que se atribuyen a aquellos accionistas que, tras una reducción de capital mediante restitución de aportaciones, reciben tan sólo el valor nominal de su inversión y a los que les concede una participación postergada en los beneficios, pero no el derecho de voto. A favor, puede verse LATELLA, D., ob. cit., pp. 282 y 283; y, en contra, salvo que los estatutos les atribuyan derecho de voto, SABATELLI, E., ob. cit., pp. 102 a 105.

⁷³² De hecho, el precedente inmediato de este precepto —el artículo 249 del *Progetto preliminare del Codice di commercio* de 1942 (v. *supra* la nota 59)— hablaba, como la Ley española, de «oposición» y no de «voto contrario». La modificación fue aplaudida, en su momento, por la doctrina, que consideró que con ello se dejaba claro que la oposición debía manifestarse en la misma junta en la que se adoptase el acuerdo de renuncia y nunca en un momento posterior (cfr. BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione*, ob. cit., pp. 34 y 35).

⁷³³ Así se ha entendido de forma unánime. Cfr., ya en relación con el artículo 129 *TUF*, RISCOSSA, M.M., «Sub art. 129», en Cottino (Dir.), *La legge Draghi e le società quotate in borsa*, Turín [Utet], 1999, p. 171 y ROSSI, A., «Sub art. 129», en AAVV, *Disciplina delle società con azioni quotate*, en *Nuove leggi civ. comm.*, 2001, p. 122. En referencia al artículo 2393-bis del *Codice civile*, pueden verse LATELLA, D., ob. cit., p. 270; ENRIQUES, L. y MUCCIARELLI, F.M., ob. cit., p. 881; MUCCIARELLI, F., ob. cit., pp. 95 y 96 y FRANZONI, M., *Della società per azioni*, tomo 3, vol. 1, en Galgano (a cura di), *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bolonia-Roma [Zanichelli-Soc. ed. del Foro Italiano], 2008, p. 551.

⁷³⁴ A diferencia de lo que sucede con la falta de coordinación entre el porcentaje establecido para el ejercicio de la acción en las sociedades cotizadas (2,5%) y el fijado para bloquear la renuncia o transacción (5%) que, como dijimos, la mayor parte de la doctrina atribuye a un descuido del legislador (v. *supra* 717), «la discrasia tra il denominatore della frazione che individua la quota legittimante e quello che individua la minoranza di blocco non è sanabile, a meno di non compiere operazioni ermeneutiche spericolate, come quella consistente nell'assegnare il potere di agire ai soli soci provvisto del diritto di voto nelle assemblee che deliberano sull'azione di responsabilità o, al contrario, ritenere che le delibere in ordine alla rinuncia o alla transazione (o sulla stessa azione) debbano essere

que no todos los socios legitimados para actuar frente a los administradores están capacitados para vetar la renuncia de la mayoría. De esta forma, puede suceder que la acción ejercitada gracias a la suma de acciones sin voto sea, acto seguido, objeto de un acuerdo de renuncia, sin que los socios actuantes puedan hacer nada para impedirlo⁷³⁵.

En España, ha habido quienes han considerado también que la oposición a la renuncia debe manifestarse necesariamente a través del voto y, partiendo de esta premisa, han aventurado dos posibles interpretaciones: para algunos, la Ley de Sociedades de Capital incurriría en la misma descoordinación que el *Codice civile*, de modo que los socios sin voto podrían ejercitar la acción, pero no estarían facultados para oponerse a su renuncia o transacción; otros, en cambio, rechazan esta solución y consideran que el acuerdo de renuncia debería contemplarse como uno más de los supuestos en los que el titular de acciones o participaciones sin voto recupera ese derecho, junto a los casos contemplados expresamente en la Ley (arts. 99.3, 100.2 y 103 LSC)⁷³⁶.

A pesar de ello, entendemos que la Ley de Sociedades de Capital ofrece argumentos suficientes para sostener la tesis contraria, esto es, que la oposición a la renuncia no se articula a través del voto y que, por tanto, no lo presupone. En apoyo de esta interpretación cabe invocar, en primer lugar, el propio tenor literal del artículo 238.2, según el cual, la junta general podrá renunciar o transigir al ejercicio de la acción social de responsabilidad «siempre que no se *opusieren* a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social». No se olvide que el legislador español tuvo a la vista el *Codice civile*, por lo que resulta muy probable que la redacción final del precepto se apartase deliberadamente de la opción italiana, al no exigir, expresamente, «el voto contrario».

A este argumento literal —siempre débil— se añaden otros dos que resultan definitivos. Por un lado, es innegable que la Ley española ha buscado siempre la coordinación entre el porcentaje de capital exigido para ejercitar la acción social y el requerido para oponerse a su renuncia o transacción, tal y como lo evidencia el hecho de que el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, al rebajar del diez

comunque assunte anche da parte dei soci senza voto. Ma queste operazioni ortopediche si collocano ben oltre le possibilità argomentative consentite agli interpreti» (ENRIQUES, L. y MUCCIARELLI, F.M., ob. cit., p. 881).

⁷³⁵ Según MUCCIARELLI, F.M., ob. cit., pp. 97 y 98, se trataría de una opción legislativa plenamente consciente, a través de la cual el legislador italiano habría tratado de tutelar únicamente a los socios que, al menos potencialmente, pudieran llegar a ostentar un interés directo en la gestión de la empresa y que no pueden ser otros que aquellos provistos del derecho de voto. Para el resto, la única medida de protección realmente efectiva sería la venta de su participación. *Contra*, DALMOTTO, E., ob. cit., p. 821, quien no advierte la descoordinación entre la minoría necesaria para ejercitar la acción —que no presupone el derecho de voto— y la legitimada para oponerse a su renuncia o transacción —que sí lo presupone— y entiendo, por tanto, que «[l]a perfetta corrispondenza tra le quote necessarie per promuovere l'azione sociale di minoranza e le quote sufficienti a impedire la rinuncia o transazione da parte della società, sdrammatizza il problema degli effetti della deliberazione della maggioranza assembleare sull'azione ex art. 2393 bis».

⁷³⁶ Entre los primeros pueden verse a ARROYO, I. y BOET, E., ob. cit., p. 1563, y, entre los segundos, a POLO, E., últ. ob. cit., p. 347.

al cinco por ciento la cuota habilitante para interponer la acción social, hiciera lo propio con el porcentaje de bloqueo. Por otro lado, un análisis sistemático de la Ley de Sociedades de Capital permite advertir otros supuestos en los que el titular de acciones o participaciones sin voto puede manifestar igualmente su oposición a un acuerdo de la junta, sin que ello requiera atribuirle el derecho de voto. Así sucede, por ejemplo, con el artículo 73. Como es sabido, este precepto prevé la responsabilidad solidaria de los fundadores, los socios y los adquirentes de participaciones desembolsadas mediante aportaciones dinerarias de una sociedad de responsabilidad limitada, frente a la sociedad y los acreedores, por la realidad de dichas aportaciones y del valor que se les atribuya en la escritura (art. 73.1 LSC). Pues bien, cuando la aportación no dineraria se realiza en el marco de un aumento de capital, la norma exonera de responsabilidad a aquellos socios que *hubieran hecho constar en el acta de la junta su oposición* al acuerdo o a la valoración atribuida a la aportación (art. 73.2 LSC). Esta norma ha sido interpretada en el sentido de que la oposición representa un acto ulterior y distinto al voto contrario, de forma que aquellos socios que quieran exonerarse de responsabilidad, además de votar en contra del acuerdo, deberán manifestar expresamente su oposición en el acta. Y, lógicamente, los socios sin voto deben poder limitar su responsabilidad aun cuando no hayan podido votar en el acuerdo de aumento, y, para ello, será necesario que dejen constancia de su oposición⁷³⁷.

Otro supuesto en el que mayoritariamente se ha afirmado la posibilidad de que los socios sin voto pudieran dejar constancia de su oposición pese a no haber tomado parte en la votación es el de impugnación de acuerdos anulables. Antes de la reforma de 2014, el artículo 206.2 de la Ley de Sociedades de Capital restringía la legitimación para impugnar los acuerdos meramente anulables a los administradores, a los socios ausentes y a aquellos socios asistentes a la junta que *hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo*. Y, aunque la cuestión no era del todo pacífica, la mayor parte de la doctrina entendió que los socios sin voto podían impugnar los acuerdos anulables sin necesidad de que hubieran votado previamente en contra de su adopción⁷³⁸. Lo contrario, se dijo, supondría discriminar injustificadamente a los socios sin voto que hubieran asistido a la junta frente a los que hubieran optado por abstenerse, ya que los primeros no habrían podido votar en contra y no estarían legitimados para impugnar el acuerdo, en tanto que los segundos, sí estarían legitimados por expresa disposición de la Ley⁷³⁹. No obstante, debe tenerse en cuenta que el sistema de impugnación de acuerdos ha cambiado radicalmente. En la nueva regulación, han desaparecido las categorías de acuerdos «nulos» y

⁷³⁷ Reconocen la posibilidad de que los socios sin voto se opongan al acuerdo o a la valoración, aun sin haber participado en la votación, BONARDELL, R., y CABANAS, R., «Responsabilidad de la realidad y valoración de las aportaciones no dinerarias (Art. 21)», en Arroyo/Embid/Górriz (Coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, ob. cit., p. 332 y LA CASA, R., «Responsabilidad solidaria (Art. 73)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario*, ob. cit., vol. 1, p. 672, quien, no obstante, considera discutible que el titular de participaciones sin voto que no haga constar su oposición al acuerdo de aumento o a la valoración de la aportación pueda llegar a responder frente a la sociedad o los acreedores sociales.

⁷³⁸ En sentido favorable, cfr. ALBORCH, C., «Las acciones sin voto», ob. cit., p. 666; MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN, E., ob. cit., p. 435; CAMPUZANO, A.B., «Otros derechos (Art. 102)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario*, ob. cit., vol. 1, pp. 858 y 859; TAPIA, A.J., «Las acciones sin voto», en *RDBB*, núm. 37, 1990, p. 816 y CACHÓN, J.E., «Las acciones sin voto», en *AC*, núm. 3, 1990, p. 474, aunque este último sin profundizar en la afirmación. *Contra*, PORFIRIO CARPIO, L.J., *Las acciones sin voto en la sociedad anónima*, Madrid [La Ley], 1991, pp. 365 a 368.

⁷³⁹ GÓMEZ MENDOZA, M., ob. cit., p. 132.

«anulables» y a ellas se contraponen ahora las de los acuerdos «(meramente) impugnables» y los «contrarios al orden público» (art. 205.1 y 206 LSC). Para impugnar los primeros, están legitimados —además de los administradores y los terceros que acrediten un interés legítimo— los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital social (206.1 LSC); mientras que los segundos pueden ser impugnados —además de por los administradores y (?) cualquier tercero— por cualquier socio, aunque hubiera adquirido esa condición después del acuerdo (art. 206.2 LSC). De esta forma, la oposición al acuerdo ha dejado de ser, actualmente, un requisito indispensable para impugnar los acuerdos de la junta.

Estas consideraciones ponen de manifiesto que, en la Ley de Sociedades de Capital, *el derecho de oposición no es una forma de voto y ni siquiera lo presupone*⁷⁴⁰. Por tanto, *los socios sin voto* podrán asistir a la junta en la que se delibere acerca de la renuncia a la acción social de responsabilidad y, aunque no puedan participar en la votación, *podrán hacer constar su oposición en el acta de la junta e impedir, así, la aprobación del acuerdo* si representan, al menos, el cinco por ciento del capital social, o el tres por ciento en el caso de las sociedades cotizadas.

b) Hasta aquí, lo que sucede con las acciones y participaciones sin voto, *¿quid* en el caso del *accionista moroso*? En principio, una vez afirmada la completa independencia entre el derecho de oposición y el derecho de voto, sería razonable concluir que el accionista moroso también está legitimado para ejercitar la acción social y oponerse a su renuncia o transacción. Pero, si bien se mira, la situación de este último es muy diferente a la del titular de acciones o participaciones sin voto, y ello podría justificar un tratamiento distinto en uno y otro supuesto. En efecto, en el caso del accionista moroso, la limitación del derecho de voto no responde a una característica estructural de su participación, sino que opera a modo de sanción por el incumplimiento de la obligación esencial de realizar la aportación comprometida (art. 83.1 LSC)⁷⁴¹. Por eso, quizá debiera considerárselo excluido, tanto del ejercicio de la acción, como del derecho de oposición, pues, al fin y al cabo, su situación deriva de un incumplimiento que, como el del administrador negligente o desleal, ha generado un daño en el patrimonio social. Por eso, si su voluntad no se tiene en cuenta a la hora de adoptar un acuerdo ordinario, con mayor motivo debiera quedar excluida en supuestos tan excepcionales como son el ejercicio y la renuncia a la acción social de responsabilidad, en los que la voluntad minoritaria se impone a la de la mayoría⁷⁴².

Con todo, entendemos que el carácter sancionatorio que presenta la suspensión del derecho de voto, en estos casos, no es suficiente para negarle al accionista moroso el derecho a interponer la acción social de responsabilidad en vía extraordinaria y a oponerse a su renuncia o transacción. Creemos que esto deber ser así, en primer lugar, porque el socio en mora conserva, efectivamente, todos aquellos derechos que no estén

⁷⁴⁰ Así lo ha entendido la doctrina mayoritaria. Cfr., entre otros, MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN, E., ob. cit., p. 434; CALBACHO, F., ob. cit., p. 101; MARTÍNEZ MACHUCA, P., ob. cit., pp. 1172 a 1179 y SAGASTI, J.J., ob. cit., p. 455.

⁷⁴¹ BELTRÁN, E., «Los dividendos pasivos en la reforma de la sociedad anónima», en AC, núm. 11, 1989, pp. 703 y 704.

⁷⁴² JUSTE, J., «Legitimación subsidiaria», ob. cit., p. 143.

vinculados con el voto⁷⁴³. Pero es que, además, la situación de mora puede deberse a una reclamación intempestiva de los desembolsos pendientes por parte del administrador, que busque garantizarse, de esta forma, la aprobación del acuerdo de renuncia⁷⁴⁴. Y, a ello, debe añadirse, por último, el hecho de que los socios, al ejercitar la acción social, no reclaman nada para sí, sino para la sociedad, que se verá beneficiada por la condena de los administradores sea quien sea el socio que finalmente inicie el procedimiento⁷⁴⁵.

En consecuencia, *el accionista que se halle en situación de mora de los desembolsos pendientes*, al igual que el socio sin voto, no podrá participar en la junta en la que se decida el ejercicio de la acción social de responsabilidad o su renuncia. A tal efecto, el importe de sus acciones deberá descontarse del quórum constitutivo y deliberativo (art. 83.1 LSC). Sin embargo, podrá entablar la acción contra los administradores de forma subsidiaria, cuando se fundamente en el incumplimiento de su deber de diligencia, o directamente, cuando busque el resarcimiento de los daños ocasionados por su conducta desleal (art. 239 LSC) y *podrá, asimismo, oponerse al acuerdo abdicativo de la junta* (art. 238.2 LSC).

Estas reflexiones vienen a confirmar que, en Derecho español, a diferencia de lo que sucede en Italia, *existe una perfecta simetría entre la legitimación extraordinaria para el ejercicio de la acción social y el derecho de veto u oposición a su renuncia*. Se trata de dos facultades absolutamente inescindibles que garantizan a la minoría el derecho a (co)determinar el interés social a la reintegración de los daños causados por los administradores en el patrimonio de la sociedad.

V. EFECTOS DE LA RENUNCIA VÁLIDAMENTE ACORDADA POR LA JUNTA

Para que la renuncia pueda considerarse válidamente aprobada sabemos ahora que son requisitos indispensables: *i)* que el asunto conste previamente en el orden del día (*supra* §8.I); *ii)* que el acuerdo tenga carácter expreso (*supra* §8.II) —lo cual se manifiesta, por un lado, en la obligación de que el objeto del negocio abdicativo esté perfectamente determinado y no sea meramente determinable (*supra* II.1) y, por otro, en la necesidad de que la sociedad cumpla con la carga, que le incumbe *de facto*, de hacer expresa la causa que justifica su adopción (*supra* II.2)—; y *iii)* que la minoría titular de,

⁷⁴³ La idea de que la norma que limita los derechos del socio debe ser interpretada restrictivamente es compartida de forma unánime. Cfr. BELTRÁN, E., «Los dividendos pasivos», ob. cit., pp. 704 y 705; ID., «Efectos de la mora (Art. 83)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario*, ob. cit., vol. 1, pp. 720 y 721 y OTERO LASTRES, J.M., *Dividendos pasivos*, en Uría/Menéndez/Olivencia (Dirs.), *Comentario*, tomo 3, vol. 3, pp. 267 y 268.

⁷⁴⁴ Advierte este riesgo LATELLA, D., ob. cit., p. 278. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el *Codice civile*, a diferencia del artículo 81.2 de la Ley de Sociedades de Capital, no establece un plazo mínimo obligatorio entre el momento en que se anuncie o comunique la exigencia del pago y la fecha en la que éste deba producirse, lo que aumenta el riesgo de abuso por parte de los administradores. Cfr. CAMPOBASSO, G.F., *Diritto commerciale*, ob. cit., p. 187.

⁷⁴⁵ Admite igualmente que el accionista moroso pueda ejercitar la acción social de responsabilidad CALBACHO, F., ob. cit., p. 108.

al menos, el cinco (o el tres) por ciento del capital social no haya ejercitado el derecho de veto que le reconoce la Ley (art. 238.2 LSC). Reuniéndose todas estas condiciones, ¿qué consecuencias se derivan de la renuncia? La cuestión ha quedado resuelta, en gran medida, en los epígrafes anteriores, pero quedan por aclarar algunos aspectos relacionados con los efectos de la renuncia frente a los sujetos —acreedores y minoría— a quienes la Ley legitima con carácter extraordinario para ejercicio de la acción. Por tanto, en este apartado, y a modo de bisagra, se recopilan algunas de las conclusiones alcanzadas hasta el momento y se adelantan otras que se abordarán, con mayor detenimiento, en el capítulo siguiente.

El principal efecto que se deriva de la renuncia válidamente acordada por la junta es la extinción definitiva del derecho renunciado. Ahora bien, dicha extinción tendrá consecuencias distintas en función del momento en el que se adopte el acuerdo abdicativo. Si la renuncia tiene lugar una vez ejercitada la acción y durante la pendencia del proceso, éste concluirá mediante sentencia de fondo absolutoria (art. 20.1 LEC) que adquirirá eficacia de cosa juzgada⁷⁴⁶. Esto último no es baladí, si se tiene en cuenta que, en estos casos, la sociedad no podrá pretender la condena de los administradores beneficiados por la renuncia en un ulterior proceso (art. 222.1 LEC). En efecto, presentada una nueva demanda por la que se solicite la tutela jurisdiccional del derecho renunciado, ésta deberá admitirse a trámite⁷⁴⁷, pero en la audiencia previa el administrador demandado podrá alegar —y el juez deberá apreciar de oficio— la concurrencia de cosa juzgada (arts. 414.1 III y 416.1.2º LEC), lo que dará lugar a la finalización del proceso mediante auto de sobreseimiento que, obviamente, no se pronunciará sobre el fondo del asunto (art. 421.1 LEC)⁷⁴⁸.

Si la renuncia se produce de manera previa al inicio del proceso —antes o después de que se haya adoptado formalmente un acuerdo favorable a la exigencia de responsabilidad (*supra* §6.II.2)— los efectos sustantivos serán idénticos: el derecho al resarcimiento del daño habrá quedado definitivamente extinguido. Sin embargo, las consecuencias de esta renuncia sobre un posterior litigio ya no serán las mismas, porque, al haberse adoptado en un ámbito extraprocésal, el acuerdo no desplegará los efectos de cosa juzgada. Por eso, en el caso de que la sociedad ejercitase de nuevo la

⁷⁴⁶ Aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil no diga nada al respecto, la sociedad renunciante deberá ser condenada en costas por aplicación de la regla general del vencimiento (art. 394.1 LEC) (cfr. ASECIO, J.M., *Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., Valencia [Tirant lo Blanch], 2012, p. 198).

⁷⁴⁷ Pues, como dicen MONTERO, J. (*et al.*), *Derecho jurisdiccional*, ob. cit., vol. 2, p. 495, «la fuerza de la cosa juzgada no puede hacer que el tribunal la inadmita, y ello por la simple razón de que ese tribunal no puede tener conocimiento en ese momento de la existencia de la cosa juzgada formada en un primer proceso».

⁷⁴⁸ Ello, siempre y cuando, el proceso se esté sustanciando por los trámites del juicio ordinario, lo que será lo más frecuente, en atención a la cuantía del proceso (art. 249.2 LEC: «Se decidirán también en el juicio ordinario las demandas cuya cuantía excedan de seis mil euros [...]»). En el improbable caso de que la demanda se tramitase por la vía del juicio verbal (art. 495.2 LEC), la Ley de Enjuiciamiento Civil no prevé ningún cauce específico que permita dar por terminado el proceso de forma inmediata por existencia de cosa juzgada, por lo que éste deberá proseguir hasta que, llegado el momento de dictar sentencia, el juez se pronuncie acerca de la imposibilidad de entrar a decidir de nuevo (cfr. MONTERO, J., *loc. ult. cit.*).

acción frente a los mismos administradores y con base en los mismos hechos, la demanda será admitida a trámite y el proceso continuará hasta su finalización mediante sentencia de fondo que, lógicamente, deberá absolver al administrador o administradores demandados. Con todo, serán estos últimos quienes tengan la carga de alegar y probar, como hecho extintivo, la renuncia de la sociedad, aportando la correspondiente certificación del acta de la junta en la que se hubiera adoptado el acuerdo (*supra* §3.II.1).

Es claro, por tanto, que, una vez acordada la renuncia, la sociedad no podrá volver a ejercitar con éxito la acción social, aunque resulta igualmente claro que tampoco podrán hacerlo los socios minoritarios —actuales o futuros⁷⁴⁹— (art. 239 LSC). Hay quien ha acudido a los principios de economía procesal y no contradicción con los propios actos para justificar este efecto claudicante que la renuncia de la sociedad despliega sobre la legitimación de la minoría⁷⁵⁰. Pero se trata de una argumentación innecesaria: tras la renuncia de la sociedad, los socios no podrán entablar la acción social, sencillamente, porque no habrá acción que entablar. Como veremos detenidamente en el siguiente capítulo, la minoría está legitimada para ejercitar, en vía extraordinaria —y «en defensa del interés social»— el *mismo derecho* al resarcimiento del daño ocasionado por la *mala gestio* de los administradores que pertenece, en exclusiva, a la sociedad⁷⁵¹. De ahí que deban rechazarse igualmente aquellas opiniones —ciertamente minoritarias— que, apelando a la mejor protección de los socios ajenos al grupo de control, declaran la «inoponibilidad» de la renuncia acordada por la junta frente a la minoría⁷⁵². Como puede comprenderse, esta interpretación hace del régimen

⁷⁴⁹ Está claro que la renuncia produce la pérdida del derecho de manera definitiva, vinculando también a los futuros socios. Esta cuestión se la planteaba ROSSI, A., «Sub art. 129», ob. cit., p. 123, al analizar la siguiente situación: en Italia, antes de la reforma de 2003, la legitimación extraordinaria para el ejercicio de la acción social solamente se reconocía en las sociedades cotizadas y a los socios titulares de, al menos, el cinco por ciento del capital social, a los que se les atribuía, al mismo tiempo, el derecho a vetar el acuerdo de renuncia o transacción (cfr. ant. art. 129 TUF); a su vez, el entonces vigente artículo 2393 del *Codice civile*, aplicable a las sociedades no cotizadas, concedía a la minoría titular de, al menos, el veinte por ciento del capital social, el derecho a oponerse a la renuncia o transacción de la sociedad; de esta forma, podía suceder que una sociedad no cotizada acordase la renuncia a pesar del voto contrario de una minoría superior al cinco por ciento e inferior al veinte y que, posteriormente, una vez que la sociedad fuese admitida a cotización, la minoría pretendiese ejercitar la acción renunciada. El autor concluye que la renuncia sería perfectamente válida y el derecho al resarcimiento del daño habría desaparecido definitivamente del patrimonio social. En consecuencia, los socios de la ahora cotizada no podrían tratar de hacer valer su derecho de oposición con carácter retroactivo y, por tanto, les sería imposible volver a ejercitar la acción.

⁷⁵⁰ CANDELARIO MACÍAS, M.I., *La Tutela de la minoría en la sociedad cotizada en bolsa: examen de los derechos políticos-administrativos tras la Ley 26/2003*, Barcelona [Atelier], 2007, p. 342.

⁷⁵¹ En puridad, y dado que los socios tienen reconocida únicamente una legitimación «procesal» extraordinaria, lo que realmente ejercitan es la «acción» perteneciente a la sociedad, pero ésta se fundamenta, en cualquier caso, en el «derecho» sustantivo al resarcimiento del patrimonio social lesionado, por lo que la renuncia a este último deja sin objeto a la primera (v. *supra* §3.II.1, sub a y b).

⁷⁵² El primero en señalar la posibilidad de que la renuncia de la sociedad no perjudicase la acción de la minoría es GIRÓN, J., *Derecho de sociedades anónimas*, ob. cit., p. 380, aunque el pasaje es bastante crítico: «Nada se dice [acerca del posible ejercicio de la acción por parte de los socios] respecto de la hipótesis de transacción o de renuncia; en el primer caso, se debe considerar excluida (*sic*) la acción de la minoría, pues de lo contrario se quebrantaría el carácter subsidiario y, además, la posibilidad misma de transigir que da la Ley a la Junta; en el segundo, por el contrario, habría que considerar abierta la acción

jurídico de la renuncia algo perfectamente prescindible. No se acierta a entender, en efecto, qué sentido tendría exigir que el negocio abdicativo se apruebe mediante un acuerdo expreso y sin oposición de los socios que representen, al menos, el cinco (o el tres) por ciento del capital social si, una vez aprobado dicho acuerdo, esos mismos socios pudieran seguir ejercitando la acción. Esta tesis no es que pueda «llevar a pensar que la protección de la minoría alcanza unos niveles de reforzamiento más allá de los pretendidos por el legislador», como reconoce uno de sus partidarios⁷⁵³, sino que es inaceptable *de lege lata*. Los socios se encuentran suficientemente protegidos frente a una renuncia fraudulenta gracias al derecho de veto que les reconoce la Ley (art. 238.2 LSC), y a la obligación de que el asunto conste previamente en el orden del día de la junta. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la sociedad carece de un interés objetivo y abstracto al ejercicio de la acción. De hecho, hemos visto cómo, en determinadas circunstancias, es precisamente la renuncia a ejercitarla lo que maximiza ese interés. Por eso, los socios que consideren que este acuerdo les perjudica deberán o bien oponerse a su adopción o bien impugnarlo. De no ser así, habrán perdido la oportunidad de hacer valer el derecho al resarcimiento del daño ocasionado por los administradores, puesto que el interés social se habrá materializado en la abdicación de ese derecho⁷⁵⁴.

Mucho más problemática se presenta, por el contrario, la «oponibilidad» de la renuncia frente a los acreedores sociales. En Italia, la cuestión se encuentra resuelta de forma expresa en el artículo 2394 del *Codice civile*, según el cual, la renuncia de la sociedad no impide el ejercicio de la acción por parte de los acreedores, en tanto que la transacción únicamente podrá ser impugnada mediante el ejercicio de la acción revocatoria cuando concurran sus presupuestos. Pero lo cierto es que el *Codice* configura la legitimación de los acreedores de un modo muy particular (*infra* §10.I.1), por lo que las conclusiones alcanzadas por la doctrina italiana no pueden trasplantarse acriticamente al Ordenamiento español.

minoritaria con cómputo nuevo a partir de la renuncia». Como se ve, el ilustre autor no justifica su opinión, aunque parece identificar el «acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad» con la renuncia. Es, por el contrario, MARTÍNEZ MACHUCA, P., ob. cit., pp. 1165 y ss. quien desarrolla esta tesis, aunque sus argumentos no pueden compartirse. Dice, en concreto, que no cabría privar de legitimación a la minoría que no se ha opuesto, en primer lugar, «porque la pérdida de un derecho tiene que venir expresamente impuesta por la Ley; en caso contrario, no puede presumirse» y, en segundo lugar, porque «parece una solución demasiado formalista, drástica y claramente opuesta a los intereses minoritarios». Tampoco puede compartirse la opinión de SANTOSUOSSO, D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.Lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milán [Giuffrè], 2003, p. 149, según el cual «l'azione dei minoritari non sembra lato sensu surrogatoria, e dunque la rinuncia o la transazione da parte della società non dovrebbe rendere improponibile o improcedibile l'azione da parte dei soci». Ciertamente, la legitimación de los socios no responde al mecanismo de la subrogación (*infra* §11.I.2), pero de ello no se deriva la inoponibilidad de la renuncia (v. *infra* en el texto).

⁷⁵³ MARTÍNEZ MACHUCA, P., ob. cit., p. 1167.

⁷⁵⁴ Así lo ha entendido, correctamente, la doctrina mayoritaria. Cfr., por todos, GARRIGUES, J., en Garrigues-Uría, *Comentario*, ob. cit., vol. 2, p. 180; SUÁREZ-LLANOS, L., ob. cit., pp. 983 a 985; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores*, ob. cit., p. 380; QUIJANO, J., «Acción social», ob. cit., p. 1712; ARANGUREN, F.J., ob. cit., p. 526; CALBACHO, F., ob. cit., p. 227; GARRETA, J.M., «La responsabilidad de los administradores», ob. cit., p. 623; DÍAZ-ECHEGARAY, J.L., ob. cit., p. 315; ARROYO, I. y BOET, E., ob. cit., p. 1559 y MAVIGLIA, R., ob. cit., p. 710.

En relación con este último, y ante la ausencia de datos normativos en un sentido u otro, la doctrina se ha inclinado mayoritariamente por afirmar la «inoponibilidad» de la renuncia acordada por la sociedad frente a los acreedores. El razonamiento es, en apariencia, sencillo: si la renuncia de la sociedad pudiera afectarles, los acreedores:

«quedarían sometidos a las consecuencias de un acto al que son totalmente extraños y que, por carecer de eficacia reintegradora del patrimonio social lesionado, no hace desaparecer su interés en la reconstrucción del mismo»⁷⁵⁵.

Ahora bien, si se tienen presentes las conclusiones al uso en materia de responsabilidad de los administradores⁷⁵⁶, emerge con claridad la justificación última de esta postura: los acreedores ejercitan la acción social *en interés de la propia sociedad* y aun *de toda la colectividad*, incluso contra de la voluntad de aquélla, porque la responsabilidad societaria de los administradores es, en el fondo, una materia de orden público, de la que los socios pueden disponer con efectos *ad intra*, pero, en ningún caso, frente a terceros. De este modo, se haría patente que la acción social es algo más que un instrumento al servicio de los intereses privados de los socios; se trataría, en realidad, de una herramienta con la que se busca proteger el interés general a una correcta administración de las sociedades de capital⁷⁵⁷.

No obstante, esta tesis descansa en un equívoco de fondo: los acreedores no ejercitan la acción social en interés de la sociedad, sino en el suyo propio. La legitimación de los acreedores reproduce, en esencia, el mecanismo de la acción subrogatoria del Derecho común (art. 1111 CC) y tiene por objeto evitar que la pasividad de la sociedad a la hora de exigir responsabilidades a los administradores termine perjudicando el interés —*estrictamente privado*— de aquéllos al cobro de sus créditos (*infra* §10.I). Justamente por eso es por lo que se les permite actuar únicamente ante la inercia de la sociedad y en el caso de que ésta no cuente con un patrimonio suficiente para hacer frente a sus deudas (art. 240 LSC). No hay, por tanto, ningún

⁷⁵⁵ GARRIGUES, J., en Garrigues-Uría, *Comentario*, ob. cit., vol. 2, p. 180, quien, a pesar de ello, afirma que la transacción «salvo si es fraudulenta y amenaza gravemente la garantía de los créditos de los acreedores de la sociedad, determina la desaparición del interés de estos últimos». Las mismas conclusiones, al menos en relación con la renuncia, pueden verse en SUÁREZ-LLANOS, L., ob. cit., p. 993; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores*, ob. cit., p. 400; ESTEBAN VELASCO, G., «Acción social y acción individual», ob. cit., p. 78; QUIJANO, J., «Acción social», ob. cit., p. 1712; CALBACHO, F., ob. cit., pp. 225 y 227; ARROYO, I. y BOET, E., ob. cit., p. 1159 y JUSTE, J., «La legitimación subsidiaria», ob. cit., p. 159, quien considera, sin embargo, que «si la renuncia judicial ha dado lugar a sentencia absolutoria, o la transacción es homologada por el juez, no será posible la ulterior discusión judicial por los mismos hechos».

⁷⁵⁶ V. *supra* la nota 152.

⁷⁵⁷ Tal y como la exponemos en el texto, esta tesis puede verse en el trabajo de DE LOJENDIO, I.M., «Delimitación de competencias entre los órganos de la sociedad anónima y modificación del balance», al que ya hemos hecho referencia. Para este autor, el régimen de responsabilidad de los administradores «confirma la idea [...] de que la gestión afecta especialmente a los intereses de terceros» (p. 317), «a quienes la Ley concede también legitimación para entablar la correspondiente acción» (p. 316), si se tiene en cuenta, además, que esta posibilidad de ejercitar la acción «tampoco la pierden esos terceros por la renuncia a la acción de responsabilidad por parte de la sociedad. Ese es el sistema del art. 80 de la Ley. Precisamente su legitimación nace en defecto de la acción por la sociedad o por los socios “sea cualquiera la causa de esta pasividad”» (nota 80, en p. 317).

motivo que justifique un tratamiento distinto y privilegiado de los acreedores de una sociedad de capital que ejercitan la acción social frente al que reciben los acreedores de una persona física o de cualquier otra sociedad que ejercitan los derechos y acciones de su deudor en vía subrogatoria.

Siendo cierto lo anterior, la interpretación dominante en la actualidad debe ser sometida a revisión: la renuncia o la transacción válidamente acordadas por la junta resultan *plenamente oponibles* a los acreedores⁷⁵⁸. En cualquier caso, éstos podrán reaccionar, bien solicitando la anulación del negocio cuando éste se presente como una liberalidad carente de justificación causal y realizada *en perjuicio* de sus intereses (arts. 6 II y 1275 CC) o bien ejercitando la correspondiente acción revocatoria en el caso de que el acuerdo, aun estando causalmente justificado, les cause un perjuicio objetivo (arts. 1111 y 1291.3° CC).

⁷⁵⁸ Esta afirmación debe ser matizada en un solo aspecto. Como veremos, a la renuncia a los derechos de crédito les resulta de aplicación, por analogía, lo dispuesto en el artículo 1526 del Código civil («La cesión de un crédito, derecho o acción no surtirá efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta en conformidad a los artículos 1.218 y 1.227»), lo que, en esencia, se traduce en la necesidad de que el acuerdo de renuncia a la acción social conste en acta notarial para que pueda ser oponible a los acreedores (*infra* §10.II.1).

CAPÍTULO QUINTO

LA RENUNCIA A LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD EJERCITADA POR LOS LEGITIMADOS EXTRAORDINARIOS

SUMARIO. §10. La renuncia a la acción social de responsabilidad ejercitada por los acreedores sociales; I. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGITIMACIÓN DE LOS ACREEDORES; 1. Los acreedores ejercitan la acción «social»; 2. (*sigue*) en nombre propio e interés propio; 3. La acción ejercitada por los acreedores como acción subrogatoria (común); II. LA RENUNCIA A LA ACCIÓN SOCIAL EJERCITADA POR LOS ACREEDORES; 1. Oponibilidad a los acreedores de la renuncia válidamente acordada por la junta. Confirmación; 2. La sociedad no puede renunciar a la acción social ya entablada por los acreedores en perjuicio de estos últimos; 3. Los acreedores pueden desistir del proceso iniciado, pero no renunciar a la acción (social) entablada. §11. La renuncia a la acción social de responsabilidad ejercitada por los socios minoritarios; I. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGITIMACIÓN DE LA MINORÍA; 1. Los socios ejercitan la acción «social» en nombre propio y, por tanto, no actúan como representantes de la sociedad en sentido técnico; 2. La legitimación de la minoría como acción subrogatoria. Crítica; 3. La legitimación de la minoría como gestión de negocios ajenos «en el proceso». Crítica; 4. El ejercicio de la acción social por la minoría como supuesto particular de ampliación de la legitimación «en defensa del interés social»; II. LA RENUNCIA A LA ACCIÓN SOCIAL EJERCITADA POR LOS SOCIOS MINORITARIOS; 1. La intervención de la sociedad en el proceso iniciado por la minoría. Análisis de las distintas estrategias procesales que puede adoptar la sociedad. En particular, la renuncia a la acción; 2. Los socios no pueden renunciar a la acción (social) ejercitada. Las dudas en Derecho italiano.

En los Ordenamientos jurídicos modernos, basados en sistemas de derechos subjetivos, rige el principio general conforme al cual la defensa jurídica de tales derechos ante los tribunales se atribuye de manera exclusiva al titular de los mismos o a quien, al menos, afirma serlo (art. 24.1 CE⁷⁵⁹). Esta máxima es la que viene a establecer el artículo 10 I de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al definir como *parte procesal legítima* a quien comparezca y actúe en juicio como titular de la relación jurídica u

⁷⁵⁹ «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión». En sentido análogo se expresa el artículo 24 de la Constitución italiana, según el cual: «*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*».

objeto litigioso⁷⁶⁰. Como puede comprenderse, no estamos más que ante una simple derivación del principio de autonomía privada en virtud del cual la disposición de los derechos corresponde únicamente a su titular, pues, en el fondo, el ejercicio procesal de los derechos no deja de ser una forma de disposición de los mismos⁷⁶¹.

Esta observación nos ha permitido afirmar, en el capítulo anterior, que es a la sociedad, como titular del patrimonio social lesionado por la conducta ilícita de los administradores, a la que compete, de manera primaria, el ejercicio de la acción social de responsabilidad y, por ende, su renuncia (*supra* §7.I).

Ahora bien, esta regla, con ser general, no está libre de excepciones. En determinados supuestos, puede estar justificado que quien no se afirma titular de un concreto derecho litigue con éxito, ejercitando una pretensión basada justamente en ese derecho. Esta salvedad aparece recogida también en el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo párrafo segundo exceptúa «los casos en que *por ley* se atribuya legitimación a persona distinta del titular». Efectivamente, *la ley*, en atención a la concurrencia de determinadas circunstancias excepcionales, puede otorgar a un sujeto

⁷⁶⁰ La figura de la legitimación (activa) no es, ni mucho menos, exclusiva de la ciencia jurisdiccional, aunque su estudio fuese iniciado por los procesalistas (GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., «A vueltas con la legitimación: en busca de una construcción estable», en *RPJ*, núm. 54, 1999, p. 215). Se trata, antes bien, de un concepto propio del Derecho privado (CORDÓN, F., «Anotaciones acerca de la legitimación», en *RDProc*, núm. 2, 1979, pp. 305 a 309; ID., «De nuevo sobre la legitimación», en *RDProc*, núm. 1, 1997, p. 47) con el que se hace referencia a la «idoneidad de la persona que actúa para que su acto produzca efectos jurídicos, dada la relación de dicha persona con los intereses afectados o regulados por el acto o negocio jurídico» (DÍEZ-PICAZO, L., *La representación*, ob. cit., p. 129) o, sencillamente, a la «posibilidad legítima de realizar con eficacia un acto jurídico» (LACRUZ, J.L. [et al.], ob. cit., tomo 1, vol. 3, p. 101). Ahora bien, la complejidad que presenta su incidencia y tratamiento en el proceso ha hecho de éste uno de los conceptos «más debatidos y, al mismo tiempo, más confusos del derecho procesal» (GÓMEZ ORBANEJA, E., ob. cit., vol. 1 [7ª ed., 1975], p. 135). Por limitarnos a las tesis más modernas (una revisión crítica de las más tradicionales puede verse en MONTERO, J., *De la legitimación*, ob. cit., pp. 23 y ss.), conviene advertir que la «legitimación procesal» se entiende, al menos, en un doble sentido. Para algunos, estaríamos ante un *presupuesto de carácter procesal* que se basaría en la mera afirmación que hace el actor de hallarse en una posición que le habilita para formular una pretensión en nombre propio; posición habilitante que podrá consistir o no en la afirmación de la titularidad del derecho material, según se trate de un supuesto de legitimación ordinaria o extraordinaria (en España, el principal defensor de esta tesis es MONTERO, J., *La legitimación en el proceso civil. Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él*, Madrid [Civitas], 1994; ID., *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*, Granada [Comares], 1997 e ID., *De la legitimación*, ob. cit. Le sigue GARNICA, J.F., «Artículo 10. Condición de parte procesal legítima», en Fernández-Ballesteros [et al.] [Coords.], *Comentarios*, ob. cit., pp. 152 y ss. En la doctrina italiana, pueden verse, entre otros, ALLORIO, E., *Problemas de derecho procesal*, vol. 2, trad. Sentís, S., Buenos Aires [Ed. Jurídicas Europa-América], 1963, pp. 249 y ss. [v. espec., pp. 253 y ss. y 269 y ss.] y MANDRIOLI, C., *Corso*, ob. cit., pp. 42 a 45). Desde esta perspectiva, la falta de legitimación daría lugar a una resolución que pondría fin al proceso sin resolver la cuestión de fondo. Por el contrario, otros autores consideran que no estamos ante un requisito meramente procesal, sino ante un auténtico *presupuesto de la «acción»* en sentido concreto (v. *supra* la nota 188 y el texto correspondiente), que se define como la «cualidad de un sujeto jurídico consistente en hallarse, dentro de una situación jurídica determinada, en la posición que fundamenta, según el Derecho, el otorgamiento de una concreta tutela jurisdiccional pretendida» (DE LA OLIVA, A., *Curso*, ob. cit., vol. 1, pp. 416 y CORDÓN, F., últ. ob. cit. *passim*; ID., «Condición de parte procesal legítima [Art. 10]», en Córdón [et al.] [Coords.], *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. 1, 2ª ed., Navarra [Aranzadi], 2011, p. 173). Bajo este otro punto de vista, que es mayoritario en España, la falta de legitimación tendría como consecuencia la emanación de una sentencia de fondo absolutoria.

⁷⁶¹ MONTERO, J., *De la legitimación*, ob. cit., p. 320.

la facultad de ejercitar un derecho ajeno. Cuando esto sucede, se dice que estamos ante un supuesto de *legitimación extraordinaria o indirecta*, por oposición a los casos normales de *legitimación ordinaria o directa*, en los que es el propio titular quien litiga⁷⁶².

No es difícil advertir cómo esta otra modalidad de legitimación supone, al fin y al cabo, una derogación, más o menos intensa, de aquel principio de autonomía privada, en la medida en que, con ella, se desplaza al titular en la defensa de sus derechos. Por este motivo, su reconocimiento no puede decidirse de manera arbitraria y debe contar además con la oportuna cobertura legal⁷⁶³: es al legislador al que compete, de forma exclusiva, establecer en qué casos y bajo qué requisitos la autonomía de un particular debe ceder para permitir que sea otro sujeto el que ejercite sus derechos⁷⁶⁴. Esa delicada tarea de composición de los distintos intereses en juego se plasma en la articulación de una amplia gama de mecanismos legales de atribución de legitimación sin afirmación de la titularidad —o sea, de legitimación extraordinaria— que pueden clasificarse, *por razón del interés tutelado*, en dos grandes categorías:

a) Supuestos de *legitimación por sustitución*. Se trata de aquellos casos en los cuales la ley atribuye a un determinado sujeto la facultad de ejercitar ante los tribunales un *derecho ajeno, en nombre propio* y para lograr la mejor tutela *de sus propios intereses*⁷⁶⁵. En todos ellos, el interés que prima es el de la persona que actúa —el

⁷⁶² DE LA OLIVA, A., *Curso*, ob. cit., vol. 2, p. 420.

⁷⁶³ En este sentido debe interpretarse también el artículo 81 del *Codice di procedura civile italiano*, conforme al cual: «*Fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui*». Cfr., al respecto, ATTARDI, A., «Legittimazione ad agire», en *Dig. delle disc. priv., sez. civ.*, vol. 10, Turín [Utet], 1993, p. 526 (v., sin embargo, la nota siguiente).

⁷⁶⁴ En general, la doctrina española rechaza la validez de las ampliaciones convencionales de la legitimación (cfr., por todos, MONTERO, J., *De la legitimación*, p. 324). En Italia, el propio tenor literal del artículo 81 del *Codice di procedura civile* («*Fuori dei casi espressamente previsti dalla legge...*») ha llevado igualmente a la doctrina mayoritaria a entender que esta figura no tiene cabida en aquel Ordenamiento (cfr. MANDRIOLI, C., «Delle parti e dei difensori», en Allorio [Dir.], *Commentario del codice di procedura civile*, tomo 1, Turín [Utet], 1973, p. 927; *contra*, sin embargo, ALLORIO, E., *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milán [Giuffrè], 1935 [reed. 1992], p. 253; ID., «Assicurazione e sostituzione processuale volontaria», en *Riv. dir. comm.*, 1935, pp. 415 a 426 y GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, ob. cit., p. 231). Por el contrario, en Alemania, la denominada «*gewillkürte Prozeßstandschaft*» es una institución ampliamente admitida (cfr. los autores citados por NIEVA, J., *La sostituzione procesal*, Madrid-Barcelona [Marcial Pons], 2004, pp. 50 y ss.).

⁷⁶⁵ Sería bastante ingenuo —y no menos pretencioso— tratar de dar una cumplida explicación de un fenómeno tan complejo como el de la «sustitución» en una nota a pie de página. Por eso, su estudio debe quedar forzosamente remitido (cfr. junto a la obra clásica de GARBAGNATI, E., *La sostituzione processuale*, cit., la monografía de NIEVA, J., *La sostituzione procesal*, cit., quien, no obstante, aborda el tema desde una perspectiva del todo original). Con todo, a los fines que aquí interesan, resulta imprescindible una mínima aclaración conceptual. Estamos ante una institución que, al igual que la «legitimación» (v. *supra* la nota 760), surge en el ámbito del Derecho procesal, si bien no tarda en hacer fortuna entre los iusprivatistas, adentrándose, como aquélla, en el campo de la teoría general del Derecho. De origen alemán («*Prozeßstandschaft*»), el concepto de «sustitución procesal» fue acuñado por CHIOVENDA, G., *Principii*, ob. cit., pp. 596 y ss. (v. espec. la nota 1 de la p. 596). Con él, aludía el maestro italiano al fenómeno *exclusivamente procesal* que tenía lugar cuando un sujeto hacía valer en el proceso un derecho ajeno en nombre propio. Así definida, la sustitución servía para describir los fenómenos más dispares, por lo que no es de extrañar que pronto los términos «sustitución procesal» y «legitimación extraordinaria» se entendieran como sinónimos (MANDRIOLI, C., «Delle parti e dei

sustituto—, pero no hasta el extremo de privar de legitimación al titular del derecho — el sustituido—, que podrá seguir defendiéndolo como mejor le parezca⁷⁶⁶. El supuesto paradigmático de legitimación por sustitución es el de la conocida como «acción subrogatoria», regulada en el artículo 1111 del Código civil⁷⁶⁷. A través de la misma, el Ordenamiento trata de evitar que la pasividad del deudor termine perjudicando los intereses de su acreedor y, para ello, permite a este último ejercitar los derechos y acciones que corresponden al primero con el objetivo de facilitarle el cobro de su crédito. El fundamento de esta figura no es otro que el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC), a cuya defensa tiende también la acción

difensori», ob. cit., p. 926). Ahora bien, tratando de preservar la utilidad de esta construcción, la doctrina mayoritaria ha adoptado un concepto más restringido de «sustitución procesal», que a los rasgos característicos del ejercicio de un derecho ajeno en nombre propio, le añade también la nota distintiva de la actuación *en interés propio*, lo que permite diferenciar los casos de «sustitución» en sentido estricto de los de «legitimación representativa» en los que, como veremos más abajo en el texto, el ejercicio del derecho ajeno se realiza en nombre propio, pero *en interés ajeno*. En este sentido —que es en el que lo empleamos nosotros, siguiendo a la mayor parte de la doctrina española e italiana— la sustitución se contempla como uno más de los distintos supuestos de legitimación extraordinaria regulados por la Ley (arts. 10 II LEC y 81 C.p.c.) (cfr. DE LA OLIVA, A., *Curso*, ob. cit., vol. 1, pp. 420 y ss.; MONTERO, J., *De la legitimación*, ob. cit., pp. 319 y ss. y ATTARDI, A., «Legittimazione ad agire», ob. cit., p. 529, entre otros). Sin embargo, en Italia, hay algunos autores para los que la «sustitución procesal» no puede entenderse como una mera especie perteneciente al género de la «legitimación extraordinaria». Ambos serían, en realidad, conceptos autónomos que explicarían realidades diversas. Con el término «legitimación extraordinaria» se haría referencia a aquellos casos —como el de la acción subrogatoria (art. 2900 C.Civile)— en los que el legitimado ejercita un derecho ajeno para obtener la tutela de un derecho propio, con base en la relación de dependencia sustantiva existente entre ambos. Precisamente esta dependencia en el plano sustantivo haría necesaria la presencia en el proceso de todos los sujetos cuya situación material se ve involucrada en el mismo, de modo que, para estos autores, la formación del correspondiente *litisconsorcio pasivo* sería un rasgo característico de la «legitimación extraordinaria». Por el contrario, en los supuestos de «sustitución» en sentido estricto (art. 81 C.p.c.), el sustituto carecería de un interés directo en el proceso, y actuaría ejercitando un derecho exclusivamente ajeno. En consecuencia, la debida constitución de la relación procesal no exigiría la formación de un *litisconsorcio pasivo*; el sustituto sería, en principio, ajeno al proceso, por más que le alcancen los efectos de cosa juzgada de la sentencia (este concepto de «sustitución» puede verse en CECHELLA, C., voz «Sostituzione processuale», *Dig. delle disc. priv., sez. civ.*, vol. 18, Turín [Utet], 1998, pp. 638 a 643, el cual desarrolla la tesis, menos radical, de FAZZALARI, E., voz «Sostituzione processuale», en *Enc. dir.*, vol. 43, Milán [Giuffrè], 1990, pp. 159 a 162 e ID., *Istituzioni di diritto processuale*, 8ª ed., Turín [Utet], 1996, pp. 334 a 338, quien no deja de considerar la sustitución como una modalidad de legitimación extraordinaria, caracterizada por no requerir la formación de un *litisconsorcio pasivo*). Veremos más adelante que esta tesis es de la que parte LATELLA, D., ob. cit., pp. 257 y ss., para negar que el ejercicio de la acción social de responsabilidad por la minoría integre una hipótesis de «sustitución» (v. *infra* 966). Pero, de momento, adviértase que esta concepción de la sustitución aproxima esta figura a la de la «legitimación representativa» de la que hablamos a continuación en el texto, hasta el punto que LATELLA, D., ob. cit., p. 221, nota 77, enumera, entre los supuestos típicos de sustitución en sentido estricto el de la legitimación para la defensa de «intereses difusos».

⁷⁶⁶ MONTERO, J., *De la legitimación*, ob. cit., pp. 321 y 322.

⁷⁶⁷ No obstante, la visión «chiovendana» de la *sostituzione processuale*, como institución estrictamente procesal (v. *supra* la nota 765) ha llevado a parte de la doctrina italiana y de la española a cuestionar la calificación de la acción subrogatoria como auténtico supuesto de sustitución, argumentando, entre otras cosas, que la acción subrogatoria admite también un ejercicio extrajudicial. Cfr., entre otros, MONTELEONE, G.A., *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, Milán [Giuffrè], 1975, pp. 215 y ss.; CRISTÓBAL MONTES, A., *La vía subrogatoria*, Madrid [Tecnos], 1995, p. 79 y JORDANO FRAGA, F., «La legitimación pasiva en el ejercicio judicial de la acción subrogatoria (art. 1111 CC)», en *ADC*, 1997, pp. 513 y ss. (v. espec. pp. 557 y ss.).

revocatoria, reconocida igualmente en el artículo 1111 del Código civil⁷⁶⁸. Ambas actúan de manera complementaria, impidiendo que el acreedor pueda burlar su responsabilidad, bien por acción —transmitiendo sus bienes y derechos a un tercero—, o bien por omisión —abandonando el cobro de sus créditos—⁷⁶⁹. De este modo, el interés que justifica la restricción de la autonomía de la voluntad que necesariamente conlleva el reconocimiento de estas facultades al acreedor es *puramente privado e individual*. El acreedor no se erige en baluarte de intereses ajenos, por más que litigue para reintegrar el patrimonio de su deudor. Lo único que busca mediante el ejercicio de la acción subrogatoria es la mejor satisfacción de su crédito⁷⁷⁰. Y es precisamente ese interés el que ampara y valora la ley⁷⁷¹.

b) Por el contrario, en los casos de *legitimación representativa*, la ley permite a un determinado sujeto ejercitar en nombre propio un derecho que no le pertenece, pero ya no para la defensa de sus propios intereses, sino de los intereses del titular de ese derecho⁷⁷². La diferencia con los supuestos de sustitución es evidente: en este otro caso, el sujeto ejercita ante los tribunales un *derecho ajeno, en nombre propio e interés ajeno*. El ejemplo prototípico de esta segunda modalidad de legitimación extraordinaria es la que se concede a las asociaciones legalmente constituidas para el ejercicio de las correspondientes acciones en defensa de los intereses «colectivos» o «difusos» de los consumidores y usuarios (arts. 11 LEC)⁷⁷³. De lo que se trata aquí es de atribuir a un

⁷⁶⁸ Cfr., por todos, RIAÑO, I., *El ejercicio judicial de la acción subrogatoria*, Pamplona [Universidad Pública de Navarra], 2002, pp. 27 a 31. No obstante, como señala MONTELEONE, G.A., *Profili sostanziali* ob. cit., p. 133, no es del todo correcto decir que la acción subrogatoria se fundamenta en el principio de responsabilidad patrimonial. En realidad, la garantía patrimonial *consiste* en aquel conjunto de instrumentos de tutela del crédito que se atribuyen al acreedor, entre los que se encuentra la acción subrogatoria. Ésta es «el modo en el que la garantía-responsabilidad se manifiesta en los supuestos de inercia [del deudor]». Su fundamento no es otro que el propio vínculo obligatorio que liga al acreedor con el deudor (*ibídem*, p. 135). En términos parecidos se expresa, en nuestro país, CRISTÓBAL MONTES, A., *La vía subrogatoria*, ob. cit., pp. 52 y 53, quien entiende que el fundamento de la acción subrogatoria se halla en el hecho de que la ley trata de reforzar la efectividad de los créditos frente al riesgo de que la inacción del deudor llegue a comprometer la suficiencia de su patrimonio, lo cual, aunque guarda una estrecha relación con el principio de responsabilidad patrimonial universal, no encuentra su fundamento en este último. Más bien al contrario: la responsabilidad ilimitada del deudor se facilita y refuerza mediante la atribución al acreedor de la acción subrogatoria.

⁷⁶⁹ RIAÑO, I., ob. cit., pp. 30 y 31.

⁷⁷⁰ Cfr., por todos, CRISTÓBAL MONTES, A., *La vía subrogatoria*, ob. cit., pp. 76 y 77.

⁷⁷¹ En estos términos, RIAÑO, I., ob. cit., p. 36 quien cita, al respecto, la STS de 13 de octubre de 1911.

⁷⁷² Usamos el término «legitimación representativa», acuñado por DE LA OLIVA, A., *Curso*, ob. cit., vol. 2, pp. 422 y ss. porque es el que nos parece más expresivo.

⁷⁷³ MONTERO, J., *De la legitimación*, ob. cit., pp. 410 y ss. Se trata de intereses que se «siendo comunes a varios o muchos individuos, en ellos no se llega a perder la individualidad, de modo que lo que los caracteriza es que las varias titularidades confluyen en una visión única, en una especie de síntesis, que permite advertir la existencia de una situación jurídica diferente y propia, una consideración colectiva». De ahí que no sea correcto sostener ni aquellas posiciones que «caracterizan al interés supraindividual como estrictamente privado» ni aquellas otras que «lo consideran público o general» (*ibídem*, p. 410). Estos intereses supraindividuales se clasifican después en dos grandes grupos, en función de que los titulares últimos de los intereses agregados estén determinados o sean fácilmente determinables («intereses colectivos», art. 11.2 LEC) o, por el contrario, estén absolutamente indeterminados o su determinación sea muy difícil (art. 11.3 LEC) (*ibídem*, pp. 412 a 414).

determinado sujeto —generalmente, una persona jurídica— la defensa de un interés que tiene carácter *supraindividual*, por cuanto su titularidad sólo puede imputarse a un grupo, y que se encuentra, por tanto, *a medio camino entre el interés estrictamente privado y el público o general*⁷⁷⁴.

Ahora bien, los que acabamos de mencionar no son todos los supuestos en los que la conducción del proceso corresponde a una persona que no es el titular del derecho deducido y, por ende, parte activa en la relación material. Esto sucede también en los casos de *representación, en sentido técnico* (art. 7 LEC), los cuales nada tienen que ver, sin embargo, con la legitimación extraordinaria de la que hemos hablado hasta ahora⁷⁷⁵. Cuando un menor de edad, un incapaz o una persona jurídica actúa en el proceso, lo hace a través de su representante —legal o necesario—; pero éste, a diferencia del legitimado extraordinario, no lo hace en nombre propio, sino en el nombre de su representado. Ello tiene una consecuencia evidente: mientras que el representante no es parte en el proceso —porque lo es la persona a la que representa—, esta condición concurre, sin lugar a dudas, en el legitimado extraordinario (cfr. art. 10 I LEC). Esta observación permite diferenciar claramente estos supuestos de aquellos otros a los que acabamos de referirnos con el término «legitimación representativa»: en ambos, el sujeto actúa en interés de otra persona, pero sólo en el segundo lo hace como parte en el proceso. Por eso mismo, tampoco la legitimación por sustitución puede explicarse en clave de representación, ya que el sustituto es también parte en el proceso. Además el representante debe velar por los intereses de su representado, mientras que el interés que persigue el sustituto es, como ha quedado dicho, el suyo propio⁷⁷⁶.

Ni qué decir tiene que tampoco los supuestos de *acción directa* plantean problemas de legitimación extraordinaria. Cuando el perjudicado demanda al asegurador (art. 76 LCS) lo que hace es ejercitar en nombre propio un derecho propio, por lo que su legitimación es directa u ordinaria. Y lo mismo sucede, por poner sólo algunos ejemplos, con el arrendador que reclama el pago de la renta al subarrendatario (art. 1552 CC), con el subcontratista que exige al dueño de la obra las cantidades adeudadas al contratista (art. 1597 CC) o con el mandante que se dirige directamente contra el sustituto nombrado por el mandatario para que le indemnice por los daños que hubiera podido causarle con su gestión negligente (arts. 1721 y 1722 CC)⁷⁷⁷.

Pues bien, junto a la legitimación de la propia sociedad (art. 238.1 LSC), la Ley de Sociedades de Capital prevé igualmente la posibilidad de que los socios minoritarios y los acreedores puedan ejercitar la «acción social» de responsabilidad bajo

⁷⁷⁴ Cfr., de nuevo, MONTERO, J., últ. ob. cit., p. 411.

⁷⁷⁵ No obstante, como advierte GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., ob. cit., pp. 230 y 231, la confusión entre ambos conceptos —legitimación y representación— es bastante frecuente. Algunos ejemplos de esta confusión en la jurisprudencia pueden verse en MONTERO, J., *De la legitimación*, ob. cit., pp. 120 y ss.

⁷⁷⁶ Con todo, esta distinción entre representación en sentido técnico y sustitución procesal no siempre ha sido advertida correctamente por la doctrina. Buena prueba de ello es que el supuesto de sustitución por excelencia, la acción subrogatoria, a menudo ha sido explicada acudiendo a la figura de la representación. Así, por ejemplo, NICOLÒ, R., «Azione surrogatoria (art. 2900)», en AAVV, *Libro sexto. Tutela dei diritti (Artt. 2900-2969)*, en Scialoja/Branca (a cura di), *Commentario del Codice civile*, Bologna-Roma [Zanichelli-Soc. ed. del Foro Italiano], 1953, pp. 34 a 39; DISTASO, N., *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, Turín [Utet], 1973, pp. 34 a 39; DE BUEN, D., en sus *Notas* a COLIN, A. y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil*, 4ª ed., Madrid [Reus], 1987, p. 152 y COSSÍO, A., *Instituciones de Derecho civil*, tomo 1, Madrid [Civitas], 1988, p. 349. *Contra*, con base en los argumentos apuntados en el texto, pueden verse, entre otros, MONTELEONE, G.A., *Profili sostanziali*, ob. cit., pp. 189 y ss.; NIEVA, J., ob. cit., pp. 48 a 50; SIRVENT, J., *La acción subrogatoria*, Madrid [Universidad Carlos III – BOE], 1997, pp. 90 a 92 y RIAÑO, I., ob. cit., pp. 35 a 37.

⁷⁷⁷ Sobre la diferencia entre los supuestos de acción directa y de legitimación extraordinaria pueden verse NIEVA, J., ob. cit., pp. 77 y ss. y MONTERO, J., *De la legitimación*, ob. cit., pp. 345 y ss. y 396 y ss.

determinadas condiciones (arts. 239 y 240 LSC). A la hora de describir esta situación, se ha dicho que «no estamos en presencia de tantas acciones distintas de responsabilidad como titulares admite la ley, sino de una sola acción social de responsabilidad, a cuyo ejercicio son admitidos con carácter subsidiario distintos titulares» o, también, que estamos ante «una única acción social cuyo titular es la sociedad, pero para cuyo ejercicio se legitima asimismo a los accionistas que ostenten una determinada proporción en el capital social y a los acreedores»⁷⁷⁸. Aunque la primera afirmación es, sin duda, más confusa, en la medida en que habla de «titulares» de la acción y no de «legitimados», ambas son correctas y vienen a decir, en el fondo, lo mismo. Pero conviene, no obstante, hacer una puntualización a la terminología empleada, a fin de evitar futuros equívocos.

Cuando se dice que la «acción social» es única y corresponde a la sociedad, se debe tener presente que el término «acción» se está empleando en un sentido material (*Anspruch*). Con ello, se quiere dar a entender que el *derecho sustantivo* al resarcimiento del patrimonio social dañado por los administradores es, en efecto, único y pertenece sólo a la sociedad, como titular de ese patrimonio. Lo que se concede a los acreedores y a los socios minoritarios es, pues, únicamente la facultad de ejercitar judicialmente ese derecho sustantivo. Ahora bien, si se tiene en cuenta que esa facultad de ejercitar ante los tribunales un derecho sustantivo no es sino la «acción» entendida en sentido procesal (*Klage*), la cosa se complica notablemente, ya que, desde esta perspectiva, resulta correcto afirmar que además de la sociedad, la minoría y los acreedores son titulares de «su» propia «acción»⁷⁷⁹. Además, esta distinción no está exenta de relevancia práctica, pues, como hemos visto en otra parte (*supra* §3.II.1), tanto el derecho sustantivo como el procesal —siempre que este último se interprete en su acepción «concreta»— pueden ser objeto de actos de disposición, incluida la renuncia.

Debe quedar claro, por tanto, que aquéllo que es único es el derecho a exigir a los administradores la reparación de los daños derivados de su *mala gestio*; derecho que pertenece, con carácter exclusivo, a la sociedad. Pero «acciones» procesales hay tantas como sujetos legitimados para el ejercicio de ese derecho: una, la originaria o principal,

⁷⁷⁸ La primera cita es de GARRIGUES, J., en Garrigues-Uría, *Comentario*, ob. cit., vol. 2, p. 167, la segunda de Polo, E., *Los administradores y el consejo*, ob. cit., p. 344. En sentido análogo, afirma QUIJANO, J., «Legitimación subsidiaria de la minoría», ob. cit., p. 1716, que «la acción es de la sociedad, que sigue siendo su titular aunque no la ejerza, de modo que las excepciones que los administradores hubieran podido esgrimir frente a ella (por ejemplo, la compensación con la retribución pendiente de abonar) podrán también alegarlas frente a los socios y, llegado el caso, frente a los acreedores».

⁷⁷⁹ A este respecto, resultan clarificadoras las palabras de LATELLA, D., ob. cit., pp. 201 y 202, que, al analizar si la «acción» ejercitada por los socios es o no la misma que la de la sociedad, señala: «*Parlare di coincidenza o identità tra due azioni può tuttavia dare luogo a numerosi equivoci, dovendo anzitutto distinguersi il piano sostanziale dell'azione [...] dal piano meramente processuale [...]. Sotto il primo profilo, si è detto che l'azione della minoranza deve essere la "stessa" di quella proponibile dalla maggioranza (rectius, dalla società), nel senso che la situazione fatta valere risulta identica per i due potenziali attori, sebbene distinguibile sotto il profilo della legittimazione. Sotto il secondo profilo, le azioni concretamente proponibili dalla maggioranza e dalla minoranza non potrebbero mai considerarsi le stesse, dovendosi valutare quali "iniziative" processuali distinte [...]*» (el énfasis está en el original).

pertenece a la sociedad y las otras, secundarias o derivadas, se atribuyen a la minoría y a los acreedores respectivamente⁷⁸⁰.

Hechas estas aclaraciones, de lo que se trata, a continuación, es de perfilar las características que definen jurídicamente esta posibilidad de que los acreedores sociales y los socios minoritarios ejerciten ante los tribunales el derecho de la sociedad a obtener la reintegración del daño derivado de la *mala gestio* de los administradores, sirviéndose, para ello, de la «acción» procesal principal perteneciente a la sociedad.

§10. La renuncia a la acción social de responsabilidad ejercitada por los acreedores sociales

La atención que nuestra doctrina mercantilista ha prestado a la naturaleza jurídica de la legitimación regulada en el artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital ha sido más bien escasa⁷⁸¹. De hecho, las referencias a la misma no suelen pasar de una breve alusión a su carácter *subsidiario* o *supletorio*; apreciación que normalmente se completa diciéndose que estamos ante una legitimación *de segundo* o *de tercer grado*, según se entienda que surge inmediatamente después de la atribuida a la sociedad (art. 238 LSC) o con posterioridad a la que se reconoce a los socios minoritarios (art. 239 LSC)⁷⁸².

Pero lo cierto es que, cuando se define el ejercicio de la acción social por parte de los acreedores en términos de «subsidiariedad» —como hace la propia Ley— o de «grados» —como añade la doctrina—, se está abordando sólo de manera parcial el problema de su naturaleza jurídica. Con ello, se pone de manifiesto únicamente que esta legitimación cobra sentido en defecto de la previa actuación de la sociedad o de los socios minoritarios. Pero esta consideración no basta para encuadrar de manera precisa la actuación de los acreedores en ninguna de las modalidades de legitimación extraordinaria reconocidas en el Ordenamiento. En consecuencia, y dada la parquedad con la que la que se expresa el artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital, se dejan sin resolver toda una serie de cuestiones que afectan de manera directa al fenómeno que

⁷⁸⁰ Y es que, para los partidarios de un concepto concreto de «acción», la legitimación, ordinaria o extraordinaria, se identifica, al fin y al cabo, con la titularidad del derecho —procesal— de acción. Por eso se comprende que para CORDÓN, F., «De nuevo sobre la legitimación», ob. cit., p. 81, el sustituto sea titular de la acción, o que, DE LA OLIVA, A., *Curso*, ob. cit., vol. 1, p. 420, considere que no sea del todo exacto afirmar que el sustituto actúa en el proceso en virtud de un derecho que no es suyo, «porque el derecho subjetivo privado puede no ser suyo, pero la acción sí lo es». También los partidarios de un concepto abstracto moderado de acción consideran que la legitimación y la titularidad —en este caso, meramente afirmada— de la acción son la misma cosa (cfr. MANDRIOLI, C., *Corso*, ob. cit., p. 47: «Poiché la legittimazione ad agire è condizione dell'azione sotto il suo profilo soggettivo, è chiaro che chi dice che un soggetto è legittimato ad agire non dice nulla di diverso da chi dice che un soggetto è titolare di un'azione»).

⁷⁸¹ Salvo algunas excepciones (v. *infra* nota 814), el análisis de la legitimación de los acreedores reconocida en este precepto se limita a la descripción de su «mecánica» y de su interacción con la de los socios minoritarios y la de la propia sociedad. En cambio, entre los procesalistas, sí se ha dedicado alguna que otra reflexión a su naturaleza jurídica, aunque sólo sea para enumerarla entre los supuestos típicos de legitimación por sustitución (v. igualmente *infra* nota 814).

⁷⁸² Cfr., por todos, SUÁREZ-LLANOS, L., ob. cit., pp. 987 y ss.

nos ocupa, entre las que destaca, por su especial relevancia, la relativa a los poderes de disposición que cabe atribuir a los acreedores en relación con la acción ejercitada.

En efecto, para poder determinar a quién —y en qué términos— compete renunciar a la acción cuando son los acreedores los que han actuado, es necesario determinar la disciplina aplicable a su legitimación. Y, para ello, es preciso reconstruir la naturaleza jurídica de dicha legitimación, buscando, entre las figuras afines, aquélla con la que presente una mayor compatibilidad.

I. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGITIMACIÓN DE LOS ACREEDORES

Decíamos al principio de este capítulo, que la principal característica de los supuestos de legitimación extraordinaria es que, en todos ellos, se permite a un determinado sujeto el ejercicio de un derecho ajeno, en nombre propio y en interés propio —legitimación «por sustitución»— o en nombre propio, pero interés ajeno —legitimación «por representación»—. Por eso, el correcto análisis de la naturaleza jurídica de la legitimación que la Ley atribuye a los acreedores hace necesario comprobar, en primer lugar, si éstos litigan en virtud de un derecho que les es propio o si, por el contrario, lo hacen alegando un derecho que, en realidad, pertenece a la sociedad. Aclarado este aspecto —que, como veremos, permanece indiscutido en nuestro Ordenamiento, pero no así en el italiano— lo siguiente será analizar si la actuación procesal de los acreedores se lleva a cabo en nombre propio o ajeno y si lo que persiguen a través de la misma es la satisfacción de un interés propio o el de un tercero determinado —la sociedad— o indeterminado —la colectividad, en general—.

1. Los acreedores ejercitan la acción «social»

Desde que la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 introdujera en el Ordenamiento español la legitimación de los acreedores para el ejercicio de *una* acción de responsabilidad frente a los administradores (cfr. art. 80, párrafo cuarto), nuestra doctrina no ha vacilado un instante a la hora de identificar *esa* acción con la «social»⁷⁸³. Según se afirma unánimemente, aquello que los acreedores ejercitan ante los tribunales en virtud del actual artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital no es otra cosa que *el derecho sustantivo o material de la sociedad* a obtener de los administradores la

⁷⁸³ POLO, E., *Los administradores y el consejo*, ob. cit., p. 356 y SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores*, ob. cit., p. 398 opinan, sin embargo, que los profundos cambios operados por la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, que pasó a exigir la insuficiencia patrimonial, frente a la simple «amenaza grave para la garantía de los créditos» que establecía la Ley de 1951 como presupuesto de la legitimación de los acreedores hubieran aconsejado configurar la acción atribuida a estos últimos «como autónoma y no como acción social ejercitada subsidiariamente». Más difícil de entender es la postura de CASTRESANA, L.F., ob. cit., pp. 689 y 690, cuando afirma que, frente a la Ley de 1951, que regulaba una «acción directa contra los administradores», el texto refundido de 1989 vino a establecer una acción «contra la sociedad». Lo que podrá discutirse —aunque, insistimos, en España no se discute— es si la acción que se reconoce a los acreedores es autónoma y directa o, por el contrario, es la misma que se atribuye a la sociedad, aunque ejercitada en vía subrogatoria, pero lo que está claro, en cualquier caso, es que esa acción nunca se dirige contra la sociedad, sino contra los administradores.

reparación del patrimonio social lesionado⁷⁸⁴. El propio tenor literal del precepto no deja margen alguno a una interpretación diferente:

«Los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus socios, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos».

Por consiguiente, cuando concurren una serie de requisitos, como son la inercia de la sociedad y de los socios minoritarios y la insuficiencia del patrimonio social, la Ley española legitima a los acreedores a ejercitar un derecho perteneciente a la sociedad, a fin de lograr la reconstrucción del patrimonio de esta última y no el suyo propio⁷⁸⁵. Esta consideración es, precisamente, la que permite distinguir la acción del artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital de la denominada *acción individual* (art. 241 LSC), en virtud de la cual los acreedores pueden exigir responsabilidades a los administradores por los daños que éstos hubieran ocasionado *directamente* en su patrimonio. El criterio para diferenciar cada una de ellas es, por tanto, el del patrimonio directamente lesionado. No cabe duda de que el patrimonio de la sociedad es la única garantía con la que cuentan los acreedores para lograr la satisfacción de sus créditos y que, en consecuencia, una disminución del mismo siempre les ocasionará un daño, pero éste será, en todo caso, indirecto o reflejo. Se trata, por ello, de dos instrumentos que no pueden emplearse de forma alternativa, ya que cada uno de ellos entra en juego cuando concurren distintos presupuestos: el daño directo en el patrimonio de la sociedad, en la primera hipótesis, y la lesión directa del patrimonio de los acreedores, en la segunda⁷⁸⁶.

Al igual que la Ley de Sociedades de Capital, el *Codice civile* de 1942 reconoce también una *acción individual*, que corresponde a los acreedores, como a cualquier tercero, para obtener el resarcimiento de los daños que los administradores hayan ocasionado directamente en su patrimonio (art. 2395 *C.Civile*). Pero el *Codice* regula, además, otra acción, en el artículo 2394, cuya naturaleza ha sido objeto de gran controversia, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia⁷⁸⁷. El citado precepto, bajo

⁷⁸⁴ Salvo que se admita un ejercicio extrajudicial de la acción social, lo que los acreedores ejercitan es, en puridad, la «acción» procesal perteneciente a la sociedad, pero ésta se fundamenta, en todo caso, en el derecho sustantivo al resarcimiento del patrimonio social.

⁷⁸⁵ Cfr., durante la vigencia de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, entre otros, SUÁREZ-LLANOS, L, ob. cit., p. 988; GIRÓN, J., «La responsabilidad», ob. cit., pp. 445 y 446; ID., *Derecho de Sociedades*, ob. cit., p. 379; RUBIO, J., *Curso*, ob. cit., p. 263; FAIRÉN, V., «La responsabilidad civil», ob. cit., p. 878; BÉRGAMO, A., ob. cit., p. 170 y GARRETA, J.M., «La responsabilidad de los administradores», ob. cit., p. 624. En términos menos claros se pronuncia, sin embargo, GARRIGUES, J., en Garrigues-Uría, *Comentario*, ob. cit., vol. 2, p. 188, quien parece hacer referencia a una «acción» propia de los acreedores, pero, en todo caso, de «carácter social». Ya con referencia al Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 y al actual Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, cfr., entre otros, ESTEBAN VELASCO, G., «La acción social y la acción individual», ob. cit., p. 78; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores*, ob. cit., p. 397 y GARRETA, J.M., *La responsabilidad*, ob. cit., p. 129.

⁷⁸⁶ Cfr., en este sentido y por todos, ESTEBAN VELASCO, G., últ. ob. cit., pp. 88 y ss.

⁷⁸⁷ Pese a que la polémica en torno a esta materia fue muy debatida ya durante la vigencia del antiguo *Codice di Commercio* de 1882 (v. la bibliografía citada *supra* en la nota 17) y sigue siendo objeto de atención en la manualística italiana (cfr., por todos, CAMPOBASSO, G.F., *Diritto commerciale*, ob. cit., pp.

la rúbrica «*Responsabilità verso i creditori sociali*», dispone que los administradores responderán, «*verso i creditori sociali*», por la inobservancia «*degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale*», añadiendo, a continuación, que esta acción solamente podrá ser ejercitada cuando dicho patrimonio «*resulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti*».

A primera vista, este precepto se asemeja bastante al artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital. Pero, bien miradas, las analogías entre uno y otro se reducen al hecho de que el ejercicio de ambas acciones se halla subordinado a la insuficiencia del patrimonio social. En efecto, la gran mayoría de la doctrina italiana tiende a considerar, hoy en día, que el artículo 2394 del *Codice civile* no regula el ejercicio de la «acción social» por parte de los acreedores, sino una *acción directa y autónoma*⁷⁸⁸. Acción que encontraría su fundamento en la vulneración, por parte de los administradores, de una serie de obligaciones específicas «de conservación del patrimonio social», que habrían asumido *directamente frente a los acreedores* y no frente a la sociedad⁷⁸⁹. En otras palabras, junto al derecho de crédito, los acreedores serían titulares de un derecho subjetivo a la conservación del patrimonio de la sociedad que tendría como sujeto pasivo a los propios administradores, y cuya lesión les llevaría a responder únicamente frente a aquéllos.

La calificación de esta responsabilidad, como contractual o extracontractual, no ha sido del todo pacífica. A favor de la primera interpretación se aduce que aquélla tiene su origen en el incumplimiento de esta obligación legal de conservar el patrimonio de la sociedad y no en la mera infracción del principio *neminem laedere*⁷⁹⁰. En contra de esta postura se afirma, no obstante, que no estamos más que ante una simple manifestación de la genérica responsabilidad

309 y 400), lo cierto es que la cuestión presenta una escasa relevancia práctica, dado que el ámbito de aplicación por excelencia de esta acción es el procedimiento concursal (v. *infra* 3) y que, durante el mismo, el ejercicio de las acciones de responsabilidad se atribuye en exclusiva a los órganos del concurso, sea cual sea su calificación, como acción autónoma o no (cfr. art. 2394-*bis* C. *Civile*) (cfr., en este sentido, además de CAMPOBASSO, G.F., *loc. ult. cit.*, LATELLA, D., *ob. cit.*, p. 203, nota 32 y la jurisprudencia citada por este último) (v. *supra* §7.II.1.2).

⁷⁸⁸ Para GALGANO, F., *Trattato di diritto civile*, *ob. cit.*, vol. 4, p. 426, esta autonomía se desprende claramente del propio tenor literal del artículo 2394 que hace responder a los administradores «frente a los acreedores» y no «frente a la sociedad».

⁷⁸⁹ Según WEIGMANN, R., *ob. cit.*, p. 218, el legislador restringe la responsabilidad de los administradores frente a los acreedores únicamente a la inobservancia de los deberes inherentes a la conservación de la integridad del patrimonio social, en tanto que les hace responsables frente a la sociedad, no sólo por las pérdidas patrimoniales, sino por no ejercitar diligentemente el objeto social, lo que incluye también el lucro cesante. Tal y como señala AUDINO, A., «*Sub art. 2394*», en Maffei (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, *ob. cit.*, vol. 1, p. 844, algunas manifestaciones de estas obligaciones específicas de conservar el patrimonio social serían la de convocar la asamblea para que adopte alguna medida ante una causa de reducción obligatoria por pérdidas (art. 2447 C. *Civile*) o la de gestionar la sociedad a los solos fines de conservar la integridad del patrimonio tras haberse verificado una causa de disolución obligatoria de la sociedad (art. 2486 C. *Civile*).

⁷⁹⁰ Cfr., en este sentido, FRÈ, G., *Società per azioni*, *ob. cit.*, p. 524. Le siguen, entre otros, BONELLI, F., primero en «*Natura giuridica delle azioni di responsabilità contro gli amministratori*», en *Giur. comm.*, 1982, II, pp. 772 y 778 y después en *La responsabilità*, *ob. cit.*, pp. 187 a 189; CAMPOBASSO, G.F., *Diritto commerciale*, *ob. cit.*, p. 398; FERRARA, F. y CORSI, F., *ob. cit.*, p. 530; GUERRERA, F., *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, Milán [Giuffrè], 1991, pp. 228 y 229 y SALAFIA, V., «*L'esercizio dell'azione di responsabilità sociale*», *ob. cit.*, pp. 1195 y 1196.

aquiliana, cuyo fundamento sería la causación de un daño injusto —la lesión del derecho de crédito— y no el incumplimiento de un deber legal⁷⁹¹. Por lo demás, las consecuencias de una u otra calificación no están exentas de relevancia práctica, sobre todo por lo que a la carga de la prueba y a la determinación del daño se refiere. En relación con lo primero, quienes consideran que la responsabilidad frente a los acreedores tiene carácter contractual, concluyen que estos últimos no están obligados a probar el dolo o la culpa de los administradores, a diferencia de lo que sucede con aquéllos que entienden que la responsabilidad es extracontractual, los cuales imponen a los acreedores la carga de la prueba del elemento subjetivo. En cuanto al área del daño resarcible, para los partidarios de la tesis «contractualista», sería el daño emergente y el lucro cesante, en la medida en que fuesen consecuencia inmediata y directa del incumplimiento (art. 1223 *C.Civile*), mientras que, para los defensores del carácter extracontractual de la acción, el daño resarcible sería todo el que se hubiera producido (art. 2043 *C.Civile*).

Esta manera de concebir la acción regulada en el 2394 del *Codice civile*, como autónoma y directa, trae consigo una serie de consecuencias prácticas de gran relevancia: por un lado, los acreedores serían inmunes frente a cualquier excepción que los administradores pudieran oponer a la sociedad, *incluida la renuncia*; por otro lado, el sujeto destinatario de la indemnización no sería la sociedad, sino los propios acreedores actuantes, que obtendrían un beneficio directo⁷⁹²; además, mediante el ejercicio de esta acción, los acreedores no podrían pretender el resarcimiento de todo el daño causado en el patrimonio social —que incluiría tanto el daño emergente como el lucro cesante— sino únicamente el equivalente al importe de sus créditos.

Por lo demás, el propio artículo 2394 del *Codice civile* vendría a confirmar expresamente la independencia de ambas acciones al señalar, en su apartado tercero, que «*la rinunzia all'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali*»; añadiendo, a continuación, que «*la transazione può essere impugnata dai creditori sociali soltanto con l'azione revocatoria quando ne ricorrono gli estremi*»⁷⁹³.

⁷⁹¹ Cfr., entre otros, GRAZIANI, A., *Diritto delle società*, ob. cit., p. 386; GALGANO, F., *Trattato di diritto civile*, ob. cit., vol. 4, p. 425; FRANZONI, M. y GALGANO, F., ob. cit., p. 79 y QUATRARO, B. y PICONE, L.C., *La responsabilità di amministratori, sindaci, direttori generali e liquidatori di società*, tomo 1, Milán [Giuffrè], 1998, p. 717. Ésta es la postura seguida mayoritariamente por la jurisprudencia: cfr., por todas, *Cass.*, de 22 de octubre de 1998, núm. 10488, en *Gius. civ.*, 1999, I, pp. 75 a 79, con nota de SALAFIA, V., «Considerazioni in tema di responsabilità degli amministratori verso la società e verso i creditori sociali», *ibidem*, pp. 79 a 83.

⁷⁹² Esta conclusión no es pacífica entre quienes sostienen la naturaleza autónoma de la acción *ex* artículo 2394 del *Codice civile*. En efecto, hay quien entiende que, pese a ejercitar una acción directa, los acreedores no pedirían para sí, sino para reintegrar el patrimonio social; reintegración que supondría una especie de resarcimiento en forma específica del interés perjudicado por la actuación de los administradores, a saber, el interés de los acreedores a no ver disminuido el valor del patrimonio social, que constituye la garantía de sus créditos. Cfr., en este sentido, GUIZZI, G., «Responsabilità degli amministratori e insolvenza: spunti per una comparazione tra esperienza giuridica italiana e spagnola», en *Riv. dir. dell'impresa*, 2010, p. 252.

⁷⁹³ LATELLA, D., ob. cit., p. 208. El hecho de que la renuncia, a diferencia de la transacción, no sea oponible a los acreedores se explica fácilmente si se tiene en cuenta que sólo con la segunda se logra reintegrar el patrimonio social. Además, en caso de que esa reintegración no fuese satisfactoria para los acreedores, éstos siempre podrían instar su rescisión, probando la intención fraudulenta de la sociedad y de los administradores. Cfr., al respecto, GRAZIANI, A., *Diritto delle società*, ob. cit., p. 388.

Ello no obstante, los detractores de esta tesis se han basado justamente en este apartado para poner en entredicho el carácter autónomo a esta acción: si el legislador —dicen— se ha sentido en la necesidad de afirmar expresamente la ineficacia de la renuncia de la sociedad frente a los acreedores es precisamente porque no estamos ante acciones distintas, sino ante el ejercicio de una misma acción —la social— *en vía subrogatoria*. De lo contrario, la precisión resultaría superflua, pues es evidente que la renuncia de la sociedad no puede perjudicar un derecho autónomo de los acreedores⁷⁹⁴. Asimismo —añaden—, resultaría extremadamente difícil identificar unos supuestos deberes específicos de «conservación del patrimonio social» que pudieran diferenciarse del deber general de gestionar diligentemente la sociedad. Con lo que, en realidad, la acción de los acreedores tendría como fundamento el incumplimiento de algunas de las obligaciones que los administradores asumen *frente a la propia sociedad*⁷⁹⁵. Finalmente, en contra de la naturaleza directa de esta acción se aduce, como hemos visto en otra parte (*supra* §7.II.1.2), que, con este planteamiento, no se consigue explicar fácilmente la legitimación exclusiva del administrador concursal para ejercitarla en el marco del concurso (arts. 2394-*bis* C.Civile y 146, párrafo segundo, *L.Fall.*). En efecto, si la acción ejercitada por los acreedores fuese la misma acción social entablada en vía subrogatoria, la legitimación de la administración concursal se explicaría por el «desapoderamiento» que sufre el deudor concursado (arts. 42 y 43 *L.Fall.*). Sin embargo, si se considera que estamos ante una acción directa, habría que entender que el administrador concursal goza de una legitimación extraordinaria ciertamente extraña —fundamentada quizás en la necesidad de proteger la *par condicio*— que le permite ejercitar una acción que, ni pertenece al concursado, ni se dirige contra éste⁷⁹⁶.

Con todo, la doctrina más reciente parece haber encontrado un argumento definitivo a favor de la tesis que defiende la autonomía entre ambas acciones en el hecho de que la legitimación de los acreedores no deriva de la inercia lesiva de la sociedad. A diferencia de lo que sucede en la Ley española (*infra* 3), este requisito no aparece recogido expresamente en el *Codice civile*, que en ningún momento subordina la acción de los acreedores a la falta de actuación de la sociedad. Al contrario, la

⁷⁹⁴ La tesis de la naturaleza subrogatoria de la acción regulada por el artículo 2394 del *Codice civile* ha sido sostenida, fundamentalmente, por FERRI, G., *Le società*, ob. cit., pp. 718 a 723 y MINERVINI, G., primero en «Note in tema di responsabilità degli amministratori di società per azioni», en *Riv. dir. comm.*, 1954, I, pp. 210 a 225 y después en ID., *Gli amministratori*, ob. cit., pp. 329 a 348. Les siguen, entre otros, COTTINO, G., *Diritto Commerciale*, vol. 1, tomo 1 (*Le Società*), 4ª ed., Padua [Cedam], 1999, p. 436; MESSINEO, F., «Aspetti della responsabilità degli organi sociali verso il terzo creditore», en *Studi di diritto delle società*, 2ª ed., Milán [Giuffrè], 1958, pp. 185 a 193; RAGUSA-MAGGIORE, G., *La responsabilità individuale degli amministratori*, Milán [Giuffrè], 1969, pp. 235 a 242; NIGRO, A., «Le società per azioni nelle procedure concorsuali», ob. cit., pp. 374 y 375 y BORGIOLO, A. (cfr. la nota siguiente). *Contra*, rebatiendo los argumentos de Minervini, cfr. OSTI, G., «Sull'azione dei creditori e dei terzi contro gli amministratori di società per azioni», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, pp. 802 a 810. Esta tesis ha sido compartida, en ocasiones, por la jurisprudencia (cfr., por todas, *Trib. Milano*, de 22 de diciembre de 1983, en *Società*, núm. 8, 1984, p. 883, con nota de COVELLI, M.R.).

⁷⁹⁵ Así, BORGIOLO, A., *I direttori generali*, ob. cit., p. 339; ID., *L'amministrazione delegata*, ob. cit., p. 282. *Contra*, TINA, A., *L'esonero da responsabilità*, ob. cit., pp. 177 y 178, para quien la obligación de gestionar diligentemente la sociedad no puede identificarse nunca con la obligación de conservar el patrimonio. Frente a los acreedores sociales los administradores no asumen el deber de evitar cualquier operación que pueda comprometer la integridad del patrimonio social, sino sólo aquellas que aparezcan aptas *ex ante* para que hacer el patrimonio social resulte insuficiente. Por su parte, señala BONELLI, F., *La responsabilità*, ob. cit., p. 193, nota 81, que aunque es evidente que entre ambas acciones existe un cierto solapamiento, en la medida en que la vulneración de las obligaciones de conservación del patrimonio social supondrán, por lo general, el incumplimiento del deber general de gestionar diligentemente la sociedad, en realidad la acción social cubre una gama mucho más amplia de comportamientos.

⁷⁹⁶ V. *supra* la nota 321 y el texto correspondiente.

legitimación de los acreedores *ex* artículo 2394 del *Codice civile* tiene como origen el incumplimiento de esos deberes específicos de conservación del patrimonio social⁷⁹⁷. De este modo, podría darse perfectamente la circunstancia de que los acreedores ejercitasen su acción acumulándola a la interpuesta anteriormente por la sociedad, lo cual excluye por completo que se trate de una acción subrogatoria, para la cual, la inercia del deudor subrogado es un requisito indispensable⁷⁹⁸.

En conclusión: mientras que el artículo 2394 del *Codice civile* parece regular una *acción distinta y autónoma* respecto a la de la sociedad, que se concede *directamente* a los acreedores para obtener la reparación de su propio patrimonio, el artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital se limita a disciplinar los requisitos y condiciones que permiten a los acreedores ejercitar la acción de la sociedad, ante la pasividad de esta última y de los socios minoritarios⁷⁹⁹. Así lo ha puesto de manifiesto, con toda claridad, GUIZZI, el cual, al analizar ambos preceptos, señala lo siguiente:

«[...] *la prospettiva generale secondo cui si muove il nostro ordinamento [el italiano] mi sembra essere abbastanza diversa da quella seguita in via generale dalla vostra legge [el Texto Refundido de 1989]; e segnatamente da quella espressa nella disposizione dettata dall'art. 134, il cui ultimo comma, [actual art. 240 LSC] se non mi inganno, non riconosce ai creditori la titolarità di un interesse proprio alla corretta gestione societaria, né meno che mai li considera titolari di un diritto a che gli amministratori gestiscano la società in modo da conservare il valore della garanzia patrimoniale, ma si limita ad attribuire solo la legittimazione a far valere l'azione sociale, secondo lo schema di una legittimazione surrogatoria del tuto analoga a quella*

⁷⁹⁷ Aunque la responsabilidad de los administradores frente a los acreedores sociales presuponga un daño potencialmente relevante a efectos del ejercicio de la acción social, eso no implica que lleve aparejada siempre una responsabilidad frente a la sociedad. Del mismo modo, la responsabilidad frente a la sociedad no conlleva siempre la responsabilidad frente a los acreedores sociales (TINA, A., *L'esonero da responsabilità*, ob. cit., pp. 174 y 175, texto y notas).

⁷⁹⁸ CAMPOBASSO, G.F., *Diritto commerciale*, ob. cit., p. 400. En idéntico sentido, LATELLA, D., ob. cit., p. 213 y nota 58. No obstante, dado que entre ambas acciones hay una superposición (v. la nota anterior), el hecho de que la actuación de la sociedad hubiese logrado un resarcimiento del patrimonio que asegure la satisfacción de los acreedores, dejaría sin fundamento la acción de estos últimos (Cfr. SILVESTRINI, A., «Sub art. 2394», en Sandulli/Santoro [a cura di], *La riforma delle società*, ob. cit., pp. 496 y 497). A favor de la tesis de la autonomía de la acción *ex* artículo 2394 del *Codice civile*, se esgrimen, además, los siguientes argumentos: (i) los artículos 2394-bis del *Codice civile* y 146.1 de la *Legge Fallimentare* atribuyen al *curatore fallimentare* el ejercicio de las «acciones» —en plural— de responsabilidad contra los administradores (cfr., por todos, DE NICOLA, A., «Sub art. 2394», en Ghezzi [a cura di], *Amministratori*, ob. cit., p. 655); y (ii) el plazo de prescripción, aun siendo en ambos supuestos de cinco años, comenzaría a computarse en momentos distintos: desde la producción del daño —o mejor dicho, tras el cese del administrador, tal y como señala ahora el artículo 2393 del *Codice civile*, después de la reforma de 2003—, en el caso de la acción social y desde la manifestación de la insuficiencia patrimonial en el de la acción del artículo 2394 del *Codice civile* (cfr., NAPOLEONI, «Azione *ex* art. 2394 c.c. contro gli amministratori nel concordato preventivo», en *Fall.*, núm. 11, 1992, pp. 1153 y 1154 y la *Cass.*, de 6 de octubre de 1981, núm. 5241, en *Giur. comm.*, 1982, II, p. 669, citada por este último).

⁷⁹⁹ Cfr., al respecto, las reflexiones de GIRÓN, J., «La responsabilidad», ob. cit., pp. 445 y 446, quien pone de manifiesto que el legislador español de 1951, aun teniendo a la vista el modelo italiano, se habría decantado, más bien, por el alemán, recogido en el § 84(5) de la *Aktiengesetz* de 1937, que regulaba el ejercicio subrogatorio de la *acción social* por parte de los acreedores y no una acción independiente.

prevista in via general dal código civil all'art. 1111, e dunque, con i limiti propri di quest'ultima»⁸⁰⁰.

Esta diferencia radical entre ambos preceptos desautoriza cualquier referencia al artículo 2394 del *Codice civile* —del que, en ocasiones, ha echado mano nuestra doctrina⁸⁰¹— para fundamentar la supuesta inoponibilidad de la renuncia a la acción por parte de la sociedad frente a los acreedores sociales en nuestro Ordenamiento⁸⁰².

2. (*sigue*) en nombre propio e interés propio

Si el carácter «social» del derecho cuyo ejercicio se atribuye a los acreedores está fuera de toda duda, no parece que pueda cuestionarse tampoco que, en estos casos, los acreedores demandan a los administradores *en nombre propio*⁸⁰³. Efectivamente, serán ellos y no la sociedad quienes comparezcan en juicio y asuman la posición de parte actora. La única cuestión que puede suscitarse al respecto es si, en el supuesto de que exista una pluralidad de acreedores, éstos deben actuar de manera conjunta o pueden hacerlo individualmente. En este sentido, y en la medida en la que, en nuestro país, la figura del litisconsorcio activo necesario ha sido rechazada unánimemente por la doctrina y por la jurisprudencia, cabe sostener que todo acreedor estará legitimado, en principio, para entablar la acción social de forma individual⁸⁰⁴. Ahora bien, presentada la demanda por cualquiera de ellos, el administrador podrá paralizar el resto de acciones

⁸⁰⁰ GUIZZI, G., ob. cit., p. 232.

⁸⁰¹ Así, por ejemplo, SUÁREZ-LLANOS, L., ob. cit., p. 993, nota 178.

⁸⁰² Cfr., en este sentido, GUIZZI, G., ob. cit., p. 233, para quien la renuncia o transacción de la acción social acordada por la sociedad conforme a lo dispuesto en el artículo 134.2 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 —actual artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital— extinguiría el derecho en cuyo ejercicio deberían subrogarse los acreedores sociales. Lo cual hace que, en su opinión, la tutela que el sistema español ofrece a los acreedores sea mucho más débil que la que proporciona el Ordenamiento italiano.

⁸⁰³ Esta conclusión es compartida de forma unánime por la doctrina. La afirma expresamente, por ejemplo, CALBACHO, F., ob. cit., p. 290. En la jurisprudencia, puede verse la SAP Barcelona (Sección 15ª), de 16 de enero de 2013 (FJ Quinto) (JUR 2013/74143). Por su parte, la SAP Barcelona (Sección 15ª), de 12 de junio de 2013 (FJ Tercero) (JUR 2013/338647) señala, a nuestro juicio de forma equivocada, que los acreedores, al igual que los socios minoritarios «no tienen acción para reclamar frente a los administradores *en nombre propio* sino que únicamente pueden reclamar para la sociedad» (la cursiva es nuestra). La sentencia confunde dos planos totalmente distintos: una cosa es que los acreedores ejerciten un derecho que pertenece a la sociedad (v. *supra* 1) y que, en consecuencia, el resultado del litigio acrezca el patrimonio social y otra bien distinta es que, al ejercitar ese derecho ajeno lo hagan asumiendo la posición de parte actora, esto es, en nombre propio.

⁸⁰⁴ Parece dar a entender la existencia de un litisconsorcio activo necesario SUÁREZ-LLANOS, L., ob. cit., p. 988. Pero, como decimos en el texto, esta figura es rechazada por la doctrina de forma unánime. Cfr., por todos, MONTERO, J., *De la legitimación*, ob. cit., pp. 228 a 236 y la jurisprudencia citada por éste. Entienden que cada accionista está legitimado, a título individual, para ejercitar la acción social de responsabilidad, entre otros, RUBIO, J., *Curso*, ob. cit., pp. 263 y 264; GARRIGUES, J., en Garrigues-Uría, *Comentario*, ob. cit., vol. 2, p. 191; DE LA CÁMARA, M., «La administración de la sociedad anónima», ob. cit., p. 149; POLO, E., *Los administradores y el consejo*, ob. cit., pp. 358 y 359; QUIJANO, J., «Legitimación subsidiaria de los acreedores para el ejercicio de la acción social (art. 240)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario*, ob. cit., vol. 1, p. 1722 y GUILLÉN, M.E., *El proceso civil para el ejercicio de la «acción social de responsabilidad»*, Madrid [Colex], 2000, pp. 87 y 88.

que se dirijan contra él, con base en los mismos hechos, alegando la situación de litispendencia por vía de excepción (cfr. arts. 78 y 410 LEC)⁸⁰⁵.

Mayor perplejidad ha suscitado, en cambio, la identificación del concreto interés cuya tutela habría animado al legislador a atribuir el ejercicio de la acción social a los acreedores. En Italia, algún autor ha creído ver en esta opción legislativa una herramienta idónea para la mejor defensa de intereses generales, trascendentes a los de los acreedores y aun a los de la propia sociedad. En concreto, se ha afirmado que la acción regulada en el artículo 2394 del *Codice civile* no buscaría el amparo de los acreedores sociales en cuanto tales, sino la protección de un genérico interés a la correcta gestión de las sociedades o, más exactamente, al «*corretto esercizio del potere economico*»⁸⁰⁶. Exponiendo a los administradores «*al fuoco incrociato di diverse azioni di responsabilità*», la de la sociedad y la de los acreedores, se lograría estimular una gestión diligente, en beneficio de toda la comunidad. Nos encontraríamos, de esta manera, ante una norma de Derecho privado, a través de la cual, se lograría la realización de un interés de carácter público⁸⁰⁷.

A nuestro juicio, esta primera tesis —que ha encontrado el respaldo de algunos pronunciamientos jurisprudenciales⁸⁰⁸— no explica adecuadamente la función que la legitimación de los acreedores está llamada a desempeñar en nuestro Ordenamiento. Al margen de la crítica general que, en nuestra opinión, merece cualquier intento de atribuir al Derecho de sociedades una función tuitiva de intereses extra societarios, lo cierto es que la misma trata de dar sentido a una acción, como es la regulada en el *Codice civile*, que poco o nada tiene que ver con la diseñada por el legislador español (*supra* 1). Más aún, esta interpretación parece criticable incluso a la luz del Ordenamiento italiano. No en vano, ha sido tachada allí de «fantasiosa» y «difícilmente

⁸⁰⁵ CALBACHO, F., ob. cit., pp. 300 y 301. *Contra*, aludiendo a una posible «acumulación de acciones», POLO, E., *Los administradores y el consejo*, ob. cit., p. 359 y SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores*, ob. cit., p. 399 que habla de «acumulación de demandas». En puridad, la «acumulación de acciones (procesales)» o, mejor dicho, de «pretensiones» sólo es posible al inicio del proceso (cfr. arts. 12.1 y 72 LEC) y da lugar a un litisconsorcio activo voluntario. Ante una posterior demanda de otro acreedor contra el mismo administrador y con base en los mismos hechos lo que cabría, en todo caso, es una «acumulación de procesos» (arts. 74 y ss. LEC), si bien el artículo 78 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala que «no procederá la acumulación de procesos cuando el riesgo de sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes pueda evitarse mediante la excepción de litispendencia» (sobre estas cuestiones, cfr., con carácter general, GASCÓN, F., *La acumulación de acciones y de procesos en el proceso civil*, Madrid [La Ley], 2000).

⁸⁰⁶ GALGANO, F., *Trattato di diritto civile*, ob. cit., vol. 4, p. 429. Cfr., en idéntico sentido, GRIPPO, G., *Deliberazione e collegialità nella società per azioni*, Milán [Giuffrè], 1979, p. 136; BORGIOI, A., *L'amministrazione*, ob. cit., p. 284. Este último, partidario de la tesis que ve en la acción *ex* artículo 2394 del *Codice civile* el simple ejercicio subrogado de la acción social (v. *supra* nota 795), entiende que el motivo por el cual el legislador concede a los acreedores la posibilidad de demandar a los administradores, cuando lo habitual es que el patrimonio de estos últimos sea muy inferior al de la sociedad, es precisamente que el objetivo de esta acción no es tanto proteger a los acreedores, cuanto diseñar un «medio de presión para garantizar la correcta gestión de la empresa».

⁸⁰⁷ GALGANO, F., *loc. ult. cit.*

⁸⁰⁸ Cfr., en concreto, *Trib. Napoli*, de 28 de abril de 2004, en *Fall.*, 2005, p. 681 y ss. (v. espec. p. 683), con nota de PROTO, C.

aceptable»⁸⁰⁹, pues, en verdad, parece poco realista atribuir a los acreedores la salvaguardia de intereses generales, convirtiéndolos en *instrumentos privados al servicio de la colectividad*⁸¹⁰. El hecho de que ambos Ordenamientos condicionen el ejercicio de la acción social por los acreedores a la «insuficiencia patrimonial» de la sociedad para satisfacer sus créditos implica que éstos no pueden reclamar con base en un incumplimiento cualquiera de los administradores y, por tanto, que su legitimación no busca simplemente incentivar una correcta gestión de la sociedad al servicio del interés común.

De ahí que una recta interpretación del artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital nos lleve a ver en él un mecanismo de tutela de *intereses exclusivamente privados*, lo cual hace que la cuestión acerca de su finalidad deba reformularse en los siguientes términos: si al ejercitar la acción social de responsabilidad, los acreedores no persiguen la satisfacción de un interés colectivo, *¿lo hacen buscando el interés de la sociedad o el suyo propio?*

Si se tiene en cuenta que el beneficio que pudieran lograr con su actuación irá a parar directamente al patrimonio social y que ellos sólo se beneficiarán de forma indirecta, en la medida en que verán aumentada la garantía de sus créditos, la respuesta parece obvia: los acreedores, al ejercitar la acción social de responsabilidad, estarían actuando «en interés de la sociedad».

Así lo ha entendido buena parte de nuestra doctrina⁸¹¹. Pero tampoco esta interpretación nos parece acertada. La misma peca, a nuestro modo de ver, de una

⁸⁰⁹ En estos términos, FERRI, G., *Le società*, ob. cit., p. 722, nota 7.

⁸¹⁰ MASUCCI, C., ob. cit., p. 597, para quien la interpretación propuesta por Galgano violenta el tenor literal del artículo 2394 del *Codice civile*, haciéndole decir lo que en realidad no dice. Si la intención del legislador hubiera sido la de proteger los intereses de la colectividad por medio de esta acción, su formulación habría sido diferente y, en todo caso, no señalaría específicamente que los administradores responden *frente a los acreedores*. En España, critica semejante interpretación del artículo 134.5 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 (hoy artículo 240 LSC), ALFARO, J., *Interés social*, ob. cit., pp. 59 y 60.

⁸¹¹ Es, en efecto, bastante frecuente que, a la hora de analizar la legitimación de los acreedores, se diga que éstos «actúan en interés de la sociedad». En ocasiones, parece que con ello se quiere poner de manifiesto, simplemente, que los acreedores realizan un «interés» objetivo de la sociedad, en el sentido que explicamos *infra* en el texto de que con su actuación acrecientan el patrimonio de aquélla. Así, por ejemplo, SÁNCHEZ-CALERO, J., «La Acción Social de Responsabilidad (Algunas cuestiones pendientes)», en *RDM*, núm. 281, 2011, p. 116, o CALBACHO, F., ob. cit., cuando dice, en la página 289, que «la Ley permite a los acreedores ejercitar [...] la acción de responsabilidad, *con el fin de defender el interés social*», para afirmar, inmediatamente después, en la página 290, que «no podemos olvidar que ello no es sino un medio que los acreedores deben emplear para conseguir el auténtico propósito que éstos persiguen: *obtener la devolución del crédito que ostentan frente a la sociedad*» (el énfasis es siempre nuestro). Pero, otras veces, parece claro que se está atribuyendo a los acreedores la defensa de la sociedad. En este último sentido, BÉRGAMO, A., ob. cit., p. 170, para quien «el acreedor, aun actuando por sí, no lo hace con miras exclusivamente egoístas; *su actividad queda impregnada de un cierto altruismo*, en cuanto tiende a que se repare el daño sufrido por el patrimonio social» (la cursiva es nuestra). Cfr., igualmente, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «El régimen de responsabilidad de los administradores», ob. cit., p. 34, cuando sostiene que «[I]a legitimación extraordinaria que subsidiariamente otorga la LSA a la minoría para ejercitar la acción social de responsabilidad presupone que los accionistas *anteponen los intereses sociales a los suyos propios* [...] y *con este mismo planteamiento se hace extensivo su ejercicio a los acreedores sociales*» (la cursiva sigue siendo nuestra). Como decimos más abajo en el texto —y como desarrollamos en mayor detalle *infra* §11— la legitimación de los minoritarios debe tender a la

ingenuidad excesiva y se ve desmentida, en primer lugar, por el texto de la Ley y, en segundo lugar, por la propia realidad de las cosas. Parece poco creíble, en efecto, que los acreedores ejerciten —en las contadas ocasiones en las que pueden hacerlo (*infra* 3)— una acción tendente a reconstruir el patrimonio de un tercero —en este caso, la sociedad— y que lo hagan, además, en interés exclusivo de ese tercero⁸¹². Aunque es cierto que, por medio de la acción social, los acreedores realizan un «interés objetivo» de la sociedad, en cuanto el patrimonio de esta última se beneficiará del resultado positivo del litigio, «tal interés es circunstancial, indirecto e instrumental, ya que sirve tan sólo como punto de apoyo para posibilitar *el primario, genuino y principal interés contemplado: el del acreedor*»⁸¹³.

Es más, tampoco la Ley les obliga a perseguir el interés de la sociedad, a diferencia de lo que sucede con los socios minoritarios. Sin perjuicio de lo que diremos sobre este tema en el epígrafe siguiente (*infra* §11), podemos adelantar ahora que ésta es la gran diferencia entre la legitimación de los acreedores y la de la minoría: cuando el artículo 239 de la Ley de Sociedades de Capital atribuye a los socios titulares de, al menos, el cinco (o el tres) por ciento del capital social el derecho a entablar la acción social de responsabilidad, les exige expresamente que lo hagan *en defensa del interés social*; en cambio, el artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital no establece un requisito semejante. La única condición para que los acreedores puedan actuar es que no lo hayan hecho antes ni la sociedad ni los minoritarios y que el patrimonio de la sociedad resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos (*infra* 3). De no ser así, esto es, si a los acreedores se les exigiera actuar en vistas a la mejor defensa del interés de la sociedad, no tendría sentido que, después de ejercitar la acción social, pudieran dirigirse contra aquélla para recuperar el importe de sus créditos. Pero no cabe ninguna duda de que esto es exactamente lo que sucede —o, mejor dicho, lo que sucedería, si los acreedores realmente hiciesen uso de esta acción—. Es más, lo normal será que los acreedores traten de acumular ambas acciones en la misma demanda, a fin de lograr la satisfacción de sus créditos de la manera más eficiente (*infra* II.2).

Todo lo anterior nos lleva a concluir que los acreedores ejercitan la acción social *ex* artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital *en nombre e interés propios*, por más que el patrimonio directamente beneficiado por su actuación sea el de la sociedad. Y, en coherencia con ello, diremos que no nos encontramos ante un supuesto de representación *stricto sensu* —los acreedores no actúan como «representantes», ni legales ni voluntarios de la sociedad— y tampoco ante un caso de «legitimación por

defensa del interés social porque así lo establece la Ley, pero no la de los acreedores, que se mueven guiados, exclusivamente, por el interés egoísta de ver satisfechos sus créditos.

⁸¹² Como dice CRISTÓBAL MONTES, A., *La vía subrogatoria*, ob. cit., p. 77, hablando de la acción subrogatoria, si el acreedor, al ejercitar los derechos de su deudor no lo hiciese buscando su propio interés sino el de este último, «el mecanismo subrogatorio sería un artilugio jurídico hartamente extraño», en cuanto convertiría a los acreedores en «solícitos gestores de conveniencias ajenas». Lo mismo sucedería con el ejercicio de la acción social por parte de los acreedores.

⁸¹³ Así lo pone de manifiesto, en relación con la acción subrogatoria, CRISTÓBAL MONTES, A., *últ. ob. cit.*, p. 76 (la cursiva es nuestra). En idéntico sentido, ATAZ, J., *Ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones del deudor*, Madrid [Tecnos], 1988, pp. 54 y 55.

representación». Por el contrario, la figura que mejor explica esta legitimación extraordinaria es la *sustitución*⁸¹⁴.

3. La acción ejercitada por los acreedores como acción subrogatoria (común)

Como decíamos al comienzo de este epígrafe, la doctrina —no sin alguna excepción⁸¹⁵— suele considerar la acción subrogatoria como el supuesto de sustitución por excelencia. Tanto es así, que el amplio bagaje dogmático y jurisprudencial con el que cuenta esta figura frente al resto de supuestos considerados igualmente como sustitución ha hecho que su disciplina se adopte frecuentemente como arquetipo de todos ellos⁸¹⁶. Por eso, una vez llegados a la convicción de que el ejercicio de la acción social de responsabilidad por parte de los acreedores es también un claro ejemplo de sustitución, quizá fuera conveniente detener aquí nuestra investigación acerca de su naturaleza jurídica. Deberíamos limitarnos, tal vez, a decir que estamos ante una *acción subrogatoria especial* o, más sencillamente, que la legitimación de los acreedores guarda una estrecha relación con la acción subrogatoria común y ello bastaría, en principio, para resolver las dudas acerca de a quién y en qué condiciones corresponde renunciar a la acción ejercitada por los acreedores sociales, que es, al fin y al cabo, la cuestión que nos interesa⁸¹⁷. Creemos, sin embargo, que un intento por aclarar si estamos ante figuras afines pero distintas, o si lo que regula el artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital es, en verdad, una simple aplicación, en el ámbito societario, de la acción subrogatoria común no resultará un esfuerzo vano. Nos ayudará, en todo caso, a comprender mejor la dinámica de las distintas legitimaciones establecidas en la Ley para exigir responsabilidad a los administradores y nos permitirá, asimismo, confirmar algunas de las conclusiones que alcanzamos —de manera provisional— en el capítulo anterior (*supra* §9.V).

Comenzando por exponer brevemente lo que tienen en común, diremos que la acción del artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital reproduce el esquema propio de la acción subrogatoria regulada por el artículo 1111 del Código civil⁸¹⁸: tanto en un

⁸¹⁴ De «sustitución» han calificado este supuesto, entre otros procesalistas, NIEVA, J., ob. cit., pp. 89 y 90 y MONTERO, J., *De la legitimación*, ob. cit., p. 362.

⁸¹⁵ Véase lo dicho al respecto *supra* en la nota 767.

⁸¹⁶ Mostrándose crítico con éste protagonismo de la acción subrogatoria, cfr. NIEVA, J., ob. cit., p. 90, para quien el resto de supuestos tradicionalmente considerados como sustitución —acción de los auxiliares del contratista contra el dueño de la obra (art. 1597 CC), legitimación del acreedor pignoraticio para ejercitar las acciones que tiene el dueño de la cosa dada en prenda (art. 1869 CC), acciones del titular de la patente, ejercitadas por el concesionario (art. 124 LP) y la que ahora nos ocupa (art. 240 LSC)— son igualmente claros y representativos de este fenómeno.

⁸¹⁷ JUSTE, J., «La legitimación subsidiaria», ob. cit., p. 157, quien llama la atención sobre la estrecha relación que existe entre las dos figuras, aunque reconoce que existen diferencias entre ambas. De «aplicación de la acción subrogatoria» habla, por ejemplo, POLO, E., *Los administradores y el consejo*, ob. cit., p. 364, mientras que ALFARO, J., *Interés social*, ob. cit., p. 60 califica la legitimación de los acreedores para el ejercicio de la acción social de «supuesto específico» de la acción subrogatoria común.

⁸¹⁸ RIAÑO, I., ob. cit., p. 43.

caso como en el otro, se parte de dos relaciones crediticias autónomas, entre las cuales, la ley viene a crear un nexo de unión, al permitir que el sujeto que es acreedor en la primera pueda ejercitar un derecho que su deudor ostenta frente a quien, a su vez, es deudor en la segunda —el *debitor debitoris*—⁸¹⁹. Además, esta injerencia en la esfera de la autonomía privada del deudor se justifica, en ambos supuestos, por la concurrencia de los mismos requisitos: que el deudor haya omitido el ejercicio del derecho y que esa omisión pueda lesionar la posición del acreedor, generando en este último un legítimo interés a ejercitar los derechos del primero⁸²⁰.

3.1. *La inercia de la sociedad (deudor subrogado)*

Lo que ya no parece tan evidente es que estos requisitos de inercia e interés legítimo del acreedor sean idénticos en ambas hipótesis. El primero de ellos aparece expresamente recogido en el artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital, conforme al cual, «los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción social de responsabilidad [...] cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus socios». Pero no sucede lo mismo con la acción subrogatoria común, dado que el artículo 1111 del Código civil —separándose, en este punto, del artículo 2900 del *Codice civile*⁸²¹—, omite cualquier referencia a la inactividad del deudor. Se trata, no obstante, de un presupuesto que la doctrina civilista ha considerado siempre consustancial a la propia naturaleza de la acción subrogatoria, ya que ésta no es otra cosa que un mecanismo para evitar que la pasividad del deudor pueda perjudicar al acreedor⁸²². Estamos, por tanto, ante una exigencia común a las dos acciones.

Ahora bien, ¿qué debe entenderse por inercia del deudor en cada uno de estos supuestos? Por lo que hace a la acción subrogatoria común, este requisito presupone que el deudor *no ha ejercitado previamente sus derechos*. Podrá cuestionarse si se exige siempre una falta total de ejercicio o basta con que éste haya sido inadecuado o

⁸¹⁹ NICOLÒ, R., ob. cit., p. 25 y PATTI, S., «L'azione surrogatoria», en Rescigno (Dir.), *Trattato di diritto privato*, vol. 20, tomo 1, 2ª ed., Turín [Utet], 1998, p. 133.

⁸²⁰ Como señala DE SANCTIS-RICCIARDONE, A., voz «Surrogatoria (azione)», en *Enc. giur.*, vol. 30, Roma [Istituto della Enciclopedia italiana], 1993, p. 3, el interés protegido por la acción subrogatoria es el interés específico y actual que deriva de la necesidad de evitar un daño consistente en el peligro de perder la garantía patrimonial.

⁸²¹ Conforme al artículo 2900 del *Codice civile* de 1942: «El acreedor, para asegurar que se sean satisfechas o conservadas sus razones, puede ejercitar los derechos y las acciones que corresponden al deudor contra terceros y que aquél omite ejercitar [...]» (hemos tomado la traducción de MONTERO, J., *De la legitimación*, ob. cit., p. 370, nota 550, pero el énfasis lo ponemos nosotros). El requisito de la inercia del deudor es ciertamente una originalidad del texto italiano que no aparece recogido en otros ordenamientos de nuestro entorno. De hecho, tampoco se mencionaba en el antiguo artículo 1234 del *Codice civile* de 1865, que procedía, como el nuestro, del artículo 1166 del *Code* francés que, aun hoy, omite cualquier referencia a la misma. No obstante, la doctrina italiana, ya antes de la entrada en vigor del *Codice* de 1942, se mostraba unánime al exigir como presupuesto necesario de la acción subrogatoria la falta de actuación del deudor (cfr., al respecto, NICOLÒ, R., ob. cit., p. 8 y las referencias bibliográficas y jurisprudenciales citadas en la nota 2). Sobre la incierta génesis histórica de nuestro artículo 1111 del Código civil, cfr. CRISTÓBAL MONTES, A., *La vía subrogatoria*, ob. cit., pp. 11 a 40.

⁸²² Cfr., por todos, CRISTÓBAL MONTES, A., últ. ob. cit., p. 146 (v., todavía, la nota siguiente).

insuficiente⁸²³, pero lo que está claro es que, si el titular del derecho lo ha hecho valer plenamente, no surgirá la legitimación del acreedor. La mayor parte de las veces, saber cuándo el deudor ha ejercitado sus derechos no planteará mayores problemas —así, por ejemplo, si ha reclamado judicialmente el crédito o lo ha hecho de forma extrajudicial, si ha consentido una dilación en el pago, etc.—. Sin embargo, la particular disciplina a la que está sometida la interposición de la acción social de responsabilidad puede complicar bastante las cosas. El hecho de que su ejercicio esté supeditado al previo acuerdo de la junta (art. 238 LSC) y de que, a la legitimación primaria de la sociedad, se añada a la de los socios minoritarios (art. 239 LSC) hace, en efecto, que no sea fácil determinar cuándo se ha producido la inacción del deudor, a los efectos del artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital.

Estas dificultades se han visto reflejadas en las teorías que han aflorado en la doctrina acerca de los distintos «grados» de subsidiariedad, supuestos habilitantes y plazos de espera aplicables a los acreedores. Digamos, desde ahora, que ninguna de ellas cuenta con nuestra adhesión, porque entendemos que todas parten, en el fondo, del mismo presupuesto equivocado: que la acción se ejercita *en interés de la sociedad*. Con todo, nos detendremos a analizarlas someramente al objeto de determinar si existen argumentos sólidos para considerar que la falta de actuación de la sociedad y de los socios minoritarios difiere del presupuesto general de la inercia del deudor subrogado.

a) Conforme a la primera de estas teorías, que tradicionalmente ha sido la mayoritaria, la acción de los acreedores debería considerarse, con carácter general, *doblemente subsidiaria* o *de tercer grado*⁸²⁴. El razonamiento que subyace a esta interpretación es el siguiente: en la medida en que la acción social se ejercita siempre en interés de la sociedad y, dado que, en estas situaciones, la determinación de ese interés no corresponde sólo a la sociedad —*rectius*, a la mayoría—, sino que se atribuye

⁸²³ El artículo 2900 del *Codice civile* define la inercia del deudor empleando el verbo «*trascurare*» que, ciertamente puede significar «omitir» (cfr. la traducción de MONTERO, J., que hemos transcrito dos notas más arriba), pero también quiere decir «descuidar» o «desatender». Por ello, apoyándose en su tenor literal, parte de la doctrina italiana ha entendido que la inactividad del deudor no tiene por qué ser total, bastando con que lleve a cabo una actividad insuficiente, desde un punto de vista cualitativo o cuantitativo (cfr., por todos, MONTELEONE, G.A., *Profili sostanziali*, ob. cit., pp. 232 y 233; MESSINEO, F., *Manuale*, ob. cit., vol. 2, p. 147 y GIAMPICCOLO, G., voz «Azione surrogatoria», en *Enc. dir.*, vol. 4, Milán [Giuffrè], 1959, p. 953). En España, sostiene esta interpretación amplia ALBALADEJO, M., «Comentario al artículo 1111 CC», en Albaladejo (Dirs.), *Comentarios*, ob. cit., tomo 15, vol. 1, p. 962, para quien, es suficiente que el derecho «se halle descuidado, o, en general, sea susceptible de una utilización más provechosa que la que realice el deudor». No obstante, la mayoría de la doctrina española y parte de la italiana considera que una interpretación semejante del requisito de la inercia del deudor podría convertir la acción subrogatoria en un instrumento de fiscalización de la gestión del deudor (así, NICOLÒ, R., ob. cit., pp. 149 y 150 y CRISTÓBAL MONTES, A., *La vía subrogatoria*, ob. cit., p. 148 y 149). En cualquier caso, habría que entender, como advierte CRISTÓBAL MONTES, A., últ. ob. cit., pp. 147 y 149, que existe inercia cuando el deudor plantea la demanda ante un tribunal incompetente o cuando lo solicitado en la demanda es manifiestamente inferior a lo realmente debido.

⁸²⁴ Cfr. ya GARRIGUES, J., en Garrigues-Uría, *Comentario*, ob. cit., vol. 2, p. 189, según el cual, el plazo de tres meses que establecía el artículo 80.3 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 para que los socios minoritarios pudieran ejercitar la acción social no era simplemente de espera, sino de caducidad. Por eso, transcurridos esos tres meses, los acreedores tendrían expedita la vía para el ejercicio de la acción.

también a los socios minoritarios, sería lógico que, antes de que pudieran actuar los acreedores, hubieran tenido oportunidad de hacerlo tanto la propia sociedad como la minoría. Por tanto, para poder ejercitar la acción, los acreedores deberían esperar a que se hubiera producido alguno de los supuestos de inactividad de la sociedad que abre la puerta a la legitimación de los socios (art. 239.1 I LSC) y se hubiera constatado, además, la intención de estos últimos de no actuar frente a los administradores.

Este esquema de legitimaciones «en cascada» sólo se vería alterado por la renuncia o la transacción de la sociedad. Ambos acuerdos privarían de legitimación a los socios minoritarios, pero no así a los acreedores, ya que, de lo contrario, el ejercicio de la acción acabaría quedando en manos de la sociedad. De esta forma, la adopción de cualquiera de estos acuerdos abriría el camino a la actuación de los acreedores, que de este modo pasarían a ser legitimados *de segundo grado* y podrían demandar a los administradores de manera inmediata⁸²⁵. Más problemático sería, por el contrario, determinar en qué momento la inactividad de los socios minoritarios daría paso a la legitimación de los acreedores. Ante el silencio de la Ley, parece que lo correcto sería aplicar, por analogía, el plazo de espera de un mes que el artículo 239.1 I de la Ley de Sociedades impone a la minoría en los supuestos de acciones basadas en el incumplimiento del deber de diligencia. Plazo que debería empezar a computarse: (i) a partir del momento en que los administradores hubieran desatendido el requerimiento de convocar la junta a solicitud de la minoría; (ii) desde que la junta hubiese adoptado el acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad; o (iii) transcurrido un mes desde que se hubiera aprobado el ejercicio de la acción, sin que ésta hubiera sido finalmente interpuesta⁸²⁶.

Lo alambicado del razonamiento salta a la vista: no sólo se da por hecho —a nuestro juicio, de forma equivocada (*supra* §9.V e *infra* II.1)— que la renuncia de la sociedad es inoponible a los acreedores, sino que se somete a estos últimos a unos plazos de espera que la Ley no exige y que carecen por completo de justificación. En efecto, si se admite que la legitimación subsidiaria de los acreedores busca única y exclusivamente facilitarles el cobro de sus créditos (*supra* 2), entonces habrá que concluir que es a ellos —y solamente a ellos— a quienes corresponde juzgar la oportunidad de ejercitar la acción, una vez que el patrimonio social es insuficiente para atender el pago de sus créditos. Adviértase, además, lo contradictorio que resulta afirmar, en primer término, que la oponibilidad de la renuncia a los acreedores acabaría dejando en manos de la sociedad el ejercicio de la acción, para decir, a renglón seguido, que los acreedores no pueden actuar sin que la sociedad se haya manifestado previamente. A diferencia de los socios minoritarios, que pueden forzar su propia

⁸²⁵ El primero en advertir la posibilidad de que la legitimación de los acreedores sucediese directamente a la de la sociedad —convirtiéndose en subsidiaria «de segundo grado»— en los supuestos de renuncia o transacción es SUÁREZ-LLANOS, L., ob. cit., p. 990 y ss. Posteriormente, se adhiere a su interpretación la gran mayoría de nuestra doctrina: cfr., entre otros, BÉRGAMO, A., ob. cit., pp. 171 y 172 y SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores*, ob. cit., pp. 399 y 400, así como los autores citados *infra* en la nota 828.

⁸²⁶ POLO, E., *Los administradores y el consejo*, ob. cit., pp. 361 y 362 y SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores*, ob. cit., pp. 400 y 401.

legitimación solicitando la convocatoria de la junta, los acreedores no cuentan con ninguna herramienta que les permita excitar la actuación de la sociedad. Y no se diga que siempre podrán «efectuar requerimiento formal a la sociedad, o a socio con porcentaje suficiente, para que adopten iniciativa», porque entonces, a base de añadir requisitos y presupuestos que no aparecen expresamente contemplados en Ley, se acaba por desfigurar el régimen del artículo 240 hasta hacerlo irreconocible⁸²⁷.

b) Haciéndose eco de algunas de estas críticas, otra parte de la doctrina ha aventurado una segunda interpretación: la subsidiariedad de los acreedores no debería entenderse doble o sucesiva, sino meramente *alternativa*, respecto a la de la sociedad. Ello quiere decir, por un lado, que cualquier iniciativa de esta última que abra la legitimación de la minoría —falta de convocatoria de la junta, adopción de un acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad o falta de ejercicio de la acción tras el acuerdo favorable— impondría un plazo de espera a los acreedores que, a falta de regulación expresa, debería entenderse de un mes, por analogía a lo dispuesto en relación con los socios minoritarios. En esto, la nueva interpretación no difiere de la anterior. Pero, por otro lado se entiende, y ahí está la novedad, que ante la simple inacción de la sociedad no estaría justificado exigir ningún plazo de espera a los acreedores, porque, como decimos, éstos no tienen forma de provocar su legitimación. Por eso, lo más razonable, en estos casos, sería permitirles ejercitar la acción contra los administradores directamente, sin tener que esperar ninguna actuación por parte de la sociedad o de los socios⁸²⁸.

Ahora bien, esta tesis tampoco convence. Consentir la actuación directa de los acreedores frente a la inactividad total de la sociedad es, desde luego, más coherente con la finalidad del artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital y, sin duda, más acertado que imponerles la carga, legalmente inexistente, de estimular la previa toma de postura de la sociedad. Pero, a pesar de ello, esta interpretación sigue gravando a los acreedores con unos requisitos que ni aparecen en la Ley, ni tienen ninguna razón de ser. Si se les impide entablar la acción de responsabilidad cuando la sociedad ya ha adoptado alguna medida en esa misma dirección es porque se entiende que esa concreta medida representa, de algún modo, una forma de ejercitar el derecho al resarcimiento de los daños y se considera, además, que los acreedores tienen el deber o, cuando menos, la posibilidad de conocer su adopción. Pero lo cierto es que no sucede ni lo uno, ni lo otro. En efecto, no puede sostenerse seriamente que la falta de convocatoria de la junta o la adopción de un acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad impliquen una forma de ejercicio de la acción social; más bien todo lo contrario. Tan sólo en la

⁸²⁷ La frase entrecomillada es de QUIJANO, J., «Legitimación subsidiaria de los acreedores», ob. cit., p. 1724, quien entiende que los acreedores podrían recurrir a estos mecanismos, ante la pasividad de la sociedad, en «casos notorios de daño constatado, y transcurrido un tiempo prudencial sin iniciativa de sociedad o socios, especialmente si hay riesgo de prescripción».

⁸²⁸ Esta interpretación ha sido patrocinada por POLO, E., *Los administradores y el consejo*, ob. cit., p. 362 y 363, a quien sigue, en la actualidad, la práctica totalidad de la doctrina. Cfr., entre otros, DÍAZ ECHEGARAY, J.L., ob. cit., pp. 329 a 331; ARROYO, I. y BOET, E., ob. cit., p. 1567; JUSTE, J., «La legitimación subsidiaria», ob. cit., pp. 158 y 159; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y MARÍN DE LA BÁRCENA, F., ob. cit., p. 185 y BROSETA, M., ob. cit., p. 508.

hipótesis de que la junta hubiera acordado el ejercicio de la acción social, podría entenderse que se ha producido un ejercicio —*lato sensu*— del derecho por parte de la sociedad o, al menos, que ha mediado un comportamiento conducente a ese ejercicio. Pero, por regla general, todas estas iniciativas pasarán inadvertidas para los acreedores que no tienen la obligación de conocerlas, ni tienen cómo hacerlo⁸²⁹.

c) Por eso, todo resulta más sencillo —y más acorde al texto y a la finalidad de la Ley— si el requisito de que la acción «no haya sido ejercitada por la sociedad o sus socios» se lee, como ha sugerido algún autor, en positivo, es decir: «si la sociedad o los accionistas han ejercido la acción social, no la podrán ejercer los acreedores»⁸³⁰. Así entendida, la inactividad de la sociedad y de los socios minoritarios exigida por el artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital pasa a identificarse plenamente con la inercia del deudor que actúa como presupuesto de la acción subrogatoria común (art. 1111 CC). Y, a decir verdad, no podría ser de otro modo, puesto que ambos mecanismos cumplen una misma finalidad: la mejor satisfacción de los acreedores. Si ello es así, la decisión de estos últimos de ejercitar la acción social debe estar sometida a dos únicos requisitos: que *ni la sociedad ni los socios minoritarios hayan interpuesto previamente la demanda* —sin que esta inacción se traduzca en la necesidad de respetar ningún plazo de espera— y que *el patrimonio social sea insuficiente* para garantizarles una adecuada satisfacción de sus créditos⁸³¹.

Esta lectura es, además, la única compatible con el tratamiento que la Ley dispensa ahora al ejercicio de la acción social por la minoría en los supuestos de deslealtad. Tras la reforma de 2014, los socios minoritarios están legitimados para actuar directamente y sin necesidad de someter la decisión a la junta general cuando la acción se fundamente en la infracción del deber de lealtad (art. 239.1 II LSC). Pues bien, en estos casos, es evidente que no tiene sentido someter la actuación de los acreedores al transcurso de plazo alguno, entre otras cosas, porque no habría forma de computar el término inicial de dicho plazo⁸³².

⁸²⁹ BERBEL, J., ob. cit., p. 125. Conforme, también, CALBACHO, F., ob. cit., pp. 311 a 313, quien se muestra partidario de entender —como hacemos nosotros *infra* en el texto— que la inercia de la sociedad y de los minoritarios debe identificarse con la falta de interposición de la demanda. No podemos compartir, sin embargo, la opinión del autor cuando afirma, a continuación (p. 313), que la Ley, de forma implícita, impediría a la sociedad ejercitar la acción social, si previamente hubieran actuado los acreedores. Como veremos, esta conclusión es incompatible con la identificación de la legitimación de los acreedores con un supuesto de acción subrogatoria común, que es, a nuestro parecer, la interpretación más correcta (v. *infra* las conclusiones de este epígrafe tercero).

⁸³⁰ ESTEBAN VELASCO, G., «La acción social y la acción individual», ob. cit., p. 79.

⁸³¹ En idéntico sentido, además de CALBACHO, F., *loc. ult. cit.*, LLEBOT, J.O., «El sistema de la responsabilidad de los administradores: Doctrina y Jurisprudencia», en *RdS*, 1996, pp. 57 y 58 y DE LA CÁMARA, M., «La administración de la sociedad anónima», ob. cit., p. 149. Téngase en cuenta, en todo caso, que el planteamiento de la demanda ante un tribunal incompetente o la reclamación de una cuantía irrisoria debería considerarse un no ejercicio del derecho, que no impediría un ulterior ejercicio de la acción por parte de los acreedores (v. *supra* nota 823).

⁸³² En efecto, a diferencia de lo que sucede con la sociedad, la decisión de la minoría de ejercitar la acción social no se adopta mediante acuerdo de ningún tipo, a partir del cual pudiera computarse un plazo de espera para los acreedores.

3.2. *La insuficiencia patrimonial*

Este segundo requisito pone de manifiesto que el legislador no ha querido atribuir a los acreedores el ejercicio de la acción social de responsabilidad ante cualquier incumplimiento de los administradores que ocasione un daño en el patrimonio social: sólo cuando éste resulte insuficiente para hacer frente a las obligaciones de la sociedad, surge en los acreedores un *interés digno de tutela*. No obstante, qué deba entenderse por *insuficiencia patrimonial* a estos efectos es una cuestión que sido ampliamente debatida tanto en España como en Italia⁸³³.

a) La proximidad de este requisito al de *insolvencia*, propio de los procedimientos concursales (cfr. arts. 2.1 LC y art. 5 *L.Fall.*), ha motivado que sea precisamente en el concurso donde se ha ubicado siempre el ámbito de aplicación natural de la acción social ejercitada por los acreedores⁸³⁴. Sin embargo, existe un amplio consenso a la hora de admitir que, aun siendo conceptos afines, la «insuficiencia patrimonial» no se identifica necesariamente con la «insolvencia» en sentido funcional que es presupuesto del concurso⁸³⁵. Esta última supone la imposibilidad del deudor de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, mientras que la primera hace referencia a una situación de desbalance patrimonial —en principio, independiente de la capacidad de pago— caracterizada por ser el pasivo de la sociedad superior a su activo⁸³⁶. En muchos casos —con seguridad, la mayoría— la imposibilidad del deudor de hacer frente a sus deudas estará motivada por una insuficiencia patrimonial⁸³⁷. Pero no será así en todos. Puede suceder, en efecto, que la sociedad, pese a conservar el equilibrio entre activo y pasivo, sea incapaz de cumplir regularmente sus obligaciones y devenga, por ello, insolvente⁸³⁸; y, al contrario, es posible —aunque ciertamente, será poco probable— que, hallándose en una situación de desequilibrio patrimonial, la sociedad cuente con el

⁸³³ Como es sabido, el artículo 2394 del *Codice civile* también exige la insuficiencia patrimonial como requisito para el ejercicio de la acción —autónoma— que dicho precepto reconoce a los acreedores. Esta semejanza es advertida por SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores*, ob. cit., p. 402, nota 88.

⁸³⁴ Dicen FRANZONI, M., y GALGANO, F., ob. cit., p. 78, que sólo en sede concursal se tendrá absoluta certeza de la insuficiencia patrimonial de la sociedad, por lo que será en el marco del concurso donde, por regla general, se desenvuelva el ejercicio de la acción de los acreedores. Cfr., también, BONELLI, F., *La responsabilità*, ob. cit., p. 184 y JUSTE, J., «La legitimación subsidiaria», ob. cit., p. 155, quien advierte cómo la acreditación de la insuficiencia patrimonial «podría confirmar la obligación de los administradores de solicitar el concurso».

⁸³⁵ Esta «concepción funcional» de la insolvencia —como la denomina ROJO, A., «Presupuesto objetivo (Art. 2)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, ob. cit., tomo 1, p. 170— es la que adoptan tanto la Ley Concursal (art. 2) y la *Legge Fallimentare* (art. 5) como presupuesto objetivo del concurso y se contraponen a una «concepción patrimonial», que vendría a identificarse con la insuficiencia o desbalance en el patrimonio de la sociedad.

⁸³⁶ Cfr., por todos, BONELLI, F., «La responsabilità degli amministratori», ob. cit., pp. 443 y ss.

⁸³⁷ Por eso, señala BORGIOLO, A., *L'amministrazione*, ob. cit., p. 285, que la insuficiencia patrimonial representa, en la mayor parte de los casos, la forma más grave y definitiva de insolvencia. De idéntica opinión es AUDINO, A., ob. cit., p. 843.

⁸³⁸ Cfr., nuevamente, ROJO, A., últ. ob. cit., p. 170. En idéntico sentido, LEÓN, F., ob. cit., tomo 1, p. 1304.

crédito suficiente para afrontar el pago de sus deudas a corto plazo, a medida que tiene lugar su vencimiento⁸³⁹.

b) El presupuesto que legitima el interés del acreedor a ejercitar la acción social de responsabilidad no es, pues, la insolvencia funcional de la sociedad, sino una erosión de su patrimonio que amenace la adecuada satisfacción de sus obligaciones⁸⁴⁰; lo cual permite advertir —siquiera en un plano teórico— un ámbito de aplicación del artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital al margen del concurso.

Esta conclusión se ha visto avalada por la reforma del artículo 48-*quater* de la Ley Concursal, operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Como ya sabemos, este precepto atribuye ahora al administrador concursal la legitimación exclusiva y excluyente para el ejercicio de la acción social de responsabilidad durante el concurso (*supra* §7.II.2.1). Ello lleva a pensar que si no se ha suprimido el artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital, es porque se reconoce la posibilidad de que los acreedores puedan seguir entablando la acción de responsabilidad fuera del concurso. Cuestión aparte es que el exiguo margen de aplicación de este instrumento coincida, también, parcialmente, con el presupuesto objetivo de la responsabilidad por deudas previsto en el artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital. Este último hace directamente responsables a los administradores que omitan los deberes de convocar la junta y de instar la disolución judicial de la sociedad (arts. 365 y 366 LSC) por las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de alguna de las causas de disolución contempladas por el artículo 366 de la Ley de Sociedades de Capital; entre las que se encuentra, como es sabido, la reducción del patrimonio por debajo de la mitad del capital social (art. 366.1, letra «f», LSC). En estos casos, los acreedores optarán presumiblemente por recuperar de manera directa el importe de sus créditos instando la acción del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital, en vez de acudir al ejercicio de la acción social de responsabilidad que, como hemos visto, tiende a reconstruir el patrimonio de la sociedad. De este modo, el ámbito de aplicación del artículo 240 queda reducido, en la práctica, a los casos —absolutamente marginales— en los que la sociedad, sin ser insolvente, haya visto reducido su patrimonio a una cifra no inferior a la mitad del capital social.

c) La insuficiencia patrimonial tampoco consiste, por tanto, en una ausencia absoluta de bienes. Es más, para alegar su concurrencia no se exige acreditar un embargo infructuoso. Basta con que se aporte cualquier medio de prueba —cuentas

⁸³⁹ Afirma, en este sentido, FRANZONI, M. y GALGANO, F., ob. cit., p. 78 que es perfectamente posible imaginar una situación en la que la sociedad, «haciendo un uso ilícito del crédito», haya seguido operando, pese a haber perdido el propio capital social. También contemplan esta posibilidad SILVESTRINI, A., ob. cit., p. 495 y ABETE, L., «Azione di responsabilità», ob. cit., p. 1479. Al margen de estos supuestos, la acción *ex* artículo 2394 del *Codice civile* se ha ejercitado, en ocasiones, después de la conclusión del concurso o tras la admisión de un *concordato preventivo* (arts. 160 a 186-*bis* L.Fall.). Cfr., BONELLI, F., *La responsabilità*, ob. cit., pp. 186 y 187, texto y notas, con amplias referencias jurisprudenciales y NAPOLEONI, V., ob. cit., *passim*.

⁸⁴⁰ La diferencia entre el estado de insolvencia y la insuficiencia patrimonial como presupuesto de la actuación de los acreedores es advertida, con acierto, por la mayoría de la doctrina. Cfr., entre otros, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores*, ob. cit., p. 402; QUIJANO, J., «Legitimación subsidiaria de los acreedores», ob. cit., pp. 1725 y 1726; ARROYO, I. y BOET, E., ob. cit., p. 1566; PACCHIAROTTI, S., «Sub art. 2394», en Bonfante (*et al.*) (a cura di), *Codice commentato delle nuove società*, Milán [Ipsosa], 2004, p. 465 y DE NICOLA, A., ob. cit., p. 652. Cfr., sin embargo, GARRETA, J.M., *La responsabilidad*, ob. cit., p. 162, quien entiende que la insuficiencia patrimonial «implica una declaración de insolvencia o de insuficiencia en el embargo de bienes de la sociedad». De forma similar, SALANITRO, N., «Responsabilità degli amministratori durante il fallimento di società per azioni», en *Riv. soc.*, 1962, pp. 780 y 781, para el cual, no es posible concebir un estado de insuficiencia patrimonial que no conlleve, al mismo tiempo, una situación de insolvencia.

anuales, informes de auditoría, etc.— del que se desprenda, de manera fehaciente, la existencia de un desequilibrio en el patrimonio social⁸⁴¹. En consecuencia, no será necesario ni siquiera que el acreedor instante sea titular de un crédito vencido y exigible, ni que se haya dirigido previamente contra la sociedad para intentar el cobro⁸⁴². En otras palabras, el artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital no cumple una *función estrictamente ejecutiva*; se trata, más bien, de un mecanismo de defensa del crédito que tiende a conservar la capacidad del patrimonio de la sociedad para hacer frente a sus deudas⁸⁴³.

En esta *función conservativa* de la legitimación de los acreedores residiría, precisamente, su principal diferencia con la acción subrogatoria del Derecho común. Como es sabido, el ejercicio de esta última exige que el acreedor haya «perseguido [infructuosamente] los bienes de que esté en posesión el deudor» (art. 1111 CC) y, por ello, se ha considerado tradicionalmente como un mecanismo de *ejecución*, cuyo ejercicio estaría subordinado a la existencia de un crédito vencido y exigible, así como a la previa reclamación frente al deudor⁸⁴⁴.

⁸⁴¹ Para BERBEL, J., ob. cit., p. 125, la prueba de la insuficiencia patrimonial debería darse por cumplida en caso de aparecer en las cuentas depositadas un pasivo exigible superior a los activos disponibles y realizables, «aportando con la demanda un informe de economista o censor de cuentas que contenga estos resultados». Se muestra igualmente conforme con la idea de que no es necesaria la previa excusión del patrimonio social DÍAZ-ECHEGARAY, J.L., ob. cit., p. 332. En Italia, señala FRÈ, G., *Società per azioni*, ob. cit., p. 526 y nota 9, que la insuficiencia patrimonial podrá acreditarse por cualquier medio admitido en Derecho. *Contra*, entendiéndose que el recurso a la acción del artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital exige el previo embargo infructuoso de los bienes de la sociedad DE LA CÁMARA, M., «La administración de la sociedad anónima», ob. cit., p. 149; POLO, E., *Los administradores y el consejo*, ob. cit., p. 365. En este último sentido, considera GRAZIANI, A., *Diritto delle società*, ob. cit., p. 387, que la insuficiencia patrimonial sólo quedará suficientemente acreditada tras la oportuna excusión del patrimonio social.

⁸⁴² Así lo entienden, entre otros, ESTEBAN VELASCO, G., «La acción social y la acción individual», ob. cit., p. 78; CALBACHO, F., ob. cit., pp. 294 y 297 y JUSTE, J., «La legitimación subsidiaria», ob. cit., p. 157. Y, en Italia, FRANZONI, M. y GALGANO, F., ob. cit., p. 78 y *Trib. Milano*, de 21 de abril de 1986, en *Società*, núm. 5, 1986, p. 740, con nota de QUATRARO, B. *Contra*, exigiendo que el acreedor sea titular de un crédito líquido y exigible, POLO, E., *Los administradores y el consejo*, ob. cit., p. 365; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores*, ob. cit., p. 402 y ARANGUREN, F.J., ob. cit., p. 524.

⁸⁴³ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y MARÍN DE LA BÁRCENA, F., ob. cit., pp. 184 y 185. Esta finalidad conservativa de la acción ejercitada por los acreedores era mucho más evidente en la redacción del antiguo artículo 80.4 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 que no exigía la insuficiencia patrimonial, sino únicamente que el acuerdo lesivo supusiese una «grave amenaza» para la garantía de los créditos (cfr. la nota siguiente).

⁸⁴⁴ Según, GARRIGUES, J. y URÍA, R., *Comentario*, ob. cit., vol. 2, p. 190, la ley de sociedades anónimas de 1951 «[habría] querido ir más allá, concediendo acción, no sólo en la hipótesis de acción subrogatoria, sino también en la hipótesis de que el patrimonio social se [viese] gravemente amenazado por la conducta maliciosa o abusiva de los administradores». Cfr., en el mismo sentido, SUÁREZ-LLANOS, L., ob. cit., p. 927. Con referencia ya a la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, señala CALBACHO, F., ob. cit., p. 294, que, «a pesar de las indudables analogías» existentes entre la acción subrogatoria común y la atribuida a los acreedores, la primera «precisa de una deuda ya exigible, y que el deudor no tenga bienes suficientes para el pago, contra el cual ha de dirigirse previamente», mientras que la segunda, «no precisa [...] que el crédito del acreedor demandante sea exigible, así como, en consecuencia, tampoco que la acción de éstos se haya dirigido previamente contra la sociedad». En idéntico sentido, LLEBOT, J.O., «El sistema de la responsabilidad», ob. cit., p. 58.

Un estudio pormenorizado de la función que desempeña la acción subrogatoria en el sistema de Derecho común nos llevaría, obviamente, demasiado lejos y, por ello, ha de quedar remitido⁸⁴⁵. Pero lo que sí interesa destacar ahora es que esta diferencia de funciones entre ambas acciones no subsiste en la práctica —o, al menos, no de forma tan pronunciada—, si se tienen presentes las conclusiones a las que la doctrina y la jurisprudencia más recientes han llegado en relación con la supuesta función ejecutiva de la acción subrogatoria.

El análisis histórico del artículo 1111 del Código civil pone de manifiesto que la previa persecución de los bienes en cuya posesión se encuentre el deudor es una singularidad del Derecho español de difícil explicación. De hecho, no tiene precedentes en nuestro Ordenamiento ni parangón en los de nuestro entorno jurídico⁸⁴⁶. Tratando de buscarle un sentido, podría pensarse que este requisito exige la falta absoluta de bienes embargables en el patrimonio del deudor, de forma que, para poder hacer uso de la acción subrogatoria, el acreedor tendría que haber instado previamente un proceso de ejecución en el que no se hubieran encontrado bienes libres del deudor⁸⁴⁷. Adviértase, sin embargo, la paradoja a la que conduce esta interpretación: si el deudor carece por completo de bienes y derechos embargables, ¿qué derechos quedarían para el ejercicio de la acción subrogatoria? Fácilmente se comprende que esta primera aproximación reduce la acción subrogatoria a mera «anécdota procesal» o, peor aún, a auténtica «quimera» jurídica⁸⁴⁸. Ante este panorama, se han adelantado otras posibles interpretaciones: desde las que, corrigiendo el texto de la Ley, abogan directamente por la supresión de este requisito⁸⁴⁹, hasta aquellas otras que proponen la matización de sus exigencias y la dulcificación de sus consecuencias prácticas⁸⁵⁰.

⁸⁴⁵ Todos los estudios monográficos sobre el instituto de la acción subrogatoria incluyen un examen pormenorizado de esta cuestión. El más completo es, a nuestro juicio, el de CRISTÓBAL MONTES, A., *La vía subrogatoria*, ob. cit., pp. 53 a 69. En Italia, puede verse el realizado por MONTELEONE, G.A., *Profili sostanziali*, ob. cit., pp. 89 a 116.

⁸⁴⁶ Así lo indican EGEA, J., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1984», en *CCJC*, núm. 4, 1984, p. 1406 y CRISTÓBAL MONTES, A., *La vía subrogatoria*, ob. cit., pp. 89 y ss. Este presupuesto no aparecía en el *Code Napoléon* (art. 1166) ni en el artículo 1234 del *Codice civile* de 1865 y tampoco lo hace ahora en el artículo 2900 del *Codice civile* de 1942. Para algunas referencias a otros Ordenamientos jurídicos, cfr. RIAÑO, I., ob. cit., p. 53, nota 17.

⁸⁴⁷ FIGA FAURA, L., «La acción subrogatoria», en *AAMN*, tomo 9, 1957, pp. 308 y 309 y GULLÓN, A., «La acción subrogatoria», en *RDP*, 1959, pp. 106 y 112.

⁸⁴⁸ Es CRISTÓBAL MONTES, A., *La vía subrogatoria*, ob. cit., p. 97 quien emplea estas expresiones. En idéntico sentido crítico, cfr. CARRERAS, J., *El embargo de bienes*, Barcelona [Bosch], 1957, pp. 534 y 535, que califica la acción subrogatoria entendida en estos términos como auténtica «entelequia». Obviamente, la carencia de bienes no puede ser absoluta, ya que, por lo menos, se requiere que el patrimonio del deudor cuente con los derechos y acciones en los que se subroga el acreedor. Por eso, conforme a esta primera interpretación, habría que concluir que la acción subrogatoria entraría en juego después del embargo y respecto de los bienes o derechos no embargables. Aquello que podría ejercitar el sustituto serían, entonces, aquellos pocos derechos que no pudiendo ser objeto de embargo sí pudieran ser ejercitados por vía subrogatoria, —v.gr. el derecho de retracto legal o la acción de nulidad— lo cual hace de esta figura un instrumento ciertamente marginal (cfr. MONTERO, J., *De la legitimación*, ob. cit., p. 371).

⁸⁴⁹ Ésta es, señaladamente, la opción de CRISTÓBAL MONTES, A., *La vía subrogatoria*, ob. cit., pp. 106 y 107, quien propone prescindir del término «después» en el artículo 1111 del Código civil, de forma que la

Precisamente en esta última línea se ha movido el Tribunal Supremo al afirmar, de manera reiterada, que el ejercicio de la acción subrogatoria «no implica la necesidad de probar la total insolvencia del deudor, ni exige que se haya formulado reclamación judicial previamente contra el mismo»⁸⁵¹. Es suficiente, por tanto, con que el acreedor afirme que no conoce otros bienes del deudor en el mismo proceso en el que ejercita la acción subrogatoria⁸⁵². Más aún, se ha llegado a admitir —ciertamente *obiter dicta* y no sin polémica doctrinal— que «en la acción subrogatoria, el acreedor ha de ostentar un derecho de crédito contra el deudor, *aunque por el momento no sea exigible*»⁸⁵³.

Se ha llegado, de este modo, a una interpretación del artículo 1111 del Código civil más «acomodada a la realidad», que, sin ignorar la utilidad de este instrumento en los procesos de ejecución, reconoce también su capacidad para actuar como herramienta de conservación del patrimonio del deudor. Con ello, la aparente diferencia entre los presupuestos objetivos de la acción subrogatoria común y la regulada por el artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital queda, en gran medida, difuminada: en ambos casos, se requiere que la inactividad del deudor le lleve a una situación de insuficiencia patrimonial que ocasione un perjuicio en el acreedor; y, en ambos casos, se exige a este último que pruebe esa insuficiencia, sin que ello le imponga necesariamente el haberse dirigido previamente contra el deudor, ni mucho menos, el haber realizado una previa

acción subrogatoria no exigiría la previa persecución de los bienes del deudor, presentándose como alternativa al embargo.

⁸⁵⁰ Así, se ha dicho que la previa persecución de los «bienes» del deudor, que exige el artículo 1111 del Código civil, se estaría refiriendo precisamente a eso, a los bienes u objetos materiales, de forma que, una vez comprobada la ausencia de éstos, cabría el ejercicio de la acción subrogatoria respecto de los derechos integrados en el patrimonio del deudor, como medio de ejecución de los mismos (cfr. ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, ob. cit., vol. 2, p. 222, ATAZ, J., ob. cit., p. 78 y, aparentemente, también DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, ob. cit., vol. 2, p. 895). De esta forma, la acción subrogatoria se presentaría como un complemento del embargo. No obstante, esta tesis no parece viable, toda vez que el término «bien» es empleado por el Código civil en el sentido de englobar también los derechos de crédito (cfr. arts. 333, 334 y 335 CC). Por otro lado, el artículo 592.2, núms. 2º y 9º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil deja claro que objeto de embargo pueden ser no sólo los bienes materiales, sino también los derechos de crédito. Además, debe tenerse en cuenta que la realización forzosa y el ejercicio del derecho en vía subrogatoria son conceptos distintos y, por tanto, no pueden emplearse de forma complementaria: mediante lo primero, el crédito se enajena a un tercero o se adjudica al ejecutante y con el dinero obtenido se paga *directamente* a este último; en cambio, mediante lo segundo, el acreedor ejercita el derecho para integrar lo obtenido con él en el patrimonio del deudor y obtener, así, *indirectamente* la satisfacción de su crédito (cfr., MONTERO, J., últ. ob. cit., p. 372). Por eso, parece preferible la tesis sostenida por el Tribunal Supremo y por otra parte de la doctrina que exponemos *infra* en el texto y en la nota siguiente.

⁸⁵¹ Cfr. la STS de 26 de febrero de 2002 (RJ 2002/1909) y las resoluciones citadas en su Fundamento Jurídico tercero. En la doctrina, pueden verse, entre otros, CORDÓN, F., *Proceso civil de declaración*, Navarra [Aranzadi], 1997, pp. 84 y 85; MONTERO, J., *De la legitimación*, ob. cit., pp. 372 y ss. y LACRUZ, J.L. (*et al.*), ob. cit., tomo 2, vol. 1, pp. 235 y 236.

⁸⁵² Así lo señala la STS de 3 de octubre de 1995 (FJ Sexto) (RJ 1995/7178).

⁸⁵³ Cfr. la STS de 26 de abril de 1962 (RJ 1962/1709). Este pronunciamiento es tachado por ALBALADEJO, M., «Comentario al artículo 1111 CC», ob. cit., p. 961, nota 9, de «exceso verbal del Tribunal Supremo», dado que, en el caso concreto, el crédito era exigible. Cfr., no obstante, CRISTÓBAL MONTES, A., *La vía subrogatoria*, ob. cit., p. 123, quien aplaude la decisión, calificándola como «revolucionaria». Admiten, igualmente, la posibilidad de que el crédito del acreedor subrogante no sea aún exigible PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho civil español*, tomo 3, 2ª ed., Navarra [Aranzadi], 1972, p. 248 y COSSÍO, A., ob. cit., p. 350.

excusión de todos sus bienes, hasta el punto de que tampoco parece necesario que el acreedor sea titular de un crédito vencido y exigible.

Estas reflexiones nos permiten alcanzar una importante conclusión acerca de la naturaleza jurídica de la legitimación de los acreedores para el ejercicio de la acción social: no nos encontramos ante un supuesto de hecho afín pero distinto o especial respecto de la acción subrogatoria común, sino que se trata, en realidad, de una *mera aplicación* de esta última al caso concreto del ejercicio de la acción social de responsabilidad. En otras palabras, el artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital no es más que una especificación del artículo 1111 del Código civil en esta materia; con la única especialidad, si se quiere, de facilitar la prueba del interés del acreedor, que deberá acreditar, únicamente, el desbalance patrimonial de la sociedad⁸⁵⁴. En consecuencia, la legitimación de los acreedores deberá regirse íntegramente por la disciplina de la acción subrogatoria común⁸⁵⁵.

II. LA RENUNCIA A LA ACCIÓN SOCIAL EJERCITADA POR LOS ACREEDORES

Sabiendo ya que, al entablar la acción social, los acreedores se subrogan en el ejercicio de un derecho que pertenece a la sociedad y que lo hacen movidos exclusivamente por el interés de lograr la máxima satisfacción de sus créditos, estamos en mejores condiciones para abordar, a continuación, los problemas que puede plantear su renuncia una vez que el proceso ha sido iniciado.

1. Oponibilidad a los acreedores de la renuncia válidamente acordada por la sociedad. Confirmación

Sin embargo, antes de afrontar esta tarea, nos gustaría detenernos un instante a corroborar una de las conclusiones que alcanzamos en el capítulo anterior y que, ya entonces, deducíamos de manera provisional de la naturaleza subrogatoria de la acción ejercitada por los acreedores. Nos estamos refiriendo a la oponibilidad frente a estos últimos de la renuncia válidamente acordada por la sociedad antes de que los acreedores hayan entablado la acción (*supra* §9.V). Dijimos, en su momento, que, a nuestro entender y frente a lo que puede considerarse opinión mayoritaria en la doctrina, cuando

⁸⁵⁴ En este sentido, la SAP Cantabria (Sección 4ª), de 14 de febrero de 2002 (FJ Tercero) (JUR 2002/101721), tras analizar los presupuestos para el ejercicio por los acreedores de la acción social de responsabilidad, señala que nos encontramos ante «una pura acción subrogatoria, esencialmente idéntica a la prevista en el art. 1111 CC». Cfr., también, la SSAP Coruña (Sección 3ª), de 22 de septiembre (FJ Cuarto) y 13 de julio de 2000 (FJ Segundo) (JUR 2001/143723 y JUR 2001/143535).

⁸⁵⁵ Siempre se nos podrá decir que esta interpretación hace del artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital una reiteración inútil del 1111 del Código civil. Y no podríamos estar más de acuerdo: el primero no aporta nada y contribuye, por el contrario, a oscurecer la, ya de por sí compleja, disciplina de la acción social. Aplaudimos, por ello, la opción de la *Propuesta de Código mercantil* —de la que no se da, sin embargo, explicación alguna en la Exposición de Motivos (cfr. III-23)— de suprimir la legitimación de los acreedores para el ejercicio de la acción social. Éstos podrán seguir entablándola, en los contados supuestos en los que lo pueden hacer ahora, con base en el artículo 1111 del Código civil.

la sociedad ha abdicado válidamente del derecho al resarcimiento de los daños derivados de la mala gestión de sus administradores, no es posible su ejercicio por los socios minoritarios (art. 239 LSC), *ni tampoco por los acreedores* (art. 240 LSC). Esta consecuencia nos parece particularmente evidente en el caso de que la renuncia haya tenido lugar en el marco de un procedimiento judicial, dado que, en ese caso, el acto abdicativo tendrá como consecuencia una sentencia absolutoria con fuerza de cosa juzgada, no sólo frente a la sociedad, sino también frente al resto de legitimados extraordinarios: minoría y acreedores⁸⁵⁶. Pero entendemos que es igualmente válida en la hipótesis de una renuncia extrajudicial.

Como ha quedado demostrado, la legitimación de los acreedores responde al mecanismo de la sustitución y no presenta diferencias relevantes con la acción subrogatoria común como para justificar la aplicación de una disciplina diferente o especial. Por eso, no se comprende fácilmente por qué este supuesto debería quedar exceptuado de la regla general conforme a la cual *el ejercicio de la acción subrogatoria presupone necesariamente que el derecho siga existiendo en el patrimonio del deudor subrogado*. Y es que resulta incontrovertible que, una vez que haya tenido lugar la renuncia, no habrá derecho que pueda ser ejercitado en vía subrogatoria. El acreedor subrogante no hace otra cosa que ejercitar aquellos derechos que se encuentran en el patrimonio del deudor y en la medida en que aún se encuentren en él. Por consiguiente, la abdicación de un derecho se presenta como un hecho preclusivo del ejercicio de la acción subrogatoria en relación con ese determinado derecho.

En otras palabras, *la renuncia al derecho y la subrogación en el derecho renunciado son actos inconciliables*. Este antagonismo se advierte también al analizar uno de los presupuestos necesarios para el ejercicio de la acción subrogatoria: la inercia del deudor subrogado. Acabamos de ver cómo, a pesar de que el Código civil guarda silencio al respecto, es una cuestión pacífica que el acreedor sólo puede subrogarse en los derechos y acciones de su deudor cuando éste ha omitido su ejercicio (*supra* I.3.1)⁸⁵⁷. Dicha omisión o inercia no tiene por qué ser dolosa o culpable, ya que «el punto de incidencia en relación a la omisión de ejercicio por parte del deudor no es su culpa, sino el perjuicio al acreedor»⁸⁵⁸, siendo suficiente con que se haya producido el dato objetivo de la inactividad lesiva del deudor. Ahora bien, esta inactividad debe ser efectiva, en el sentido de que ha de tratarse de un auténtico «no ejercicio» del derecho. Por eso, resulta incorrecto acudir al mecanismo de la acción subrogatoria cuando el deudor ha ejercitado su derecho aunque lo haya hecho en sentido negativo, abdicando de su titularidad. En otras palabras, la renuncia, como manifestación de la facultad de disposición, supone el ejercicio del derecho y se contrapone, por tanto, a la inercia del deudor, haciendo inviable el recurso a la acción subrogatoria. El problema será distinguir aquellos supuestos en los que comportamiento del titular, aun consistiendo en una omisión, asume el significado de un verdadero acto de disposición del derecho, de

⁸⁵⁶ JUSTE, J., «Legitimación subsidiaria», ob. cit., pp. 153 y 159.

⁸⁵⁷ V., en concreto, *supra* las notas 822 y 823.

⁸⁵⁸ CRISTÓBAL MONTES, A., *La vía subrogatoria*, ob. cit., p. 151

aquellos otros en los que ese comportamiento debe interpretarse como una simple falta de ejercicio del mismo. Es decir, será complicado determinar cuándo una concreta actitud omisiva debe interpretarse como auténtica renuncia tácita. Pero esta dificultad no se plantea en relación con la renuncia a la acción social de responsabilidad, porque, como sabemos, ésta ha de ser siempre expresa (*supra* §8.II).

De este modo, la renuncia de la sociedad a exigir responsabilidades a sus administradores se presenta, en todo caso, como un acto *radicalmente incompatible* con el ejercicio de ese derecho por parte de los acreedores en vía subrogatoria, ya sea porque el negocio abdicativo implica un ejercicio del derecho y ello hace que no concorra el requisito de la inercia del deudor, ya sea porque, una vez renunciado, el derecho deja de existir en el patrimonio de la sociedad, haciendo imposible cualquier subrogación.

Esta conclusión no puede rebatirse alegando que la renuncia a la acción social de responsabilidad es un acto intrínsecamente lesivo, en el que el perjuicio para los acreedores se encuentra *in re ipsa*⁸⁵⁹. Al tratar de la causa del negocio jurídico de renuncia (*supra* §9.II.2), vimos que éste debe responder siempre a un propósito empírico o finalidad práctica lícita que, en el caso concreto de la renuncia a la acción social de responsabilidad, necesariamente debe traducirse en una «transposición de valor» que maximice de forma objetiva el interés social. La validez de la renuncia a la acción social de responsabilidad depende, en definitiva, de que su adopción se encuentre justificada en la obtención de una utilidad objetivamente apreciable, que bien puede consistir en un ahorro de costes, en la necesidad de evitar que el ejercicio de la acción lleve aparejado un daño desproporcionado a la imagen de la empresa, etc. Si falta esta justificación, cuya prueba corresponde *de facto* a la sociedad, el acuerdo de la junta aparecerá como una liberalidad irracional, realizada en beneficio exclusivo de los administradores y en perjuicio de la sociedad, de los socios minoritarios y de los acreedores. El negocio abdicativo tendrá, entonces, causa ilícita y podrá ser anulado por los acreedores (arts. 6 II y 1275 CC) y el acuerdo impugnado, tanto por los socios como por los acreedores, *ex* artículo 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

No obstante, es evidente que aunque, en el caso concreto, la renuncia esté dotada de una causa lícita ello no elimina el riesgo de que ésta pueda resultar objetivamente perjudicial para los acreedores, ya que nos encontramos, al fin y al cabo, ante un negocio jurídico que conlleva la pérdida de un elemento patrimonial. De esta manera, cabría pensar que la renuncia acordada por una sociedad que se encuentra en una situación de desequilibrio patrimonial es siempre inoponible a los acreedores, que, a diferencia de los socios minoritarios, no han podido impedir su adopción. Podría decirse, en efecto, que:

⁸⁵⁹ Éste es el argumento empleado por MINERVINI, G., *Gli amministratori*, ob. cit., p. 345, para fundamentar la inoponibilidad de la renuncia frente a los acreedores sociales expresamente prevista en el artículo 2394 del *Codice civile*. Dice el autor que «*la società infatti si priva del suo diritto alla reintegrazione del patrimonio sociale leso, senza corrispettivo, laddove —se il suo atteggiamento fosse ispirato da intenti non-antigiuridici (p.e., dall'intento di non porre in piazza gli affari propri)— basterebbe ad essa non tentare l'azione, senza addivenire ad una rinuncia, che ne preclude per sempre l'esercizio*». Pero, razonando de este modo, no se alcanzaría a comprender por qué la Ley permite a la sociedad llevar a cabo la renuncia.

«En esta situación, los afectados económicamente por un acuerdo de renuncia o transacción serían en realidad los acreedores, por lo que sólo se contempla la posibilidad de que la acción sea ejercitada en el sentido de interponer la demanda y continuar con el proceso hasta obtener una Sentencia favorable. En otro caso surgirá la legitimación para reclamar todo o la parte del daño pendiente de indemnización»⁸⁶⁰.

Sin embargo, esta conclusión nos parece precipitada. Por un lado, porque puede suceder perfectamente —aunque en la práctica será difícil probarlo— que el acuerdo abdicativo, a pesar de haberse adoptado en una situación de desequilibrio patrimonial, no conlleve un perjuicio objetivo para los acreedores: imagínese, por ejemplo, el caso de la renuncia a la acción frente a un ex administrador insolvente, cuyo ejercicio conllevaría unos costes muy superiores al importe de los daños ocasionados. Pero, por otro lado, porque incluso en el caso de que la renuncia, aun dotada de causa, termine siendo efectivamente lesiva para los intereses de los acreedores —v.gr. la sociedad decide renunciar porque considera que es lo más conveniente para su reputación—, no cabe, en buena técnica jurídica, acudir a una figura, como es la inoponibilidad, que al no estar expresamente prevista para este supuesto en la Ley española —a diferencia de lo que sucede con el *Codice civile* (art. 2394) y la *Aktiengesetz* (§ 93, *Abs. 5, Satz. 4*)— no puede aplicarse por vía interpretativa.

Aunque no deje de ser una cuestión controvertida, la «inoponibilidad» suele entenderse como una técnica de ficción jurídica, por medio de la cual, la ley permite, *en supuestos tasados y excepcionales*, que un determinado acto o negocio jurídico válido y eficaz pueda ser ignorado por el tercero al que indirectamente le afecta, el cual podrá actuar como si dicho acto o negocio nunca se hubiera realizado⁸⁶¹. Este remedio encuentra su fundamento inmediato en la necesidad de evitar que aquellos terceros que ostentan derechos anteriores a la realización de una actuación ajena se vean afectados

⁸⁶⁰ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y MARÍN DE LA BÁRCENA, F., ob. cit., p. 178, quienes defienden que la renuncia sólo será oponible a los acreedores cuando se haya realizado estando la sociedad *in bonis*.

⁸⁶¹ No son muchos los estudios dedicados a la inoponibilidad. Con carácter general, puede verse RAGEL, L.F., *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Valencia [Tirant lo Blanch], 1994. Se trata de una figura de contornos poco claros que ha sido considerada, frecuentemente, como una clase de ineficacia —«ineficacia relativa»— (así, entre otros, SANTORO-PASSARELLI, F., *Dottrine generali*, ob. cit., pp. 260 y 261 y CARIOTA FERRARA, L., *Il negozio giuridico*, ob. cit., §93). Con todo, parece que lo más correcto es entender que estamos ante una categoría autónoma que «[n]o ofrece el carácter propio de un mecanismo de ineficacia, pues no se deriva de una intrínseca impotencia del negocio», y que puede predicarse, por tanto, respecto de un acto «perfectamente válido, celebrado conforme a lo dispuesto en la ley y no afectado por causa de rescisión» (las citas corresponden a DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 531, pero, en el mismo sentido, puede verse RAGEL, L.F., ob. cit., pp. 209 a 211). Dadas sus consecuencias, buena parte de la doctrina considera que la inoponibilidad es un remedio excepcional no generalizable a supuestos que no estén expresamente previstos en la ley (cfr. DÍEZ DEL CORRAL, J., «Comentario al artículo 214 CC», en Amorós [et al.], *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid [Tecnos], 1986, pp. 214 y 215 y MONSERRAT, A., «Notas sobre la eficacia jurídica de la inscripción de la sentencia de incapacitación en el Registro Civil», en *RDP*, núm. 74, 1990, pp. 671 a 679); por su parte, RAGEL, L.F., ob. cit., pp. 135 y ss. [v. espec. pp. 194 y 195], entiende que la regla general es la inoponibilidad, si bien, esta regla debe matizarse conforme a la siguiente fórmula: «el acto jurídico es oponible, en todo caso, al ser conocido efectivamente por los terceros, antes de que éstos entren en contacto jurídico con las partes. Cuando el acto no sea efectivamente conocido, no podemos formular una regla general absoluta de oponibilidad, sino unas reglas parciales, que se manifiestan en función de la publicidad elegida, de la naturaleza del derecho sobre el que recae el acto o de la concreta decisión tomada por el legislador»).

negativamente por la misma⁸⁶². Se trata, pues, de un instrumento extraordinario de protección que el Ordenamiento pone al servicio de los derechos adquiridos con anterioridad en el tiempo. Pero ni es, desde luego, el único, ni tiene aplicación en todos aquellos supuestos en los que la actuación ajena puede perjudicar los derechos anteriores de terceros. Éste es, señaladamente, el caso de la protección frente al fraude, que, salvo en las hipótesis expresamente contempladas en la ley —cfr., *v.gr.* el artículo 1317 CC⁸⁶³—, no se articula por medio de la inoponibilidad, sino a través del ejercicio de la *acción rescisoria o pauliana* (arts. 1111 y 1291.3º CC)⁸⁶⁴.

Ciertamente, ambos mecanismos —inoponibilidad y rescisión— presentan rasgos comunes, en la medida en que tanto uno como otro tienden a proteger los derechos de terceros nacidos con anterioridad, tienen carácter excepcional y pueden ser objeto de renuncia. Sin embargo, sus diferencias son tantas que no es posible considerarlos remedios intercambiables. Así, mientras que la inoponibilidad es predicable respecto de negocios válidos y eficaces, la rescisión representa, en sí misma, un tipo de ineficacia. Por otro lado, la primera tiene como fundamento la necesidad de evitar un «perjuicio abstracto y potencial», en tanto que la segunda «está basada en la idea de un perjuicio concreto y real». Además, la rescisión tiene carácter subsidiario y entra en juego únicamente cuando el perjudicado no pueda acudir a otro recurso para lograr la reparación del daño, pero no así la inoponibilidad, que puede hacerse valer de forma prioritaria. Y, finalmente, sus efectos tampoco son iguales: con la inoponibilidad se logra «el efecto de fingir que la actuación o situación nunca se ha producido», mientras que la rescisión lo que conlleva es la reintegración de los derechos en el patrimonio del disponente⁸⁶⁵.

De ahí que, ante un acuerdo de renuncia a la acción social que lesione sus legítimos intereses, los acreedores no puedan limitarse a actuar como si éste nunca hubiera tenido lugar, ya que no hay ningún precepto legal que les habilite expresamente para ello. El remedio apropiado que el Ordenamiento pone en sus manos para obtener la reparación del perjuicio que se le haya podido causar es el *ejercicio de la acción revocatoria* (arts. 1111 y 1291.3º CC).

Solamente cabe realizar una matización a lo dicho. Sabemos que, dejando a un lado el caso de la renuncia a los derechos reales sobre bienes inmuebles (art. 1280.1º CC), el negocio jurídico abdicativo se rige por el principio general de libertad de forma (art. 1278 CC). Por tanto, la renuncia será válida sea cual sea la forma en la que se haya exteriorizado la voluntad del sujeto renunciante. Esto hace que a los acreedores pueda

⁸⁶² RAGEL, L.F., *ob. cit.*, p. 107.

⁸⁶³ «La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio *no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros*».

⁸⁶⁴ RAGEL, L.F., *ob. cit.*, p. 110.

⁸⁶⁵ Cfr., nuevamente, RAGEL, L.F., de quien hemos tomado las citas literales. *Contra*, considerando el contrato realizado en fraude de acreedores como un supuesto de inoponibilidad, ÁLVAREZ VIGARAY, R., «Introducción al estudio de la inoponibilidad», en AAVV, *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. 1, Madrid [Consejo General del Notariado], 1988, p. 40.

serles extraordinariamente difícil saber en qué momento ha tenido lugar el negocio abdicativo, lo cual facilita en gran medida el riesgo de fraude, mediante la simulación de una renuncia de fecha anterior. Cuando, además, la renuncia tiene por objeto un derecho de crédito, este riesgo se multiplica, por cuanto la dejación del mismo no se exterioriza a través de ningún acto de abandono o *derelictio*. Consecuencia de lo anterior es que los acreedores no tendrán forma de conocer a ciencia cierta si el negocio abdicativo efectivamente tuvo lugar en la fecha en la que afirma haberlo realizado el deudor renunciante. Por eso, creemos que la renuncia a los derechos de crédito debe quedar sometida a lo dispuesto en el artículo 1526 I del Código civil. Conforme a este último, «la cesión de un crédito, derecho o acción no surtirá efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta en conformidad a los artículos 1.218 y 1.227», lo que, en esencia, se traduce en la necesidad de que la transmisión del crédito conste en documento de fecha cierta para que resulte oponible a los acreedores del cedente o a cualesquiera otros terceros. No se trata de que el negocio traslativo sea ineficaz frente a aquéllos y que el crédito continúe existiendo en el patrimonio del cedente en tanto que la renuncia no conste en un documento de ese tipo. La forma documental no es aquí *ad solemnitatem*, y ni siquiera se establece como requisito de eficacia; estamos, simplemente, ante un requisito para la prueba de la cesión frente a los terceros —forma *ad probationem*—. Según la mejor doctrina, el artículo 1526 I es, en definitiva, una norma con un alcance meramente «procesal», que tiene por objeto limitar los medios de prueba que la persona interesada puede emplear para acreditar la transmisión del crédito ante cualquier tercero que cuestione su existencia o la veracidad de la fecha en la que se llevó a cabo⁸⁶⁶.

Pues bien, parece incuestionable que el mismo problema de prueba que plantea la cesión de créditos está presente también en la renuncia. Y, en consecuencia, habrá que concluir que la oponibilidad frente a terceros de aquellos negocios abdicativos que tengan por objeto un derecho relativo se halla condicionada igualmente a su constancia en un documento de fecha cierta. Lo cual, trasladado al caso que nos ocupa, implica que la renuncia a la acción social de responsabilidad sólo podrá hacerse valer ante los acreedores sociales cuando se haya hecho constar en documento público. Requisito que quedará cumplido *siempre que se haya levantado acta notarial de la junta en la que se hubiera adoptado el acuerdo* (art. 203 LSC). Cuando esto sea así, no cabe ninguna duda de que la *renuncia será plenamente oponible a los acreedores*, los cuales únicamente podrán resarcirse del daño que aquélla les hubiera podido ocasionar ejercitando la acción pauliana en caso de que concurran sus presupuestos⁸⁶⁷.

⁸⁶⁶ PANTALEÓN, F., «Cesión de créditos», en *ADC*, 1988, pp. 1099 y ss. e ID., «Artículo 1526 CC», en Paz-Ares (*et al.*) (Dirs.), *Comentario*, ob. cit., tomo 2, p. 1024.

⁸⁶⁷ Por tanto, entendemos que acierta plenamente el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de febrero de 1990 (FJ Cuarto) (RJ 1990/681), en la que afirma —aunque sea *obiter dicta*— que la renuncia de la junta «determinará el decaimiento [de la legitimación] de los acreedores». No obstante, en sentido contrario —aunque también *obiter dicta*— se han pronunciado la SAP Madrid (Sección 13ª), de 17 de junio de 1997 (FJ Segundo) (disponible en el repertorio del Consejo General del Poder Judicial, Roj. SAP M 1823/1997), y, más recientemente, las SSAP Madrid (Sección 10ª), de 21 de diciembre de 2002 (FJ

Tales presupuestos o requisitos son, como se sabe, (i) que el acto cuya rescisión se pretende haya producido un perjuicio al acreedor y (ii) que se haya realizado en fraude de sus derechos. En relación con el primero de ellos —«*eventum damni*»—, el hecho de que la rescisión tenga por objeto un negocio abdicativo no plantea ninguna especialidad. En la medida en que la renuncia produce una disminución en el patrimonio del deudor, estamos ante un comportamiento susceptible de afectar negativamente a la satisfacción de los créditos de sus acreedores y de provocar, en consecuencia, un daño que les legitime para ejercitar la acción revocatoria. Tan sólo cabe recordar aquí lo que se dijo más arriba, esto es, que la renuncia no conlleva, siempre y en todo caso, un daño para el acreedor; su concurrencia deberá ser alegada y probada en el supuesto concreto. Es respecto del segundo de los presupuestos apuntados —«*consilium fraudis*»— que la rescisión de la renuncia presenta alguna particularidad.

Sin tratar de terciar en discusiones teóricas en gran medida superadas, nos limitaremos a señalar que el fraude no se entiende, modernamente, como dolo o intención manifiesta de provocar un daño al acreedor —«*animus nocendi*»—, sino, en un sentido mucho más matizado, como mero conocimiento o conciencia del daño —«*scientia fraudis*»—, de modo que no es necesario que el acreedor pruebe el propósito dañino del deudor. Basta con que demuestre que éste había previsto, o debiera haber previsto, que mediante su acto se hacía insolvente o aumentaba el estado de insolvencia en el que ya se encontraba⁸⁶⁸. Ahora bien, este elemento subjetivo juega de forma distinta según se trate de un acto a título oneroso o gratuito: en el primer caso, se exige que también el tercero adquirente tenga conocimiento del perjuicio que originará su adquisición; pero, en el segundo, la conciencia del tercero de estar participando en un acto fraudulento es completamente irrelevante⁸⁶⁹. Además, cuando el acto es gratuito entra en juego el artículo 1297 del Código civil, conforme al cual, «se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito». Este precepto ha sido objeto de dos interpretaciones. Para algunos, se trataría de una presunción *iuris et de iure*, de tal manera que, siendo indiferente la conciencia del fraude en el adquirente y presumiéndose en el transmitente sin posibilidad de prueba en contrario, habría que concluir que, en los actos gratuitos, el elemento fraudulento es completamente prescindible. En éstos, sería suficiente con probar el hecho objetivo del daño⁸⁷⁰. En

Undécimo) (AC 2003/389) y de 3 de noviembre (FJ Undécimo) y de 20 de mayo de 2003 (FJ Decimotercero) (JUR 2004/88290 y JUR 2004/157006, respectivamente).

⁸⁶⁸ Cfr. ALBALADEJO, M., «Comentario al artículo 1111 CC», ob. cit., pp. 969 y ss.; MORENO QUESADA, B., «Comentario al artículo 1291 CC», en Albaladejo/Díaz Alabart (Dirs.), *Comentarios*, ob. cit., tomo 17, vol. 2, pp. 130 y ss.; CRISTÓBAL MONTES, A., *La via pauliana*, Madrid [Tecnos], 1997, pp. 139 y ss. (v. espec. pp. 148 y ss.); GARCÍA VICENTE, J.R., «Comentario al artículo 1291 CC», en Bercovitz (Dir.), *Comentarios*, ob. cit., tomo 7, p. 9210 y ORDUÑA, F.J., «Comentario al artículo 1111 CC», en Cañizares Laso (et al.), *Código civil comentado*, ob. cit., vol. 3, pp. 165 y ss., con amplia cita jurisprudencial en este sentido.

⁸⁶⁹ Esta distinción aparece expresamente contemplada en el artículo 2901 del *Codice civile*, pero no así en Código civil (arts. 1111 y 1291). Con todo, ha sido asumida también por la doctrina española (cfr., por todos, CRISTÓBAL MONTES, A., últ. ob. cit., pp. 153 y ss.).

⁸⁷⁰ V. *infra* los autores citados en la nota 873.

cambio, una antigua doctrina del Tribunal Supremo entendió que estábamos ante una auténtica presunción, susceptible, por tanto, de ser destruida⁸⁷¹. El fraude sería, entonces, necesario, pero bastaría con que concurriese en el transmitente. No obstante, se ha hecho notar con acierto que, de acogerse esta última interpretación, se estaría permitiendo que el acreedor resulte dañado por la negligencia de su deudor, «que, aunque no hubiese previsto las consecuencias de su enajenación —haberlas previsto sería fraude efectivo—, al menos debió preverlas, si hubiese obrado diligentemente —cosa que, a tenor del principio de responsabilidad, equivale al fraude—»⁸⁷². Por eso, la doctrina se ha inclinado mayoritariamente por la primera tesis, concluyendo que, en los actos gratuitos, al acreedor le basta con probar el perjuicio, pues el legislador considera que, en estos casos, el hecho de darse el daño implica ya el fraude, tal y como se deduce del artículo 643 II del Código civil («Se presumirá *siempre* hecha la donación en fraude de los acreedores, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella») ⁸⁷³.

Sea como fuere, a la hora de analizar estos requisitos en relación con la renuncia, no deben perderse de vista algunas de las conclusiones que alcanzamos al estudiar su causa y su naturaleza jurídica. La primera es que el concepto de «tercero adquirente» es completamente extraño a la renuncia, dado que ésta nunca comporta una atribución patrimonial⁸⁷⁴. Y la segunda, también relacionada con esta falta de atribución patrimonial, es que la causa del negocio abdicativo se presenta «neutra», en el sentido de que no puede calificarse en términos de onerosidad o gratuidad⁸⁷⁵. Ello hace, por un lado, que el conocimiento por parte del tercero indirectamente beneficiado por los efectos reflejos del acto carezca por completo de trascendencia. Además, a poco que se piense parece claro que, en el caso concreto de la renuncia a la acción social de responsabilidad, ni siquiera tiene sentido plantearse la inconsciencia de este tercero respecto del estado de insolvencia en el que se encontraba la sociedad a la hora de adoptar el acuerdo o en el que podía llegar a encontrarse como consecuencia de su adopción, porque éste es siempre un administrador de la sociedad y —salvo que se trate de un ex administrador completamente desvinculado de la misma— tiene el deber de conocer su situación financiera y patrimonial. Por otro lado, al no ser un acto gratuito, la renuncia escapa, en principio, a la presunción de fraude establecida en el artículo 1297 del Código civil. Pero no cabe ninguna duda de que la *ratio* de la norma abarca también los actos abdicativos: a estos efectos, lo mismo da que el deudor se haya desprendido de

⁸⁷¹ Cfr. las SSTs de 14 de 1935 y de 26 de septiembre de 1974, citadas por ALBALADEJO, M., «Comentario al artículo 1111 CC», ob. cit., p. 975, nota 35.

⁸⁷² ALBALADEJO, M., últ. ob. cit., p. 976.

⁸⁷³ Cfr., por todos, DE CASTRO, F., «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1911 y 1111 del Código civil», en *RDP*, 1932, pp. 214 y ss.; ALBALADEJO, M., «Comentario al artículo 1111 CC», ob. cit., p. 974 a 977; MORENO QUESADA, B., ob. cit., pp. 135 y 136 e ID., «Comentario al artículo 1297 CC», en Paz-Ares (*et al.*) (Dirs.), *Comentario*, ob. cit., tomo 2, pp. 535 y 536.

⁸⁷⁴ MACIOCE, F., *Il negozio di renuncia*, ob. cit., pp. 438 y ss.

⁸⁷⁵ *Ibidem* (v. también, *supra*, la nota 561).

un derecho con ánimo de beneficiar a un tercero o que lo haya hecho con ánimo de procurarse una ventaja. En cualquiera de estos casos, si el acreedor consigue probar el perjuicio, el fraude se presume *iuris et de iure*.

De todo lo anterior podemos concluir: (i) que la renuncia a la acción social aprobada por una sociedad *in bonis* resulta plenamente oponible frente a los acreedores de ésta, siempre que se haya tenido la precaución de levantar acta notarial de la junta (cfr. art. 1526 I CC); (ii) que, en el supuesto de que la renuncia se hubiera acordado, hallándose la sociedad en una situación de desequilibrio patrimonial, no cabe afirmar, sin más, que el acuerdo es inoponible a los acreedores. Éstos podrán reaccionar frente al mismo, bien solicitando su anulación, cuando aparezca totalmente desprovisto de justificación causal (arts. 6 II CC y 204.1 LSC), o bien ejercitando frente a él la acción revocatoria o pauliana, cuando el acuerdo abdicativo, aun dotado de causa válida, se demuestre objetivamente perjudicial para sus derechos (arts. 1111 y 1291.3º CC). Con todo, en la práctica, lo lógico será que los acreedores acumulen ambas acciones solicitando de manera principal la anulación del negocio por ilicitud de la causa y, subsidiariamente, su rescisión por fraude⁸⁷⁶.

2. La sociedad no puede renunciar a la acción social ya entablada por los acreedores en perjuicio de estos últimos

Aclarados los términos en los que la renuncia válidamente acordada por la sociedad resulta oponible a los acreedores *antes de que éstos hayan iniciado el proceso*, es necesario analizar ahora en qué medida cabe la renuncia a la acción social de responsabilidad *una vez que los acreedores han actuado en vía subrogatoria*. De lo que se trata es de comprobar si, una vez que éstos han dado inicio al proceso, el derecho al resarcimiento de los daños ocasionados por los administradores en el patrimonio social puede seguir siendo objeto de un negocio abdicativo y, de ser así, a quién y en qué condiciones compete realizar este acto de disposición. A tal efecto, nos detendremos primeramente en el estudio de las posibilidades que tiene la sociedad de intervenir en el proceso iniciado por sus acreedores y de realizar actos de disposición sobre la relación jurídica material deducida en dicho proceso, para examinar, a continuación, qué margen de actuación, sobre el proceso o sobre la relación jurídica material, puede reconocérsele a los acreedores litigantes (*infra* 3).

La primera de las cuestiones apuntadas requiere aclarar, antes que nada, cuál es la posición en la que se encuentra la sociedad en relación con el proceso iniciado por sus acreedores frente al administrador social inculpado. En este sentido, no parece plantear especiales dudas el hecho de que, al menos en el momento inicial, *la sociedad no tiene que ser parte necesariamente en dicho proceso*. En el Derecho español no existe, en efecto, ninguna norma que imponga de forma expresa la presencia del deudor subrogado en el juicio iniciado por el acreedor subrogante, lo cual ha llevado a rechazar, de forma prácticamente unánime, que el ejercicio de la acción subrogatoria integre un

⁸⁷⁶ V. *supra* la nota 593.

supuesto de litisconsorcio pasivo necesario⁸⁷⁷. Por tanto, el proceso estará válidamente constituido con la sola presencia del acreedor subrogante y del *debitor debitoris*, en nuestro caso, el administrador o administradores demandados.

Ésta es, precisamente, una de las grandes diferencias con la regulación de la acción subrogatoria en Italia, donde el artículo 2900 del *Codice civile* establece que «*il creditore, qualora agisca giudizialmente, deve citare anche il debitore al quale intende surrogarsi*». De esta manera, se impone la formación de un litisconsorcio pasivo (art. 102 *C.p.c.*), con la consecuencia de que la falta de llamamiento al deudor subrogado dará lugar a una sentencia *inutiliter data*, que no producirá efectos de cosa juzgada frente a éste último⁸⁷⁸. Sin embargo, en nuestro Ordenamiento, la extensión de los efectos de cosa juzgada al deudor subrogado no exige, en principio, su presencia en el proceso ya que, tal y como apunta la doctrina mayoritaria, nos encontramos ante una consecuencia que se deriva lógicamente del hecho de estar actuando el acreedor «en sustitución» de aquél. Y, aunque es cierto que no existe ninguna norma procesal que recoja expresamente esta extensión de la cosa juzgada en los supuestos de sustitución, parece que esta omisión se debe más a más un desliz que a una opción consciente del legislador. En efecto, el artículo 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil afirma, como principio general, que la cosa juzgada sólo afectará a las partes del proceso en que se dicte la sentencia, aunque añade, a continuación, que también se verán afectados por ésta los herederos y causahabientes de las partes, así como «los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley». Artículo en el que se regula un supuesto específico de legitimación extraordinaria, como es la de las asociaciones que actúen en defensa de los derechos e intereses de consumidores y usuarios. Sin embargo, esta remisión al artículo 11 fue introducida en una corrección de errores de la Ley, sin que se hubiera propuesto ninguna enmienda en este sentido durante la tramitación parlamentaria de la norma⁸⁷⁹. En la versión original⁸⁸⁰, la referencia se hacía, de forma mucho más razonable, al artículo 10, en el que se regula la legitimación de las partes con carácter general, tanto la

⁸⁷⁷ Entre los civilistas se ha afirmado sin fisuras que el ejercicio judicial de la acción subrogatoria no exige demandar al deudor subrogado, si bien, se duda de que la sentencia recaída pueda tener efectos de cosa juzgada frente a este último de haber sido preterido y se advierte de que, en todo caso, la mejor defensa del sustituido exigiría su presencia en el proceso. Cfr., en este sentido, CASTÁN, J., *Derecho civil*, ob. cit., tomo 3, primera parte, p. 321; ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, ob. cit., vol. 2, p. 255; DE BUEN, D., en las *Notas*, ob. cit., p. 146 y PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, tomo 1, vol. 2, 4ª ed., Barcelona [Bosch], 1988, p. 476. *Contra* JORDANO FRAGA, F., ob. cit., pp. 501 a 629, quien sostiene, de manera muy fundamentada, que la llamada en causa al deudor subrogado es un requisito indispensable para que se le puedan extender los efectos de cosa juzgada (v. *infra* la nota 882). Por su parte, la doctrina procesalista también ha negado mayoritariamente la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario en estos casos. Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Revista de Derecho procesal iberoamericana*, núm. 2-3, 1976, pp. 386 a 388; CORDÓN, F., *Proceso civil de declaración*, ob. cit., p. 87; GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., vol. 1, p. 145; SIRVENT, J., ob. cit., p. 103; RIAÑO, I., ob. cit., p. 120; NIEVA, J., ob. cit., p. 119 y MONTERO, J., *De la legitimación*, ob. cit., p. 384, corrigiendo la opinión anteriormente expuesta en ID., *La intervención adhesiva simple*, Barcelona [Hispano Europea], 1972, p. 84. *Contra* PRIETO-CASTRO, L., *Tratado*, ob. cit., vol. 2, p. 725, quien señala que «[p]or analogía con casos parecidos, el deudor de la ejecución debe ser demandado por el acreedor ejecutante, junto con el deudor, para su defensa y para que la cosa juzgada le comprenda» (la cursiva es nuestra). En todo caso, véase cuanto decimos más abajo en el texto, acerca de las posibilidades de defensa del sustituido y la extensión frente al mismo de los efectos propios de la cosa juzgada.

⁸⁷⁸ Cfr., entre otros, NICOLÒ, R., ob. cit., p. 20; MONTELEONE, G.A., *Profili sostanziali*, ob. cit., p. 327 y la jurisprudencia citada en nota 43; GIAMPICCOLO, G., voz «Azione surrogatoria», ob. cit., p. 958; BIANCA, C.M., ob. cit., vol. 5, p. 443; PATTI, S., ob. cit., p. 151 y STELLA, G., «L'azione surrogatoria», en *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, p. 318. *Contra* GARBAGNATI, E., ob. cit., pp. 269 a 272.

⁸⁷⁹ Publicada en BOE, número 90, de 14 de abril de 2000.

⁸⁸⁰ BOE, núm. 7, de 8 de enero de 2000.

ordinaria (art. 10.1 LEC), como la extraordinaria (art. 10.2 LEC), quedando comprendidos también los casos de sustitución procesal⁸⁸¹. Pero, insistimos, a pesar de este posible error del legislador, la opinión más difundida es que los efectos de cosa juzgada se extienden también al sustituido aunque éste no haya sido parte en el proceso, siquiera sea porque es el titular del derecho material deducido en juicio y porque, como veremos enseguida, la Ley le otorga la facultad de participar voluntariamente en el proceso⁸⁸².

En cualquier caso, cabe la posibilidad de que el acreedor, aun no estando obligado a ello, decida demandar también a la sociedad. Esto sucederá, en particular, en aquellos supuestos en los que haya optado por entablar la acción directamente frente al administrador sin haber promovido previamente un proceso frente a la sociedad. Como ya sabemos, el ejercicio de la acción subrogatoria no exige que el acreedor ostente un título ejecutivo obtenido en un proceso anterior (*supra* I.3.2). Pero, en ese caso, lo lógico es que acumule las dos acciones en el mismo proceso: la suya propia contra el deudor y la de éste contra el *debitor debitoris*. Es decir, el acreedor tratará de obtener, en una misma sentencia, un pronunciamiento por el que se declare la existencia de su derecho de crédito y otro por el que se condene al administrador demandado al resarcimiento de los daños causados en el patrimonio social (arts. 71 y ss. LEC).

Con todo, esta acumulación objetiva plantea algunas dificultades, en relación con la competencia para conocer de ambas acciones. A este respecto, no debe olvidarse que uno de los requisitos establecidos en el artículo 73 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para que pueda tener lugar tal acumulación es «que el tribunal que deba entender de la acción principal posea jurisdicción y *competencia por razón de la materia* o por razón de la cuantía para conocer de la acumulada o acumuladas»⁸⁸³; siendo así que el órgano competente para conocer de la acción social de responsabilidad no coincide con el competente para decidir acerca de la existencia o inexistencia del crédito. La cuestión se ha planteado, en la práctica, en torno a la posibilidad de acumular la acción de reclamación del crédito con la acción de responsabilidad objetiva por deudas (art. 367.2 LSC), pero el problema es, en esencia, el mismo en los dos casos: la competencia para conocer de las acciones de naturaleza societaria —ya sea la acción social, la individual o la de responsabilidad por deudas— recae, con carácter exclusivo y excluyente, sobre los Juzgados de lo Mercantil (art. 86-ter.2,a LOPJ), mientras que los órganos competentes para conocer de la acción frente a la sociedad —provenga ésta de un incumplimiento contractual

⁸⁸¹ Advierten el error ORTELLS, M., *Derecho procesal civil*, ob. cit., p. 581; TAPIA FERNÁNDEZ, I., «Cosa juzgada material (Art. 222)», en CORDÓN (*et al.*) (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., vol. 2, pp. 1100 y 1101; RIAÑO, I., ob. cit., pp. 176 a 178 y NIEVA, J., ob. cit., pp. 189 y 190, quien, de hecho, urge al legislador a cambiar el precepto.

⁸⁸² DAMIÁN, J., «Comentario al artículo 222», en Lorca Navarrete (Dir.), *Comentario a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 1, Valladolid [Lex Nova], 2000, p. 1447. En sentido conforme, puede verse, también, TAPIA FERNÁNDEZ, I., ob. cit., p. 1100; RIAÑO, I., pp. 178 a 188 (v. espec. pp. 187 y 188) y NIEVA, J., ob. cit., pp. 187 y ss. *Contra* JORDANO FRAGA, F., ob. cit., *passim* (v. espec. pp. 544 y ss.). Para este último —que sigue, en este punto la tesis expuesta en Italia, entre otros, por MONTELEONE, G.A., *Profili sostanziali*, ob. cit., pp. 195 y ss., pp. 215 y ss. y pp. 311 y ss.—, el acreedor subrogante no sólo ejercita la pretensión —derecho sustantivo— perteneciente al deudor subrogado que tiene como sujeto pasivo al *debitor debitoris*; ejercita, además y al mismo tiempo, una pretensión —derecho sustantivo— propia, el «derecho a subrogarse» (art. 1111 CC), que tiene como sujeto pasivo al deudor subrogado. De ahí que, para este autor, sea necesario demandar conjuntamente al *debitor debitoris* y al deudor subrogado para que la sentencia pueda desplegar sus efectos de cosa juzgada frente a ambos.

⁸⁸³ Sobre la acumulación de acciones, puede verse, con carácter general, GASCÓN, F., *La acumulación de acciones y de procesos en el proceso civil*, ob. cit. (en concreto, los requisitos para su validez se analizan en las páginas 25 y ss.).

o extracontractual— son, en principio, los Juzgados de Primera Instancia (arts. 45 LEC y 85 LOPJ). Ante esta falta de coordinación, la doctrina y la jurisprudencia han apuntado tres posibles soluciones⁸⁸⁴: para algunos, la acumulación estaría excluida, con lo que el acreedor no tendría más remedio que entablar dos procesos distintos; para otros, la acumulación sería posible y debería realizarse ante los Juzgados de lo Mercantil; y, por último, hay alguna sentencia que ha admitido la acumulación, pero considerando competentes a los Juzgados de Primera Instancia⁸⁸⁵. Esta última opción es, sin duda, la más discutible y la que goza de menor predicamento entre los autores, dado que el carácter exclusivo y excluyente de la competencia de los Juzgados de lo Mercantil parece impedir que los de Primera Instancia entren a decidir acerca de la acción social de responsabilidad. Sin embargo, cualquiera de las otras dos interpretaciones cuenta a su favor con argumentos defendibles. Y, a pesar de que la primera, que aboga por rechazar la acumulación, es quizá la más difundida, son muchas las resoluciones que han admitido la posibilidad de que ésta se produzca ante los Juzgados de lo Mercantil⁸⁸⁶.

Así pues, en el caso de que el acreedor opte por acumular ambas acciones, y asumiendo que ello sea posible, la sociedad deberá ser demandada y su presencia en el proceso estará garantizada. Ahora bien, dado que se trata, en todo caso, de una mera facultad y no de una obligación, el acreedor podrá dirigir la demanda únicamente contra el administrador. Como puede imaginarse, en esta última hipótesis, la sociedad quedará en una posición bastante delicada, ya que se encontrará al margen de un proceso en el que se va a debatir una relación material en la que es parte y cuyos resultados — favorables o desfavorables— le vincularán con efectos de cosa juzgada. Por eso, se ha entendido que el tribunal debe comunicarle la pendencia del proceso, siendo el cauce adecuado para realizar dicha comunicación el artículo 150.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Precepto que, pese a no estar pensado específicamente para los supuestos de sustitución, encaja perfectamente en los mismos, por cuanto establece, en su primer inciso, que «por disposición del Tribunal, también se notificará la pendencia del proceso a las personas que, según los mismos autos, puedan verse afectadas por la resolución que ponga fin al procedimiento». Esta notificación no convierte al deudor subrogado —la sociedad— en parte en el proceso, pero sí le proporciona la posibilidad de intervenir en aquél de manera voluntaria y defender, así, sus intereses.

Si, una vez que ha sido informada de la pendencia del litigio, la sociedad se decanta por personarse en la causa, estaremos ante un supuesto de *intervención adhesiva litisconsorcial*, en la medida en que su irrupción en el proceso será en condición de titular del derecho —al resarcimiento de los daños— deducido en el mismo (art. 13 LEC)⁸⁸⁷. A partir de ese momento, tendrá la consideración de parte a

⁸⁸⁴ Las analiza, con profusión de citas doctrinales y jurisprudenciales, VALMAÑA, A., *Las acciones contra la sociedad y su administrador. Prescripción, acumulación y competencia*, Barcelona [Bosch], 2011, pp. 223 y ss.

⁸⁸⁵ Así, por ejemplo, la SAP Las Palmas (Sección 4ª), de 4 de marzo de 2010 (FJ Segundo) (AC 2010/1942).

⁸⁸⁶ Cfr. las resoluciones citadas por VALMAÑA, A., ob. cit., pp. 356 y 357.

⁸⁸⁷ La doctrina no ha dudado en ningún momento a la hora de calificar la intervención del deudor subrogado como adhesiva litisconsorcial. Cfr., entre otros, SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Intervención de terceros en el proceso», en *Estudios*, ob. cit., pp. 231 y 232; RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento civil*, tomo 1, Barcelona [Bosch], 1997, p. 98; MONTERO, J., *De la legitimación*, ob. cit., p. 385; RIAÑO, I., ob. cit., p. 127 y NIEVA, J., ob. cit., pp. 111 a 113. No obstante, este último autor considera que la presencia

todos los efectos y podrá adoptar cualquiera de estas dos posturas: en primer lugar, podrá situarse junto al acreedor demandante, solicitando la condena del administrador y la reintegración de su patrimonio; pero, es igualmente posible que se coloque del lado del administrador demandado y discuta la posición del acreedor en el proceso, ya sea negando la existencia de la deuda que éste le reclama o rechazando la concurrencia de los presupuestos que legitiman su actuación —*i.e.* la insuficiencia patrimonial o la inercia, propia o de los socios minoritarios (art. 240 LSC)—.

Con ello, quedan dibujados los dos escenarios posibles: (*i*) que la sociedad permanezca ajena al proceso iniciado por el acreedor; o (*ii*) que haya intervenido en el mismo asumiendo la condición de parte, bien desde el principio, en el supuesto de que el acreedor también hubiera dirigido la demanda contra ella, o bien con posterioridad, en caso contrario. Lo único que nos falta por saber es en qué medida el hecho de que el acreedor haya entablado judicialmente la acción social de responsabilidad repercute sobre las facultades de disposición de la sociedad en relación con el derecho al resarcimiento de los daños causados por el administrador, mermándolas o cercenándolas por completo. Dicho de otro modo, lo que nos interesa ahora es determinar hasta qué punto la sociedad, haya intervenido o no en el proceso iniciado por los acreedores, puede seguir realizando actos de disposición —renuncia o transacción— que tengan por objeto ese derecho.

A este respecto, lo primero que debe quedar claro es que el ejercicio de la acción social en vía subrogatoria por parte del acreedor *no determina ninguna situación de indisponibilidad, ni absoluta ni relativa para la sociedad, en relación con su patrimonio*⁸⁸⁸. Si esta afirmación pudo ponerse en duda en algún momento⁸⁸⁹, hoy en día resulta un dato plenamente adquirido por la doctrina que el ejercicio de la acción subrogatoria no equivale, en modo alguno, a un secuestro, prenda o embargo, ni tanto menos a una enajenación forzosa⁸⁹⁰. El deudor subrogado sigue siendo titular de su

del deudor subrogado en el proceso podría amoldarse igualmente a la figura de la «intervención principal», en aquellos casos en los que el acreedor subrogante hubiera reclamado que el importe de la deuda le fuera satisfecho *directamente* a él y no a su deudor. De ser así, nos encontraríamos con que este último podría intervenir en el proceso alegando un interés directo en el objeto del proceso, aunque incompatible con los intereses de las partes, oponiéndose a que el *debitor debitoris* pague directamente al acreedor subrogante y reclamando para sí el pago. Con todo, esta postura es bastante peculiar. En primer lugar, porque supone admitir, frente a lo que se entiende comúnmente, que el acreedor subrogante puede pedir directamente para sí y no para el deudor al que sustituye. Y, en segundo lugar, porque implica hacer uso de una figura, como es la de la intervención principal, cuya vigencia en nuestro Ordenamiento ha sido rechazada por la doctrina mayoritaria (cfr., por todos, SERRA DOMÍNGUEZ, M., *últ. ob. cit.*, pp. 215 y ss.).

⁸⁸⁸ MONTELEONE, G.A., *Profili sostanziali*, *ob. cit.*, p. 331.

⁸⁸⁹ En efecto, para DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoléon. Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tomo 2, París [Durand-Hachette et Cie.], 1878, §120, pp. 128 a 132, y otros autores franceses clásicos, el ejercicio de la acción subrogatoria producía los efectos propios del embargo (v., sin embargo, *infra* en el texto y las notas siguientes).

⁸⁹⁰ Cfr., entre entre los autores italianos, NICOLÒ, R., *ob. cit.*, p. 39; GIAMPICCOLO, G., voz «Azione surrogatoria», *ob. cit.*, pp. 959 y 959; SACCO, R., *Il potere di procedere in via surrogatoria*, Turín [Giappichelli], 1955, p. 195; BIANCA, C.M., *ob. cit.*, vol. 5, p. 443; PATTI, S., *ob. cit.*, p. 152 y STELLA, G., «L'azione surrogatoria», *ob. cit.*, p. 316. En España, pueden verse CASTÁN, J., *Derecho civil*, *ob. cit.*, tomo 3, p. 325; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 476; ATAZ, J., *ob. cit.*, pp. 109 y 110; CRISTÓBAL MONTES, A., *La vía subrogatoria*, *ob. cit.*, pp. 201 a 203; PRIETO-CASTRO, L., *Tratado*, *ob.*

patrimonio en todo momento y, en consecuencia, continuará teniendo la plena disponibilidad de todos los derechos que lo integran y podrá seguir realizando sobre ellos cualquier acto de disposición. Por tanto, la sociedad estará facultada para seguir ejercitando la acción social de responsabilidad, así como para acordar su renuncia o transacción.

Ahora bien, siendo cierto todo lo anterior, es necesaria alguna puntualización. La mayoría de los autores llevan estas conclusiones hasta sus últimas consecuencias, afirmando que el ejercicio judicial del derecho por parte del deudor subrogado implica la expulsión del acreedor del proceso iniciado y que la renuncia o transacción realizada por aquél deja igualmente sin objeto el litigio. Ante esta eventualidad, el acreedor debería resignarse a ver frustrada su propia iniciativa y, aunque podría solicitar un secuestro conservativo o reaccionar ante el acto de disposición del deudor ejercitando la acción pauliana cuando concurriesen sus presupuestos, no contaría con ningún remedio específico en el propio proceso subrogatorio⁸⁹¹. La situación sería, pues, muy parecida a la que analizábamos en el apartado anterior, esto es, a la renuncia acaecida con anterioridad al ejercicio judicial de la acción social por los acreedores.

Con todo, esta conclusión resulta a todas luces insatisfactoria. En efecto, no puede dejar de verse como algo injusto o desproporcionado el hecho de que el deudor que se ha mantenido inerte hasta el punto de provocar la legitimación de su acreedor pueda, por su sola voluntad, privar de objeto al juicio promovido por este último y obligarle a reaccionar revocando el acto o adoptando otras medidas como el secuestro, la prenda o el embargo⁸⁹². Pero es que, además, esta forma de ver las cosas no es del todo acertada, principalmente porque no tiene en cuenta que, salvo en supuestos muy particulares (art. 22 LEC), una vez que se ha incoado el proceso y se ha fijado su objeto, la realidad procesal sigue su curso al margen de lo que suceda en el plano jurídico-material. Es decir, el deudor podrá seguir realizando actos de disposición sobre el derecho material, pero la eficacia de tales actos en el proceso no es ni mucho menos automática, sino que dependerá de que se hayan hecho valer, de un modo u otro, en el mismo. La vigencia en nuestro Ordenamiento del principio *ut lite pendente nihil innovetur*, plasmado en el artículo 413.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, impone esta solución. Lo cual nos

cit., vol. 2 2, p. 725 y SIRVENT, J., ob. cit., pp. 230 y 231. Es más, como bien señala RIAÑO, I., ob. cit., p. 136, ni siquiera el embargo priva al deudor ejecutado de sus facultades de disposición, sino que opera como causa de inoponibilidad del acto dispositivo «frente a la ejecución que se está desarrollando o se va a desarrollar».

⁸⁹¹ MONTELEONE, G.A., *Profili sostanziali*, ob. cit., pp. 331 y 332 y, en general, los autores citados en la nota anterior.

⁸⁹² Afirma, en este sentido, PUIG PEÑA, F., ob. cit., p. 251, que «[l]a consecuencia ciertamente es injusta; pero la técnica de la subrogatoria no autoriza otra cosa». Esto lleva a NIEVA, J., ob. cit., p. 124, a la conclusión de que «en cuanto al interés discutido en el proceso, y del que el sustituido es titular, no creo que pueda efectuar negocios dispositivos que impliquen renuncia, lo que le va a impedir también realizar transacciones», puesto que «si se permitiera que el sustituido pudiera renunciar, la sustitución procesal perdería toda su razón de ser». En el mismo sentido, aunque apelando a un más que discutible «*stato di pegno genérico, di virtuale indisponibilità*» para el deudor subrogado, GIOIA, A., *L'azione surrogatoria nel diritto vigente*, Nápoles [E. Jovene], 1955, p. 99.

obliga a analizar por separado el supuesto de que el acto de disposición se realice en el proceso (a) o fuera de él (b).

a) Suponiendo que la sociedad llegue a ser parte en el litigio y en la medida en que conserva sus facultades de disposición, en teoría, podrá renunciar al derecho ejercitado por el acreedor subrogante. No obstante, hay que tener en cuenta que su renuncia sólo dará lugar a una sentencia absolutoria en caso de que el juez la estime «*legalmente admisible*» (art. 20 LEC). Y si, antes del proceso, ya era difícil imaginar algún supuesto en el que el acto abdicativo no produjese un perjuicio para el acreedor, una vez que éste ha dado comienzo, la hipótesis parece directamente de escuela —tal vez pudiera pensarse en un litigio cuyos costes fueran, previsiblemente, muy superiores al importe de los daños reclamados, haciendo que la situación patrimonial de la sociedad empeorase y que disminuyesen las posibilidades de cobro del acreedor, pero es de suponer que éste ya habrá tenido en cuenta esta circunstancia antes de adoptar la decisión de subrogarse en el ejercicio de la acción social—. Por eso, lo normal será que el juez rechace el acto abdicativo, por entender que éste se realiza en fraude del acreedor actuante y con claro perjuicio para el mismo, y que, en consecuencia, dicte auto mandando seguir el proceso adelante (art. 20 LEC *in fine*). Mucho más plausible sería, en cambio, que la sociedad intentase concluir una transacción con el administrador demandado. En este otro caso, y pese a no existir ninguna norma que impida al deudor sustituido llevar a cabo este negocio sin contar con el consentimiento del acreedor demandante, parece que lo lógico sería exigir, en todo caso, su conformidad. De lo contrario, se podría llegar a acordar una transacción perjudicial para el acreedor sin que éste pudiera impedirlo, lo que, desde luego, va en contra del deber de interdicción del fraude procesal que la ley impone al órgano jurisdiccional (arts. 11.2 LOPJ y 247.2 LEC).

b) En el caso de que la sociedad hubiera permanecido al margen del proceso, la junta podrá seguir acordando la renuncia o transigiendo con el administrador o administradores demandados. Lo que sucede es que estos actos dispositivos realizados *lite pendente* sólo desplegarán efectos en el proceso en la medida en que se «introduzcan» en el mismo. Y, para ello, sólo parecen posibles dos cauces: o bien, la sociedad solicita la intervención en el litigio con la única finalidad de llevar a cabo la renuncia o la transacción, en cuyo caso, la situación sería la misma analizada *sub a)*⁸⁹³; o bien, es el propio administrador demandado quien las hace valer acudiendo al expediente del artículo 22.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regula la «terminación del proceso por satisfacción extraprosesal o carencia sobrevenida de objeto»⁸⁹⁴. Este último es un mecanismo diseñado para dar entrada en el proceso a aquellos hechos o circunstancias acaecidos —o conocidos por las partes— con posterioridad a la presentación de la demanda que pudieran dar lugar a la terminación

⁸⁹³ A la posible intervención en el proceso del deudor subrogado para hacer valer sus actos de disposición sobre el derecho se refiere CORDÓN, F., *Proceso civil de declaración*, ob. cit., p. 91.

⁸⁹⁴ Apunta la posibilidad de que los actos de disposición del deudor subrogado se hagan valer por la vía del artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, RIAÑO, I., ob. cit., p. 138.

anticipada del proceso por desaparición del interés legítimo que fundamenta la acción⁸⁹⁵. Haciendo uso del mismo, el administrador demandado podrá comunicar al tribunal la adopción del acuerdo de renuncia o transacción por parte de la sociedad en cualquier fase del proceso y solicitar, en consecuencia, que se ponga fin al mismo mediante auto «con eficacia equivalente a una sentencia absolutoria»⁸⁹⁶. Acto seguido, el juez deberá dar traslado al acreedor demandante para que tome posición al respecto. Si éste se opone a la finalización del proceso —lo que sucederá seguro si el administrador intenta hacer valer el acuerdo de renuncia— «el Secretario judicial convocará a las partes, en el plazo de diez días, a una comparecencia ante el Tribunal que versará sobre ese único objeto» (art. 22.2 I LEC). Terminada la comparecencia, será el tribunal el que decida mediante autor si procede o no continuar el juicio (art. 22.2 II LEC). Ahora bien, si se tiene en cuenta lo dicho *sub a)* el tribunal deberá rechazar la solicitud del administrador por fraudulenta, salvo que el acreedor demandante admita expresamente la finalización del proceso; lo que ocurrirá únicamente en el caso de que, a su juicio, la transacción acordada reintegre de forma adecuada el patrimonio social.

3. Los acreedores pueden desistir del proceso iniciado, pero no renunciar a la acción (social) entablada

De todo cuanto hemos dicho a lo largo de este epígrafe, se desprende con claridad que el acreedor que se decida a entablar la acción social de responsabilidad lo hará sustituyendo a la propia sociedad y ocupando la posición de parte demandante en el correspondiente proceso subrogatorio. De esta manera, y sin perjuicio de que también la sociedad pueda intervenir en el litigio, será al acreedor instante a quien correspondan, en exclusiva, las facultades de conducción del proceso. Sus poderes de actuación en el plano procesal no diferirán, en absoluto, de los que ostentaría la propia sociedad, si hubiera sido ella la que hubiera ejercitado la acción. En este sentido, antes de interponer la demanda, el acreedor podrá solicitar que se adopten las medidas cautelares oportunas que le permitan asegurarse el éxito de un eventual fallo condenatorio (art. 721 y ss. LEC) y durante el desarrollo del proceso, podrá proponer igualmente la práctica de todas las pruebas que considere necesarias, sin que ello plantee especiales problemas (cfr. arts. 282 y ss. LEC)⁸⁹⁷.

⁸⁹⁵ Desaparición del interés que puede ser directa, en cuyo caso sí cabe hablar de «satisfacción extraprocesal» de la pretensión en sentido estricto (*v.gr.* el demandado paga la cuantía que se le reclama), o indirecta, en caso de que el demandante no haya visto —enteramente— satisfechas sus pretensiones, pero como consecuencia de una variación en la situación jurídico-material haya desaparecido total o parcialmente el derecho subjetivo del demandante «cuya presunta lesión fue la base inicial del proceso» (GASCÓN, F., *La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevinida del interés*, Madrid [Civitas], 2003, pp. 63 y ss., la cita literal está en la p. 64). En el supuesto que estamos analizando, se trataría, pues, de una desaparición indirecta o refleja (*v.*, todavía, *infra* en el texto).

⁸⁹⁶ GASCÓN, F., *últ. ob. cit.*, p. 204.

⁸⁹⁷ Se ha discutido mucho acerca de la admisibilidad y la eficacia del interrogatorio del sustituto. En concreto, la doctrina se ha cuestionado si la declaración del acreedor habría de ser como parte o como testigo. La cuestión puede no estar exenta de relevancia, habida cuenta de que el artículo 316 de la Ley de Enjuiciamiento Civil parece valorar de manera distinta la prueba testifical y el interrogatorio de parte. En

Asimismo, nada impide que el acreedor instante pueda poner fin al proceso *desistiendo* (arts. 20.2 y 3 LEC). Sabemos, por lo dicho en otra parte (*supra* §4), que el desistimiento no es más que una actuación procesal a través de la cual el demandante hace dejación del proceso iniciado, provocando la emanación de una resolución sin pronunciamiento de fondo (art. 20.3 II y III LEC). Se trata, por tanto, de un acto que no afecta en absoluto al derecho deducido en el proceso, sino al proceso mismo y que, por eso, entra dentro de las facultades que corresponden al acreedor subrogante⁸⁹⁸. Tan sólo deberá tenerse en cuenta lo dispuesto por los apartados segundo y tercero del artículo 20 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de forma que si la sociedad hubiese comparecido como demandada, podrá oponerse al desistimiento, siendo el juez quien deba resolver lo que estime oportuno⁸⁹⁹.

Las limitaciones a la actuación del acreedor —que las hay, y de notable importancia— se encuentran referidas al ámbito sustantivo o material, es decir, a todos aquellos actos que impliquen una disposición del derecho al resarcimiento de los daños ocasionados por el administrador demandado. Este derecho pertenece únicamente a la sociedad y sólo ella puede realizar actos de disposición sobre el mismo. Por tanto, parece indiscutible que *el acreedor actuante no puede renunciar al derecho ejercitado ni transigir sobre el mismo* si no cuenta con el consentimiento de la sociedad⁹⁰⁰. Como

este último caso, se trataría de una prueba de valoración legal (dice, en concreto el artículo 316.1: «Si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, en la sentencia *se considerarán ciertos* los hechos que una parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial»). Por el contrario, la prueba testifical sería de libre valoración para el tribunal (señala, por su parte, el artículo 316.2: «En todo lo demás, los tribunales valorarán las declaraciones de las partes y de las personas a que se refiere el apartado 2 del artículo 301 *según las reglas de la sana crítica* [...]»). De ser así, la declaración del acreedor únicamente podría considerarse como un interrogatio de testigo y nunca de parte (cfr., sobre estas cuestiones, NIEVA, J., ob. cit., pp. 101 a 103).

⁸⁹⁸ La facultad del acreedor subrogante de disponer del proceso iniciado mediante el desistimiento es afirmada sin ambages. Cfr., entre otros, MONTELEONE, G.A., *Profili sostanziali*, ob. cit., p. 321; MONTERO, J., *De la legitimación*, ob. cit., p. 383 y NIEVA, J., ob. cit., pp. 106 y 107.

⁸⁹⁹ Critica la posibilidad de que el deudor sustituido pueda oponerse al desistimiento, NIEVA, J., ob. cit., p. 107, señalando lo insólito que resultaría el que, al frente del proceso, se situase un sujeto que ni es titular del derecho discutido ni tiene interés en continuar en el litigio. Concluye este autor proponiendo, de *lege ferenda*, la previsión de una salvedad en el artículo 20.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, justamente para los casos de sustitución, de modo que se aceptase incondicionalmente el desistimiento del sustituto, aun imponiéndosele la condena en costas.

⁹⁰⁰ Esta conclusión es compartida de forma unánime. La afirmaba ya CHIOVENDA, G., *Principii*, ob. cit., p. 598, al hablar del sustituto procesal y ha sido refrendada, posteriormente, por la totalidad de la doctrina, con referencia expresa al acreedor subrogante: cfr., NICOLÒ, R., ob. cit., p. 175; GIAMPICCOLO, G., voz «Azione surrogatoria», ob. cit., p. 958 y MONTELEONE, G.A., *Profili sostanziali*, ob. cit., p. 321. Entre los autores españoles, cfr., por todos, MONTERO, J., *De la legitimación*, ob. cit., p. 383. Cabe, todavía, hacer una matización a lo dicho. Si bien es cierto que el derecho sustantivo al resarcimiento de los daños ocasionados en el patrimonio social por el administrador pertenece en exclusiva a la sociedad y, en consecuencia, el acreedor no puede renunciar o transigir sobre él, no puede afirmarse lo mismo en relación con el derecho —sustantivo— a la subrogación, que pertenece al acreedor subrogante, en virtud del artículo 1111 del Código civil. Como hemos visto *supra* en la notas 767 y 882, hay parte de la doctrina italiana y española (Monteleone, Jordano), que entiende que el ejercicio de la acción subrogatoria no se agota en un mero fenómeno procesal. Desde este punto de vista, el acreedor sería titular de un derecho sustantivo propio, el «derecho a la legitimación subrogatoria», «que no se confunde ni con el crédito [...] de ese acreedor para cuya garantía se otorga [...] ni, mucho menos, con el poder jurídico del deudor subrogado que subrogatoriamente se pretende ejercitar» (JORDANO F., ob. cit., p. 548). Y, sobre ese

sabemos, esta última tiene distintas formas de intervenir en el proceso y, si por cualquiera de ellas, llegase a comparecer en el mismo, podría perfectamente prestar su consentimiento a la renuncia o a la transacción propuesta por los acreedores; la cual tendrá plena validez, siempre y cuando la decisión de la sociedad se adopte con los presupuestos y requisitos que ya hemos analizado y que regula el artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Además, debe tenerse en cuenta que el resultado positivo de una eventual transacción serviría, en todo caso, para reintegrar el patrimonio de la sociedad y no el del acreedor actuante.

Dicho lo anterior, no estará de más hacer algunas puntualizaciones. Si la «renuncia al derecho (sustantivo)» es, como decimos, un acto dispositivo reservado en exclusiva a la sociedad como única titular del patrimonio lesionado, no puede afirmarse lo mismo respecto de la «renuncia a la acción (procesal)». Al estudiar el objeto de la acción social de responsabilidad en el capítulo segundo (*supra* §3), vimos cómo desde una concepción *concreta* de la acción en sentido procesal (*Klage*), es posible imaginar una «renuncia a la acción» distinta de la «renuncia al derecho». Aquélla tendría como objeto el derecho subjetivo público que se ejercita frente al Estado para la obtención de una tutela jurisdiccional concreta, en tanto que ésta se proyectaría sobre el derecho subjetivo privado que tiene como sujeto pasivo al administrador responsable. Pues bien, en el proceso subrogatorio iniciado por el acreedor, éste ejercita, en realidad, *dos acciones procesales* distintas pero conexas: la de la sociedad, por la que se pretende la condena del administrador a la indemnización de los daños y que depende de la existencia del derecho sustantivo, y la *suya propia*, por la que se solicita al juez que declare la facultad que le asiste de ejercitar la anterior en vía subrogatoria y que está supeditada a la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital. Por lo que se refiere a la primera, el acreedor subrogante no ostenta ninguna facultad de disposición, sino únicamente una facultad *de ejercicio*⁹⁰¹. Pero, en relación con la segunda, de la que es el único titular, sí tiene reconocidos plenos poderes *de disposición*. En consecuencia, es perfectamente posible que el acreedor subrogante *renuncie a «su» propia acción*. A diferencia del simple desistimiento, este otro acto dispositivo tendría como consecuencia la terminación anticipada del proceso subrogatorio mediante una sentencia absolutoria que impediría al acreedor volver a subrogarse en el ejercicio de la acción social (art. 20.1 LEC). Ahora bien, dicha sentencia solamente desplegaría efectos de cosa juzgada frente al acreedor actuante y no afectaría, en absoluto, a la sociedad o a otros acreedores distintos del renunciante, que, en consecuencia, podrían seguir ejercitando la acción social de responsabilidad⁹⁰².

derecho, sí podría llevar a cabo actos de disposición. En concreto, la renuncia a este derecho (sustantivo) en el proceso, que envolvería la renuncia a la acción procesal ejercitada, provocaría la finalización del mismo mediante sentencia de fondo absolutoria (v. *supra* §3.II.1). Sentencia que, sin embargo, no afectaría a la sociedad y a los socios minoritarios. A ello se refiere RAMOS MÉNDEZ, F., ob. cit., p. 62, cuando afirma que el acreedor subrogante puede renunciar a «su» derecho. Sobre la posibilidad de que lo haga a «su» acción procesal, v. *infra* en el texto y en la nota 902.

⁹⁰¹ JORDANO, F., ob. cit., p. 556. La única que puede renunciar a la acción declarativa de condena es, por tanto, la sociedad. Ahora bien, dado que esta renuncia dejaría sin objeto la acción de los acreedores, sólo sería válida con el consentimiento de estos últimos.

⁹⁰² La posibilidad de que el acreedor subrogante pueda renunciar a «su» acción es apuntada por Jordano Fraga. Como hemos visto más arriba, en la nota 900, este autor defiende que el acreedor subrogante «es, dándose los requisitos señalados a ese fin por la ley sustantiva (ex art. 1111 CC), titular de un derecho a la legitimación subrogatoria, derecho (material, sustantivo) que entraña una pretensión [...] al ejercicio subrogatorio» (JORDANO, F., ob. cit., pp. 548 y 549) y que, como también hemos visto, puede ser objeto de renuncia (v. nuevamente *supra* la nota 900). Pues bien, según este autor, «parece claro que a esa concreta *pretensión* (sustantiva, material) se corresponde, como para cualquier otra pretensión reconocida por o derivada de la ley sustantiva, su correspondiente *acción*: instrumento de defensa para invocar, en su respecto, la tutela jurisdiccional», de forma que «el acreedor subrogante y actor-demandante, hace valer o

§11. La renuncia a la acción social de responsabilidad ejercitada por los socios minoritarios

Una vez aclaradas las particularidades del ejercicio de la acción social de responsabilidad por parte de los acreedores y analizados los pormenores de su abdicación, se hace necesario abordar, a continuación, los problemas que plantea la renuncia a la acción entablada por los socios (art. 239 LSC). Cuestión ésta que tampoco ha sido tratada en profundidad por la doctrina española, que, por lo general, se ha mostrado poco interesada en el estudio de la naturaleza jurídica de la legitimación de la minoría.

En la medida en que, antes de la reforma de 2014, la actuación de los socios se hallaba subordinada, al igual que la de los acreedores, a la previa inactividad de la sociedad, la mayoría de los autores españoles se ha limitado a poner el énfasis en el carácter *subsidiario* —en esta ocasión, «de segundo grado»⁹⁰³— de la misma. Pero, de nuevo, se han desatendido una serie de aspectos esenciales para comprender su régimen jurídico, que tampoco encuentran una solución expresa en la Ley. En particular, se dejan sin resolver los problemas derivados de la necesaria coordinación entre esta legitimación extraordinaria y la que corresponde, con carácter ordinario, a la propia sociedad; lo que hace especialmente complejo determinar cómo se articula la renuncia a la acción ejercitada por la minoría⁹⁰⁴. A esta circunstancia se añade el insuficiente tratamiento jurisprudencial que la materia ha recibido en España, como consecuencia del infrecuente recurso al ejercicio de la acción social por parte de los socios, sobre todo en las grandes sociedades cotizadas⁹⁰⁵.

deduce en el juicio subrogatorio, simultáneamente, *dos acciones* [...]: su propia acción (subrogatoria) [...] y, junto a ella, de forma *necesaria* [...], la acción del deudor subrogado» (*ibidem*, en cursiva en el original). Ambas acciones serían, además, independientes, tal y como lo prueba el hecho de que «[l]a renuncia a la acción por parte del acreedor subrogante-actor sólo puede referirse a aquella acción de que él es titular (la accesoria/subrogatoria), y nunca a aquella otra de la que *él* no es sino el deudor subrogado (la principal/subrogada), y sobre la cual legalmente (art. 1111 CC) no se le atribuye facultad de *disposición* sino de *ejercicio*. Consecuentemente la renuncia del acreedor subrogante-actor *sólo* extingue la acción propia [...] pero, en cambio, deja en pie (imprejuzgada su existencia) la acción del deudor subrogado» (*ibidem*, p. 556, siempre en cursiva en el original). Esta posibilidad de que el acreedor pueda renunciar a «su» acción nos permitirá entender la confusa facultad de renuncia que se concede a la minoría en el Derecho italiano (art. 2393-*bis*, párrafo sexto, *C.Civile*) (v. *infra* §11.II.2).

⁹⁰³ Cfr., por todos, SUÁREZ-LLANOS, L., ob. cit., p. 976. Como veremos, en aquellos supuestos en los que la minoría fundamente el ejercicio de la acción en la infracción de los deberes de deslealtad, la Ley 31/2014 ha suprimido la necesidad de que los socios sometan previamente la decisión a la junta, por lo que, al menos en estos casos, ha dejado de tener sentido hablar de «grados» de subsidiariedad en la actuación de los legitimados extraordinarios (v. *supra* la nota 832 y el texto correspondiente en relación con los acreedores).

⁹⁰⁴ Advierte la falta de claridad en torno a la renuncia a la acción ejercitada por la minoría JUSTE, J., «La legitimación subsidiaria», ob. cit., pp. 123 y 124.

⁹⁰⁵ Los motivos de este desinterés de los socios minoritarios por el ejercicio de la acción social de responsabilidad en este tipo de sociedades son, en esencia, los mismos que plantea cualquier acción colectiva y que dan lugar al fenómeno de la «apatía racional» del accionista-inversor. Nos referimos, en concreto, al problema del conocido como «*free riding*», que surge cuando el resultado una actividad, cuyos costes soporta un único individuo, beneficia por igual a todos los miembros de una colectividad, haciendo que sea racional abstenerse de actuar, a la espera de que sean otros quienes asuman esos coste.

A pesar de ello, no ha faltado quien, siguiendo las aportaciones de la doctrina alemana en esta materia, han calificado la legitimación de la minoría como una manifestación de la *actio pro socio*⁹⁰⁶. Esta acción, cuyo ámbito de aplicación se ha restringido tradicionalmente a las sociedades de personas, adquiriría en las sociedades de estructura corporativa una función subsidiaria. A través de la misma, se permitiría al socio actuar en nombre propio, para exigir el cumplimiento de las obligaciones sociales al resto de socios, pero únicamente en aquellos supuestos en los que, por causas estructurales o funcionales, hubiese fallado el funcionamiento normal de la organización⁹⁰⁷. En el caso que nos ocupa, la acción no se dirigiría necesariamente frente a un consocio y no tendría por objeto exigirle el cumplimiento de sus obligaciones sociales, sino que se ejercitaría frente al administrador —que, efectivamente, puede ser un tercero— para lograr el resarcimiento de los daños que hubiera causado en el patrimonio social por su actuación ilegítima. Aun así, podría considerarse que nos encontramos ante un supuesto de *actio pro socio* en un sentido amplio, toda vez que, en definitiva, el conflicto entre socios y administradores no es más que el reflejo del existente entre mayoría y minoría⁹⁰⁸. En el plano procesal, este fenómeno se traduciría en la atribución a la minoría de una *legitimación por sustitución* para el ejercicio de la acción social⁹⁰⁹. No obstante, como tendremos ocasión de analizar (*infra* I.3), la actuación de los socios minoritarios no responde, en realidad, al esquema de la sustitución procesal, al menos, en el sentido que nosotros venimos manejando este concepto, es decir, como el ejercicio de un derecho ajeno en nombre *e interés propios*⁹¹⁰.

En cualquier caso, la situación es parcialmente distinta en Italia, donde la parquedad del *Codice* (art. 2393-*bis*) y la escasez de resoluciones judiciales se han visto compensadas, en buena medida, por una ingente producción científica⁹¹¹. Por ello, el estudio comparado de los dos Ordenamientos puede resultar de gran utilidad también en este caso, siempre y cuando se adviertan las diferencias existentes entre ambos; diferencias que no son tantas ni tan significativas como pudiera parecer a primera vista, sobre todo tras las últimas modificaciones introducidas en Ley española.

Cfr., con carácter muy general, OLSON, M., *The logic of collective action. Public goods and the theory of groups*, Cambridge (Massachusetts) [Harvard University Press], 1965.

⁹⁰⁶ JUSTE, J., *Los «derechos de minoría»*, ob. cit., pp. 448 a 450. En el mismo sentido, NIEVA, J., ob. cit., p. 72. Admite la posibilidad de que cada socio de una agrupación de interés económico pueda ejercitar, a título individual, la acción social de responsabilidad, como manifestación de la *actio pro socio*, haciendo hincapié en el carácter personalista de la agrupación, ESTEBAN VELASCO, E., «Responsabilidad de los administradores (Art. 14)», ob. cit., pp. 244 a 246. En Alemania, califica el §148(4) *AktG*, como un «supuesto legal de *actio pro socio*», entre otros, SPINDLER, G., ob. cit., p. 2146.

⁹⁰⁷ PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1665 CC», en Paz-Ares (*et al.*) (Dirs.), *Comentario*, ob. cit., tomo 2, pp. 1318 y 1319.

⁹⁰⁸ JUSTE, J., últ. ob. cit., p. 450.

⁹⁰⁹ PAZ-ARES, *loc. ult. cit.*

⁹¹⁰ Acerca de este concepto de «sustitución», v. más arriba la nota 765 y el texto correspondiente.

⁹¹¹ Al estudio monográfico de LATELLA, D., *L'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza*, cit., se unen los abundantes comentarios al hoy derogado artículo 129 del *Testo Unico della Finanza* y al actual artículo 2393-*bis* del *Codice civile*, de los que se irá dando cuenta a lo largo de este apartado.

I. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGITIMACIÓN DE LOS SOCIOS MINORITARIOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL

El apartado primero del artículo 239 de la Ley de Sociedades de Capital —que lleva por rúbrica: «Legitimación de la minoría»— reconoce la legitimación para entablar la acción social de responsabilidad, «en defensa del interés social», a los socios que «posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general»; participación que debe ser, al menos, del cinco por ciento del capital en las sociedades no cotizadas (art. 168 LSC) y del tres por ciento en las sociedades cotizadas (art. 495.2, letra «a», LSC).

Con anterioridad a la reforma de 2014, esta legitimación se activaba únicamente en las siguientes circunstancias (art. 239.1 I LSC): (i) cuando los administradores, desoyendo la petición de los socios, no hubieran convocado la junta solicitada a fin de decidir acerca del ejercicio de la acción social; (ii) cuando la junta, a raíz de la solicitud de la minoría o por iniciativa propia, adoptase un acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad; o, en fin, (iii) cuando hubiera transcurrido el plazo de un mes desde la adopción del acuerdo favorable a la exigencia de responsabilidad, sin que se hubiera ejercitado la acción ante los tribunales⁹¹². Sin embargo, tras la citada reforma, se ha añadido un segundo párrafo al artículo 239.1 de la Ley de Sociedades de Capital, en virtud del cual:

«El socio o los socios a los que se refiere el párrafo anterior, podrán ejercitar directamente la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad sin necesidad de someter la decisión a la junta general»

Por tanto, en el caso de que la responsabilidad derive del incumplimiento del deber de *diligencia*, la Ley, en atención al menor grado de peligrosidad que presentan estas conductas, sigue exigiendo una previa toma de postura por parte de la sociedad antes de legitimar a la minoría. Pero cuando lo que se imputa al administrador es el incumplimiento del deber de *lealtad*, la situación se considera lo suficientemente grave como para permitir que los socios se ahorren el trámite de pasar previamente por la junta. Con ello se evita que los administradores puedan aprovechar la demora en la interposición de la acción para adoptar medidas «defensivas» que pudieran dificultar el éxito de la demanda⁹¹³. Esta opción legislativa se enmarca, además, en la política de severidad con la deslealtad e indulgencia con la imprudencia que inspira la reforma⁹¹⁴.

⁹¹² LLEBOT, J.O., «El sistema de la responsabilidad de los administradores», ob. cit., pp. 54 a 56, analiza cada uno de estos supuestos desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, concluyendo que, en todos ellos, la legitimación extraordinaria de los socios para ejercitar la acción social de responsabilidad está justificada «en la medida en que, en ausencia de la misma y de costes de transacción positivos, los propios socios negociarían la inclusión de una cláusula con el mismo contenido en sus relaciones contractuales».

⁹¹³ Como advierte ALFARO, J., «La reforma del gobierno corporativo de las sociedades de capital (XV): Ejercicio por la minoría de la acción social de responsabilidad» (entrada disponible en la dirección: derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2014/07/la-reforma-del-gobierno-corporativo-de_7604.html; febrero de 2015), «la demora en la presentación de la demanda puede dar la oportunidad a los

1. Los socios ejercitan la acción «social» en nombre propio y, por tanto, no actúan como representantes de la sociedad en sentido técnico

De la simple lectura de esta norma, pueden extraerse algunos de los rasgos que caracterizan la legitimación de la minoría en el Ordenamiento español.

a) En primer lugar, es evidente que, del mismo modo que los acreedores (*supra* §10.I.1), también *los socios minoritarios ejercitan la acción «social»*. Es decir, el legislador no les concede una pretensión directa y distinta a la de la sociedad, sino que les habilita para ejercitar ante los tribunales el derecho —perteneiente a la propia sociedad— a la reintegración del daño que la conducta ilícita de los administradores hubiera podido causar en el patrimonio social⁹¹⁵. De ahí que el resultado favorable del litigio no se integre directamente en el patrimonio de los socios y que lo haga sólo de manera indirecta o refleja, en la medida en que el valor de su participación aumente como consecuencia del incremento experimentado por el patrimonio social⁹¹⁶. Y de ahí, también, que los socios reclamen la totalidad del daño y no sólo la parte proporcional a su participación.

b) Es asimismo evidente, en segundo lugar, que, en los supuestos en los que el ejercicio de la acción se fundamente en la infracción del deber de diligencia, la legitimación de la minoría tiene carácter *subsidiario* respecto a la de la sociedad (art. 239.1 I LSC). Esto significa que, para que los socios puedan entablar la acción social, no basta con la inercia de aquélla entendida como falta de interposición de la demanda. Es preciso, además, que se produzca alguno de los concretos supuestos legitimadores previstos en la Ley; supuestos que parten, todos ellos, de la previa toma de postura por parte de la junta. En este sentido, se ha dicho con acierto que, en estos casos, la legitimación de los socios no es meramente *defectiva*, como la de los acreedores (*supra* §10.I.3), sino técnicamente *subsidiaria*⁹¹⁷. Por eso, como hemos señalado en otra parte

administradores desleales de destruir pruebas, despedir al *whistleblower* o “contraatacar” con propuestas perjudiciales para el accionista minoritario que pretende exigir su responsabilidad».

⁹¹⁴ V. lo dicho *supra* en la nota 142.

⁹¹⁵ Puesto que la minoría sólo está legitimada para el ejercicio *judicial* de este derecho, lo que verdaderamente ejercitará es la «acción» procesal pertenece a la sociedad; acción que, en todo caso, se fundamenta en el derecho sustantivo al resarcimiento del patrimonio social (v. *supra* la nota 784, en relación con los acreedores).

⁹¹⁶ La determinación del patrimonio *directamente* dañado por la actuación de los administradores es la que permite distinguir el ejercicio de la acción social por la minoría, del ejercicio de la «acción individual» que el artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital reconoce a los socios, como a cualquier otro tercero, para obtener el resarcimiento de los daños que la actuación de los administradores hubiera podido causar directamente en su patrimonio. Las diferencias entre ambas acciones han sido objeto de un atento análisis por parte de nuestra jurisprudencia. Recientemente, pueden verse las SSTS de 20 de junio de 2013 (FJ Noveno) (RJ 2013/5187) y de 1 de junio de 2010 (FJ Segundo) (RJ 2010/2663). Cfr., con anterioridad, las SSTS de 19 de abril de 2001 (FJ Sexto) (RJ 2001/6885), de 26 de febrero de 1993 (FJ Segundo) (RJ 1993/1259) y de 21 de mayo de 1992 (FJ Segundo) (RJ 1992/4274).

⁹¹⁷ CALBACHO, F., ob. cit., pp. 236 y 237. Nuestra jurisprudencia ha rechazado correctamente la posibilidad de que los socios titulares de al menos el cinco por ciento del capital social, puedan ejercitar la acción social de responsabilidad sin haber acreditado previamente la concurrencia de alguno de los supuestos legitimadores recogidos en el artículo 239.1 I de la Ley de Sociedades de Capital. Cfr., entre otras, las SAP Salamanca (Sección 1ª), de 3 de junio de 2013 (FJ Segundo) (JUR 2013/212868), SSAP

(*supra* §4.II), la minoría podrá incorporarse al procedimiento iniciado por la sociedad en calidad de interviniente adhesivo simple (art. 13 LEC), pero no podrá hacerlo nunca en condición de litisconsorte, ya que su legitimación surge, precisamente, como consecuencia de la falta de actuación de la sociedad.

c) Por el contrario, en los casos en los que se alegue el incumplimiento de los deberes de lealtad como fundamento de la acción, la legitimación de la minoría se vuelve «directa» (art. 239.1 II LSC). Con ello no quiere decirse que, en estos casos, los socios sean titulares de un derecho autónomo frente a los administradores («acción directa»⁹¹⁸), sino, simplemente, que pueden ejercitar el derecho al resarcimiento del daño padecido por la sociedad de manera directa, esto es, sin tener que someter previamente la decisión a la junta. En otras palabras, la legitimación de la minoría se «adiciona» a la de la sociedad⁹¹⁹. Ambas concurren desde que se produce el daño, lo cual implica que los socios pueden sumarse al proceso iniciado por la sociedad como auténticos «litisconsortes» (*supra* §4.II).

d) Por último, y aunque este rasgo no se desprende, sin más, del tenor literal de la norma, no parece que pueda plantear ninguna duda el hecho de que los socios litigan *en su propio nombre* y asumiendo, por tanto, la condición de parte legítima en el proceso, pese a no ser titulares del derecho que ejercitan (art. 10.2 LEC)⁹²⁰. De hecho, en caso de que existiese una pluralidad de minorías legitimadas o en el supuesto de que la única minoría legitimada estuviese integrada por una pluralidad de socios cuya titularidad

Madrid (Sección 28ª), de 20 de abril de 2012 (FJ Segundo) (JUR 2012/232281), de 20 de diciembre de 2011 (FJ Segundo) (JUR 2012/114651), SAP Málaga (Sección 6ª), de 8 de enero de 2002 (FJ Segundo) (JUR 2002/62178), SAP Barcelona (Sección 15ª), de 24 de noviembre de 1995 (puede consultarse en el repertorio del Consejo General del poder Judicial, Roj. SAP B 7/1995).

⁹¹⁸ V. *supra* la nota 777 y el texto correspondiente.

⁹¹⁹ Por eso, tenía todo el sentido que, en la propuesta de modificaciones a la Ley de Sociedades de Capital elaborada por la «Comisión de Expertos» y publicada en el *Estudio* (cit.) que ha servido de base a la reforma, el artículo 239 llevase por título: «Legitimación subsidiaria y adicional» (v. ampliamente *infra* el apartado 4).

⁹²⁰ Cfr., en la jurisprudencia, entre otras, la SAP Barcelona (Sección 15ª), de 16 de enero de 2013, cit. (FJ Quinto). En la doctrina, cfr., por todos, SÁNCHEZ-CALERO, J., «La Acción Social de Responsabilidad», ob. cit., p. 117. La opción del legislador español ha sido la adoptada también en Alemania, donde el § 148, Abs. 1 atribuye expresamente a los socios minoritarios la facultad de ejercitar la acción social «*im eigenen Namen*». Por su parte, la Propuesta Modificada de Quinta Directiva señalaba —frente al silencio de la Propuesta original— que la acción social «debe poder ser ejercitada *en nombre y por cuenta* de la sociedad, por uno o más accionistas» (art. 16.1). Cfr., al respecto, BISOGNI, G.B., «La struttura amministrativa della società per azioni tra diritto comunitario e disciplina della *public company*», en *Giur. comm.*, 1996, I, p. 983. En otros Ordenamientos, la falta de un pronunciamiento expreso de la ley ha generado cierta controversia entre los autores. Éste es el caso de Francia, donde parte de la doctrina ha entendido que el socio, al ejercitar la acción social *ut singuli*, lo hace «*au nom et pour le compte de la société*» (cfr. COZIAN, M. [et al.], *Droit des sociétés*, 24ª ed., Paris [LexisNexis], 2011, p. 350), pese a que el artículo R. 225-170 del *Code de commerce* prevé la intervención de la sociedad en el proceso *por medio de sus representantes legales*. Por eso, otra parte de la doctrina ha advertido acertadamente que «[e]n agissant *ut singuli*, l'actionnaire n'est pas le mandataire de la société. L'exigence de mise en cause de la société démontre qu'elle n'est pas déjà partie à l'instance. Aussi, l'associé qui agit en responsabilité en réparation d'un préjudice social et qui requiert des mesures d'exécution ne le fait pas en qualité de mandataire. Il dispose d'une action qui lui est propre, qu'il exerce certes pour le compte de la société, mais pas en son nom» (cfr. RODRIGUEZ, K., «Astreinte ou mesure conservatoire: l'actionnaire exerçant l'action sociale doit-il agir au nom de la société?», en *Droit des sociétés*, núm. 1, 2010, p. 48).

individual no alcanzase el cinco (o el tres) por ciento del capital social, su actuación habrá de ser conjunta, esto es, estarán obligados a litigar *como una sola parte*, mediante una asistencia y representación únicas⁹²¹.

De todo ello, se deriva una primera e importante conclusión: los socios, cuando ejercitan la acción social de responsabilidad, *no lo hacen como representantes* de la sociedad, en sentido técnico⁹²². Esta última permanecerá, en principio, ajena al litigio, sin perjuicio de que, como tendremos oportunidad de examinar más adelante (*infra* II.1), pueda intervenir en él posteriormente, lo que deberá hacer, en todo caso, por medio de sus administradores. No puede decirse, en consecuencia, que los socios, al interponer la acción, estén actuando como mero «órgano» ejecutivo de la sociedad, en sustitución de los administradores⁹²³.

⁹²¹ Así es como interpretó la doctrina mayoritaria el requisito de la actuación «conjunta» que, antes de la reforma de 2014, se establecía de forma expresa en el artículo 239 de la Ley de Sociedades de Capital y que, ahora puede seguir entendiéndose implícito. FAIRÉN, V., «La responsabilidad civil», ob. cit., p. 878, definió esta situación como «litisconsorcio activo necesario» y, en los mismos términos, se ha manifestado, con posterioridad, buena parte de nuestra doctrina. Cfr., entre otros, GARRIGUES, J., en Garrigues-Uría, *Tratado*, ob. cit., vol. 2, p. 184; SUÁREZ-LLANOS, L., ob. cit., p. 979; RUBIO, J., ob. cit., p. 348; POLO, E., *Los administradores y el consejo*, ob. cit., p. 348; DE LA CÁMARA, M., ob. cit., p. 146; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores*, ob. cit., pp. 395 y 396 y DÍAZ-ECHEGARAY, J.L., ob. cit., p. 323. Sin embargo, esta calificación no parece adecuada, desde un punto de vista técnico. Al margen de las críticas que la propia figura del «litisconsorcio activo necesario» ha recibido por parte de la doctrina procesalista (v. *supra* la nota 804), lo cierto es que la actuación conjunta de los socios minoritarios tiende, más bien, a excluir la formación de un litisconsorcio, ya que, al imponerse una representación y una defensa únicas, lo que se impide es, precisamente, la presencia de una pluralidad de sujetos en la parte procesal activa.

⁹²² A pesar de cuanto decimos en el texto, es bastante frecuente encontrar, entre los autores españoles, a quienes afirman que los socios actúan «como representantes» de la sociedad. Así, por ejemplo, GARRIGUES, J., en Garrigues-Uría, *Comentario*, vol. 2, pp. 186, 187 y 188; URÍA, R., *Derecho mercantil*, p. 230; BÉRGAMO, A., ob. cit., p. 168 o POLO, E., *Los administradores y el consejo*, p. 355, según el cual, «la persona que litiga es siempre la sociedad, sea a través de sus administradores, de la persona que designe para ello la junta general o de la minoría» (el énfasis es nuestro). Posteriormente, cfr. CALBACHO, F., ob. cit., p. 281, quien afirma que «la sociedad debe mantenerse como tal al margen del procedimiento judicial, sin poder intervenir como parte en el mismo. Su representante legal en el proceso pasa a ser la minoría del capital que propone y ejercita la acción, en tanto que sus auténticos representantes legales se ven privados de tal condición para pasar a convertirse en los demandados de la sociedad a la que continúan representando» (la cursiva es nuestra). Y, más recientemente, cfr. MARTÍ LACALLE, R., ob. cit., p. 239, nota 540, y MUCCIARELLI, F.M., ob. cit., p. 65, este último influenciado, sin duda, por los anteriores. Esta atribución a la minoría de la condición de representantes de la sociedad se lleva a cabo, generalmente, para explicar la extensión de los efectos de cosa juzgada a la sociedad de la sentencia recaída en el proceso conducido por los socios. No obstante, se trata de una imprecisión técnica. La sentencia que ponga fin al proceso iniciado por la minoría, ciertamente, desplegará los efectos de cosa juzgada también frente a la sociedad, pero eso no significa que sea la sociedad la que actúa en el proceso representada por sus socios. La eficacia *ultra partes* de la sentencia es, en realidad, una consecuencia natural de la legitimación extraordinaria de la que, como veremos, gozan los socios minoritarios (*infra* I.2). Por eso, nos parece mucho más precisa la apreciación de ARROYO, I., ob. cit., p. 1566, cuando señala que «la minoría actúa en defensa de la sociedad, cuya representación no ostenta» (la cursiva es nuestra).

⁹²³ En este mismo sentido, BÉRGAMO, A., ob. cit., p. 164 y, citando a este último, CALBACHO, F., ob. cit., p. 233. En Italia, puede verse, OPPO, G., «Maggioranza e minoranze nella riforma delle società quotate», en *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 238. Esta precisión es importante porque nos ayudará a comprender las diferencias que existen entre el ejercicio de la acción social por la minoría y el ejercicio de la acción de exclusión por los socios que hubieran votado a favor del acuerdo de exclusión (art. 352.3 LSC). La doctrina y la jurisprudencia han equiparado, en ocasiones, ambos supuestos, extrayendo conclusiones poco acertadas. Para un análisis detallado de estas cuestiones, v. *infra* el apartado 4 de este epígrafe.

A conclusiones similares han llegado los autores italianos que han analizado el artículo 2393-*bis* del *Codice civile*. Como sabemos, este precepto —bajo el título: «*Azione sociale di responsabilità esercitata dai soci*»— faculta a los socios para reclamar a los administradores el daño causado a la sociedad con su conducta ilícita, con la única condición de que reúnan la titularidad del veinte por ciento del capital social, en el caso de las sociedades no cotizadas, o el dos y medio por ciento, en el caso de las sociedades que recurran al mercado de capital de riesgo. Señala, en concreto, el precepto:

«L'azione sociale di responsabilità può essere esercitata anche dai soci che rappresentino almeno un quinto del capitale sociale o la diversa misura prevista nello statuto, comunque non superiore al terzo.

Nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, l'azione di cui al comma precedente può essere esercitata dai soci che rappresentino un quarantesimo del capitale sociale o la minore misura prevista nello statuto.

La società deve essere chiamata in giudizio e l'atto di citazione è ad essa notificato anche in persona del presidente del collegio sindacale [...]».

Pues bien, con alguna notable excepción, se ha entendido que, en virtud de esta norma, los socios ejercitan *el mismo derecho* que pertenece a la sociedad (art. 2392 *C.Civile*)⁹²⁴. En relación con la legitimación de la minoría no han surgido, por tanto, las mismas dudas que suscita la acción de los acreedores *ex* artículo 2394 del *Codice civile* (*supra* §10.I.1)⁹²⁵. Estamos, con toda seguridad, ante el ejercicio de un derecho que pertenece a la sociedad y no a los socios, tal y como se desprende claramente del texto de la norma, que define la acción ejercitada por la minoría como «social»⁹²⁶.

Además, desde el momento en que el propio artículo 2393-*bis* del *Codice civile* impone la participación de la sociedad en el proceso en calidad de litisconsorte necesario por medio de sus representantes legales, es posible afirmar que los socios no

⁹²⁴ Cfr., sin embargo, CAPRIGLIONE, F., «Sub art. 129», en Alpa-Capriglione, *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, tomo 2, Padua [Cedam], 1998, p. 1192, quien sostiene, en una posición aislada, que la acción de la minoría es directa, sin que, a su juicio, sea óbice para ello el hecho de que la indemnización se integre en el patrimonio social y no en el de los socios. En la misma línea, DI CATALDO, V., «Problemi nuovi in tema di responsabilità di amministratori di società per azioni: dal possibile affievolimento della solidarietà all'incerto destino dell'azione della minoranza», en *Giur. comm.*, 2004 (*supp.* 3), I, p. 658, entiende que, en aquellos casos en los que la sociedad intervenga en el proceso iniciado por los socios minoritarios defendiendo la posición de los administradores, la indemnización debería atribuirse directamente a los socios actuantes y tendría que limitarse proporcionalmente a la participación de estos últimos en el patrimonio social. Por su parte, ANGELICI, C., «La tutela delle minoranze», en *Dalla riforma Draghi alla riforma delle società non quotate. Atti del Convegno di Studi – Alba, 21 novembre 1998*, en *Società*, núm. 7, 1998, p. 788, antes de la reforma de 2003, propuso, *de lege ferenda*, que la legitimación de la minoría en las sociedades no cotizadas se configurase como una suerte de *actio pro socio*, desvinculada de la posesión de una cuota específica y dirigida a restituir de manera directa el patrimonio del socio actuante y no el de la sociedad. Una crítica a estas posturas puede verse en NAZZICONE, L., «Sub art. 2393-*bis*», en Nazzicone-Providenti, *Società per azioni*, ob. cit., p. 205, quien señala, acertadamente, que todas ellas suponen una superación inadmisibile de la personalidad jurídica de la sociedad.

⁹²⁵ SANTORO, V., ob. cit., p. 877.

⁹²⁶ Cfr., en este sentido y por todos, MUCCIARELLI, F.M., ob. cit., p. 67 y LATELLA, D., ob. cit., pp. 195 y ss.

actúan como representantes de aquélla, sino que litigan *en nombre proprio*⁹²⁷. Lo contrario supondría, como ha puesto de manifiesto la doctrina más atenta, admitir que la sociedad se encuentra representada, en un mismo proceso, por dos sujetos distintos: la minoría y los administradores no demandados⁹²⁸.

Nos encontramos, de este modo, con que el *Codice civile* configura la legitimación de la minoría en términos muy parecidos a los de la Ley de Sociedades de Capital. De hecho, la principal diferencia que existía entre ambos Ordenamientos ha quedado en gran medida atenuada después de la reforma introducida en el español por la Ley 31/2014. En efecto, la regulación italiana se ha caracterizado, desde siempre, por atribuir a los socios una legitimación de carácter *directo* (cfr. el ant. art. 129 *TUF* y el actual artículo 2393-bis, *C.Civile*), frente a lo que sucedía en el Derecho español anterior a la reforma, en el que la actuación de los socios tenía carácter subsidiario en todo caso. Ahora esta diferencia se ha desvanecido, al menos en los supuestos de incumplimiento del deber de lealtad; supuestos que, por otra parte, son los más frecuentes⁹²⁹. De ahí que pueda decirse que, en la actualidad, ambas regulaciones son esencialmente coincidentes.

Con todo, subsisten algunas divergencias. La primera de ellas es que, conforme al Derecho italiano, la sociedad debe ser demandada junto con los administradores, imponiéndose, así, la formación de un litisconsorcio pasivo necesario (art. 2393-bis *C.Civile*) que no se exige en España. La segunda tiene que ver con la forma en la que deben organizarse los socios que ejerciten la acción. A tal efecto, el *Codice* establece que «[i] *soci che intendono promuovere l'azione*» deben nominar «*a maggioranza del capitale posseduto, uno o più rappresentanti comuni per l'esercizio dell'azione e per il compimento degli atti conseguenti*»⁹³⁰. Y la tercera, que ha generado bastante polémica entre los autores italianos, hace referencia a la posibilidad que se otorga a los socios que han actuado de renunciar a la acción o transigir, dejando claro, en todo caso, que «*ogni corrispettivo per la rinuncia o transazione deve andare a vantaggio della società*»⁹³¹.

⁹²⁷ Así lo ha entendido la mayoría de los autores. Cfr., por todos, ROSSI, A., primero en «*Sub art. 129*», ob. cit., p. 113 y, posteriormente, en «*Sub art. 2393-bis*», ob. cit., p. 821. *Contra*, afirmando que la minoría, al ejercitar la acción social, «*dovrà agire spendendo il nome della società*», SAMBUCCI, L., «*Danno da mala gestio e tutela della minoranza*», en *Riv. dir. comm.*, 2004, I, p. 111. No obstante, la opinión de este último autor deriva de su particular concepción de la legitimación de los socios minoritarios como un supuesto de «gestión de negocios ajenos» (*infra* 2).

⁹²⁸ MUCCIARELLI, F.M., ob. cit., p. 64. En el mismo sentido, AULETTA, F., ob. cit., pp. 488 y 489, y STELLA, G., «*Qualificazione giuridica dell'azione di responsabilità della minoranza nelle società quotate*», en AAVV, *Studi in onore di Piero Schlesinger*, vol. 5, Milán [Giuffrè], 2004, p. 3476.

⁹²⁹ Basta ojea los repertorios de jurisprudencia para darse cuenta de que la mayor parte de las acciones de responsabilidad social se fundamentan en el incumplimiento del deber lealtad. Además, es de esperar que, tras la novedad introducida por la reforma se multipliquen las demandas por deslealtad.

⁹³⁰ Este requisito es, en cierta medida, asimilable a la actuación «conjunta» de los socios que exigía la Ley española antes de la reforma y cuya vigencia puede seguir afirmándose (v. *supra* la nota 921) (sobre el mismo, puede verse, con carácter general, LATELLA, D., ob. cit., pp. 317 y ss.).

⁹³¹ Sobre esto último volveremos más adelante (v. *infra* II.2). Otra diferencia, que también ha desaparecido actualmente, es la que se refiere a las costas del proceso iniciado por la minoría. Frente al silencio que tradicionalmente guardaba la Ley española en esta materia, el *Codice* dispone que: «*In caso di accoglimento della domanda, la società rimborsa agli attori le spese del giudizio e quelle sopportate nell'accertamento dei fatti che il giudice non abbia posto a carico dei soccombenti o che non sia*

Así pues, tanto en un Ordenamiento como en el otro, *los socios se hallan investidos de una legitimación extraordinaria*, en la medida en que *ejercitan un derecho ajeno* y lo hacen, además, *en nombre propio* (cfr. arts. 10.2 LEC y 81 C.p.c.). De hecho, estos dos requisitos, unidos a la subsidiariedad —en el caso español (art. 1111 CC)— y a la necesidad de que la sociedad intervenga como litisconsorte necesario —en el caso italiano (art. 2900 C.Civile)— son los que cualifican el supuesto de legitimación extraordinaria por excelencia: la acción subrogatoria. Por eso, no sorprende que una buena parte de la doctrina de uno y otro país se haya decantado por calificar este supuesto como una legitimación *de carácter subrogatorio*⁹³².

Ahora bien, como veremos a continuación, esta interpretación no es correcta, pues, más allá de estas analogías, lo cierto es que la legitimación de la minoría no presenta, en realidad, ninguno de los elementos esenciales que caracterizan a la acción subrogatoria frente a otras modalidades de legitimación extraordinaria.

2. La legitimación de la minoría como acción subrogatoria. Crítica

Al hablar, en el epígrafe anterior, de la legitimación de los acreedores sociales, señalábamos que la acción subrogatoria del artículo 1111 del Código civil (cfr. art. 2900

possibile recuperare a seguito della loro escussione». Esta regla es similar a la introducida por la reforma de 2014 en la Ley de Sociedades de Capital, que afirma ahora que «en caso de estimación total o parcial de la demanda, la sociedad estará obligada a reembolsar a la parte actora los gastos necesarios en que hubiera incurrido con los límites previstos en el artículo 394 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, salvo que esta haya obtenido el reembolso de estos gastos o el ofrecimiento de reembolso de los gastos haya sido incondicional».

⁹³² En España, han calificado la acción de la minoría como «subrogatoria», entre otros, BÉRGAMO, A., ob. cit., p. 344; QUIJANO, J., «Legitimación subsidiaria de la minoría», ob. cit., p. 1716 y CANDELARIO MACÍAS, M.I., ob. cit., p. 316 y CABAÑAS, J.C., *La tutela judicial del tercero*, Madrid [Dijusa], 2005, p. 122, aunque lo han hecho, por lo general, sin mayor argumentación. En Italia, además de los autores citados *infra* en las notas 942 y 964, pueden verse: SCHLESINGER, P., «La riforma Draghi: le novità per le società quotate», en *Corr. giur.*, 1998, p. 449; PARRELLA, M., «Gli emittenti. Informazione societaria e disciplina delle società con azioni quotate (Artt. 113-135)», en Lacaíta/Napoleoni (a cura di), *Il testo unico dei mercati finanziari: società quotate, intermediari, mercati, Opa, insider trading: commento al D. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58*, Milán [Giuffrè], 1998, p. 128; ALLEGRI, V., *Diritto commerciale*, 3ª ed., Bolonia [Monduzzi], 1999, p. 301; ABBADESSA, P., «Assemblea, amministrazione e controllo», en AAVV, *Parere dei componente del Collegio dei Docenti del Dottorato di ricerca in diritto commerciale interno e internazionale dell'Università Cattolica di Milano*, en *Riv. soc.*, 2002, p. 1477 y DI SABATO, F., *Diritto delle società*, 3ª ed. (actualizada por Blandini, A.), Milán [Giuffrè], 2011, p. 365. Por lo demás, y en relación con el artículo 129 del *Testo Unico della Finanza*, esta interpretación podía incluso considerarse «auténtica», toda vez que fue mantenida por el propio artífice de la norma, Mario DRAGHI, en su «Audizione del 10 dicembre 1997 davanti alla Commissione Finanza e Tesoro della Camera dei Deputati», publicada en *Giur. comm.*, 1997, I, pp. 771 a 787 (cfr. espec. p. 785). Nuestra jurisprudencia también ha afirmado, en ocasiones, la naturaleza subrogatoria de la legitimación de los socios minoritarios. Cfr., por ejemplo, STS de 30 de octubre de 2006 (FJ Quinto) (RJ 2006/8097), SSAP Álava (Sección 2ª), de 3 de noviembre (FJ Segundo), de 18 de septiembre (FJ Tercero) y de 5 de julio de 2006 (FJ Primero) (JUR 2007/94946, JUR 2007/103802 y JUR 2007/91953, respectivamente), SAP Baleares (Sección 4ª), de 19 de septiembre de 2005 (FJ Cuarto) (JUR 2006/3459), SAP Baleares (Sección 5ª), de 18 de octubre de 2004 (FJ Segundo) (JUR 2005/808), SAP Sevilla (Sección 8ª), de 19 de abril de 2004 (FJ Segundo) (JUR 2004/162507), SAP Guipúzcoa (Sección 2ª), de 5 de noviembre de 2003 (FJ Segundo) (JUR 2004/36004), SSAP Almería (Sección 3ª), de 19 de marzo de 2003 (FJ Quinto) (JUR 2003/117669) y de 9 de marzo de 2002 (FJ Tercero) (JUR 2002/118798).

C.Civile) constituye uno de los medios articulados por el legislador para la tutela de los derechos de crédito, que encuentra su fundamento último en el principio de responsabilidad patrimonial universal (arts. 1911 CC y 2740 *C.Civile*) (*supra* §10.I.3). A través de este mecanismo, y a fin de evitar que la actitud pasiva del deudor termine poniendo en riesgo su solvencia y perjudicando el derecho del acreedor, el Ordenamiento consiente la injerencia de este último en la esfera patrimonial del primero, reconociéndole una legitimación extraordinaria para ejercitar todos los derechos y acciones que aquél pudiera ostentar frente a un tercero⁹³³.

2.1. La posición de socio no puede equipararse a la de acreedor social

Presupuesto esencial de esta acción es, pues, la existencia de «*due situazioni giuridiche, di cui l'una consiste in un rapporto obbligatorio tra due soggetti, e la seconda consiste in un rapporto tra il soggetto passivo del primo e un terzo*»⁹³⁴. Por lo tanto, cualquier posibilidad de caracterizar la legitimación de la minoría como una modalidad de acción subrogatoria pasa necesariamente por constatar la existencia de una *relación obligatoria actual entre la sociedad y el socio*. Sólo en la medida en que este último pueda considerarse, de algún modo, titular *actual* de un derecho de crédito frente a la sociedad, tendrá sentido plantearse si concurren, en este supuesto, el resto de requisitos —insuficiencia patrimonial e inercia de la sociedad— que condicionan el ejercicio de los derechos ajenos en vía subrogatoria⁹³⁵.

Como puede intuirse, el análisis adopta, en este punto, una nueva deriva, que nos lleva a reflexionar sobre la naturaleza de la condición de socio —o *Mitgliedschaft*, en la terminología alemana, que ha acabo por ser de uso común tanto en España como en Italia—; esto es, sobre la calificación jurídica que merecen el conjunto de derechos, obligaciones, facultades y poderes que integran el contenido de la relación socio-sociedad. No obstante, a los fines que aquí interesan, no será necesario adentrarse de lleno en una materia como ésta, que, por su amplitud y complejidad, debe quedar forzosamente remitida⁹³⁶. Basta recordar ahora que la posición del socio frente a la sociedad ha sido definida, a lo largo del tiempo, con arreglo a diversas categorías

⁹³³ Como señala GIAMPICCOLO, G., voz «Azione surrogatoria», ob. cit., p. 951, el término «acreedor» viene usado aquí en un sentido amplio, ya que la ley no ampara únicamente el crédito propiamente dicho, «sino cualquier relación obligatoria que comporte, en todo caso, en vía subsidiaria, una responsabilidad patrimonial del sujeto pasivo». La acción subrogatoria es, en definitiva, un instrumento que se encuentra a disposición de cualquier titular de una posición obligatoria activa.

⁹³⁴ NICOLÒ, R., ob. cit., p. 65. En idéntico sentido, MONTERO, J., *De la legitimación*, ob. cit., pp. 335 y ss.

⁹³⁵ Según NICOLÒ, R., ob. cit., p. 66, para que pueda hablarse de legitimación subrogatoria es imprescindible la condición de acreedor del sujeto subrogante, de modo que «*tutti i creditori e soltanto i creditori possono, col concorso delle altre condizioni, valersi della surrogatoria*» (el énfasis se encuentra en el original).

⁹³⁶ La literatura sobre este tema —por lo demás, clásico en el Derecho de sociedades— es de todo punto inabarcable. Con carácter muy general y sin ninguna pretensión de exhaustividad, se reenvía a LANGLE, E., ob. cit., pp. 438 a 440; RIVOLTA, G.C.M., *La partecipazione sociale*, Milán [Giuffrè], 1964, *passim*; y GIRÓN, J., *Derecho de sociedades*, ob. cit., pp. 283 y ss., así como a los autores citados *infra* en las notas siguientes.

dogmáticas, entre las que se encuentra también la de *derecho subjetivo*⁹³⁷. Desde este punto de vista, no ha faltado incluso quien, privilegiando el contenido económico de esa posición —integrado, básicamente, por el derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación— ha configurado la «participación social» como un derecho subjetivo de carácter patrimonial y, más concretamente, como un auténtico *derecho de crédito*⁹³⁸.

a) No obstante, esta postura hace tiempo que se ha visto superada. La doctrina se encuentra hoy plenamente persuadida de que las tradicionales categorías de los derechos reales y de crédito son, en todo caso, insuficientes para explicar la multiplicidad de posiciones jurídicas subjetivas en las que se materializa la condición de socio⁹³⁹. Por este motivo, la calificación dogmática de la posición del socio en términos de derecho subjetivo se ha ido abandonando paulatinamente, para dejar paso a otras categorías, más descriptivas, como la de «*status*», «relación jurídica compleja» o «relación jurídica de cooperación»⁹⁴⁰. De hecho, cuando se habla actualmente de la existencia de un derecho

⁹³⁷ Se ha hablado, así, de un «derecho a la condición de socio» (GRAZIANI, A., «Perdite patrimoniali, riduzione e annullamento del capitale nella società per azioni», en *Foro it.*, 1955, I, c. 747), de un «derecho de cuota» (CARNELUTTI, F., *Teoria giuridica della circolazione*, Padova [Cedam], 1933, p. 40), de un «derecho *sui generis*» (ASQUINI, A., «Usufrutto di quote sociali e di azioni», en *Scritti giuridici*, vol. 3, Padua [Cedam], 1961, p. 185), de un derecho perteneciente a un *tertium genus*, a medio camino entre los derechos reales y de crédito (PASTERIS, C., «Premesse ad un'indagine sulla natura giuridica dei diritti patrimoniali del socio nella società», en *Riv. dir. comm.*, 1958, I, p. 201 y 213), o, en fin, como decimos *infra* en el texto y en la nota siguiente, de un verdadero derecho de crédito.

⁹³⁸ Así, TABEL, A., «Il socio come creditore della società», en *Dir. fall.*, 1950, II, pp. 85 a 95 (v. espec. p. 89); VENDITTI, A., «Natura e limiti del rimborso dei conferimenti nella liquidazione di società», in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, II, pp. 329 a 332 (v. espec. p. 330); STOLFI, G., «Una questione sull'art. 670 c.p.c.», en *Banca e borsa*, 1954, I, p. 845; CANDIAN, A., «Il diritto di socio nelle società cosiddette di capitali. Natura giuridica», en *Dir. fall.*, 1961, I, pp. 257 a 269 (v. espec. p. 260); BRUNETTI, A., «Esecuzione su quota di società a responsabilità limitata», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, pp. 260 y ss. (v. espec. pp. 268 a 270). Para una exposición y crítica de esta postura, se reenvía a RIVOLTA, G.C.M., ob. cit., pp. 77 y ss.

⁹³⁹ GIRÓN, J., *Derecho de sociedades*, p. 283. En general, sobre la dificultad de reconducir la posición del socio a estas categorías, cfr., además de RIVOLTA, G.C.M., *loc. ult. cit.*, PASTERIS, C., ob. cit., *passim* (v. espec. pp. 204 y ss.). Como señala ANGELICI, C., *Della società per azioni. Le azioni*, en Schlesinger (Dir.), *Il codice civile. Commentario. Artt. 2346-2356*, 1ª ed., Milán [Giuffrè], 1992, pp. 55 y 56, estas teorías implican una especie de juicio de prevalencia —ciertamente opinable y de escasa utilidad práctica— entre las distintas posiciones activas que integran la condición de socio, a fin de determinar cuál, de entre ellas, asume un papel central y característico.

⁹⁴⁰ La calificación de la posición de socio en términos de *status* se debe, fundamentalmente, a ASCARELLI, T., *Appunti*, ob. cit., vol. 2, pp. 113 a 130 (v. espec. pp. 114 a 117); ID., «La letteralità nei titoli di credito», en *Riv. dir. comm.*, 1932, I, p. 265) e ID., «Principi e problemi delle società anonime», en *Saggi giuridici*, Milán [Giuffrè], 1949, pp. 345 a 349. Le han seguido, en Italia, entre otros, GRECO, P., ob. cit., pp. 143 a 146; GASPERONI, N., *Le azioni di società*, Padova [Cedam], 1942, pp. 31 a 44 (v. espec. p. 43); VISENTINI, B., voz «Azioni di società», en *Enc. dir.*, vol. 4, Milán [Giuffrè], 1959, p. 969; CANDIAN, A., «Nullità di deliberazioni d'assemblea (art. 2379 cod. civ.): legittimazione processuale attiva», en AAVV, *Studi in memoria di Lorenzo Mossa*, Padua [Cedam], 1961, p. 237 y GRAZIANI, A., *Diritto delle società*, ob. cit., pp. 86 y ss. En España, pueden verse, LANGLE, E., ob. cit., pp. 438 y 439. Sin embargo, la doctrina española parece preferir el empleo del concepto «relación» o «posición» jurídica. Así, por ejemplo, GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil*, vol. 1, 4ª ed., Madrid, 1962, pp. 342 y 381; URÍA, R., *Derecho mercantil*, ob. cit., p. 180; RUBIO, J., *Curso*, ob. cit., p. 82; GIRÓN, J., *Derecho de sociedades*, ob. cit., pp. 285 a 287 y SÁNCHEZ ANDRÉS, A., *La acción y los derechos del accionista*, en Uría/Menédez/Olivencia (Dirs.), *Comentario*, ob. cit., tomo 4, vol. 1, p. 99, entre otros.

subjetivo «dotado de contenido personal y patrimonial, cuyo objeto es la posición de socio en la sociedad», se hace referencia a algo muy distinto, como es el carácter unitario y cerrado de esa posición, lo que permite concebirla como un objeto susceptible de tráfico autónomo⁹⁴¹. Nada que ver, sin embargo, con una posición acreedora cuya defensa pueda justificar el recurso al ejercicio de la acción social de responsabilidad en vía subrogatoria.

b) Descartada, pues, la posibilidad de que el socio ostente, en cuanto tal, la condición de acreedor frente a la sociedad, cabe plantearse si dicha condición pudiera derivarse —y, en caso afirmativo, en qué términos y con qué requisitos— de alguna de las concretas situaciones activas en las que se materializa la posición jurídica de socio. Es necesario analizar, en particular, si el socio puede considerarse acreedor de la sociedad en relación con los denominados «derechos patrimoniales» que la Ley le reconoce y que consisten, fundamentalmente, en el derecho al dividendo y en el derecho a la cuota de liquidación. No en vano, quienes sostienen la naturaleza subrogatoria de la legitimación de los socios minoritarios basan su opinión, por lo general, en la afirmación de que éstos, aunque no puedan considerarse acreedores de la sociedad *stricto sensu*, son titulares, en cualquier caso, de una posición acreedora —siquiera «abstracta»— frente a ella, de cara a la atribución de dividendos y a la restitución de las aportaciones y de la cuota patrimonial resultante de la liquidación⁹⁴².

Como es sabido, con el término genérico «derecho al dividendo» se suele hacer referencia, de forma indistinta, a tres derechos diferentes que —de mayor a menor grado de abstracción— se identificarían con el «derecho al beneficio», el «derecho al reparto periódico» de ese beneficio y el «derecho al dividendo ya acordado»⁹⁴³. El primero de

⁹⁴¹ PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1665 CC», ob. cit., pp. 1327 y 1328, según el cual, la calificación de la condición de socio en términos de «relación jurídica» sería compatible con la existencia de un derecho subjetivo en los términos descritos en el texto; idea que repite en ID., *La responsabilidad del socio colectivo*, Madrid [Civitas], 1992, p. 79 y nota 87. En el mismo sentido, PERDICES, A.B., *Cláusulas restrictivas*, ob. cit., pp. 32 y 33. No obstante, se muestra crítico con esta visión unitaria de la participación social, JUSTE, J., *Los «derechos de minoría»*, ob. cit., pp. 84 y 85.

⁹⁴² En este sentido, afirma SALAFIA, V., «Gli organi direttivi nelle società quotate in mercati regolamentati», en *Società*, núm. 3, 1998, p. 256, que los socios «*pur potendo non essere titolari di una ragione di credito attuale nel momento in cui si sostituiscono alla società nell'esercizio dell'azione di cui si tratta, sono in senso lato titolari di una posizione astrattamente creditoria consistente nel pagamento di eventuali utili di esercizio e della quota residua de liquidazione*». Cfr., asimismo, SANTORO, V., ob. cit., p. 877; FAUCEGLIA, G., voz «Società con azioni quotate in borsa», en *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento I, Turín [Utet], 2000, p. 703 y RISCOSSA, M.M., «Sub art. 129», ob. cit., p. 173.

⁹⁴³ En España, es más tradicional la contraposición de un «derecho abstracto», frente a un «derecho concreto» al dividendo. Cfr., entre muchos otros, LANGLE, E., ob. cit., p. 601; URÍA, R., en Garrigues-Uría, *Comentario*, ob. cit., vol. 1, pp. 448 y 449; ID., *Derecho mercantil*, ob. cit., pp. 184 y 185; y, más recientemente, CAMPUZANO, A.B., «Derechos del socio (Art. 93)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario*, vol. 1, p. 793. Ambas expresiones, empleadas ya por FERRI, G., «Distribuzione di azioni gratuite collegata con emissioni a pagamento e diritti individuali degli azionisti», en *Riv. dir. comm.*, 1939, II, p. 484 y ss. (v. espec. pp. 488 y ss.), tienen el mérito de reflejar la distinción entre el derecho «*auf dem Reingewinn im allgemeinen*» y el «*Dividendenrecht*», común en la doctrina alemana. Cfr., no obstante, una crítica al uso de estas categorías, en ILLESCAS, R., *El derecho al dividendo en la Sociedad Anónima*, Sevilla [Universidad], 1973, pp. 86 a 90; BUONOCORE, V., *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Nápoles [Morano], 1960, p. 123; y, en relación con el derecho de suscripción preferente, SÁNCHEZ ANDRÉS, A., *El derecho de suscripción preferente del accionista*, Madrid [Civitas], 1973, pp. 162 a 172.

ellos, reconocido por el artículo 93 de la Ley de Sociedades de Capital (cfr. art. 2350 *C.Civile*), se agota, según la opinión prevalente, en una mera «declaración abstracta y atemporal de que el destinatario último del beneficio social es el accionista»⁹⁴⁴. Y de ahí que su caracterización como auténtico derecho subjetivo haya sido muy discutida⁹⁴⁵. Nos encontramos, más bien, ante una simple manifestación de la condición de socio (*Mitgliedschaftrecht*) de la cual no se deriva ninguna pretensión económica concreta; sino, tan sólo, la posibilidad para el socio de instar el cumplimiento de la ley en orden a la determinación anual de la existencia o ausencia de beneficios y, en la medida en que éstos concurren, la facultad de exigir a la junta que los asigne con arreglo a las prescripciones legales o estatutarias⁹⁴⁶. Lo mismo puede decirse del derecho al reparto periódico de los beneficios, cuya existencia ha sido igualmente puesta en entredicho por la doctrina mayoritaria⁹⁴⁷. En general, se ha entendido que la junta es plenamente soberana para decidir, por mayoría y dentro de los límites legales o estatutarios, el destino que debe darse al resultado de cada ejercicio (art. 273 LSC). Al socio le corresponde el derecho a participar, mediante su voto, en el acuerdo de distribución y a impugnar dicho acuerdo cuando sea contrario a la ley o a los estatutos o perjudique el interés social en beneficio de uno o varios socios o terceros (art. 204 LSC). Del mismo modo, se le reconoce el derecho a separarse de la sociedad, si se dan las condiciones establecidas en el artículo 348-*bis* de la Ley de Sociedades de Capital. Pero lo que, en ningún caso, cabe afirmar es que la ley le atribuya el derecho a exigir un reparto anual de las ganancias⁹⁴⁸.

Lo anterior nos permite concluir que ni el derecho al beneficio, ni el —pretendido— derecho al reparto periódico del mismo convierten al socio en acreedor frente a la sociedad, siquiera en un sentido amplio. Ambos participan de una naturaleza corporativa y son inherentes a la condición de socio, como lo prueba el hecho de que no puedan ser transmitidos sin que se ceda, al mismo tiempo, la participación social⁹⁴⁹.

⁹⁴⁴ MUÑOZ MARTÍN, N., «El derecho al dividendo», en Alonso Ureba (*et al.*) (Coords.), *Derecho de sociedades anónimas*, tomo 2, vol. 1, Madrid [Civitas], 1994, p. 306, siguiendo a URÍA, R., en Garrigues-Uría, *Comentario*, ob. cit., vol. 1, p. 448.

⁹⁴⁵ En opinión de SÁNCHEZ ANDRÉS, A., *La acción y los derechos del accionista*, ob. cit., p. 118, se trata, tan sólo, de una «situación de intereses», que no genera «el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo del socio». *Contra*, atribuyendo a este «derecho al beneficio» el carácter de auténtico derecho subjetivo de crédito, en un sentido amplio, PETTITI, D., *Contributo allo studio del diritto dell'azionista al dividendo*, Milán [Giuffrè], 1957, pp. 151 y ss. e ILLESCAS, R., *El derecho al dividendo*, ob. cit., p. 89.

⁹⁴⁶ Así, por todos, SÁNCHEZ ANDRÉS, A., *La acción y los derechos del accionista*, ob. cit., pp. 118 y 119.

⁹⁴⁷ Da cuenta de la controversia acerca de la existencia y caracterización de este derecho, tanto en España como en Italia, ILLESCAS, R., *El derecho al dividendo*, ob. cit., pp. 145 y ss. En nuestro país, la niegan, entre otros, GARRIGUES, J., *Curso*, ob. cit., p. 383; URÍA, R., en Garrigues-Uría, *Comentario*, ob. cit., vol. 1, pp. 448 y 449 y DUQUE, J.F., ob. cit., p. 90. En Italia, pueden verse, en este sentido, ROSSI, G., *Utile di bilancio riserve e dividendo*, Milán [Giuffrè], 1957, pp. 186 y ss.; ID., «Diritto agli utili e diritto alla quota di liquidazione», en *Riv. soc.*, 1957, p. 277 y MESSINEO, F., «Il dividendo come frutto dell'azione», en *Studi*, ob. cit., p. 157.

⁹⁴⁸ En este sentido, además de los autores citados en la nota anterior, cfr. SÁNCHEZ ANDRÉS, A., *últ. ob. cit.*, p. 121.

⁹⁴⁹ ILLESCAS, R., *El derecho al dividendo*, ob. cit., p. 78 e ID., *Las cuentas anuales*, ob. cit., p. 236.

Además, su infracción no activa los remedios propios del incumplimiento de las obligaciones, sino los mecanismos específicos del Derecho de sociedades y, en particular, la impugnación de los acuerdos en los que se materialice esa infracción⁹⁵⁰.

c) En realidad, el derecho al beneficio se independiza de la relación social y adquiere relevancia autónoma —o, si se prefiere, se «concreta»— únicamente con el acuerdo de la junta que aprueba el reparto del dividendo (art. 273 LSC y art. 2433 C.Civile). Sólo a raíz de ese acuerdo surge un *auténtico derecho de crédito (Gläubigerrecht)* que, pese a tener su origen material en la organización social, sitúa al socio en posición de tercero acreedor en relación con la sociedad y puede ser transmitido con independencia de que se mantenga o no la participación social⁹⁵¹. A partir de ese momento, la situación del socio deja de estar tutelada por una acción de impugnación del acuerdo de la junta y pasa a estarlo por una acción de cumplimiento, propia del Derecho de obligaciones⁹⁵². De ello se desprende que, a diferencia de lo que sucede con el derecho al beneficio, este otro derecho al dividendo acordado no deriva simplemente de la condición de socio, la cual actúa, en este caso, como mero presupuesto. Su nacimiento es consecuencia, además, de una sucesión de eventos futuros y objetivamente inciertos, como son: la efectiva obtención de beneficios por parte de la sociedad, la válida aprobación del balance y la adopción del acuerdo de reparto del dividendo⁹⁵³. Por esta vía, se podría llegar a concluir que, en relación con el derecho al dividendo acordado, el socio se coloca, desde el mismo momento en que entra a formar parte de la sociedad, como *titular actual de un derecho de crédito condicionado*⁹⁵⁴. Desde esta perspectiva —y aceptando que también los acreedores condicionales puedan recurrir al instrumento de la acción subrogatoria (*supra* §10.I.3)— el ejercicio de la acción social de responsabilidad por parte de la minoría podría configurarse, ciertamente, como un mecanismo de carácter subrogatorio de tutela de la posición acreedora del socio. Partiendo de esta interpretación, los daños que los administradores hubieran podido ocasionar en el patrimonio social como consecuencia de su actuación ilícita representarían una lesión de la garantía del socio, que quedaría legitimado para actuar frente aquéllos en defensa de sus intereses y ante la inercia de la sociedad.

Bien mirada, sin embargo, esta última tesis no constituye más que una mera reformulación de aquella otra a la que nos hemos referido en primer término (*sub a*) y

⁹⁵⁰ Cfr., por todos, ANGELICI, C., *Della società per azioni*, ob. cit., pp. 104 y 105 y nota 9.

⁹⁵¹ Como señalan CERRAI, A. y MAZZONI, A., ob. cit., p. 43, la autonomía de este derecho respecto a la condición de socio puede comprobarse, asimismo, por el hecho de que el mismo es «*liberamente cedibili a chiunque, indipendentemente dal fatto che il cessionario rivesta o meno, a sua volta, la qualità di socio*».

⁹⁵² GIRÓN, J., *Derecho de sociedades anónimas*, ob. cit., p. 179.

⁹⁵³ En estos mismos términos, LATELLA, D., ob. cit., p. 227.

⁹⁵⁴ Cfr., por ejemplo, VIVANTE, C., ob. cit., p. 304, quien entiende que el derecho a exigir el dividendo es un derecho doblemente condicionado, por un lado, al hecho de que el dividendo resulte del balance aprobado por la asamblea —condición suspensiva— y, por otro lado, a que la asamblea no suspenda el pago de dividendos, mediante una modificación estatutaria —condición resolutoria—.

que identifica la «posición de socio» con un derecho de crédito, con la única diferencia de que ese derecho se entiende ahora sometido a condición y se identifica, por consiguiente, con una *expectativa jurídica*⁹⁵⁵.

No cabe duda de que el socio puede convertirse en acreedor *durante societate*, cuando la junta acuerde el reparto de dividendos, pero eso no significa que lo sea ya desde el comienzo con carácter «condicionado», «abstracto» o, como sugieren algunos, «eventual»⁹⁵⁶. Hasta el momento en que se adopte ese acuerdo, al socio no le corresponde ninguna pretensión ni expectativa jurídica más allá del derecho a que se respeten las normas del ordenamiento societario y a que la mayoría se comporte de conformidad con las reglas de la buena fe y dentro de los límites del abuso de derecho. Después, su posición será idéntica a la de cualquier otro acreedor de la sociedad, hasta el punto de que también él podrá recurrir al ejercicio de la acción social en vía subrogatoria *ex* artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital, si se cumplen los requisitos de inercia de la sociedad e insuficiencia patrimonial que hemos analizado.

Todas estas consideraciones pueden trasladarse, con idénticas consecuencias, al derecho del socio a participar en la cuota resultante de la liquidación (art. 93 LSC y art. 2350, párrafo primero, *C.Civile*). En tanto en cuanto no se apruebe el balance final de liquidación (art. 390 LSC y art. 2492 *C.Civile*), este derecho —todavía abstracto— no deja de ser una mera irradiación de la condición de socio, de la que, ciertamente, se derivan una serie de pretensiones protegidas jurídicamente, a través de las distintas medidas dispuestas por el Derecho de sociedades —*v.gr.* impugnación del balance final de liquidación (art. 390.2 LSC)—, pero que no convierte al socio en acreedor de la sociedad. Esta alteración sólo tiene lugar, como decimos, ulteriormente, cuando la junta, una vez satisfechos todos los acreedores sociales, constata la existencia de un haber social repartible entre los socios y aprueba el balance de liquidación⁹⁵⁷. Sólo a partir de

⁹⁵⁵ En esta línea se mueven, entre otros, TRIMARCHI, P., *ob. cit.*, pp. 153 a 162. y ASQUINI, A., *ob. cit.*, pp. 185 y 186.

⁹⁵⁶ LATELLA, D., *ob. cit.*, pp. 227 y ss., parte de la consideración de que el derecho del socio al dividendo, antes de que se acuerde su reparto, le convierte en un acreedor meramente «eventual» de la sociedad. Lo cual le lleva a descartar la naturaleza subrogatoria de la legitimación de la minoría sobre la base de que el mecanismo de la subrogación se circunscribe a los acreedores «actuales», aunque su crédito se halle sometido a condición. Esta tesis presenta, sin embargo, un punto débil como es que, parte de la doctrina italiana, apelando a la función conservadora que la acción subrogatoria cumple en ese Ordenamiento entiende que también los acreedores eventuales están facultados para ejercitarla (cfr. NICOLÒ, R., *ob. cit.*, pp. 66 a 89 [v. espec. pp. 78 y 79]). Pero lo cierto es que —al margen de las dudas que la propia categoría suscita— el derecho del socio al dividendo no acordado no puede considerarse un «derecho eventual» o «expectativa jurídica». Como bien dice SÁNCHEZ ANDRÉS, A., *El derecho de suscripción preferente*, *ob. cit.*, p. 155, «[p]ara la explicación de estos supuestos [derecho al dividendo y a la cuota de liquidación] no parece necesario, ciertamente, acudir a la figura de la expectativa ni apelar a los efectos diferidos que le sirven de presupuesto, pues uno y otro caso se explican sencillamente recordando que de la sociedad, como contrato de tracto sucesivo, surge una relación duradera destinada a ir produciendo efectos en el tiempo, siendo inherente a su mecánica la idea de riesgo en la gestión. Se advierte así, en lo que toca al reparto de beneficios que la fijación del resultado del ejercicio puede mostrar la inexistencia de valores repartibles o bien, cuando existan, aconsejar la conveniencia de no destinarlo al reparto; y a (sic) la misma noción de riesgo juega en la crítica de la tesis que ve en las prerrogativas sobre la cuota de liquidación auténticas expectativas, pues del proceso liquidatorio puede resultar que no exista remanente ninguno a repartir».

⁹⁵⁷ Cfr., por todos, URÍA, R., en Garrigues-Uría, *Comentario*, *ob. cit.*, vol. 1, p. 451.

ese instante, el socio pasa a ser titular, frente a la sociedad, de un derecho de crédito — perfecto e incondicionado— que podrá defender con todos los instrumentos que le brinda el Derecho de obligaciones.

2.2. La legitimación de la minoría no surge como consecuencia de la insuficiencia patrimonial de la sociedad ni de la inercia de esta última a la hora de ejercitar la acción social

Estas reflexiones nos permiten concluir que la legitimación de la minoría no tiene, en realidad, nada que ver con un mecanismo de tutela del crédito, como es la acción subrogatoria: el socio no es, *ab initio*, un acreedor de la sociedad y no ejercita la acción social para asegurarse el cobro del dividendo o de la cuota de liquidación⁹⁵⁸. De lo contrario, no se explicaría por qué, a diferencia de lo que sucede con los acreedores propiamente dichos, el ejercicio de la acción social por la minoría no se encuentra condicionado al hecho de que el patrimonio de la sociedad resulte insuficiente para hacer frente al pago de sus obligaciones⁹⁵⁹. Tampoco estaría justificado que los socios pudieran ejercitar la acción aun cuando no fuera posible el cobro del dividendo o de la cuota de liquidación⁹⁶⁰. Es más, ni siquiera tendría razón de ser que la legitimación estuviera condicionada al hecho de que el socio actuante ostente la titularidad de, al menos, el cinco (o el tres) por ciento del capital social. Si el ejercicio de la acción social sirviese para garantizar una hipotética posición acreedora, cualquier socio debería gozar de legitimación, con independencia de cuál fuese su participación⁹⁶¹.

El único rasgo que *a priori* comparten la acción subrogatoria (art. 1111 CC) y la legitimación de la minoría (art. 239 LSC) es la «inercia» de la sociedad. En efecto, en los supuestos de infracción del deber de diligencia, la Ley obliga a los socios a someter a la junta la decisión de entablar la acción social antes de legitimarles para ejercitarla

⁹⁵⁸ A idéntica conclusión, y con base en los mismos razonamientos, llegan también MUCCIARELI, F.M., ob. cit., pp. 67 y ss. (v. espec. p. 76); PICCIAU, A., «Sub art. 129», ob. cit., pp. 1012 y ss.; ID., «Sub arts. 2393-2393-bis; 2394-bis», ob. cit., pp. 604 y ss. y LATELLA, D., ob. cit., pp. 214 y ss. Rechazan igualmente la naturaleza subrogatoria de la legitimación de la minoría, OPPO, G., «L'azione "sociale" di responsabilità promossa dalla minoranza nelle società quotate», en *Riv. dir. civ.*, 1998, II, p. 408 y CALBACHO, F., ob. cit., p. 233.

⁹⁵⁹ Cfr., no obstante, SANTORO, V., ob. cit., p. 879, para el cual, en el caso del socio que actúa, el peligro de insolvencia «è in se poiché qualsiasi danno prodotto al patrimonio della società, della quale questa non venga soddisfatta, si riflette in una riduzione del patrimonio del medesimo socio». Pero el caso es que, ni la ley española ni la italiana exigen este requisito, cuya concurrencia sería, por lo demás, imposible de determinar. En efecto, como señala LATELLA, D., ob. cit., p. 230, el derecho al resarcimiento de los daños causados por el administrador —que es, en hipótesis, el que se estaría ejercitando en vía subrogatoria— es totalmente incierto, por lo que no habría forma de ponderar el eventual peligro de insolvencia.

⁹⁶⁰ FABRIS, P., «Sulla natura dell'azione sociale di responsabilità esercitata da parte dei soci di minoranza nelle società quotate», en *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, p. 351.

⁹⁶¹ Como dice PICCIAU, A., «Sub art. 129», ob. cit., pp. 1013 y 1014, «[l]a norma in esame sarebbe, dunque, manifestamente incostituzionale, per violazione del principio di uguaglianza, ove essa fosse interpretata nel senso di negare, senza alcuna ragione, la legittimazione surrogatoria al singolo azionista-creditore».

por sí mismos (art. 239.1 I LSC). Pero esta circunstancia no debe llevar a engaño. La inactividad de la sociedad es un requisito que no cumple la misma función en los dos supuestos. Al acreedor se le faculta para subrogarse en el ejercicio de la acción social porque es precisamente esa falta de actuación de la sociedad —que se encuentra en una situación de desequilibrio patrimonial— la que está lesionando sus legítimos intereses. La inercia perjudicial de la sociedad es, pues, el pilar sobre el que se asienta la legitimación extraordinaria de los acreedores. Por el contrario, la legitimación de la minoría no deriva de la inacción lesiva de la sociedad. A los socios se les permite ejercitar la acción social porque el comportamiento doloso o negligente de los administradores afecta —de forma mediata o indirecta— a sus intereses económicos, como titulares últimos del patrimonio social. Es, por tanto, la *mala gestio* de los administradores, y no la inercia de la sociedad, la que fundamenta la legitimación extraordinaria de la minoría. Buena prueba de ello es que el legislador de la reforma haya prescindido de este elemento en aquellos supuestos en los que la acción se base en el incumplimiento de los deberes de deslealtad (art. 239.1 II LSC). El hecho de que se haya mantenido en los casos de negligencia responde, como ya hemos señalado, al menor grado de peligrosidad que presentan estas conductas y al deseo del legislador de no desincentivar una gestión innovadora que, a pesar de comportar un mayor riesgo, puede resultar beneficiosa para los socios. Por eso, ante un comportamiento potencialmente negligente de los administradores, la sociedad —*rectius*, la mayoría— cuenta con una suerte de «derecho de preferencia» a la hora de interpretar si dicho comportamiento ha sido efectivamente lesivo para el interés social, en tanto que a la minoría se le concede el derecho a reinterpretar ese interés ejercitando la acción en vía subsidiaria. De este modo, el conflicto mayoría-minoría se fragua en sede extraprocesal y continúa su desarrollo en el proceso. En cambio, si lo que se imputa a los administradores es un comportamiento desleal, la Ley priva a la mayoría de ese derecho preferente a interpretar el interés social, haciendo que el conflicto entre socios se desenvuelva íntegramente en el ámbito procesal⁹⁶².

De lo anterior se desprende claramente que al socio no se le concede la legitimación para el ejercicio de la acción social en defensa de su interés individual como acreedor —interés que, como decimos, no existe *ab initio* y como consecuencia exclusiva de la condición de socio—. Se le otorga a una minoría cualificada para que defienda *a la propia sociedad* frente a los eventuales abusos que pudieran cometer los administradores⁹⁶³. Por eso, precisamente, la acción debe ejercitarse, como aclara el propio precepto, «en defensa del interés social»⁹⁶⁴.

⁹⁶² Las diferencias entre ambos supuestos se aprecian, como veremos, en las distintas posibilidades de actuación procesal de las que goza la sociedad en uno y otro caso (v. *infra* el apartado 4.II.1).

⁹⁶³ Advertimos, desde ahora, que esta actuación en defensa de «la propia sociedad» es sólo una manera de hablar que únicamente pretende dejar claro que el interés que legitima la actuación de la minoría no es estrictamente individual (v. *infra* 4).

⁹⁶⁴ Las profundas diferencias que existen entre la legitimación de los socios y la acción subrogatoria nos llevan a rechazar, de igual modo, la opinión de quienes, aceptando que estamos ante figuras distintas, sostienen, sin embargo, que existe una analogía suficiente entre ambas como para someterlas a una misma regulación. Cfr., en este sentido, ROSSI, A., «Sub art. 129», ob. cit., p. 113; ID., «Sub art. 2393-bis», ob.

3. La legitimación de la minoría como gestión de negocios ajenos «en el proceso». Crítica

Esta última consideración pone de manifiesto el carácter complejo de la legitimación de la minoría, a la que se le atribuye la facultad de ejercitar en el proceso un derecho ajeno, en nombre propio, pero para la defensa de un *interés* —al menos, formalmente— *ajeno*, como es el «interés social»⁹⁶⁵. Ello no sólo nos aleja radicalmente de la acción subrogatoria, sino que invita a pensar que la actuación de los socios ni siquiera responde al esquema de la legitimación por sustitución, si por tal se entiende el ejercicio de un derecho ajeno, en nombre propio y en interés propio⁹⁶⁶. De hecho, aun no siendo representantes de la sociedad en sentido técnico, puesto que no actúan en nombre de ésta (*supra* 1), lo cierto es que los socios sí parecen investidos de una suerte de *legitimación en representación de los intereses de la sociedad*⁹⁶⁷.

Vista de este modo, la figura regulada por el artículo 239 de la Ley de Sociedades de Capital se aproxima a los supuestos que hemos denominado de «legitimación representativa»⁹⁶⁸.

cit., p. 822; CAMPOBASSO, G.F., «Sub art. 129», ob. cit., pp. 1702 y 1073; ID., *Diritto commerciale*, ob. cit., vol. 2, p. 396, nota 80; MONTALENTI, P., *La società quotata*, en Cottino (Dir.), *Trattato*, ob. cit., vol. 4, tomo 2, p. 341; RORDORF, R., «I poteri degli azionisti di minoranza nel Testo Unico sui mercati finanziari», en AAVV, *Scritti di diritto societario in onore di Vincenzo Salafia*, Milán [Ipsoa], 1998, p. 161; GIUDICI, P., «L'azione sociale di responsabilità esercitata contro gli amministratori dai soci di minoranza: un problema di *legal trasplant*», en *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II, p. 475, nota 4 y FORTUNATO, S., «Le azioni sociali di responsabilità», ponencia pronunciada en el Congreso *Dialoghi europei sulla convergenza nelle regole e pratiche del diritto commerciale*, celebrado en la Universidad de Zaragoza, los días 2 y 3 de octubre de 2008 (disponible en https://www.academia.edu/1592107/S._Fortunato_Le_azioni_sociali_di_responsabilita; febrero 2014). Como veremos, estamos ante una forma de legitimación extraordinaria que no presenta los rasgos característicos de la «legitimación por sustitución» ni de la «legitimación representativa», cuya disciplina debe buscarse en una interpretación sistemática de la legislación societaria (v. *infra* 4).

⁹⁶⁵ Como señala LATELLA, D., ob. cit., p. 192, citando a GUERRERA, F., *La responsabilità deliberativa*, ob. cit., p. 325, al titular de la participación social le corresponde un poder procesal relativo a un derecho sustantivo al resarcimiento del daño provocado por el incumplimiento de los administradores, que no le pertenece como socio o, al menos, no le corresponde de forma exclusiva, pero, para cuyo ejercicio, se encuentra legitimado.

⁹⁶⁶ LATELLA, D., ob. cit., pp. 257 y ss., llega igualmente a la conclusión de que la legitimación de los socios minoritarios no es «sustitutiva», sino «extraordinaria», pero lo hace partiendo de una noción de legitimación por sustitución distinta a la que hemos adoptado nosotros. Siguiendo, en este punto, la tesis de Fazzalari (sobre la cual, nos remitimos a lo dicho *supra*, en la nota 765), el autor entiende que la «sustitución procesal» es un supuesto distinto de la «legitimación extraordinaria», que se caracteriza por el hecho de no ser el sustituido parte en el proceso. Por eso, en la medida en que el artículo 2393-*bis* del *Codice civile* impone la presencia de la sociedad en el proceso iniciado por la minoría en calidad de litisconsorte necesario, el autor concluye que no estamos ante un supuesto de «sustitución» propiamente dicho.

⁹⁶⁷ PICCIAU, A., «Sub art. 129», ob. cit., p. 986. La propia *Relazione al Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (TUF)* (publicada en Bonelli [et al.], *La riforma delle società quotate*, Milán [Giuffrè], 1998, pp. 437 y ss.), a la hora de comentar la legitimación de los socios, señalaba que la «minoranza qualificata di soci è in tal modo investita di una sorta di rappresentanza dell'interesse sociale».

⁹⁶⁸ Sobre este concepto, v. *supra* la nota 772 y el texto correspondiente.

Precisamente en esta línea de atribuir a la legitimación extraordinaria de los socios una función representativa, se sitúa la tesis avanzada por una parte minoritaria de la doctrina italiana que asimila el ejercicio de la acción social de responsabilidad por los socios a una modalidad de «gestión de negocios ajenos», proyectada sobre el proceso⁹⁶⁹. La originalidad de su línea argumental —y no tanto sus resultados concretos— justifica el breve análisis que le dedicamos a continuación.

Como es sabido, nuestro Código civil regula la *negotiorum gestio* entre los cuasicontratos (arts. 1888 y ss. CC, cfr. también los arts. 2028 y ss. *C.Civile*), limitándose a describir la figura, sin definirla⁹⁷⁰. Según prescribe el artículo 1888, «el que se encarga voluntariamente de la agencia o administración de los negocios de otro, sin mandato de éste, está obligado a continuar su gestión hasta el término del asunto y sus incidencias, o a requerir al interesado para que le sustituya en la gestión, si se hallase en estado de poder hacerlo por sí». En términos parecidos se expresa el *Codice civile*, el cual señala, sin embargo, que el gestor estará obligado a continuar con la gestión «*finché l'interessato non sia in grado di provvedervi da se stesso*» (art. 2028).

Como puede observarse, nos encontramos ante una excepción al principio general que atribuye al titular la exclusiva gestión de su patrimonio, en virtud de la cual, se consiente la interferencia espontánea de un sujeto —denominado *gestor*— en los asuntos propios de un tercero —el *dominus*— que se halla imposibilitado para hacerse cargo de ellos (*absentia domini*), a fin de evitar que se produzca un perjuicio inminente y manifiesto (*utiliter coeptum*). En estas condiciones, la ley considera digna de tutela la actuación del *gestor*, al que sujeta a las obligaciones propias del mandatario (cfr. art. 2030, párrafo primero, *C.Civile*)⁹⁷¹. Y, por consiguiente, obliga al *dominus* a responder

⁹⁶⁹ Esta interpretación se debe a Oppo, quien la expuso, en su momento, en relación con el derogado artículo 129 del *Testo Unico della Finanza* (cfr. OPPO, G., «L'azione "sociale" di responsabilità promossa dalla minoranza nelle società quotate», ob. cit., *passim* e ID, «Maggioranza e minoranze», ob. cit., pp. 237 a 239). Antes, aunque de forma incidental, cfr. ABBADESSA, P., *La gestione dell'impresa*, ob. cit., p. 60. Posteriormente, y ya con referencia al actual artículo 2393-bis, puede verse SAMBUCCI, L., ob. cit., *passim*. Debemos llamar la atención, sin embargo, sobre el hecho de que, en la versión de Sambucci, esta tesis no configura la actuación de los socios como un supuesto de «legitimación extraordinaria por representación», tal y como nosotros hemos definido esta figura (v. *supra* la nota 772). En puridad, su interpretación se sitúa en el terreno de la representación en sentido estricto, pues, como hemos señalado en otra parte (v. *supra* la nota 927), este autor entiende que la minoría «*dovrà agire spendendo il nome della società*». Para Oppo, en cambio, los socios sí actuarían en nombre propio y en virtud de una «*propria e diretta legittimazione in ragione del proprio interesse "sociale"*» (cfr. ob. cit., p. 409).

⁹⁷⁰ Sobre la gestión de negocios ajenos y sus requisitos, pueden verse, sin ánimo de exhaustividad, en España: DÍEZ-PICAZO, L., *Sistema de Derecho civil*, vol. 2, 9ª ed., Madrid [Tecnos], 2001, pp. 516 a 519, y, con carácter monográfico, SÁNCHEZ JORDÁN, M.E., *La gestión de negocios ajenos*, Madrid [Civitas], 2000. En Italia, cfr. DE SEMO, G., voz «Gestione di affari altrui (Diritto vigente)», en *Noviss. dig. it.*, vol. 7, Turín [Utet], 1957, pp. 812 a 839; FERRARI, S., *Gestione di affari altrui (dir. priv.)*, *Enc. dir.*, vol. 18, Milán [Giuffrè], 1969, pp. 644 a 678; ARU, L., «Gestione di affari (seconda edizione)», en *Aru (et al.) Libro quarto. Delle obbligazioni (Artt. 2028-2042)*, en Scialoja-Branca, *Commentario*, ob. cit., pp. 1 a 60; BRECCIA, U., «La gestione di affari», en Rescigno (Dir.), *Trattato*, ob. cit., vol. 9, tomo 1, pp. 853 a 907 y SIRENA, P., «La gestione di affari altrui come fonte quasi-contrattuale dell'obbligazione», en *Riv. dir. civ.*, 1997, I, pp. 249 a 290.

⁹⁷¹ El Código civil español no contiene una remisión expresa a la figura del mandato. Pero obliga igualmente al gestor a «desempeñar su encargo con toda la diligencia de un buen padre de familia» y a

de las obligaciones que aquél hubiera contraído para evitar el perjuicio, así como a mantenerle indemne de los gastos necesarios y útiles y de los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo (art. 1893 CC y art. 2031 *C.Civile*).

Pues bien, según la interpretación que ahora comentamos, la legitimación de la minoría respondería a este esquema. Bajo esta perspectiva, la Ley (arts. 239 LSC y 2393-*bis* *C.Civile*) estaría legitimando a los socios minoritarios para ejercitar de manera espontánea un derecho ajeno, como es la acción «social» de responsabilidad, en nombre propio, pero *en interés de la sociedad* y ante la inercia —*rectius*, «imposibilidad»— de esta última para ejercitarlo por sí misma. Los efectos favorables de la sentencia se imputarían al patrimonio social y, en consecuencia, la sociedad vendría obligada a indemnizar a los socios actuantes por las costas procesales soportadas (arts. 239.2 LSC y 2393-*bis*, párrafo quinto, *C.Civile*). Con ello, se haría patente que los socios no entablan una acción subrogatoria en sentido técnico y que ni siquiera actúan como sustitutos procesales. Lo que realmente llevarían a cabo es una específica gestión de negocios ajenos, que tendría por objeto el ejercicio procesal de la acción social⁹⁷².

El mérito de esta construcción doctrinal al evidenciar el carácter complejo de la legitimación de la minoría y poner de manifiesto sus diferencias con la sustitución procesal es innegable. Con todo, sus debilidades son, asimismo, evidentes.

a) A ella se opondría, en primer término, el rechazo generalizado de la doctrina y de la jurisprudencia hacia la figura de la gestión de negocios ajenos «en el proceso», por entender que se trataría de una excepción ilegítima al principio general que atribuye exclusivamente al titular del derecho su ejercicio ante los tribunales salvo en los supuestos expresamente reconocidos por la ley (art. 10 LEC y art. 81 *C.p.c.*)⁹⁷³.

«indemnizar los perjuicios que por su culpa o negligencia se irroguen al dueño de los bienes o negocios que gestione» (art. 1889 CC) (cfr. los arts. 1718 y 1719 CC).

⁹⁷² OPPO, G., «L'azione "sociale" di responsabilità», ob. cit., p. 408, según el cual, en la medida en que la minoría gestiona un interés que pertenece, sobre todo, a la sociedad, pero también a los socios, en cuanto partícipes de la misma, no podría hablarse de una acción subrogatoria. Es más, en estos casos, «[n]eanche sembra propriamente configurabile un'ipotesi di (mera) sostituzione processuale, almeno se si ritiene che il sostituto agisca a tutela di un diritto (o almeno di un interesse) distinguibile da quello del sostituto».

⁹⁷³ V. cuanto dijimos *supra* en la nota 764 acerca del rechazo mayoritario de las denominadas «ampliaciones convencionales» de la legitimación. Con todo, la jurisprudencia italiana ha admitido, en ocasiones, que el gestor pueda ejercitar judicialmente aquellos derechos que adquiriera durante el transcurso de la gestión, como medio para garantizar el éxito de la misma (cfr. *Cass.*, de 10 de agosto de 1946, núm. 1169, en *Mass. Foro it.*, c. 268). Sin embargo, ha rechazado frontalmente la posibilidad de que el ejercicio de una acción judicial constituya el objeto único de la gestión —que es precisamente lo que sucedería en el caso que nos ocupa— dado que la legitimación de la minoría se agota, en principio, en el ejercicio procesal de la acción social de responsabilidad. Cfr., además de las resoluciones citadas por ARU, L., ob. cit., p. 16, nota 1, la *Cass.* de 30 de julio de 1973, núm. 2229, en *Gius. civ.*, 1974, I, pp. 808 a 816, con notas de ALVINO, E., «Inammissibilità della gestione di affari altrui nel processo civile», *ibidem*, y de GENTILI, A., «Detenzione del gestore e azioni possessorie», en *Giur. it.*, 1974, I, 1, cc. 1211 a 1216. En la doctrina, rechazan la gestión de negocios ajenos «procesal», entre otros, LIPARI, F.G., «Gestione d'affari e rappresentanza processuale», en AAVV, *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*, Padua [Cedam], 1927, *passim*; ALLORIO, E., «Gestione d'affari e processo», en *Riv. dir. proc. civ.*, 1936, p. 172 a 174; SEGNI, A., «Gestione d'affari del fallito e processo», en *Riv. dir. comm.*, 1939, II, pp. 97 a 109 (cfr. espec., pp. 102 y ss.) y BRECCIA, U., ob. cit., p. 905. *Contra*, aportando argumentos a favor de la admisibilidad de la figura, cfr. SAMBUCCI, L., ob. cit., pp. 105 a 108, y la doctrina allí citada.

En segundo lugar, un análisis detallado de la legitimación de la minoría muestra cómo la misma no presenta, en realidad, ninguno de los caracteres propios de la gestión de negocios ajenos.

b) Ante todo, no parece que en estos casos concurra la *absentia domini* característica de la figura. Ciertamente, este requisito se ha venido interpretando en un sentido muy laxo, llegándose a admitir la injerencia del *gestor* siempre que el *dominus* no se haya opuesto a ella⁹⁷⁴. Por eso, tal vez pudiera pensarse que el interés de la sociedad se halla abandonado por «imposibilidad» de esta última cuando, ante una infracción del deber de lealtad, la mayoría no acuerda el ejercicio de la acción y tampoco adopta un acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad (art. 239.1 II LSC). Aunque, bien mirada, esta inactividad no puede equipararse a una «imposibilidad» —siquiera en sentido amplio— o a una actitud tolerante hacia el ejercicio de la acción por parte de la minoría. Más bien todo lo contrario, la actitud de la mayoría pone de manifiesto su «*volontà (sia pure non esplicitamente manifestata) de non esperire l'azione*», basada en «*una valutazione dell'interesse sociale compiuta in tal senso dalla società*»⁹⁷⁵. Y, por ello, la falta de ejercicio de la acción debería considerarse, en realidad, como una auténtica oposición tácita a la injerencia de la minoría. Además, en el caso de que la junta adoptase finalmente un acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad (art. 239.I I LSC), esta oposición se volvería expresa e indubitada; de modo que, al menos en esta última hipótesis, debería descartarse la actuación de la minoría, por ser contraria a la voluntad del *dominus*⁹⁷⁶. Pero eso es algo que, desde luego, no sucede, ya que el acuerdo contrario al ejercicio de la acción, precisamente, abre las puertas a la actuación de los socios.

Tan sólo en los casos de infracción del deber de diligencia podría llegar a aceptarse que la sociedad se halla —*sensu lato*— «imposibilitada» para adoptar el acuerdo de ejercicio de la acción o para interponer la oportuna demanda cuando los administradores no hubieran procedido a convocar la junta a solicitud de la minoría o cuando los nuevos administradores —o los representantes nombrados *ad hoc*— no ejecutasen el acuerdo favorable a la exigencia de responsabilidad en el plazo de un mes desde su adopción (art. 239.1 I LSC)⁹⁷⁷. Con todo, no

⁹⁷⁴ Cfr., entre la jurisprudencia más reciente, *Cass.*, de 7 de junio de 2011, núm. 12304, en *Mass. Foro it.*, 2011, c. 447; *Cass.*, de 9 de abril de 2008, núm. 9269, en *Riv. not.*, 2009, p. 623; *Cass.*, de 23 de mayo de 2007, núm. 12280, en *Mass. For. it.*, 2007, cc. 1168 y 1169; *App. Roma*, de 9 de diciembre de 1991, en *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, pp. 805 a 807. En la doctrina, v., por todos, BRECCIA, U., ob. cit., p. 880.

⁹⁷⁵ LATELLA, D., ob. cit., p. 239 y nota 118.

⁹⁷⁶ ROSSI, A., «Sub art. 129», ob. cit., p. 112 e ID., «Sub art. 2393-bis», ob. cit., p. 821, nota 6. El propio SAMBUCCI, L., ob. cit., pp. 104 y 108, se ve obligado a admitir que la adopción de un acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad sería indicativo de la falta de concurrencia del requisito de la *absentia domini*, si bien considera que ello no impide entender que, en estos casos, la legitimación de la minoría sigue respondiendo al esquema de la gestión de negocios ajenos (cfr. pp. 108 a 111). Por su parte, OPPO, G., «L'azione "sociale" di responsabilità», ob. cit., p. 408, entiende que nos encontraríamos ante una excepción a la configuración típica de la gestión de negocios ajenos, por la que se permitiría al gestor actuar aun en contra de la voluntad del interesado. En cambio, para GIUDICI, P., ob. cit., p. 485, la tesis de la *negotiorum gestio* llevaría a rechazar la legitimación de la minoría en caso de que la sociedad se hubiera manifestado previamente en contra de la exigencia de responsabilidad.

⁹⁷⁷ En esta línea, puede verse NIEVA, J., ob. cit., p. 72, quien afirma que, en estos supuestos, «es como si la sociedad, imposibilitada, por diversas razones, para el ejercicio de la acción, no pudiera defenderse de disfunciones que han podido venir desde dentro de la propia sociedad, si, por ejemplo, no se aprobó el

cabe desconocer que, en la práctica, esta actitud de los administradores será, muchas veces, el reflejo de la postura contraria a la exigencia de responsabilidad que mantienen los socios de control que han nominado a los administradores.

c) En contra de esta tesis, se ha afirmado, asimismo, que, en el fondo, la actuación de la minoría no sería totalmente «espontánea», habida cuenta de que el ejercicio de la acción social vendría impuesto, de algún modo, por la obligación jurídica de perseguir el interés social, que pesa sobre todos y cada uno de los socios⁹⁷⁸. De igual manera, se ha objetado que esta postura llevaría a concluir que los socios gozan de legitimación, no en virtud de su condición de socios, sino por el hecho de haber actuado en interés de la sociedad, reportándole una utilidad objetiva. De esta forma, carecería de sentido limitar el ejercicio de la acción tan sólo a los titulares de, al menos, el cinco (o el tres) por ciento del capital social. Es más, llevando este argumento hasta sus últimas consecuencias, habría que admitir que, además de los socios, cualquier tercero estaría legitimado para ejercitar la acción social, actuando como gestor de la sociedad, siempre y cuando concudiesen el resto de requisitos legalmente exigidos⁹⁷⁹.

d) Por último, la equiparación de la legitimación de la minoría con una especie de *negotiorum gestio* procesal se ha criticado sobre la base de que los socios minoritarios, al ejercitar la acción «social» de responsabilidad, no gestionan, en realidad, un negocio completamente «ajeno». En efecto, el elemento característico de esta legitimación extraordinaria radica en el hecho de que los socios actúan *en defensa del interés social*, que no es otra cosa que el *interés común a todos ellos*, del cual, indudablemente, participan. En este sentido, puede decirse que, pese a que la sociedad y sus socios son sujetos jurídicamente independientes, con esferas patrimoniales separadas o autónomas, lo cierto es que el resultado positivo que se derive del ejercicio de la acción, además de integrar *directamente* el patrimonio social repercutirá, al mismo tiempo, de manera

acuerdo de reclamación del crédito». En este punto, es posible advertir también alguna semejanza entre la teoría que exponemos en el texto y la tesis, a la que nos referiremos más adelante, según la cual, la legitimación de la minoría «supliría» a la de la sociedad. Como veremos, parte de la doctrina española entiende que, transcurrido el plazo de un mes desde que se aprobó el acuerdo de ejercicio de la acción sin que se hubiera interpuesto la oportuna demanda (art. 239.1 I LSC), la sociedad deja de estar legitimada para entablar la acción social, pasando los socios a ostentar una legitimación exclusiva y excluyente. Pues bien, aunque en ningún caso se hable de «imposibilidad» de la sociedad para ejercitar la acción en este supuesto, lo cierto es que esta última opinión parece asentarse en la idea de que la falta de ejercicio inmediato de la acción acordada refleja, en todo caso, una «disfunción» en el seno de la sociedad. Este funcionamiento anormal de los órganos societarios —y, en concreto, del órgano de administración— sería el que legitimaría la actuación de la minoría, cuya función se vería limitada a ejecutar, en su propio nombre, el acuerdo previamente alcanzado por la junta; evitando, así, el riesgo de que «la sociedad no vea continuada en el plano procesal su voluntad de reclamar de sus administradores los daños infringidos al patrimonio social» (SÁNCHEZ-CALERO, J., «La Acción Social de Responsabilidad», ob. cit., *passim*. La cita literal se encuentra en la página 117). Para una crítica específica a esta interpretación, v., sin embargo, *infra* el punto 4.2.

⁹⁷⁸ LATELLA, D., ob. cit., pp. 237 y 238.

⁹⁷⁹ Consciente de esta objeción, SAMBUCCI, L., ob. cit., pp. 104 y 105, afirma —forzando manifiestamente el argumento— que la atribución de legitimación a la minoría podría considerarse fundada en la presunción *iuris tantum* de que a la sociedad le es imposible actuar por sí misma. De este modo, podría admitirse que los socios que no alcanzasen el porcentaje legalmente exigido o, incluso, los terceros pudieran ejercitar la acción social como gestores de negocios ajenos, siempre y cuando probasen adecuadamente la efectiva concurrencia de la *absentia domini*.

indirecta o refleja, en el patrimonio individual de los socios. En otras palabras, los minoritarios, al ejercitar la acción social lo hacen también en su propio interés «en tanto que el valor patrimonial de la sociedad determina el valor real de su participación en el capital»⁹⁸⁰. De ahí que, pese a concurrir formalmente el requisito de la ajenidad del negocio, no sea del todo exacto afirmar que los socios actúan movidos exclusivamente por un *animus aliena negotia gerendi*⁹⁸¹.

Esta última circunstancia —esto es, el hecho de que la minoría deba ejercitar la acción *en el interés de la colectividad de socios*—, ha llevado a algún autor italiano a establecer cierto paralelismo entre la legitimación extraordinaria que estamos tratando y la que se atribuye, también con carácter extraordinario, a las asociaciones de consumidores y usuarios para la interposición de acciones de cesación frente al empleo de cláusulas abusivas por parte de empresarios o profesionales⁹⁸². Concretamente, se ha afirmado que, al igual que cualquier otro consumidor de productos financieros, el accionista minoritario de una gran sociedad cotizada carece, por sí sólo, de los medios adecuados para defender su posición. Por este motivo, la Ley atribuiría a las minorías organizadas la protección «*degli interessi collettivi e diffusi di tutti i soci, attuali e potenziali, ad una corretta amministrazione della società*», concediéndoles, en consecuencia, una legitimación extraordinaria de carácter «representativo»⁹⁸³. Estas minorías estarían llamadas, por tanto, a desempeñar una función central en el sistema de gobierno corporativo de las sociedades cotizadas, erigiéndose en «centro de imputación» de los intereses de los pequeños accionistas-inversores. El legislador les estaría confiando, en definitiva, la defensa de un interés público o general a la protección de los minoritarios-ahorradores frente a los abusos y negligencias de los administradores⁹⁸⁴.

Qué duda cabe que, en las sociedades cotizadas, la exigencia de la titularidad de un porcentaje de capital fijo para el ejercicio de la acción social hace que las minorías desorganizadas —«apáticas» o «indiferentes»— queden excluidas del acceso a este instrumento. Son, por el contrario, los denominados «inversores institucionales» y los accionistas organizados —*v. gr.* a través de asociaciones (art. 539.4 LSC)— los que tienen reservado *de facto* el ejercicio de los «derechos de minoría», en general, y de la acción social de responsabilidad, en particular⁹⁸⁵. Ahora bien, la constatación de esta realidad no basta para cualificar la naturaleza jurídica de la legitimación de la minoría en términos de «legitimación por representación». Al margen de la perplejidad que suscita la atribución a los inversores

⁹⁸⁰ QUIJANO, J., «Legitimación subsidiaria de la minoría», *ob. cit.*, p. 1716. En idéntico sentido, *v.* LATELLA, D., *ob. cit.*, pp. 193 y 238.

⁹⁸¹ Con todo, conviene señalar que, según la doctrina más autorizada, el requisito del *animus aliena negotia gerendi* no sería incompatible con la presencia de un interés propio del *gestor*. Así, afirma DíEZ-PICAZO, L., *Sistema*, *ob. cit.*, vol. 2, p. 517, que la «ajenidad del negocio significa también que la gestión se deberá seguir en interés del *dominus* desde luego, aunque también puede concurrir un interés propio del gestor [...]. El Código civil no es opuesto a ello, sino sólo a que el gestor posponga el interés del *dominus* al suyo propio». En este mismo sentido, pueden verse, BRECCIA, U., *ob. cit.*, p. 859 y ARU, L., *ob. cit.*, p. 8.

⁹⁸² FABRIS, P., *ob. cit.*, pp. 352 y 353.

⁹⁸³ La cita textual es de FABRIS, P., *ob. cit.*, p. 353. Cfr. también LIBONATI, B., «Il ruolo dell'assemblea nel rapporto tra azionisti e società quotate», en *Riv. soc.*, 2001, p. 93, para el cual, «*i grandi azionisti [...] sono per lo più essi stessi collettori del risparmio diffuso, perché grandi investitori istituzionali che gestiscono il risparmio a loro affidato, sicché l'iniziativa dei detti potrebbe anche colorarsi di una sorta di rappresentanza esponenziale di tutti i piccoli azionisti*».

⁹⁸⁴ Cfr., una vez más, FABRIS, P., *ob. cit.*, p. 353.

⁹⁸⁵ A esta cuestión le hemos dedicado ya algunas reflexiones (*v. supra* §9.IV.2). Al respecto, puede verse, además de la bibliografía que citábamos allí, ANGELICI, C., «Le “minoranze”», *ob. cit.*, *passim* (*v. espec.* pp. 221 y ss.).

institucionales de un papel destacado en la solución de los problemas de gobierno corporativo en las sociedades cotizadas⁹⁸⁶, lo cierto es que esta forma de entender la legitimación de la minoría no es la que se desprende de la regulación positiva. La intención del legislador al conceder a los socios la posibilidad de ejercitar la acción social «en interés de la sociedad» no es crear un mecanismo para la mejor defensa de los intereses «supraindividuales» —colectivos o difusos— de los accionistas. Prueba de ello es que esta legitimación presenta los mismos rasgos tanto en las sociedades cerradas de pocos accionistas, como en las grandes sociedades abiertas con millones de ellos. Además, de haber sido éste el verdadero propósito de la Ley, lo lógico hubiera sido atribuir la legitimación para el ejercicio de la acción social directamente a las asociaciones de accionistas (art. 539.4 LSC), como sucede con las asociaciones de consumidores y usuarios (art. 11 LEC)⁹⁸⁷. Sin embargo, no ha sido así. La Ley de Sociedades de Capital concibe este tipo de asociaciones como un instrumento más «de información», a través del cual, ciertamente, se puede facilitar el acceso de las minorías dispersas al ejercicio de la acción social. Pero la legitimación sigue perteneciendo, en cualquier caso, al socio en su condición de tal y no a la asociación⁹⁸⁸.

4. El ejercicio de la acción social por la minoría como supuesto particular de ampliación de la legitimación «en defensa del interés social»

De todo lo expuesto hasta ahora se desprende que la legitimación de los minoritarios, aun cuando tenga puntos de conexión evidentes con otras figuras de

⁹⁸⁶ Como es sabido, el activismo de los inversores institucionales en nuestro país ha sido, tradicionalmente, escaso. Por lo general, se han limitado a replicar el comportamiento de los inversores privados, mostrando poco interés por la marcha de la empresa. De hecho, han privilegiado el «*indexing*» como técnica de inversión y la conocida como «*Wall Street rule*» —o sea, la venta en bloque de su participación— como reacción frente a una gestión insatisfactoria. Las causas de esta apatía son, en buena medida, las mismas que afectan a los pequeños accionistas (v. *supra* nota 905). Pero, además, en el caso concreto del ejercicio de la acción social de responsabilidad, se da la circunstancia de que el inicio del proceso por parte del inversor institucional podría constituir una señal de alarma para los pequeños accionistas, que les impulsara a deshacerse de su participación, provocando una caída en la cotización de las acciones y generando en el inversor demandante pérdidas superiores a los beneficios —indirectos— que podría obtener mediante el ejercicio de la acción (cfr., ANGELICI, C., últ. ob. cit., p. 222). Acerca del papel de los inversores institucionales en el sistema de gobierno corporativo de las sociedades cotizadas españolas pueden consultarse, con carácter general, GARRIDO, J.M. y ROJO, A., «Institutional Investors and Corporate Governance: Solution or Problem?», en Hopt-Wymeersch (Edit.), *Company Law and Financial Markets*, Oxford [Universidad], 2003, pp. 427 a 447; PAZ ARIAS, J.M., «Los inversores institucionales como medio de resolución del conflicto de intereses entre administradores y accionistas en la sociedad abierta», en *RDBB*, 1995, pp. 857 a 919 y TAPIA, A.J., «Institutional Investors and Corporate Control in Spanish Perspective», en Baums (*et al.*) (Edit.), *Institutional investors and corporate governance*, Berlín/Nueva York [W. de Gruyter], 1994, pp. 399 a 463.

⁹⁸⁷ Ésta fue, de hecho, la propuesta formulada por la *Associazione Disiano Preite per lo Studio del Diritto dell'Impresa*, en su *Rapporto sulla società aperta. 100 tesi per la riforma del governo societario in Italia*, (publicado por Il Mulino, 1997), donde se aventuraba la posibilidad de legitimar a las asociaciones de accionistas para el ejercicio de la acción social, aun cuando sus integrantes no reuniesen el porcentaje de capital mínimo.

⁹⁸⁸ Señala al respecto SÁNCHEZ-CALERO, J., «La Acción Social de Responsabilidad», ob. cit., p. 122, que «[a]l margen del ejercicio de los demás derechos que la norma reconoce a los accionistas, la posibilidad de que una asociación se convierta en parte demandante implica un especial protagonismo. *Esto no resulta de la mera presencia de una asociación, sino de que ésta acredite que sus asociados poseen, “conjuntamente” (art. 239.2 LSC), al menos el cinco por ciento del capital en el momento de ejercitar cualquiera de los derechos que la minoría ostenta en relación con la acción social*» (la cursiva es nuestra). Adviértase, sin embargo, que, siguiendo el razonamiento del propio autor, la asociación no sería parte en el proceso, sino que actuaría como mera representante —en sentido técnico— de los socios, quienes serían la auténtica parte demandante.

legitimación extraordinaria —«por sustitución» o «por representación»—, presenta unos caracteres propios que hacen que sea muy difícil reconducirla a una categoría dogmática predeterminada. Nos encontramos, en realidad, ante un supuesto singular, cuya disciplina jurídica debe buscarse en una interpretación sistemática de la legislación societaria⁹⁸⁹. Piedra angular de dicha disciplina es, como venimos diciendo, el hecho de que los socios minoritarios ejercitan un derecho perteneciente a la propia sociedad y, por ende, formalmente ajeno, y que lo hacen, además, «en defensa del interés social». La adecuada interpretación de este último requisito es, por tanto, clave para desentrañar la naturaleza jurídica de la legitimación de los socios minoritarios y reconstruir su régimen jurídico.

4.1. La actuación de la minoría «en defensa del interés social»

La inconsistencia de aquellas teorías que tratan de reconducir la posición del socio a la de acreedor social nos ha llevado a descartar, en primer término, el mecanismo de la subrogación como fenómeno explicativo de la legitimación de la minoría para el ejercicio de la acción social (*supra* 2). A su vez, la compenetración existente en el plano contractual entre el interés de los socios y el interés de la sociedad impide que aquéllos puedan ser considerados meros gestores de asuntos ajenos en el ejercicio de dicha acción (*supra* 3). El «interés social» no es, en efecto, algo distinto y extraño al de los socios, por más que, formalmente, se impute a la persona jurídica⁹⁹⁰. Además, el carácter estrictamente privado de este interés nos ha permitido rechazar, igualmente, las tesis que han creído ver cierta analogía entre la legitimación extraordinaria de la minoría y la de las asociaciones de consumidores y usuarios. La invocación de la defensa del interés social como guía de actuación de los socios a la hora de exigir responsabilidad a los administradores no puede convertirlos en defensores de un interés público —o cuando menos «supraindividual»— a la correcta administración de la sociedad (*supra* 3, *in fine*).

Con todo, este requisito tampoco debe ser interpretado, como ha hecho buena parte de la doctrina española, en el sentido de que la actuación de la minoría debe estar orientada «a la reintegración del patrimonio social»⁹⁹¹. Esta conclusión, aun siendo

⁹⁸⁹ En este sentido, JUSTE, J., *Los «derechos de minoría»*, ob. cit., p. 450, nota 109, advierte la escasa utilidad de cuestionarse la naturaleza jurídica de este instituto, habida cuenta de que —según el autor— el mismo cuenta con una «acabada regulación de Derecho positivo». Para MUCCIARELLI, F.M., ob. cit., p. 76, la legitimación de la minoría debe encuadrarse en aquellos supuestos, taxativos, en los que la ley prevé una legitimación extraordinaria de terceros «fermo restando che questa qualificazione, puramente processuale, ben poca rilevanza avrà sulla disciplina concretamente applicabile, la quale deve essere ricavata dalla normativa sostanziale dell'istituto».

⁹⁹⁰ V. *supra* la nota 534 y el texto correspondiente.

⁹⁹¹ SÁNCHEZ-CALERO, J., «La Acción Social de Responsabilidad», ob. cit., p. 116. Ésta es, quizás, la interpretación más generalizada de la cláusula que ahora comentamos, a la que, como señala LLEBOT, J.O., «El sistema de la responsabilidad», ob. cit., p. 56, se le ha dedicado una escasa atención. Cfr., en el sentido apuntado en el texto, ya GARRIGUES, J., en Garigues-Uría, *Comentario*, ob. cit., vol. 2, p. 182, aunque la Ley de 1951 no hiciese referencia expresa a este requisito. Con posterioridad, pueden verse,

plenamente acertada, no deriva, sin embargo, de tal exigencia legal, sino del propio carácter extraordinario de esta legitimación: en la medida en que la única titular del derecho al resarcimiento de los daños generados por los administradores es la sociedad, es evidente que sólo ésta puede beneficiarse directamente del resultado positivo del litigio, con independencia de quién ejercite la acción. De hecho, los acreedores también piden para la sociedad y no para sí mismos, a pesar de que, como hemos visto, ejercitan la acción social en defensa de su propio interés (*supra* §10.I.2).

La justificación de este requisito debe buscarse, pues, *aliunde*, en la función que la Ley atribuye a la legitimación de la minoría como mecanismo de resolución de los distintos conflictos de intereses que pueden aflorar en el seno de la sociedad a la hora de exigir responsabilidades a los administradores. Este tipo de conflictos se presentan no sólo entre la mayoría y la minoría, sino también entre esta última y los administradores o, en general, entre los socios y el órgano de administración⁹⁹². De ahí que el legislador establezca una primera excepción al funcionamiento ordinario de la sociedad en relación con el ejercicio de la acción social: a diferencia de lo que sucede en otros Ordenamientos —señaladamente, los de corte anglosajón⁹⁹³— la Ley española priva a los administradores de cualquier tipo de competencias decisorias en esta materia y se las atribuye, con carácter exclusivo y excluyente, a la junta general (*supra* §7.I). Con ello, el interés de la sociedad al ejercicio de la acción queda remitido, en primer término, a la valoración discrecional de la mayoría (art. 238.1 LSC).

Ahora bien, los poderosos incentivos con los que cuentan los socios de control para realizar una interpretación sesgada de este interés hacen que no sea razonable abandonar en sus manos la decisión final acerca de la exigencia de responsabilidad. Tales socios serán, por regla general, quienes ocupen los puestos del órgano de administración o, al menos, quienes hayan nombrado a la mayor parte de sus componentes. Por tanto, en una situación como ésta, es lícito presumir que actuarán anteponiendo su interés privado a beneficiarse con la gestión ilícita y a no ser demandados, frente al interés común a la reparación del daño causado por los administradores⁹⁹⁴. Existe, pues, un alto riesgo de que la mayoría incumpla sus deberes de lealtad asumidos frente a la minoría y opten por no exigir responsabilidades.

SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores*, ob. cit., p. 389 y ESTEBAN VELASCO, G., «La acción social y la acción individual», ob. cit., p. 73.

⁹⁹² JUSTE, J., *Los «derechos de minoría»*, ob. cit., pp. 131 y 132.

⁹⁹³ En efecto, tanto en el Ordenamiento inglés como en el norteamericano el ejercicio de la acción social se considera una decisión de gestión y, por tanto, de competencia del órgano de administración (cfr., en relación con el primero, DAVIES, P.L., ob. cit., 606 y, en relación con el segundo, CLARK, R., ob. cit., p. 641, quien afirma, de manera muy elocuente, que: «*Whether to sue or not to sue is ordinarily a matter for the business judgment of directors, just as is a decision that the corporation will make bricks instead of bottles*»).

⁹⁹⁴ Decía BONELLI, F., *La responsabilità*, ob. cit., p. 158, antes de la introducción de la legitimación minoritaria en el Ordenamiento italiano: «*È però raro che l'assemblea deliberi l'azione di responsabilità contro gli amministratori; questi ultimi, infatti, sono in genere legati in vari modi alla maggioranza assembleare che li ha nominati, che spesso non è estranea alle loro violazioni, e che —quindi— per lo più non intende agire in responsabilità contro "i propri" amministratori*».

Además, se da la circunstancia de que, en estos supuestos, el remedio habitual con el que cuentan los socios minoritarios para reprimir los comportamientos desleales de la mayoría —el derecho a impugnar los acuerdos sociales (art. 204 LSC)— resulta totalmente inútil. Por un lado, porque la falta de ejercicio de la acción social será, en muchas ocasiones, el resultado de una actitud «defensiva» de los administradores, que no convocan la junta o no presentan la correspondiente demanda y, en consecuencia, no habrá acuerdo que impugnar. Y, por otro lado, porque, aunque sean los socios mayoritarios los que adopten expresamente la decisión de no ejercitar la acción mediante un acuerdo de la junta, la impugnación y posterior anulación de ese acuerdo no equivaldría, en ningún caso, a la aprobación de un acuerdo favorable a la exigencia de responsabilidad⁹⁹⁵.

Por ello, el legislador se ha visto en la necesidad de introducir una segunda modulación en el normal funcionamiento de la sociedad, haciendo que la interpretación del interés social a la hora de entablar la acción de responsabilidad deje de ser un monopolio exclusivo de la mayoría. Surge, así, la legitimación de la minoría como excepción al principio mayoritario que rige, con carácter general, la formación de la voluntad social (art. 159.2 LSC)⁹⁹⁶. A los socios que sean titulares de una fracción lo suficientemente representativa del capital social —el cinco o el tres por ciento— se les concede el *derecho* a (re)interpretar ese interés ejercitando la acción social en su propio nombre, ante la pasividad y aun en contra del parecer mayoritario (art. 239 LSC)⁹⁹⁷.

La conducta antijurídica de los administradores provoca directamente una lesión en el patrimonio social —ya sea disminuyéndolo o impidiendo su acrecentamiento— que produce un daño indirecto o reflejo en el patrimonio de los socios, los cuales ven reducido proporcionalmente el valor de su participación. Ello da pie a presuponer que el interés personal del socio a recuperar ese valor coincidirá con el interés común a todos ellos en reintegrar el patrimonio de la sociedad. Lo que sucede es que, dada su conexión con el órgano de administración, los socios mayoritarios están en condiciones de recuperar esa pérdida de valor de forma «privada», en tanto que los socios ajenos al grupo de control únicamente pueden hacerlo a través de la restitución del patrimonio social dañado. De ahí que sea lícito presumir que el «interés social» coincide, esencialmente, con el interés de la minoría a ejercitar la acción social de responsabilidad. La Ley considera que los socios minoritarios se encuentran en una posición de imparcialidad que los convierte en portadores de la mejor interpretación de ese interés y, por eso, les otorga una legitimación de carácter extraordinario para defenderla ante los tribunales. En otras palabras, la minoría ejercita la acción social «en

⁹⁹⁵ Sobre la impugnación de «acuerdos negativos», cfr., en general, ROJO, A., «Acuerdos impugnables», ob. cit., pp. 1438 y ss. Y, en relación con este caso concreto, CALBACHO, F., ob. cit., pp. 96 y 97, según el cual «resultaría difícil admitir que la sentencia que declare nulo el acuerdo negativo pueda llegar tan lejos como para delcarar lo contrario, es decir, para considerar que la sociedad ha adoptado el acuerdo favorable».

⁹⁹⁶ JUSTE, J., *Los «derechos de minoría»*, ob. cit., p. 448.

⁹⁹⁷ La legitimación de la minoría es, en efecto, un «derecho cualificado» que emana de la condición de socio (*Mitgliedschaft*) (cfr. LATELLA, D., ob. cit., pp. 135 y ss.).

defensa de [su interpretación] del interés social», que no es un interés totalmente ajeno ni exclusivamente individual.

4.2. El ejercicio de la acción social por la minoría no priva de legitimación a la sociedad. Concurrencia de ambas legitimaciones

Lo que ahora interesa es determinar es si la interpretación del interés social en el ejercicio de la acción social se confía *de forma exclusiva y excluyente* a la minoría o si, por el contrario, la sociedad conserva —y, en su caso, de qué modo— la facultad de contribuir a su configuración. Trasladada al plano procesal, esta problemática se traduce en dos concepciones distintas de la actuación extraordinaria de los socios. Cabría entender, en primer lugar, que nos encontramos ante una mera *ampliación* legal de la legitimación para ejercitar la acción social. En ese caso, la legitimación de la minoría vendría, simplemente, a sumarse a la de la sociedad que, pese a ello, mantendría la posibilidad de acudir a los tribunales para reclamar el resarcimiento del daño sufrido como titular del derecho lesionado. Pero, frente a esta interpretación, se podría considerar que estamos ante una hipótesis de *privación* de legitimación o, si se prefiere, de legitimación *sucesiva o supletoria*⁹⁹⁸. De ser así, la facultad de la minoría no se añadiría, sin más, a la de la sociedad, sino que la sustituiría, sustrayendo a esta última toda opción de dirigirse frente a los mismos administradores demandados por los socios, con base en los mismos hechos que éstos hubieran alegado previamente en su demanda.

La ausencia de datos normativos terminantes, en uno u otro sentido, ha favorecido un intenso debate doctrinal y jurisprudencial, que se ha centrado en uno de los supuestos legitimadores regulados por el artículo 239 de la Ley de Sociedades de Capital, pero del que pueden extraerse conclusiones de alcance general. Nos estamos refiriendo al caso en el que, una vez adoptado el acuerdo de ejercicio de la acción social por parte de la junta, transcurra el plazo de un mes sin que se haya presentado finalmente la demanda. Para los partidarios de la tesis que hemos denominado de «ampliación» de la legitimación, este plazo no tendría otra función más allá de establecer un período de espera para la minoría⁹⁹⁹. Transcurrido un mes, los socios que representen, al menos, el cinco (o el tres) por ciento del capital social estarían legitimados para interponer la acción, pero su legitimación concurriría con la de la sociedad, que podría optar por incorporarse al proceso ya iniciado o iniciarlo en su nombre, si la minoría no se hubiera activado aún¹⁰⁰⁰. Por su parte, quienes entienden que la legitimación de los socios suple

⁹⁹⁸ Adjetivos, todos ellos, empleados por SÁNCHEZ-CALERO, J., últ. ob. cit., *passim*.

⁹⁹⁹ Se ha hablado también de «condición negativa» o de «término inicial suspensivo» (CALBACHO, F., ob. cit., p. 259).

¹⁰⁰⁰ Sostienen esta interpretación, entre otros, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «El régimen de responsabilidad de los administradores», ob. cit., p. 34; ID., *Derecho de sociedades*, vol. 1, Valencia [Tirant lo Blanch], 2010, p. 758; ESTEBAN VELASCO, G., «La acción social y la acción individual», ob. cit., p. 74; JUSTE, J., *Los «derechos de minoría»*, ob. cit., pp. 453 y 454; ID., «La legitimación subsidiaria», ob. cit., pp. 131 y 141; DE LA CÁMARA, M., «La administración de la sociedad anónima», ob. cit., p. 146; POLO, E., *Los administradores y el consejo*, ob. cit., p. 353; QUIJANO, J., «Legitimación

o sustituye a la de la propia sociedad interpretan dicho plazo no sólo como un período de espera para que surja la legitimación de la minoría, sino también, y al propio tiempo, como un plazo de «caducidad», en relación con la legitimación de la sociedad; de forma que, si ésta no entabla la acción en el mes siguiente a la adopción del acuerdo favorable a su ejercicio, se verá privada definitivamente de su legitimación¹⁰⁰¹.

Como es conocido, el origen de esta última interpretación se encuentra en la discusión doctrinal que en su día originó la confusa redacción del artículo 80.3 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, que regulaba la legitimación subsidiaria de la minoría estableciendo, textualmente, lo siguiente: «Los accionistas que representen la porción de capital que queda establecida en el párrafo anterior podrán entablar conjuntamente contra los administradores la acción de responsabilidad, cuando la Sociedad no lo hiciere, *dentro del plazo de tres meses*, contados desde la fecha del acuerdo o cuando éste hubiera sido contrario a la exigencia de responsabilidad». Como puso de manifiesto la doctrina de la época, el inciso destacado, al venir redactado entre comas, daba pie a dos posibles lecturas: *i*) que la minoría debía esperar tres meses desde la aprobación del acuerdo por la sociedad antes de verse legitimada para interponer la acción, en cuyo caso, el plazo actuaba como simple término inicial o «plazo de espera»¹⁰⁰²; o *ii*) que era la minoría la que disponía de un plazo de tres meses para interponer la acción, transcurrido el cual, pasaban a estar legitimados los acreedores sociales, por lo que se trataría de un «plazo de caducidad»¹⁰⁰³.

subsidiaria de la minoría», ob. cit., pp. 1720 y 1721; ID., «La acción social de responsabilidad contra los administradores: El acuerdo y legitimación para ejercerla. (Comentario a la Sentencia 380/2012, de 5 de diciembre de 2012, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28)», en *RDM*, núm. 290, 2013, pp. 438 a 443 (v. espec. p. 442) y CALBACHO, F., ob. cit., pp. 258 a 261 (v. espec. p. 259). No obstante, para este último autor la legitimación de la sociedad desaparecería en caso de que fuese la minoría la que finalmente ejercitase la acción; de modo que el efecto preclusivo no se atribuye al plazo de un mes, sino a la efectiva interposición de la demanda por parte de la minoría. Esta tesis ha sido mantenida por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), en su sentencia de 5 de diciembre de 2012 (JUR 2013/16752).

¹⁰⁰¹ Así, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores*, ob. cit., pp. 392 y 393; SÁNCHEZ-CALERO, J., «La Acción Social de Responsabilidad», ob. cit., pp. 115 a 119 y, más recientemente, VILLANUEVA, B.A., ob. cit., pp. 318 a 323 y 421 (v. espec. pp. 322 y 323). En términos menos claros se expresan ARROYO, I. y BOET, E., ob. cit., p. 1565, quienes afirman que la sociedad «está obligada» a ejecutar el acuerdo favorable en el plazo de un mes desde su adopción, pero que no aclaran si dicho plazo es de caducidad para la sociedad o de simple espera para los socios minoritarios. En la jurisprudencia, mantienen esta tesis las SSJMer núm. 10, de Madrid, de 12 de diciembre de 2011 (JUR 2013/149269) y de 20 de marzo de 2012 (*non vidi*, citada por VILLANUEVA, B.A., ob. cit., p. 122, nota 226). La primera de ellas se ha visto revocada, en este punto, por la SAP Madrid (Sección 28ª), de 5 de diciembre de 2012, citada en la nota anterior, aunque la Audiencia confirma el fallo del Juzgado por motivos de fondo.

¹⁰⁰² Cfr. en este sentido, SUÁREZ-LLANOS, L., ob. cit., pp. 980 a 982; GIRÓN, J., «La responsabilidad», ob. cit., p. 449; CERRO, E., ob. cit., p. 628; RUBIO, J., *Curso*, ob. cit., p. 262 y BÉRGAMO, A., ob. cit., p. 167.

¹⁰⁰³ Esta interpretación fue patrocinada, fundamentalmente, por GARRIGUES, J., en Garrigues-Uría, *Comentario*, ob. cit., vol. 2, pp. 184 a 186, a quien siguió, en este punto, FAIRÉN, V., «La responsabilidad civil», ob. cit., p. 878. En apoyo de la misma se dijo, entre otras cosas, que «la ley no permit[ía] la simultaneidad de las dos acciones contra los administradores», que «sería injusto mantener indefinidamente a los administradores en la incertidumbre de si serán o no objeto de una acción de responsabilidad», o que, de entender que no se trataba de un plazo de caducidad, no se sabría cuál «sería entonces el plazo para el ejercicio de la acción por los socios, una vez transcurridos los tres meses de espera», con la consecuencia de que tampoco los acreedores sabrían en qué momento comenzaba su legitimación (Cfr. GARRIGUES, J., *loc. ult. cit.* y p. 189). Este último argumento partía, en realidad, del equívoco, al que ya hemos hecho alusión (§10.I.3), de entender la legitimación de los acreedores como subsidiaria «de tercer grado». Como hemos tratado de demostrar, la legitimación de los acreedores está sujeta únicamente a la insuficiencia patrimonial de la sociedad para hacer frente a sus créditos y a que ni

Los argumentos que se han esgrimido a favor de la tesis que aboga por la «caducidad» de la acción son, en esencia, los siguientes: (a) la necesidad de someter la ejecución del acuerdo a un plazo perentorio tan breve vendría impuesta, en primer lugar, por el «principio de seguridad en el tráfico mercantil», en «consideración de los demás intereses afectados por el ejercicio de esa acción», entre los que se encontrarían los de los propios administradores demandados; en segundo lugar, (b) la propia diligencia de los administradores no demandados o los nuevamente nombrados les obligaría a ejecutar sin dilación el acuerdo favorable al ejercicio de la acción social, para evitar incurrir ellos mismos en responsabilidad; en tercer lugar, se afirma que (c) la «caducidad» de la acción no sería, en cualquier caso, una solución inédita en la Ley, ya que se admitiría igualmente en relación con el ejercicio de la acción de exclusión por parte de alguno de los socios que hubiera votado a favor de la misma y ante la inercia de la sociedad (art. 352.3 LSC); y, finalmente, (d) no se alcanzaría a ver «cuál es la justificación que permite que el sustituido [la sociedad] irrumpa en el proceso en curso», una vez que la acción ha sido iniciada por la minoría; irrupción que no encontraría, además, un cauce procesal adecuado¹⁰⁰⁴.

Antes de entrar a analizar la validez de estos argumentos, resulta conveniente aclarar una cuestión terminológica. Como muy bien advierte la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), de 5 de diciembre de 2012¹⁰⁰⁵, hablar aquí de «caducidad» de la acción o de la legitimación de la sociedad es técnicamente impreciso. Objeto de caducidad son siempre los derechos o las acciones en sentido material (*Ansprüche*) y no la legitimación ni las acciones en sentido procesal (*Klagerechte*)¹⁰⁰⁶. Además, en este supuesto concreto, la acción social de responsabilidad —*rectius*, el derecho sustantivo al resarcimiento del daño— se sujeta a un plazo de prescripción, y no de caducidad, de cuatro años, regulado en el artículo 241-*bis* la Ley de Sociedades de Capital¹⁰⁰⁷. Dicho plazo es, en principio, único y resulta aplicable siempre, con independencia de cuál sea el sujeto legitimado que finalmente entable la acción. Por lo tanto, sería más apropiado decir, en su caso, que el transcurso de un mes desde que se adoptó el acuerdo favorable a la exigencia de responsabilidad «priva de legitimación» a la sociedad o que esa legitimación principal u ordinaria «se suprime». Sea como fuere, veremos enseguida que ninguno de los argumentos esgrimidos a favor de esta tesis es del todo convincente.

a) Resulta poco persuasivo, en primer lugar, apelar al «principio de seguridad en el tráfico mercantil» para atribuirle un pretendido efecto preclusivo al plazo establecido en la Ley. No cabe duda de que el Ordenamiento reprueba el ejercicio abusivo de los derechos (art. 7.2 CC) y que el retraso injustificado en la interposición de la demanda

ésta ni los socios minoritarios hayan entablado efectivamente la acción, pero no se supedita al transcurso de plazo alguno. Por tanto, no era necesario entonces —como tampoco lo es ahora— someter la actuación de la minoría a un plazo de caducidad.

¹⁰⁰⁴ Expone todos estos argumentos SÁNCHEZ-CALERO, J., ob. cit., pp. 115 a 119, de quien hemos tomado las citas literales. Le sigue, en este punto, VILLANUEVA, B.A., *loc. ult. cit.*

¹⁰⁰⁵ JUR 2013/16752 (FJ Cuarto).

¹⁰⁰⁶ Sobre estas cuestiones y, en concreto, sobre el objeto de la caducidad o de la prescripción, v. cuanto dijimos *supra* en la nota 206 y el texto correspondiente.

¹⁰⁰⁷ Acerca de la polémica doctrinal y jurisprudencial acerca de la aplicación de este plazo de prescripción, de la que se hace eco la sentencia de la Audiencia Provincial, nos remitimos, con carácter general, a POLO, E., *Los administradores y el consejo*, ob. cit., pp. 328 y 329.

por parte de la sociedad puede resultar un hecho objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe¹⁰⁰⁸. Tampoco puede cuestionarse que la figura de la caducidad encuentra su fundamento en el deseo del legislador de evitar que determinadas situaciones jurídicas se encuentren permanentemente sometidas a revisión¹⁰⁰⁹. Aun así, entendemos que ninguno de estos argumentos puede servir para sustentar la interpretación propuesta. Como hemos dicho antes, calificar este plazo en términos de «caducidad» es técnicamente incorrecto. Pero, es que, aunque no hablásemos de caducidad, sino de «inadmisibilidad» del ejercicio del derecho por la sociedad como consecuencia de un retraso desleal e intolerable para el administrador demandado — como si de una suerte de *Verwirkung* legal se tratase— la solución seguiría siendo discutible. No se alcanza a comprender, sobre todo, qué interés digno de tutela se estaría viendo conculcado por el hecho de que la sociedad siga conservando su legitimación para ejercitar la acción social de responsabilidad una vez transcurrido el plazo de un mes. Desde luego, los administradores inculpados no pueden confiar legítimamente en que la acción acordada no será finalmente ejercitada, puesto que todavía podrían hacerlo los socios minoritarios o los acreedores (arts. 239 y 240 LSC). Siempre cabría replicar que este plazo rige, además de para la sociedad, también para los legitimados extraordinarios, quienes estarían igualmente obligados a entablar la acción en plazos sucesivos de un mes. De este modo, los administradores sabrían con certeza que, tras haberse adoptado el acuerdo favorable a la exigencia de responsabilidad, la demanda debería presentarse necesariamente en el plazo máximo de tres meses, so pena de verse avocada al fracaso procesal.

Sin embargo, por esta vía se acaba alterando sustancialmente el régimen legal, de forma totalmente inmotivada. En efecto, esta interpretación sustituye la seguridad jurídica que aporta una solución legal clara, como es que el derecho al resarcimiento del daño derivado de *mala gestio* se halla sometido a un único plazo de prescripción de cuatro años (art. 241-*bis* LSC), por la incertidumbre de unos plazos —¿de caducidad?— de creación doctrinal, que variarían en función del supuesto analizado. Así, en caso de inejecución del acuerdo favorable al ejercicio de la acción, ésta «caducaría», efectivamente, en tres meses. Sin embargo, en los supuestos de falta de convocatoria de la junta o de adopción de un acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad, el plazo se vería reducido, sin justificación aparente, a tan sólo dos meses: durante el primero, que empezaría a contar desde el momento en que se constatase la imposibilidad de convocar regularmente la junta¹⁰¹⁰, o desde la adopción del acuerdo

¹⁰⁰⁸ Cfr., a modo de ejemplo, BOEHMER, G., *El Derecho a través de la jurisprudencia*, trad. Puig Brutau, J., Barcelona [Bosch], 1959, pp. 245 y ss.

¹⁰⁰⁹ ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, ob. cit., vol. 1, p. 930, a quien cita SÁNCHEZ-CALERO, J., últ. ob. cit., p. 117.

¹⁰¹⁰ Tras la reforma del artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital, operada por la Ley 25/2011, de 1 de agosto (BOE, núm. 184, de 2 de agosto), parece claro que la minoría podrá interponer la acción cuando haya transcurrido un mes desde que se solicitó la convocatoria, en caso de tratarse de una sociedad anónima, y cuando hayan pasado cuarenta y cinco días, si se trata de una sociedad de responsabilidad limitada (cfr. art. 176.1 LSC) o de una sociedad cotizada que cumpla con los requisitos previstos por el artículo 515.1 de la Ley de Sociedades de Capital para aplicar el plazo de anuncio de convocatoria de quince días.

contrario, solamente estaría legitimada para actuar la minoría; y, durante el segundo, que comenzaría inmediatamente después, sólo lo estarían los acreedores¹⁰¹¹.

En conclusión: este razonamiento, aparentemente inspirado en el principio de certidumbre en las relaciones mercantiles, introduce mayor inseguridad de la que pretende corregir y termina restringiendo arbitrariamente el derecho de la sociedad y de los demás legitimados a exigir responsabilidad a los administradores por las faltas cometidas durante su gestión.

b) Por su parte, el segundo de los argumentos aportados en defensa de la tesis de la «caducidad» adolece, en nuestra opinión, de cierta circularidad. Se afirma, en efecto, que los administradores encargados de la ejecución del acuerdo favorable al ejercicio de la acción —los no demandados o los que hubieran sido nombrados en sustitución de los inculcados— estarán obligados a interponer la demanda en el plazo de un mes, a no querer incurrir ellos mismos en responsabilidad frente a la sociedad. Pero lo cierto es que esta afirmación sólo es correcta si se asume que dicho plazo es, precisamente, de caducidad. Si se entiende que pasado un mes desde que se adoptó el acuerdo la sociedad ha quedado privada de toda posibilidad de reclamar el daño por sí misma, es evidente que los administradores habrán actuado de manera negligente, generando un daño en el patrimonio social (art. 236 LSC). Pero si se considera que la sociedad mantiene su legitimación, los administradores que no hubieran ejecutado el acuerdo en un mes no pasarían a responder automáticamente por ese solo hecho. Lo cual no quiere decir, como sugieren algunos, que su conducta quede, en todo caso, impune¹⁰¹²: responderán si no han sido diligentes en la ejecución del acuerdo, pero la medida de su diligencia no vendrá marcada únicamente por el respeto de ese plazo. Así, podrá suceder que se repute poco diligente la actitud pasiva de los administradores que dejaron transcurrir más de un mes antes de plantear la demanda, pero podrá considerarse igualmente desleal o negligente la falta de ejecución en un plazo inferior e, incluso, su ejecución inmediata, en atención a las circunstancias del caso concreto¹⁰¹³.

¹⁰¹¹ Ni qué decir tiene que esta interpretación entiende la legitimación de los acreedores como subsidiaria «de tercer grado»; solución que hemos descartado en el epígrafe anterior (*supra* §10.I.3). Si, por el contrario, se comparte, con nosotros, que los acreedores se limitan a ejercitar una acción subrogatoria común, carece de sentido someter su legitimación a un plazo distinto al de prescripción fijado por el artículo 241-*bis* de la Ley de Sociedades de Capital.

¹⁰¹² Entiende SÁNCHEZ-CALERO, J., «La Acción Social de Responsabilidad», ob. cit., p. 117, que de no interpretarse el plazo de un mes como de caducidad, «la negligencia de los administradores no sólo constitu[iría] una conducta impune, sino que [se] tolera[ría] una actuación fuera del plazo legal».

¹⁰¹³ En este sentido, no cabe descartar, por ejemplo, que los administradores reaccionen frente a algún vicio del acuerdo, impugnándolo (art. 206 LSC). Ciertamente, plantean menos dificultades aquellos supuestos en los que el acuerdo sea contrario a ley o a los estatutos, que aquellos otros en los que la irregularidad del acuerdo derive de una supuesta lesión del interés social. La competencia exclusiva de la junta en esta materia seguramente impide que los administradores puedan ampararse en el interés social para impugnar el acuerdo. Con todo, si entienden que éste lesiona los intereses de la sociedad, siempre podrán convocar la junta a fin de que ésta decida acerca de la conveniencia de acordar la renuncia o la transacción de la acción. Cfr., al respecto, CALBACHO, F., ob. cit., pp. 146 a 150. Téngase en cuenta, además, que el acuerdo de exigencia de responsabilidad puede haber sido adoptado de manera espontánea, sin que su aprobación constase previamente en el orden del día (art.238.1 LSC). En este caso, el acuerdo probablemente tendrá un carácter más genérico, por lo que no es de extrañar que los

c) Mayor interés suscita el paralelismo trazado por los defensores de la tesis de la «caducidad» entre el ejercicio de la acción social por la minoría y el procedimiento de exclusión de socios regulado en el artículo 352 de la Ley de Sociedades de Capital¹⁰¹⁴. Dicho procedimiento tiene, en principio, carácter extrajudicial, lo que significa que la apreciación de la concurrencia de las causas legales o estatutarias de exclusión queda reservada, con carácter general, a la discrecionalidad de los socios, que deberán adoptar el acuerdo oportuno (art. 352.1 LSC)¹⁰¹⁵. De esta regla se exceptúan, sin embargo, aquellos supuestos en los que la exclusión afecta a un socio que ostente una participación igual o superior al veinticinco por ciento del capital social. Como es sabido, en estos casos, si el socio no se conforma con la decisión de la mayoría, además del acuerdo de la junta, será necesaria una resolución judicial firme que constate la efectiva concurrencia de una causa de exclusión (art. 352.2 LSC)¹⁰¹⁶.

La iniciación del proceso judicial para obtener esta resolución corresponde, en primer término, a la propia sociedad, por medio de sus representantes orgánicos. Ahora bien, en la práctica, no será infrecuente que el socio excluido ostente la condición de administrador —incluso de administrador único— o que ejerza una influencia tal en el órgano de administración que dificulte la interposición de la acción. Por este motivo, el apartado tercero del artículo 352 de la Ley de Sociedades de Capital —que reproduce, en esencia, el contenido del derogado artículo 99.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada— establece la siguiente previsión:

«Cualquier socio que hubiera votado a favor del acuerdo estará legitimado para ejercitar la acción de exclusión en nombre de la sociedad cuando ésta no lo hubiera hecho en el plazo de un mes a contar desde la fecha de adopción del acuerdo de exclusión».

En una primera lectura, las similitudes con el ejercicio de la acción social por la minoría parecen evidentes. Por eso, no es de extrañar que parte de la doctrina haya entendido aplicables también a este último supuesto las conclusiones alcanzadas por el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de abril de 2003¹⁰¹⁷. En dicho pronunciamiento, el Alto Tribunal interpretó que el plazo de un mes establecido en la Ley para el ejercicio de la acción de exclusión por parte de la sociedad era de caducidad. Y consideró, en consecuencia, que los socios que hubieran votado a favor del acuerdo también dispondrían del plazo perentorio de un mes para actuar «en nombre de la sociedad», puesto que no sería «razonable sostener que [aquella] tiene un plazo muy reducido para

administradores necesiten emplear más de un mes en definir adecuadamente los términos exactos de la posterior demanda.

¹⁰¹⁴ Paralelismo que trazan también la SAP Asturias (Sección 1ª), de 1 de junio de 2006 (FJ Segundo) (AC 2006/944) y la SAP Gerona (Sección 1ª), de 10 de enero de 2014 (FJ Segundo) (JUR 2014/54947). V. *infra* en el texto una crítica de ambas.

¹⁰¹⁵ Cfr., por todos, EMPARANZA, A., «Procedimiento de exclusión (Art. 352)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario*, ob. cit., vol. 2, p. 2503.

¹⁰¹⁶ Como indica el propio precepto, el procedimiento judicial de exclusión no será necesario cuando el socio-administrador excluido hubiese sido condenado a indemnizar a la sociedad.

¹⁰¹⁷ RJ 2003/2958.

actuar por sí misma, es decir, por sus propios representantes, pero en cambio, cuando actúa a través de los socios, tiene un plazo más extenso»¹⁰¹⁸.

Se llega, así, a la conclusión de que, transcurridos dos meses desde la adopción del acuerdo de exclusión sin que ni la sociedad ni los socios hubieran iniciado el correspondiente procedimiento judicial, dicho acuerdo decae¹⁰¹⁹. Nos encontraríamos, por tanto, al igual que en el supuesto regulado en el artículo 239.1 I de la Ley de Sociedades de Capital, con una *legitimación extraordinaria de carácter subsidiario*, que vendría a suplir o reemplazar la legitimación ordinaria de la sociedad¹⁰²⁰. Se trataría, para ser más exactos, de una «legitimación por representación», «en la medida en que sólo se admite si el socio actúa en representación de la sociedad que no ha hecho uso de la posibilidad del ejercicio judicial de su derecho a solicitar la exclusión del socio en cuestión»¹⁰²¹.

No obstante, una lectura más atenta del artículo 352.3 de la Ley de Sociedades de Capital revela la existencia de profundas diferencias entre este supuesto y la interposición de la acción social de responsabilidad por la minoría. En efecto, este precepto atribuye a los socios la facultad de entablar la acción de exclusión «*en nombre de la sociedad*»; expresión que no aparece en el artículo 239 de la Ley de Sociedades de Capital y que no puede considerarse arbitraria o casual. Este inciso refleja, en realidad, la distinta naturaleza que debe atribuirse a la actuación de los socios en uno y otro caso. Sabemos por lo dicho al comienzo de este epígrafe que los socios minoritarios ejercitan la acción social *en nombre propio* y que, al hacerlo, no actúan como representantes de la sociedad en sentido técnico (*supra* I.1). Son ellos y no esta última quienes comparecen en juicio y actúan en él como parte legítima (art. 10 LEC). Por el contrario, el socio que ejercita la acción de exclusión no litiga en su nombre, sino en el de la sociedad, que es la verdadera parte en el litigio. Por consiguiente, cabe afirmar que *el socio que actúa en el proceso de exclusión lo hace como auténtico representante de la sociedad y no en calidad de parte procesal*¹⁰²².

¹⁰¹⁸ Con este razonamiento, el Tribunal Supremo revocaba la SAP Álava (Sección 1ª), de 26 de mayo de 1997 (AC 1997/2490), según la cual, una vez transcurrido un mes desde la adopción del acuerdo de exclusión, la acción judicial «es sólo predicable respecto de los restantes socios sin sujeción a plazo de caducidad alguna, sin perjuicio, claro está, de que la acción esté sometida en su ejercicio al plazo prescriptivo general que la ley determina» (FJ Segundo).

¹⁰¹⁹ Cfr., en este sentido, EMPARANZA, A., últ. ob. cit., p. 2505. Interpreta, igualmente, que estos plazos son de caducidad, FRAMIÑÁN, F.J., *La exclusión del socio en la sociedad de responsabilidad limitada*, Granada [Comares], 2005, pp. 234 y 235.

¹⁰²⁰ Califican este supuesto como «legitimación subsidiaria», entre otros, EMPARANZA, A., «Procedimiento de exclusión», ob. cit., p. 2505; BONARDELL, R. y CABANAS, R., *Separación y exclusión de socios en la sociedad de responsabilidad limitada*, Navarra [Aranzadi], 1998, p. 144 y MARTÍNEZ JIMÉNEZ, M.I., «Procedimiento de exclusión (Art. 99)», en Arroyo/Embid/Górriz (Coords.), *Comentarios*, ob. cit., p. 1110.

¹⁰²¹ EMPARANZA, A., «Procedimiento de exclusión», ob. cit., p. 2505.

¹⁰²² Cfr., en sentido conforme, NOVAL, J., «La acción de exclusión del socio: plazo de ejercicio y legitimación. Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 209/2006 (Sección 1ª), de 1 de junio de 2006», primero en *RdS*, núm. 27, 2007, pp. 479 a 481 (publicado también en Rodríguez Artigas [Dir.], *Derecho de sociedades I. Comentarios a la jurisprudencia*, Pamplona [Aranzadi], 2010, pp. 943 a 959).

De lo anterior puede extraerse una importante conclusión: lo que regula el artículo 352.3 de la Ley de Sociedades de Capital no es, en realidad, un supuesto de legitimación extraordinaria, sino de *representación extraordinaria*. Es decir, lo que establece este precepto es una excepción al principio general que atribuye de manera exclusiva a los administradores la representación de la sociedad en juicio o fuera de él (art. 233.1 LSC); pero no altera, en absoluto, el principio mayoritario (art. 159.2 LSC), ni la legitimación ordinaria de la sociedad para el ejercicio de sus derechos (art. 10.1 LEC), como sí sucede cuando la minoría entabla la acción social. Al ejecutar el acuerdo de exclusión, los socios no se hallan investidos de una legitimación extraordinaria de carácter subsidiario, ni de ninguna otra índole, puesto que la única legitimada sigue siendo la sociedad¹⁰²³. La Ley, simplemente, realiza «un acto de apoderamiento específico en favor de cada uno de los socios que votaron a favor del acuerdo de exclusión», para que éstos suplan la inacción de los administradores¹⁰²⁴. Por eso, se equivoca el Tribunal Supremo al someter la actuación de la sociedad a un supuesto plazo de «caducidad» de un mes. Transcurrido ese plazo desde que se aprobó el acuerdo de exclusión, la sociedad sigue siendo la única legitimada para interponer la correspondiente acción judicial. Lo que ocurre es que ya no podrá hacerlo a través de sus representantes ordinarios —los administradores—, sino que habrán de ser los socios quienes asuman, de forma extraordinaria, su representación ante los tribunales¹⁰²⁵.

Al igual que hacemos nosotros, rechazan también que el plazo para ejercitar la acción de exclusión sea de «caducidad» la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1ª), de 1 de junio de 2006 (FJ Segundo) y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona (Sección 1ª), de 10 de enero de 2014 (FJ Segundo)¹⁰²⁶, aunque lo hacen apoyándose en una serie de argumentos que no podemos compartir. La primera de ellas entiende, de forma discutible, que el ejercicio de la acción de exclusión por el socio «recuerda al artículo 134. 4 de la Ley de Sociedades Anónimas [...] dentro de la acción social de responsabilidad, cuando otorga legitimación a los accionistas para ejercitar la acción de responsabilidad contra los administradores», para concluir, de forma aún más discutible, que «ni autores ni jurisprudencia han sostenido nunca que el plazo para el ejercicio de dicha acción se reduzca a ese mes, sino que [...] han entendido que el plazo prescriptivo general será el del artículo 949, es decir, los cuatro años». La argumentación de la segunda de estas resoluciones es todavía más confusa. La Audiencia Provincial de Gerona comienza afirmando que el artículo 352.3 de la Ley de Sociedades de Capital regula la «legitimación del socio o socios que han votado a favor de la

¹⁰²³ La redacción del artículo 352.3 de la Ley de Sociedades de Capital no es precisamente un modelo de rigor técnico, en la medida en que señala, que «cualquier socio que hubiera votado a favor del acuerdo *estará legitimado* para ejercitar la acción de exclusión en nombre de la sociedad».

¹⁰²⁴ NOVAL, J., ob. cit., p. 480. En idéntico sentido, cfr. LEÑA, R. y RUEDA, M.A., *Derecho de Separación y exclusión de socios en la sociedad limitada*, Granada [Comares], 1997, p. 124, si bien, estos últimos se expresan en términos bastante más oscuros: «la legitimación activa que se concede al socio que votó a favor del acuerdo para pedir la resolución judicial, lo es para ejercitar un derecho social y por eso el ejercicio de su acción tiene que efectuarlo “en nombre de la sociedad”, mediante un mecanismo de representación orgánica extraordinario, establecido por ministerio de la Ley [...]».

¹⁰²⁵ Cfr., nuevamente, NOVAL, J., p. 480. Con anterioridad a la citada STS de 9 de abril de 2003, la SAP Sevilla (Sección 6ª), de 20 de mayo de 2002 (FJ Primero) (AC 2002/773) había rechazado la interpretación del plazo establecido en el artículo 352.3 de la Ley de Sociedades de Capital —entonces, artículo 99.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada— como un plazo de caducidad.

¹⁰²⁶ Sentencias citadas, *supra* en la nota 1014.

exclusión, a los cuales se les está imponiendo un plazo de espera en tal legitimación, en el sentido de que no podrán ejercitar la acción si en el plazo de un mes la ejercita la sociedad, pero si ésta no lo hace en tal plazo, la podrán ejercitar los socios». A continuación, incurre en un error manifiesto al afirmar que la «acción [de la sociedad] sigue subsistiendo transcurrido el plazo del mes, salvo que entonces la hayan ejercitado los socios, *sin perjuicio de poder intervenir en la acción ejercitada por éstos*, pues tal acción sigue siendo de su titularidad» (la cursiva es nuestra). La Audiencia no advierte que, en los supuestos de exclusión, el socio no ejercita acción alguna, sino que se limita a comparecer en juicio en nombre de la sociedad (cfr. art. 7.4 LEC), que es quien realmente actúa. Por consiguiente, resulta un contrasentido sostener que la sociedad puede intervenir en lo que, al fin y al cabo, no ha dejado de ser nunca «su propio proceso». Por último, la Audiencia acaba diciendo que el artículo 352.3 de la Ley de Sociedades de Capital «es idéntico a la regulación que se efectúa para la legitimación de los socios en el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores establecida en el artículo 134.4 del TRLSA y 239 de la LSC».

Como vemos, el papel de los socios es muy distinto en los procesos de exclusión y en los de exigencia de responsabilidad, a pesar de que el presupuesto de su actuación es, en ambos casos, la inexecución de un acuerdo de la junta. En el primero, el socio se limita a actuar como «órgano ejecutor» de la voluntad social, en virtud de un poder excepcional de representación y ante la «imposibilidad» —en sentido lato— de la sociedad de actuar por sí misma, es decir, a través su órgano representativo ordinario¹⁰²⁷. Por este motivo no es parte en el proceso y su función queda circunscrita a ejercitar la acción de exclusión «en nombre» de la sociedad. Por el contrario, cuando el artículo 239 de la Ley de Sociedades de Capital atribuye a la minoría la facultad de ejercitar la acción social «en nombre propio», está haciendo algo más: está reconociendo el *derecho* de aquellos socios que representen una fracción significativa del capital social —el cinco (o el tres) por ciento— *a (re)interpretar el interés social*, ante la inacción de la propia sociedad o del órgano administrativo¹⁰²⁸.

Esta diferencia de roles se aprecia con mayor nitidez si se observan las distintas facultades que la Ley atribuye a los socios en el caso de que la voluntad social haya sido contraria a la exclusión o bien contraria al ejercicio de la acción social. Si la mayoría rechaza la exclusión, los socios que hubieran votado a favor de la misma carecen de una acción para imponerla en vía judicial¹⁰²⁹. La mayoría es plenamente libre, en estos casos, «para decidir qué

¹⁰²⁷ Este supuesto sí podría encontrar acomodo en la tesis de la «gestión de negocios ajenos», a la que nos hemos referido *supra* en el apartado 3, si no fuera por las críticas que ésta merece y que también hemos analizado en dicho apartado.

¹⁰²⁸ A menudo, la doctrina no repara en estas diferencias. Así, JUSTE, J., «La legitimación subsidiaria», ob. cit., p. 131, cuando afirma que el transcurso de un mes desde que se adoptó el acuerdo favorable a la exigencia de responsabilidad habilita a la minoría «a ejecutar el acuerdo adoptado» por la junta. «En el supuesto ordinario —añade el autor—, el ejercicio de la acción corresponderá a los administradores (art. 233 LSC), que ocupen el cargo tras el cese [...] de aquellos frente a los que se va a litigar. Para evitar el sencillo expediente de permitir que éstos dejen de cumplir su obligación por mera inactividad, la Ley de Sociedades [de Capital] autoriza la actuación directa de accionistas que representen un cinco por ciento del capital». El mismo razonamiento puede verse en SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores*, ob. cit., p. 393.

¹⁰²⁹ ALFARO, J., «La exclusión de socios», en Paz-Ares (Coord.), *Tratando de la sociedad limitada*, Madrid [Fundación Cultural del Notariado], 1997, p. 910; MUÑOZ PLANAS, J.M., «Sobre la exclusión del socio administrador único de limitada», en AAVV, *Estudios jurídicos en memoria del decano D. Eusebio González Abascal*, Oviedo [Colegio de Abogados], 1977, p. 185, con cita de jurisprudencia en este sentido (nota 7); LEÑA, R. y RUEDA, M.A., ob. cit., p. 120 y MARTÍNEZ JIMÉNEZ, M.I., ob. cit., p. 1109.

es lo más conveniente para el interés social y el fin común al respecto», a salvo siempre del derecho del socio disidente a impugnar el acuerdo (art. 204 LSC)¹⁰³⁰. En otros términos, la exclusión se configura como una potestad corporativa y no como un derecho del socio¹⁰³¹. En cambio, cuando lo que acuerda la junta es no exigir responsabilidades a los administradores, la minoría puede desvincularse del parecer mayoritario e interponer la acción social en su propio nombre y por cuenta de la sociedad. De este modo, la equivalencia entre interés social y voluntad mayoritaria quiebra para dar cabida a esa (re)interpretación del interés común por parte de los socios minoritarios.

Por otra parte, el hecho de que la minoría, al ejercitar la acción social, no se limite a ejecutar el acuerdo previamente adoptado por la junta nos permite concluir, —frente a la que puede considerarse opinión prevalente en la doctrina— que los socios *no se encuentran vinculados por el contenido de dicho acuerdo*. Con frecuencia, se afirma que este último «delimita, de forma vinculante para la sociedad y *para los demás legitimados*, los términos en que podrá ejercitarse la acción»¹⁰³². Y, por consiguiente, que los socios minoritarios, pese a actuar en su propio nombre y en virtud de una legitimación extraordinaria, se ven constreñidos a demandar a los mismos administradores, por las mismas causas y con base en los mismos argumentos que sirvieron de fundamento al acuerdo favorable a la exigencia de responsabilidad¹⁰³³. Sin embargo, estas afirmaciones deben ser matizadas. Ciertamente, la minoría no siempre es plenamente libre a la hora de ejercitar la acción ante la inacción de la sociedad. Pero las restricciones a su actuación derivarán, en todo caso, del carácter subsidiario de su legitimación —en los supuestos de negligencia (art. 239.1 I LSC)— y no de una supuesta vinculación al acuerdo aprobado por la junta.

En la doctrina se ha discutido si dicho acuerdo debe tener un «contenido mínimo» y, en su caso, qué elementos deberían integrarlo. A nuestro juicio, la solución correcta debe tener en cuenta necesariamente que es a la junta, y no a los administradores, a la que compete, de forma exclusiva y excluyente, adoptar la decisión de ejercitar la acción social. Ello impide que el acuerdo pueda ser tan genérico e impreciso que suponga, *de facto*, una delegación de esa competencia en el órgano encargado de su ejecución o en cualquier otro sujeto —*v.gr.* los abogados de la sociedad—¹⁰³⁴. Es necesario que en él se identifiquen, cuando menos, al administrador o administradores contra los que se va a

¹⁰³⁰ ALFARO, J., *loc. ult. cit.*

¹⁰³¹ MARTÍNEZ JIMÉNEZ, M.I., *ob. cit.*, p. 1109.

¹⁰³² QUIJANO, J., «La acción social de responsabilidad contra los administradores», *ob. cit.*, p. 440 (la cursiva es nuestra). En el mismo sentido, pueden verse, JUSTE, J., «La legitimación subsidiaria», *ob. cit.*, p. 131 y SÁNCHEZ-CALERO, J., «La Acción Social de Responsabilidad», *ob. cit.*, p. 117.

¹⁰³³ Señala, en este sentido, QUIJANO, J., *loc. ult. cit.*, que «ni la minoría ni los acreedores podrían ampliar o reducir el círculo de responsables a demandar, ni modificar el alcance del acuerdo en cuanto a daño a reclamar, hechos a sustanciar, etc.».

¹⁰³⁴ Es ilustrativa, al respecto, la SAP Navarra (Sección 3ª), de 18 de febrero de 2005 (FJ Tercero) (JUR 2005/267381), en la que se declaró nulo el acuerdo de la junta general de «ejercitar contra los miembros del anterior Consejo de Administración las acciones de responsabilidad civil que aconsejen y consideren los Servicios Jurídicos». Señala la sentencia que «la decisión de ejercer la acción social de responsabilidad corresponde a la junta general, la cual ha de tomarse en estado puro, es decir, sin condicionamiento alguno, previa deliberación y votación de la asamblea».

dirigir la acción, los actos ilícitos que se les imputan, la estimación del daño causado por esos actos y la relación causal existente entre ambos¹⁰³⁵.

Pues bien, en caso de estar presentes en el acuerdo, estos elementos suponen un *límite máximo* para la minoría, en la medida en que son los únicos sobre los que la sociedad —legitimada principal— ha tenido oportunidad de manifestarse. Los socios no podrán demandar a otros administradores —*v.gr.* a los que no ejecutaron el acuerdo— ni por hechos distintos a los examinados previamente por la junta que supongan una infracción del deber de diligencia, puesto que, en estos casos, su legitimación es subsidiaria y requiere la previa toma de postura por parte de la sociedad (*supra* I.1). Pero adviértase que esta limitación a la actuación de la minoría no se produce exclusivamente cuando su legitimación surge como consecuencia de la falta de ejecución del acuerdo favorable a la exigencia de responsabilidad. En efecto, el acuerdo contrario también «vincula», en cierta medida, la acción de los socios; de forma que, cuando la junta acuerda no ejercitar la acción social frente a unos determinados administradores, por unos hechos concretos, la minoría sólo podrá demandar a *esos* administradores y *por esos mismos* hechos¹⁰³⁶. El único supuesto en el que, por razones obvias, la minoría no encuentra límite alguno a la hora de configurar su acción es aquél en el que los administradores no hubieran procedido a convocar la junta solicitada al efecto de deliberar acerca de su responsabilidad. Por tanto, si los socios quisieran demandar a otros administradores distintos a los señalados por la junta en el acuerdo favorable a la exigencia de responsabilidad por incumplimiento del deber de diligencia, deberán provocar su propia legitimación, solicitando la convocatoria de la junta a tal fin o forzando un acuerdo negativo de la mayoría¹⁰³⁷.

¹⁰³⁵ Así lo ha entendido la doctrina española de forma mayoritaria. Cfr., entre otros, SÁNCHEZ-CALERO, J., «La Acción Social de Responsabilidad», ob. cit., pp. 108 a 111; QUIJANO, J., «La acción social de responsabilidad contra los administradores», ob. cit., pp. 443 a 449 (v. espec. p. 444 y 445); GARRETA, J.M., *La responsabilidad*, ob. cit., pp. 139 y 140 y LARA, R., ob. cit., 105. Este último, señalando la necesidad de que el acuerdo haga referencia, de forma directa o indirecta, a aquellos administradores que resulten afectados por el acuerdo. *Contra*, CALBACHO, F., ob. cit., pp. 113 y 114, y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y MARÍN DE LA BÁRCENA, F., ob. cit., p. 170, quienes consideran que no es necesario que se determinen de manera exacta los actos u omisiones que fundamentan la responsabilidad ni el importe exacto de la indemnización, «siempre que esa indeterminación no perjudique el derecho de información de los socios». La SAP Madrid (Sección 28ª), de 5 de diciembre de 2012, cit. tuvo ocasión de analizar esta cuestión, decantándose por la interpretación mayoritaria. La sentencia consideró que el acuerdo de la junta por el que se aprobaba la interposición de la acción social de responsabilidad «contra los administradores responsables en los términos más adecuados para la defensa del interés social», habilitando, para ello, al consejo de administración no contenía «los elementos esenciales sobre los que se pretende sustentar el ejercicio de la acción social», lo que suponía, en definitiva, «la ausencia de un presupuesto básico para la prosperabilidad de la acción» (FJ Séptimo).

¹⁰³⁶ Como bien advierte QUIJANO, J., «La acción social de responsabilidad contra los administradores», ob. cit., p. 440, el carácter más genérico de los acuerdos contrarios a la exigencia de responsabilidad, hace que su «vinculatoriedad» sea menos estricta. Así, por ejemplo, si la junta se limitó a rechazar la propuesta de la minoría sin entrar siquiera a debatir el asunto, estaremos ante un acuerdo contrario (*infra* §6.I.2) que legitima a los minoritarios a ejercitar la acción con una amplio margen de discrecionalidad.

¹⁰³⁷ *Contra*, CALBACHO, F., ob. cit., p. 261, quien entiende que, aunque la sociedad hubiera entablado la acción frente a todos los administradores señalados en el acuerdo, si los socios consideran que la misma debería dirigirse también frente a otros, «podrán ejercitar la acción subsidiariamente contra los administradores contra los que la sociedad no la haya entablado, pudiendo en su caso solicitar la

Ahora bien, si el acuerdo de la junta es incompleto o impreciso, porque no señala los administradores frente a los que se interpone la acción o porque no describe los hechos dañosos que se les imputan, nada impide a los socios diseñar libremente la demanda, ya que, como decimos, su función no se limita a ejecutar el citado acuerdo. Del mismo modo, los socios podrán optar por dirigir su acción frente a algunos —y no todos— los administradores inculcados en el acuerdo o alegar fundamentos de hecho o de derecho que difieran de los alegados por la junta, siempre y cuando no alteren, con ello, el carácter subsidiario de su legitimación.

d) Estas consideraciones nos permiten descartar, también, el último de los argumentos en los que se ha intentado sustentar la «caducidad» de la legitimación de la sociedad por efecto del transcurso de un mes desde que se acordó el ejercicio de la acción. Como se recordará, los partidarios de esta tesis consideran que, una vez iniciado el proceso por la minoría, no resulta fácil advertir «cuál es la justificación que permite que el sustituido irrumpa en el proceso en curso»¹⁰³⁸. Estas dudas resultan plenamente coherentes con la idea de que los minoritarios se limitan a ejecutar el acuerdo favorable al ejercicio de la acción social previamente adoptado por la junta. Si esto fuese así, la sociedad carecería, en efecto, de un interés legítimo para intervenir en el proceso iniciado por los socios, pues, al fin y al cabo, éstos no harían otra cosa que dar impulso judicial a la voluntad social, sin alterarla. Esto es, precisamente, lo que sucede en los procesos de exclusión. En ellos, es la propia sociedad la que actúa por medio de cualquiera de los socios que hubiera votado a favor de la misma; por eso, sería un contrasentido plantearse siquiera su intervención en el proceso: la única parte procesal legítima es la sociedad, con independencia de que esta actúe por medio de sus representantes ordinarios —los administradores— o extraordinarios —cualquiera de los socios que hubiera votado a favor del acuerdo de exclusión—¹⁰³⁹. Sin embargo, ésta no ha sido la opción escogida por el legislador a la hora de configurar los poderes de la minoría en relación con el ejercicio de la acción social. En este otro caso, a los socios se les ha reservado un papel mucho más relevante, al concederles, mediante el reconocimiento de una legitimación extraordinaria, la posibilidad de llevar al proceso su propia interpretación del interés social a la reintegración del patrimonio social lesionado por los administradores; interpretación que puede discrepar de la efectuada por la mayoría.

Esta discrepancia será, ciertamente, menos intensa en los supuestos en los que la legitimación de los socios surja como consecuencia de la inejecución del acuerdo favorable a la exigencia de responsabilidad, ya que, entonces, sociedad y minoría

acumulación de los autos». Conforme a lo dicho *supra* en el texto, entendemos que esta acumulación no sería posible, porque los minoritarios no estarían legitimados para interponer la acción social frente a los administradores no señalados en el acuerdo, si previamente la legitimada principal —la sociedad— no ha tenido oportunidad de manifestarse al respecto.

¹⁰³⁸ SÁNCHEZ-CALERO, J., «La Acción Social de Responsabilidad», ob. cit., p. 117.

¹⁰³⁹ Cfr., en idéntico sentido, NOVAL, J., ob. cit., p. 480. Cfr., no obstante, la equivocada interpretación de la SAP Gerona (Sección 1ª), de 10 de enero de 2014, cit. *supra* en la nota 1025, admitiendo la «intervención» de la sociedad.

coinciden en afirmar la existencia de un daño causado por la conducta ilícita de los administradores y en la conveniencia de lograr su reparación en vía judicial. No hay, pues, una verdadera excepción al principio mayoritario (art. 159.2 LSC). A pesar de ello, hemos visto cómo la minoría puede apartarse de la voluntad social —y demandar a menos administradores de los señalados en el acuerdo o fundamentar de un modo diverso su responsabilidad—, generando, con ello, un interés legítimo de la propia sociedad a intervenir en el proceso. Interés que es todavía más evidente en los otros supuestos legitimadores.

Efectivamente, cuando la minoría ha ejercitado la acción ante la falta de convocatoria de la junta, será plenamente libre a la hora de interpretar el interés de la sociedad en el proceso, decidiendo contra qué administradores y por qué hechos concretos se dirige la acción. Si bien, la sociedad no tiene por qué compartir esa interpretación. De este modo, podrá considerar que la acción de la minoría, aunque fundada, no se dirige contra todos los administradores que ella juzga responsables o por todos los hechos que reputa dañosos. Es más, podrá llegar a la conclusión de que la acción interpuesta carece por completo de fundamento e, incluso, que la actitud de los administradores, al negarse siquiera a convocar la junta, fue la más acorde con los intereses de la sociedad¹⁰⁴⁰. También en este supuesto es posible advertir, en consecuencia, un claro interés de la sociedad a participar en el proceso iniciado por los socios.

Con todo, esta discrepancia en la interpretación del interés social por parte del titular del derecho —la sociedad— y del legitimado extraordinario para su ejercicio —la minoría— se hace todavía más patente en el caso en el que la primera hubiera adoptado previamente un acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad. Es en esta hipótesis en la que la Ley admite una auténtica derogación del principio mayoritario (art. 159.2 LSC), al permitir que los socios disidentes reinterpreten el interés social, ejercitando la acción en contra de la voluntad mayoritaria. Con ello, el legislador aparentemente «expropia» a la sociedad de cualquier posibilidad de valorar la conveniencia de exigir responsabilidades a los administradores, de forma que, en el conflicto mayoría-minoría,

¹⁰⁴⁰ La posibilidad de que los administradores se nieguen a convocar la junta a estos efectos o con la finalidad de tratar cualquier otro asunto, *ex* artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital, ha sido ampliamente debatida por la doctrina, tanto en España como en Italia. Sin intención de agotar el tema —una exposición más detallada del mismo puede verse en JUSTE, J., *Los «derechos de minoría»*, ob. cit., pp. 229 a 255, y, para el caso italiano, en RIMINI, E., «Sui limiti del diritto della minoranza qualificata ad ottenere la convocazione dell'assemblea», en *Giur. comm.*, 1987, II, pp. 812 a 820—, cabe destacar la existencia de dos posturas claramente enfrentadas al respecto. Para algunos autores, los administradores estarían siempre obligados a convocar la junta, sin poder ejercer más control que el relativo a la presencia de todos los requisitos objetivos, subjetivos y formales de la solicitud. Para otros, en cambio, los administradores conservarían la facultad discrecional de rechazar la solicitud o modificar algunos de sus puntos, en aquellos casos en los que la convocatoria de la junta pueda razonablemente dañar el interés social. Esta última interpretación —sostenida, entre otros, por JUSTE, J., *últ. ob. cit.*, p. 255; DALMARTELLO, A., «Limiti oggettivi del diritto delle minoranze alla convocazione dell'assemblea», en *Riv. not.*, 1956, pp. 167 a 171. y BUONOCORE, V., *Le situazioni soggettive dell'azionista*, ob. cit., pp. 234 y 235— parece la más razonable. Reconocen, en concreto, la posibilidad de que el administrador se niegue justificadamente a convocar la junta solicitada a fin de debatir acerca de la responsabilidad de los administradores cuando consideren que la solicitud atenta contra el mejor interés de la sociedad, GARRETA, J.M., *La responsabilidad*, ob. cit., p. 150 y CALBACHO, F., ob. cit., p. 249, citando al anterior.

parece prevalecer siempre la interpretación del interés social realizada por esta última¹⁰⁴¹. Podría pensarse, en definitiva, que aquí deja «de ser verdadero el dogma de la personificación del interés social por la mayoría», en la medida que dicho interés «se identifica [necesariamente] con la minoría»¹⁰⁴².

No obstante, creemos que éste no es el significado que debe atribuirse a la legitimación de los socios minoritarios en este supuesto. La intención del legislador es únicamente la de trasladar al plano procesal un conflicto intrasocietario para el que se han agotado los mecanismos de resolución internos¹⁰⁴³. A tal fin, «blinda» la posición de la minoría, reconociéndole esa legitimación extraordinaria aun en contra de la decisión de la mayoría y otorgándole, además, un derecho de veto frente a cualquier maniobra de los socios de control que trate de evitar que sea un tercero imparcial —el juez— quien finalmente determine qué versión del interés social debe prevalecer (art. 238.2 LSC).

Ahora bien, ello no implica que la valoración de la minoría deba ser única y definitiva. Por un lado, porque, siendo cierto que la decisión de la sociedad de no exigir responsabilidades puede estar guiada por intereses particulares de la mayoría, es posible también que responda a una adecuada ponderación del interés común¹⁰⁴⁴. Y, por otro lado, porque cabe pensar igualmente que sea la decisión de la minoría la que se haya visto impulsada por motivaciones espurias o por un afán meramente obstruccionista. No se trata, pues, de privilegiar la interpretación del interés social realizada por la minoría frente a la de la mayoría, sino de favorecer que ambas puedan exponerse en sede judicial. Estamos ante dos visiones distintas de ese interés, cada una de ellas dotadas de idéntica «dignidad» en el plano jurídico, pero no por ello coincidentes¹⁰⁴⁵. El hecho de que la minoría identifique el interés del que se hace portadora con el resarcimiento a los daños imputados a los administradores, no implica necesariamente que ése sea, de hecho, el interés de la sociedad¹⁰⁴⁶. Por consiguiente, la intervención de esta última en el proceso, para contestar la actuación de la minoría puede estar perfectamente justificada (*infra* II.1, *sub c*).

¹⁰⁴¹ En estos términos, FAUCEGLIA, G., *ob. cit.*, p. 703, siguiendo, en este punto, a OPPO, G., «L'azione "sociale" di responsabilità», *ob. cit.*, p. 406.

¹⁰⁴² URÍA, R., en Garrigues-Uría, *Comentario*, *ob. cit.*, vol. 2, p. 183.

¹⁰⁴³ Así, GUERRERA, F., *La responsabilità deliberativa*, *ob. cit.*, pp. 330 y 331 y LATELLA, D., *ob. cit.*, p. 259.

¹⁰⁴⁴ Como hemos puesto de manifiesto en *supra* §9.II.2.1, son muchos y muy variados los motivos lícitos que pueden llevar a la sociedad incluso a desprenderse, de manera definitiva, del derecho al resarcimiento de los daños ocasionados por los administradores, mediante su renuncia.

¹⁰⁴⁵ LATELLA, D., *ob. cit.*, p. 259.

¹⁰⁴⁶ Cfr., en estos mismos términos, MEO, G., *Le società di capitali: le società con azioni quotate in borsa*, en Bessone (Dir.), *Trattato di diritto privato*, vol. 17, Turín [Giappichelli], 2002, p. 194. Especialmente gráficas son las palabras del autor, cuando afirma que, con el reconocimiento de la legitimación extraordinaria de la minoría, en los términos que proponemos en el texto, la ley huye «dal mito della minoranza minima quale espressione esponenziale di un interesse alla migliore gestione dell'impresa e del suo patrimonio, e perciò dell'interesse sociale, contra l'interesse egoistico della maggioranza a gestirlo ai propri fini scaricandone pro-quota i costi sul capitale di rischio minoritario» (*ob. cit.*, p. 189). En idéntico sentido, LATELLA, D., *loc. ult. cit.*

Queda claro, por tanto, que aquellos casos en los que la acción se fundamente en la infracción del deber de diligencia, la legitimación extraordinaria de la minoría *concorre* con la de la sociedad —y no la desplaza— desde el momento en que tiene lugar alguno de supuestos legitimadores contemplados por el artículo 239.1 I de la Ley de Sociedades de capital —falta de convocatoria de la junta, acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad o inexecución del acuerdo favorable en el plazo de un mes—. Por el contrario, cuando el fundamento de la acción sea la infracción del deber de lealtad, esta *conurrencia de legitimaciones* se produce desde el inicio. La minoría no adquiere el monopolio absoluto sobre la acción, sino que comparte su ejercicio con la sociedad, que será totalmente libre para intervenir en el proceso adoptando cualquier estrategia —favorable o desfavorable a la de los socios actuantes— que estime conveniente (*infra* II.1).

A la luz de estas reflexiones, la naturaleza de la legitimación extraordinaria que se reconoce a la minoría emerge con mayor claridad. No estamos ante la protección de una posición acreedora, como en el caso regulado en el artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital (*supra* I.2); tampoco se trata de auxiliar a una sociedad que se halla imposibilitada, frente al riesgo de que su voluntad quede procesalmente desamparada (*supra* I.3); ni de defender los intereses difusos de los ahorradores que participan en el mercado de valores (*supra* I.4). Lo que se intenta es la mejor «defensa del interés social» a la reparación del daño sufrido por la *mala gestio* de los administradores. Para ello, se desposee a la mayoría del monopolio legal que ostenta, con carácter general, en la determinación de ese interés (art. 159.2 LSC) y se atribuye a los socios que sean titulares de una fracción lo suficientemente representativa del capital social —el cinco o el tres por ciento— la facultad de *contribuir* a su correcta interpretación, pero sin desplazar a la propia sociedad.

Todo ello se traduce, en el plano procesal, en un supuesto de *ampliación de la legitimación* para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, dando entrada a la actuación *extraordinaria* de la minoría, *en defensa del interés social*¹⁰⁴⁷.

II. LA RENUNCIA A LA ACCIÓN SOCIAL EJERCITADA POR LOS SOCIOS MINORITARIOS

1. La intervención de la sociedad en el proceso iniciado por la minoría. Análisis de las distintas estrategias procesales que puede adoptar la sociedad. En particular, la renuncia a la acción

El haber identificado en la actuación de la minoría un supuesto de mera *ampliación* de la legitimación implica, en definitiva, que el ejercicio de la acción social

¹⁰⁴⁷ Quedan definidas, así, las posibles interacciones entre la legitimación principal de la sociedad y la extraordinaria de la minoría: en los supuestos de negligencia, si el proceso lo inicia la sociedad, la minoría sólo podrá intervenir como «coadyuvante» —intervención adhesiva simple— y si lo inicia la minoría, la sociedad podrá hacerlo en calidad de auténtico litisconsorte; por el contrario, en los casos de deslealtad, la legitimación de ambos «sujetos» concurre desde el principio, por lo que la intervención de cualquiera de ellos en el proceso iniciado por el otro será siempre de carácter litisconsorcial.

por parte de los socios *no priva a la sociedad de la posibilidad de intervenir en el proceso iniciado por aquélla*¹⁰⁴⁸. Con todo, debe tenerse en cuenta que, inicialmente, la sociedad no será parte en dicho proceso, dado que la Ley de Sociedades de Capital, a diferencia de lo que sucede con el *Codice civile* (art. 2393-*bis*, párrafo tercero), no impone la formación de un litisconsorcio pasivo necesario¹⁰⁴⁹. Al igual que ocurría con los acreedores (*supra* §10.II.2.1), los socios tampoco están obligados a llamar en causa a la sociedad, por lo que la relación procesal estará correctamente integrada con la sola presencia de la minoría y del administrador o administradores demandados.

Hay, sin embargo, quien afirma que nos encontramos ante un supuesto de «litisconsorcio pasivo necesario impropio», en la medida en que la presencia de la sociedad sería necesaria para que pudieran extenderse también a ella los efectos de cosa juzgada de la sentencia recaída en el proceso iniciado por los socios¹⁰⁵⁰. Pero, al margen de las dudas que suscita la propia figura del «litisconsorcio impropio», «cuasi necesario» o «jurisprudencial»¹⁰⁵¹, lo cierto es que la extensión *ultra partes* de los efectos de cosa juzgada se produce aquí *ex lege*, como consecuencia del carácter extraordinario de la legitimación de la minoría (arg. *ex art.* 222.3 LEC)¹⁰⁵².

¹⁰⁴⁸ Tampoco le impide presentar una nueva demanda, lo que, en su caso, dará lugar a la correspondiente acumulación de procesos (arts. 74 y ss. LEC) (cfr. QUIJANO, J., «La acción social de responsabilidad contra los administradores», *ob. cit.*, p. 442). *Contra*, lógicamente, quienes sostienen que la actuación de la minoría «deslegitima» a la sociedad (v. los autores citados *supra* en las notas 1001 y 1003). Niega, igualmente, que la sociedad pueda intervenir en el proceso iniciado por la minoría CALBACHO, F., *ob. cit.*, p. 281, pero lo hace sobre la base equivocada de que los socios actúan «como representantes» de aquélla (v. *supra* la nota 922).

¹⁰⁴⁹ Dispone el precepto italiano: «*La società deve essere chiamata in giudizio e l'atto di citazione è ad essa notificato anche in persona del presidente del collegio sindacale*». Que se trata de un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario era una cuestión pacífica ya en relación con el artículo 129 del *Testo Unico della Finanza* (cfr. OPPO, G., «L'azione "sociale" di responsabilità», *ob. cit.*, p. 409; BONELLI, F., «L'art. 129 Legge Draghi: L'azione di responsabilità esercitata dalla minoranza dei soci e l'assicurazione contro i rischi incorsi nella gestione», en Bonelli [*et al.*], *La riforma delle società quotate*, *ob. cit.*, p. 172; MUCCIARELLI, F.M., *ob. cit.*, p. 54; PICCIAU, A., «Sub art. 129», *ob. cit.*, p. 990; ROSSI, A., «Sub art. 129», *ob. cit.*, p. 120; CAMPOBASSO, G.F., «Sub art. 129», *ob. cit.*, p. 1072; CAPRIGLIONE, F., «Sub art. 129», *ob. cit.*, p. 1191 y MAVIGLIA, R., *ob. cit.*, p. 708) y lo sigue siendo actualmente (cfr. PICCIAU, A., «Sub artts. 2393-2393-*bis*; 2394-*bis*», *ob. cit.*, p. 616; ROSSI, A., «Sub art. 2393-*bis*», *ob. cit.*, p. 830; ENRIQUES, L. y MUCCIARELLI, F.M., *ob. cit.*, p. 879; AULETTA, F., *ob. cit.*, p. 488 y VASSALLI, F., «Sub art. 2393-*bis*», en Niccolini/Stagno d'Alcontres [a cura di], *Società di capitali*, Nápoles [E. Jovene], 2004, p. 696). *Contra*, únicamente, SAMBUCCI, L., *ob. cit.*, p. 116, el cual, partiendo de la idea de que los socios actúan como gestores de negocios ajenos en el proceso (v. *supra* la nota 969) concluye que la «*chiamata in giudizio*» de la sociedad no la convierte en litisconsorte.

¹⁰⁵⁰ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., y MARÍN DE LA BÁRCENA, F., *ob. cit.*, p. 179.

¹⁰⁵¹ Se trataría de un litisconsorcio que no vendría impuesto de forma expresa por la ley, pero que se deduciría «de principios generales del ordenamiento» (cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., en De la Oliva [*et al.*], *Curso*, *ob. cit.*, vol. 1, p. 474). Con todo, buena parte de la doctrina procesalista entiende que es una figura innecesaria que, además, habría sido erradicada por la actual Ley de Enjuiciamiento Civil regulando de forma expresa el litisconsorcio necesario, extendiendo los efectos de cosa juzgada en determinados supuestos (art. 222 LEC) y previendo la posibilidad de terceros en el proceso (cfr., por todos, ASENCIO, J.M., *Introducción al Derecho procesal*, 5ª ed., Valencia [Tirant lo Blanch], 2008, pp. 292 y 293).

¹⁰⁵² V. *supra* la nota 881 y el texto correspondiente, acerca de la falta de coordinación de este precepto, que, a la hora de regular la extensión de los efectos de cosa juzgada, se refiere únicamente a la actuación de las asociaciones de consumidores y usuarios (art. 11 LEC) y no a todos los supuestos de legitimación extraordinaria como sería lo correcto.

A pesar de ello, la sociedad debe tener la oportunidad de participar en el proceso. De modo que el tribunal deberá comunicarle su pendencia por el cauce del artículo 150.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (*supra* §10.II.2.1). Por tanto, la sociedad podrá decidir libremente su entrada en el litigio.

Si finalmente opta por personarse en la causa, podrá hacerlo adoptando distintas estrategias procesales. A este respecto, el único límite que encontrará su actuación viene representado por la prohibición de *venire contra factum proprium*, en el sentido de que deberá existir, en todo caso, una coherencia entre la toma de postura de la sociedad previa al proceso y su posterior posicionamiento en el mismo. Así, si la legitimación de la minoría surgió como consecuencia de un acuerdo de la junta contrario a la exigencia de responsabilidad, la sociedad no podrá reconsiderar después su decisión e intervenir en el proceso apoyando la demanda de los socios; salvo, claro está, que la minoría sustente la acción en datos o hechos nuevos o desconocidos por la sociedad¹⁰⁵³. Del mismo modo, y en sentido contrario, la sociedad no podrá personarse en el juicio defendiendo la posición de los administradores si previamente adoptó un acuerdo favorable al ejercicio de la acción. Pero fuera de estos casos, cuando la junta no haya tenido oportunidad de manifestarse acerca de la concurrencia de responsabilidad en la actuación de los administradores —bien por no haber sido convocada (art. 239.1 I LSC), o bien por haber actuado la minoría directamente, en los supuestos de deslealtad (art. 239.1 II LSC)—, la sociedad gozará de total libertad para diseñar su estrategia procesal.

Será, por tanto, en el proceso donde se desenvolverá íntegramente el conflicto mayoría-minoría en torno a la adecuada interpretación del interés social en el ejercicio de la acción. La sociedad podrá irrumpir en el mismo (a) sosteniendo la posición de la minoría, pero podrá hacerlo, igualmente, (b) ampliando o reduciendo las pretensiones formuladas por los socios e, incluso, (c) contestándolas y solicitando, en consecuencia, la absolución total o parcial de los administradores demandados. Lo que habrá que determinar, respecto de cada una de estas opciones, es, en primer lugar, qué carácter tiene la intervención de la sociedad —litisconsorcial o adhesivo simple (art. 13 LEC)—, en segundo lugar, si dicha intervención requiere un acuerdo de la junta y, en su caso, de qué tipo y, en tercer lugar, a quién corresponde la representación de la sociedad en el litigio.

a) La primera de las posibilidades con la que cuenta la sociedad es, como decimos, la de adherirse plenamente, tanto en el *petitum* como en la *causa petendi*, a la demanda presentada por los socios. Nos encontramos, en esta primera hipótesis, ante una intervención de carácter litisconsorcial, toda vez que la sociedad irrumpirá en el proceso afirmando la titularidad del derecho deducido por la minoría demandante (art. 13 LEC). Hay quien ha entendido que, en este supuesto, no sería necesario un acuerdo

¹⁰⁵³ Posibilidad ésta, la de que los socios aleguen en su demanda nuevos hechos o hechos desconocidos por la sociedad, que, en la práctica, se verá reducida a los supuestos de deslealtad, ya que el carácter subsidiario que presenta la legitimación de la minoría en los casos de negligencia le impedirá fundamentar la acción en actos u omisiones negligentes que no se hayan expuesto previamente a la valoración de la junta (v. *supra* la nota 1037 y el texto correspondiente).

de la junta aprobando la intervención, pues al fin y al cabo, la acción ya ha sido ejercitada, en vía extraordinaria, por la minoría¹⁰⁵⁴. Sin embargo, es preferible la opción contraria: aun cuando su pretensión coincida íntegramente con la de los socios actuantes, la sociedad deberá adoptar un acuerdo favorable a la intervención, ya que, de otro modo, se estaría delegando en el órgano de administración una competencia —la de decidir acerca del ejercicio de la acción— que la Ley atribuye a la junta con carácter exclusivo y excluyente (art. 238 LSC)¹⁰⁵⁵. Por otro lado, y en la medida en que el acuerdo traerá consigo la destitución de los administradores inculcados (art. 238.3 LSC), la sociedad deberá actuar en el proceso representada por los no afectados o por los nuevamente nombrados¹⁰⁵⁶.

b) Puede suceder, en segundo lugar, que la sociedad opte por ampliar las pretensiones formuladas por los socios, ya sea demandando a otro u otros administradores, añadiendo nuevos hechos a los alegados por la minoría o solicitando una condena mayor. En este otro caso, la intervención tendrá, de nuevo, carácter litisconsorcial (art. 13 LEC) y no cabe ninguna duda de que deberá estar avalada también por un previo acuerdo favorable a la exigencia de responsabilidad. Además, y al igual que en el supuesto anterior (*sub a*), dicho acuerdo conllevará la destitución automática de los administradores afectados, por lo que la representación de la sociedad en el proceso estará a cargo de los administradores frente a los que no se dirija la acción o de aquellos otros que sean nombrados en sustitución de los inculcados.

c) La tercera opción es la que, *a priori*, puede generar más controversia. Se trata de aquellos supuestos en los que la sociedad, sin renunciar al derecho al resarcimiento del daño ocasionado por los administradores (art. 238.2 LSC), decida intervenir en el proceso apoyando a éstos y solicitando, en consecuencia, la desestimación total o parcial de la demanda presentada frente a todos o frente a algunos de ellos. Dentro de esta hipótesis tendrían cabida los siguientes ejemplos: considérese, en primer lugar, que la sociedad se adhiere a la demanda por la que la minoría solicita la condena de los administradores Ticio y Cayo, pero insta la absolución de Sempronio, igualmente demandado por los socios; imagínese, en segundo lugar, que la sociedad reclama una indemnización inferior a la pedida por los minoritarios; y piénsese, en tercer lugar, que la sociedad solicita la completa absolución de todos los administradores demandados, bien por entender que su conducta no produjo daño alguno en el patrimonio social o no

¹⁰⁵⁴ DALMOTTO, E., ob. cit., p. 817, nota 73 y PICCIAU, A., «Sub art. 129», ob. cit., nota 155, en pp. 634 y 635, quien afirma que «[e]sigere la delibera assembleare nell'ipotesi in parola, quindi, si risolverebbe in un inutile aggravio procedurale».

¹⁰⁵⁵ Así lo ha entendido la mayor parte de los autores italianos, cfr., entre otros, ROSSI, A., «Sub art. 129», ob. cit., p. 121; ID., «Sub art. 2393-bis», ob. cit., p. 832; MEO, G., ob. cit., p. 197; STELLA, G., «Qualificazione giuridica», ob. cit., pp. 3480 y 3481 y ENRIQUES, L. y MUCCIARELLI, F.M., ob. cit., p. 880. Obviamente, el acuerdo de la junta no será necesario en el caso de que la minoría hubiera actuado precisamente ante la inexecución de un previo acuerdo favorable (art. 238.1 I LSC). Bastará, entonces, con que los administradores cumplan con el deber de ejecutar la voluntad de los socios.

¹⁰⁵⁶ Podría dudarse, ciertamente, del interés de la sociedad en intervenir en el proceso, simplemente apoyando la demanda de la minoría. Pero lo cierto es que dicha intervención puede estar plenamente justificada en la necesidad de controlar la adecuada conducción del proceso por parte de los socios.

puede ser objeto de reproche culpabilístico, o bien, simplemente, porque niega la legitimación de los socios demandantes, alegando, por ejemplo, que éstos no alcanzan el porcentaje legitimador exigido por la Ley (arts. 239 y 495.2, letra «a», LSC).

Estos casos son, sin duda, los más problemáticos, dado que lo más habitual es que el titular del derecho intervenga en el proceso uniéndose a las pretensiones formuladas por el legitimado extraordinario, dado que, en definitiva, este último litiga para obtener la reparación de un derecho perteneciente al primero. Ahora bien, es precisamente en la posibilidad de que la sociedad intervenga en el proceso manteniendo una posición discrepante en relación con la minoría donde se manifiesta con mayor claridad el carácter *sui generis* que presenta la legitimación extraordinaria de los socios (art. 239 LSC). Éstos litigan en defensa de un interés, el social, que carece de un contenido sustantivo, apreciable al margen de la voluntad de los socios. Qué duda cabe de que la conexión entre el grupo de control y los administradores aumenta el riesgo de que la decisión de no entablar la acción responda a un interés espurio de la mayoría. Por este motivo, la Ley introduce una medida correctora en el normal funcionamiento de la sociedad, permitiendo que la minoría ejercite la acción ante la pasividad de los mayoritarios e, incluso, en contra de la voluntad expresa de los mismos (art. 239 LSC). Pero es posible que la actitud pasiva de los socios de control o incluso su posición abiertamente contraria a la exigencia de responsabilidad no sea más que el resultado de una ponderada valoración del interés social y que sea justamente la minoría la que actúe movida por un interés extrasocietario. De ahí que el interés de la sociedad no pueda identificarse *tout court* con el ejercicio de la acción (*supra* I.4.2).

Al concederles la posibilidad de exigir responsabilidades a los administradores no se convierte a los socios en portadores del —único y verdadero— interés social. Tan sólo se les otorga el derecho a exponer ante los tribunales la que consideren como la interpretación más adecuada de dicho interés. Ello no debe impedir a la sociedad —*rectius*, a la mayoría— sostener, también en sede judicial, la conformidad con el interés social de la decisión de no entablar la acción, de entablarla frente a menos administradores o de hacerlo por una menor cuantía. De lo que se trata, en definitiva, es de trasladar al ámbito procesal un conflicto en la interpretación del interés social y, para que eso sea posible, es necesario que la sociedad pueda intervenir en el litigio iniciado por la minoría oponiéndose a las pretensiones formuladas por esta última¹⁰⁵⁷.

Este conflicto no difiere, en el fondo, del que subyace a la impugnación de un acuerdo de la junta: frente a la interpretación mayoritaria del interés social que queda reflejada en el acuerdo, el socio impugnante defiende la versión de ese interés que considera más correcta. Por eso, tiene todo el sentido que la Ley conceda a los socios que han votado a favor del acuerdo impugnado la posibilidad de intervenir en el proceso para mantener su validez (art. 206.4 LSC). De hecho, en los casos en los que la minoría ejercite la acción social frente al acuerdo de la junta contrario a la exigencia de responsabilidad (art. 239.1 I LSC), la irrupción de la sociedad en el proceso solicitando que se desestime la demanda puede entenderse —salvando las distancias— como una intervención de la mayoría en defensa de la validez dicho acuerdo¹⁰⁵⁸.

¹⁰⁵⁷ LATELLA, D., ob. cit., pp. 258 y 259.

¹⁰⁵⁸ Resulta, por ello, mucho más coherente la opción del legislador italiano que, al imponer la presencia de la sociedad mediante la formación de un litisconsorcio pasivo necesario (art. 2393-bis, párrafo tercero

Por tanto, no hay razón para ver en este posicionamiento de la sociedad una defensa a ultranza de los administradores frente al interés social encarnado en la minoría; la sociedad, simplemente, interviene haciendo valer la interpretación de ese interés que, a juicio de la mayoría, es la más adecuada.

No cabe, por tanto, ninguna duda: la sociedad podrá adoptar una estrategia procesal en contraste con la de la minoría¹⁰⁵⁹. El proceso adquirirá, entonces, una notable complejidad que no es posible abordar con profundidad en esta sede. Nos limitaremos a señalar, únicamente, que si la sociedad solicita la absolución total de los demandados, su intervención tendrá carácter adhesivo simple y no litisconsorcial, toda vez que la única parte pasiva en la relación jurídica debatida en el proceso es el administrador o administradores demandados¹⁰⁶⁰. De este modo, será considerada parte demandada y podrá alegar todos aquellos hechos impeditivos, modificativos, extintivos o excluyentes que estime oportuno, pero no le estará permitido allanarse. Por el contrario, si se limita a solicitar la absolución de alguno de los demandados o a pedir una condena menor, su intervención en el proceso tendrá carácter litisconsorcial y pasará a ocupar la posición de parte demandante, sin limitación de facultades.

Parte de la doctrina italiana ha entendido que este posicionamiento de la sociedad del lado de los administradores implicaría una forma de disposición abdicativa —siquiera mediata o indirecta— del derecho deducido en el proceso. Y, en consecuencia, considera que, en estos casos, la intervención debería ser aprobada por un acuerdo de la junta general sometido a la disciplina de la *renuncia a la acción social de responsabilidad* (arts. 2393, párrafo sexto, *C.Civile* y 238.2 LSC)¹⁰⁶¹. La minoría gozaría, así, de un derecho de oposición que impediría a la sociedad diseñar libremente su estrategia procesal. Sin embargo, esta interpretación no es atendible por dos razones: por un lado, y desde un punto de vista práctico, porque someter la decisión de la sociedad de intervenir en el proceso defendiendo la posición de los administradores a la ausencia de veto de la minoría significaría tanto como negarle esta posibilidad, puesto que los socios ejercitarían el derecho de veto de manera sistemática; pero es que, por

C.Civile), reconoce la existencia de este conflicto en la interpretación del interés social y permite que mayoría y minoría defiendan sus respectivas posiciones en el proceso (LATELLA, D., ob. cit., pp. 241 y ss., para quien la exigencia de «*chiamare in giudizio*» a la sociedad es precisamente lo que dota de sentido a la legitimación extraordinaria de la minoría).

¹⁰⁵⁹ Esta opinión es pacífica en Italia. Cfr., entre otros, CAMPOBASSO, G.F., «*Sub art. 129*», ob. cit., p. 1072; PICCIAU, A., «*Sub art. 129*», ob. cit., pp. 1025 y ss.; ID., «*Sub artts. 2393-2393-bis; 2394-bis*», ob. cit., pp. 635 y ss.; ROSSI, A., «*Sub art. 129*», ob. cit., pp. 120 y ss.; ID., «*Sub art. 2393-bis*», ob. cit., pp. 831 y ss. y ENRIQUES, L., y MUCCIARELLI, F.M., ob. cit., pp. 879 y ss.

¹⁰⁶⁰ La posición de la sociedad tendrá la misma naturaleza que la del socio que interviene en el proceso de impugnación de un acuerdo social manteniendo su validez (art. 206.4 LSC) y que se ha dicho que actuaría en condición de «coadyuvante» —i.e. su intervención tendría carácter «adhesivo simple»— (cfr. URÍA, R., en Garrigues-Uría, *Comentario*, ob. cit., vol. 1, p. 778 y URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J.M., *La junta general*, ob. cit., p. 360; *contra*, considerando que estamos ante una intervención de carácter «litisconsorcial», PÉREZ DAUDÍ, V., ob. cit., pp. 1238 y ss.).

¹⁰⁶¹ Cfr., fundamentalmente, PICCIAU, A., «*Sub art. 129*», ob. cit., pp. 1027 y ss. e ID., «*Sub artts. 2393-2393-bis; 2394-bis*», ob. cit., pp. 636 y 637. Le siguen, entre otros, MEO, G., ob. cit., p. 197; STELLA G., «*Qualificazione giuridica*», ob. cit., p. 3479, nota 76, SAMBUCCI, L., ob. cit., p. 118 y CONFORTI, C., ob. cit., pp. 913 a 915.

otro lado, y desde un punto de vista teórico, esta intervención de la sociedad no puede equipararse nunca a una renuncia al derecho al resarcimiento del daño. En efecto, lo que hace la sociedad al situarse al lado de los administradores no es renunciar al derecho sustantivo subyacente, sino adoptar una determinada estrategia procesal, solicitando al juez una condena por una menor cuantía o frente a un número menor de demandados, o bien, directamente, la absolución de todos ellos¹⁰⁶². De hecho, esta actuación de la sociedad no produce, por sí sola, la terminación anticipada del proceso mediante una sentencia absolutoria, como sucedería en caso de tratarse de una auténtica renuncia (art. 20.1 LEC), por lo que la minoría podrá seguir adelante con la acción ejercitada y el juez estimarla pese a la resistencia de la sociedad¹⁰⁶³. Por consiguiente, el acuerdo por el que se apruebe la intervención de la sociedad en defensa de los administradores *no debe sujetarse a la disciplina de la renuncia a la acción social de responsabilidad* (art. 238.2 LSC)¹⁰⁶⁴.

Un problema añadido que se plantea en estos supuestos es el de determinar a quién le corresponde la representación de la sociedad cuando ésta solicita la absolución de los administradores demandados, ya que sería perfectamente posible que éstos siguiesen aún en el ejercicio del cargo. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el ejercicio de la acción por parte de la minoría no lleva consigo la destitución, y que la sociedad habrá entrado en el proceso tras adoptar un acuerdo que en modo alguno puede entenderse «favorable al ejercicio de la acción» y que, por lo tanto, tampoco habrá producido este efecto (art. 238.3 LSC). De esta manera, puede ocurrir que el administrador demandado se encuentre, al mismo tiempo, representando a la sociedad en el proceso. Con todo, no parece que en esta situación tenga lugar un conflicto de intereses que aconseje el nombramiento de un apoderado especial por parte de la junta, puesto que el administrador estaría actuando siempre en el lado pasivo de la relación procesal: como parte demandada y, a la vez, como representante de la otra parte co-demandada¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶² Ni siquiera puede decirse que la sociedad esté renunciando a su «acción» procesal, ejercitada en vía extraordinaria por la minoría. Tan sólo está definiendo sus contornos, «afirmándola» en un sentido diverso a como lo hace la minoría o, incluso, negando su existencia. En otras palabras, la sociedad simplemente está delimitando su propia pretensión (cfr. DE LA OLIVA, A., *Curso*, ob. cit., p. 328).

¹⁰⁶³ ROSSI, A., «Sub art. 2393-bis», ob. cit., p. 833 y, con anterioridad, en ID., «Sub art. 129», ob. cit., p. 121.

¹⁰⁶⁴ Cfr., además de ROSSI, A., *loc. ult. cit.*, ENRIQUES, L. y MUCCIARELLI, F.M., ob. cit., p. 880; LATELLA, D., ob. cit., p. 310; DALMOTTO, E., ob. cit., p. 817; FORTUNATO, S., ob. cit., pp. 11 y 12 y MONTALENTI, P., *La società quotata*, ob. cit., p. 336, según el cual, «[i]l tentativo di ricondurre ogni deviazione dalle prospettazioni processuali della minoranza alla fattispecie della rinuncia o della transazione [...] costituisce una palese forzatura».

¹⁰⁶⁵ El supuesto es, por tanto, completamente distinto al regulado en el artículo 206.3 de la Ley de Sociedades de Capital en sede de impugnación de acuerdos. Como es sabido, este precepto establece que, en aquellos casos en los que sea el administrador único el que ejercite la acción de impugnación, la junta —y, en su defecto, el juez— deberá designar a la persona encargada de representar a la sociedad en el proceso. Aquí sí se produciría un conflicto de intereses ya que el administrador actuaría, al mismo tiempo, como parte demandante y como representante de la parte demandada.

d) Veamos, finalmente, qué sucede si la sociedad decide intervenir en el proceso para renunciar o acordar una transacción con el administrador o administradores demandados. A este respecto, lo primero que hay que señalar es que, a pesar de la actuación de la minoría, la sociedad mantendrá intactas sus facultades de disposición, tal y como se desprende del propio artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital — «*En cualquier momento* la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción»— y, en consecuencia, podrá llevar a cabo cualquiera de estos actos de disposición. Tanto uno como otro podrán tener por objeto el derecho sustantivo al resarcimiento del daño o la «acción» procesal —entendida en sentido concreto— que pertenece a la sociedad y que los socios ejercitan en vía extraordinaria (art. 20.1 LEC), pero, en ambos casos, se dejaría sin objeto —total o parcialmente— la «acción» procesal de la minoría¹⁰⁶⁶. De ahí que su adopción sólo sea posible mediante un acuerdo expreso, aprobado sin la oposición de la minoría (art. 238.2 LSC)¹⁰⁶⁷. De no mediar dicho acuerdo, el juez deberá inadmitir la renuncia o la transacción por ser contrarias a la ley y deberá dictar auto «mandando seguir el proceso adelante» (arts. 19.1 y 20.1 LEC).

La única duda que puede plantearse es si el derecho de oposición se atribuye en abstracto a cualquier minoría que ostente, al menos, el cinco (o el tres) por ciento del capital social o en concreto a la minoría que ha ejercitado la acción, aunque no conserve ese porcentaje a lo largo del proceso. La cuestión tendría relevancia práctica si se admitiese que la titularidad de ese porcentaje es un requisito de carácter puramente procesal, cuya pérdida no comporta el decaimiento de la acción. Si así fuese, podría darse el caso de que los socios actuantes no alcanzasen el cinco (o el tres) por ciento del capital social, y habría que determinar, entonces, si *esos mismos* socios podrían seguir oponiéndose a la renuncia o transacción acordada por la sociedad. Pero, a nuestro juicio, el porcentaje cuya titularidad habilita a la minoría para el ejercicio de la acción social no es un mero presupuesto procesal. Estamos ante uno de los elementos que configuran la *legitimación* extraordinaria de los socios y, por tanto, ante un requisito de fondo¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶⁶ En efecto, la «acción» de la minoría tiene por objeto el ejercicio de la «acción» de la sociedad y ésta se fundamenta, a su vez, en la existencia del derecho sustantivo al resarcimiento del patrimonio social (v. *supra* la nota 915), por lo que, fuese cual fuese el objeto sobre el que finalmente recayese el acto de disposición de la sociedad, los socios verían frustrada su iniciativa procesal (v. *supra* la nota 195 y el texto correspondiente).

¹⁰⁶⁷ En Italia, la posibilidad de que la sociedad renuncie a la acción social ejercitada por la minoría está expresamente prevista en el artículo 2393-*bis*, párrafo séptimo, del *Codice civile*, que declara aplicable, en estos casos, el régimen de la renuncia (art. 2393, párrafo sexto, *C. Civile*).

¹⁰⁶⁸ Siempre y cuando, claro está, se entienda que la legitimación no es un mero requisito procesal (v. *supra* la nota 760, donde se esbozan las dos teorías acerca de la legitimación). En sentido conforme a lo dicho en el texto pueden verse, en España, GARRIGUES, J., en Garrigues-Uría, *Comentario*, vol. 2, p. 184; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores*, ob. cit., p. 396 y JUSTE, J., claramente en *Los «derechos de minoría»*, ob. cit., pp. 451 y 452 y, con más dudas, en ID., «La legitimación subsidiaria», ob. cit., pp. 127 y 128. Y, en Italia, MUCCIARELLI, F.M., ob. cit., p. 82; PICCIAU, A., «Sub art. 129», ob. cit., pp. 988 a 990; ID., «Sub artts. 2393-2393-*bis*; 2394-*bis*», ob. cit., pp. 613 a 618; AULETTA, F., ob. cit., p. 488; RORDORF, R., «I poteri degli azionisti di minoranza nel Testo Unico sui mercati finanziari», ob. cit., p. 163; PACCHIAROTTI, S., ob. cit., p. 460 y LATELLA, D., ob. cit., pp. 283 y ss., quienes entienden que la legitimación no es un mero «*presupposto processuale*», sino una «*condizione dell'azione*» en sentido abstracto y, por tanto, tampoco una cuestión de fondo (v. la nota siguiente).

Esto significa que, en el momento de interponer la demanda la minoría estará obligada a acreditar que, efectivamente, posee la titularidad exigida por la Ley (arg. *ex art.* 266.5° LEC), pero esa titularidad deberá mantenerse igualmente a lo largo de todo el proceso y hasta el momento de la sentencia de forma ininterrumpida, porque, de lo contrario, el proceso finalizaría mediante sentencia de fondo absolutoria¹⁰⁶⁹. Por eso, los socios demandantes sólo podrán oponerse a la renuncia o transacción de la sociedad si aún conservan, al menos, el cinco (o el tres) por ciento del capital social, pero es que, sólo si conservan ese porcentaje, podrán aspirar a obtener una sentencia de condena. Dicho lo cual, y aunque carezca de relevancia práctica, debe admitirse que cualquier minoría legitimada —y no sólo la que ha ejercitado la acción— tendrá la oportunidad manifestar su oposición al acuerdo de la junta.

La cuestión acerca de si la titularidad del porcentaje mínimo es un requisito meramente procesal o una cuestión atinente al fondo del asunto ha sido objeto de un amplio debate tanto en España como en Italia¹⁰⁷⁰. Desde un punto de vista práctico, la primera interpretación presenta indudables ventajas¹⁰⁷¹: por un lado, evita el riesgo de que la mayoría adopte maniobras fraudulentas —como un aumento de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente (art. 308 LSC)— que priven de legitimación a la minoría actuante; por otro lado, impide que los administradores o los socios de control puedan negociar transacciones encubiertas con alguno o algunos de los minoritarios que han ejercitado la acción y cuya participación en el proceso es necesaria para mantener el porcentaje exigido; y, finalmente, permite a los socios actuantes transmitir su participación sin que ello afecte al proceso, lo cual resulta especialmente conveniente en las sociedades cotizadas, si se tiene en cuenta que, en ellas, el ejercicio de la acción social parece reservado a un tipo de accionistas —los inversores institucionales— que,

¹⁰⁶⁹ Cfr., por todos, DE LA OLIVA, A., *Curso*, ob. cit., vol. 1, p. 425. Téngase en cuenta, sin embargo, que esta sentencia dejaría imprejuzgada la acción de la sociedad, por lo que ésta podría volver a ejercitarla en un nuevo proceso (v. *infra* en el texto y en la nota 1074). Por su parte, la mayoría de los autores italianos para los que la titularidad de la participación mínima es un requisito de legitimación (v. la nota anterior) entienden, sin embargo, que sería suficiente con que se acreditase en el momento de dictar sentencia, pudiendo faltar en alguna de las fases del proceso (*contra*, LATELLA, D., ob. cit., pp. 283 y ss.). Asimismo, consideran que la ausencia de este requisito —que integraría una «*condizione dell'azione*» en sentido abstracto (v. *supra* la nota 177)— no conllevaría una sentencia absolutoria, sino que impediría que se dictase una sentencia sobre el fondo (*contra*, nuevamente, LATELLA, D., ob. cit., p. 298).

¹⁰⁷⁰ Además, en Italia, la cuestión se ha debatido también en relación con el porcentaje exigido por el artículo 2409 del *Codice civile* para denunciar al tribunal las irregularidades cometidas por los administradores (v. *supra* la nota 57 y el texto correspondiente). Las analogías que presenta este procedimiento con el ejercicio de la acción social de responsabilidad por la minoría ha hecho que la doctrina emplee los mismos argumentos a la hora de analizar ambos supuestos.

¹⁰⁷¹ Ésta es la tesis mayoritaria en ambos países. Cfr., en España, GIRÓN, J., *Derecho de sociedades anónimas*, ob. cit., p. 380, a quien cita SUÁREZ-LLANOS, L., ob. cit., p. 979, nota 152; RUBIO, J., *Curso*, ob. cit., p. 262; PUIG BRUTAU, J., «La responsabilidad de los administradores», ob. cit., p. 369; POLO, E., *Los administradores y el consejo*, ob. cit., p. 349; ESTEBAN VELASCO, G., «La acción social y la acción individual», ob. cit., p. 75; BÉRGAMO, A., ob. cit., p. 166; CALBACHO, F., ob. cit., pp. 272 y ss.; DÍAZ-ECHEGARAY, J.L., ob. cit., p. 325; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y MARÍN DE LA BÁRCENA, F., ob. cit., p. 181 y QUIJANO, J., «Legitimación subsidiaria de la minoría», ob. cit., pp. 1717 y 1718. En Italia, cfr. CAMPOBASSO, G.F., «*Sub art. 129*», ob. cit., pp. 1069 y 1070; ROSSI, A., «*Sub art. 129*», ob. cit., p. 119; ENRIQUES, L. y MUCCIARELLI, F.M., ob. cit., pp. 872 y ss. y DALMOTTO, E., ob. cit., p. 812, quien advierte que, en todo caso, la minoría que hubiera perdido la titularidad mínima no podría oponerse a la renuncia o transacción acordada por la sociedad. En relación con el procedimiento *ex artículo 2409 del Codice civile* considera que estamos ante un requisito meramente procesal DOMENICHINI, G., «Il controllo giudiziario sulla gestione delle società per azioni», en Rescigno (Dir.), *Tratatto*, ob. cit., vol. 16, tomo 2, p. 602.

por sus propias características, no pueden vincular su inversión hasta la finalización de un proceso que puede durar años y cuyo resultado no les beneficiará directamente¹⁰⁷². Con todo, ninguno de estos argumentos puede considerarse definitivo. En primer lugar, los socios demandantes cuentan siempre con la posibilidad de impugnar el aumento de capital dilutorio. Y, dadas las circunstancias, la mayoría tendrá muy difícil justificar su adopción en la supuesta maximización del interés social (art. 308.1 LSC)¹⁰⁷³. En segundo lugar, el riesgo que entraña una posible transacción encubierta con la minoría es más aparente que real. Por una parte, porque la sentencia que absuelva al administrador por apreciar la falta de legitimación activa de la minoría dejará imprejuizada la acción de la sociedad que podrá volver a ejercitarla¹⁰⁷⁴, lo que hace poco atractivo para el administrador demandado adquirir la participación residual de alguno de los socios demandantes. Y, por otra parte, porque si es la mayoría la que «compra» al socio minoritario ya no habrá ningún «interés social» que tutelar en el proceso. Hemos insistido en varias ocasiones en el hecho de que no existe un interés objetivo de la sociedad en ejercitar la acción social. Éste subsiste, sólo y exclusivamente, en la medida en que haya socios titulares de una participación relevante —el cinco (o el tres) por ciento— que estén dispuestos a defenderlo ante los tribunales. Lo que no cabe es que la minoría se apropie de una indemnización que pertenece a la sociedad y, por eso, los socios demandantes no pueden renunciar ni transigir sobre el derecho al resarcimiento del patrimonio social (*infra* 2). Pero si no hay ninguna minoría que alcance la titularidad legitimante y que esté interesada en hacer valer ese derecho, el litigio no puede continuar, porque no hay ningún «interés social» que lo sustente. ¿O es que acaso debería mantenerse el proceso de impugnación de un acuerdo de la junta por lesión del interés social cuando la mayoría ha «compensado» extrajudicialmente a los socios impugnantes a cambio de su desistimiento?¹⁰⁷⁵ La situación es la misma en ambos supuestos. Ello nos lleva a descartar también el último de los argumentos a favor de la tesis criticada. Se dice que si los socios demandantes tuvieran que mantener su participación en el capital hasta la sentencia, se les estaría «encadenando» a la sociedad durante todo el proceso. Pero lo cierto es que los socios son libres para amortizar su inversión cuando lo estimen conveniente, ya que el Ordenamiento español no contiene ninguna norma que imponga el depósito de las acciones o participaciones como requisito para ejercitar la acción social. Ahora bien, en el caso de que la participación del socio transmitente fuese necesaria para mantener el porcentaje de capital mínimo, el administrador demandado podrá poner de manifiesto la falta de legitimación activa del resto de

¹⁰⁷² Ponen de manifiesto el efecto desincentivador que tendría sobre los inversores institucionales la necesidad de mantener su participación durante todo el desarrollo del proceso ROSSI, A., «Sub art. 2393-bis», ob. cit., p. 828 y ENRIQUES, L. y MUCCIARELLI, F.M., ob. cit., pp. 874 y 875.

¹⁰⁷³ MUCCIARELLI, F.M., ob. cit., p. 82. En el mismo sentido, aunque en relación con el procedimiento de denuncia al tribunal *ex art.* 2409 del *Codice civile*, entiende TEDESCHI, G.U., *Il controllo giudiziario sull'amministrazione delle società di capitali*, Padua [Cedam], 1965, p. 345, que el acuerdo de aumento de capital sería nulo por vulnerar un derecho de la minoría. También con referencia al artículo 2409, puede verse Trib. Milano, de 9 de junio de 1994, en *Giur. comm.*, 1996, pp. 273 a 277, con nota de RUBINO DE RITIS, en la que se señala que «è annullabile la delibera di aumento del capitale sociale per abuso o eccesso di potere, qualora sia intenzionalmente preordinata a far venir meno la legittimazione dei soci di minoranza a promuovere il controllo giudiziario». Por su parte, PICCIAU, A., «Sub arts. 2393-2393-bis; 2394-bis», ob. cit., pp. 617 y 618 propone que el capital social a tener en cuenta para calcular el porcentaje sea siempre el existente en el momento de interponer la demanda, de forma que las posteriores alteraciones en el mismo no puedan influir en la legitimación de la minoría. En el mismo sentido, pero igualmente en relación con el procedimiento 2409 del *Codice civile*, puede verse CANALE, G., «Sulla titolarità del decimo del capitale sociale ai sensi dell'art. 2409 c.c.», en *Giur. comm.*, 1985, II, p. 372.

¹⁰⁷⁴ En efecto, la sentencia sólo se pronunciará acerca de la ausencia de legitimación de la minoría, pero no sobre los presupuestos de la acción social de responsabilidad.

¹⁰⁷⁵ No en vano, el artículo 2378, párrafo segundo, del *Codice Civile*, en su redacción tras la reforma de 2003, establece que si, durante el transcurso del proceso, el socio impugnante pierde la titularidad mínima necesaria para ejercitar la acción de impugnación (art. 2377, párrafo tercero, *C. Civile*), el juez no podrá declarar la anulación del acuerdo, sin perjuicio de que puedan aplicarse las normas sobre sucesión procesal (art. 111 *C.p.c.*).

socios por vía de excepción y el proceso concluirá mediante una sentencia desestimatoria, puesto que no existe ningún interés, más allá del de los propios socios, en mantener el ejercicio de la acción social¹⁰⁷⁶.

Por supuesto, la sociedad también podrá acordar la renuncia o transigir con los administradores demandados aunque no se haya personado en la causa, dado que *la actuación de la minoría no comporta, en absoluto, una situación de indisponibilidad en relación con su patrimonio*¹⁰⁷⁷. En ese caso, tendrá la carga de hacer valer el acto dispositivo en el proceso (art. 22.2 LEC) y los socios demandantes la de oponerse si no quieren ver frustrada su iniciativa (art. 238.2 LSC).

2. Los socios no pueden renunciar a la acción (social) ejercitada. Las dudas en Derecho italiano

Como hemos venido diciendo a lo largo de este epígrafe, la legitimación de la minoría (art. 239 LSC) tiene carácter extraordinario, en la medida en que no se basa en la afirmación de la titularidad del derecho deducido en el proceso (art. 10 II LEC). La posición procesal de los socios no difiere, por tanto, de la que ostentan los acreedores sociales (art. 240 LSC). Al igual que estos últimos, actuarán como parte demandante y tendrán reconocidos los más amplios poderes en el plano procesal¹⁰⁷⁸. En consecuencia, podrán poner fin al litigio iniciado, presentando el correspondiente escrito de desistimiento. Sabemos ya que este acto, de naturaleza estrictamente procesal (*supra* §4), no repercute, en absoluto, sobre la relación jurídica sustantiva, que seguirá existiendo en el patrimonio social, de modo que la misma minoría actuante u otra cualquiera, la sociedad o los acreedores sociales podrán volver a ejercitar la acción social contra los mismos administradores y con base en los mismos hechos (art. 20.3 II LEC).

Las limitaciones a su actuación estarán referidas, como en el caso de los acreedores, a los actos que impliquen un poder de disposición sobre el derecho deducido en el proceso. En particular, *la minoría no podrá renunciar a ese derecho ni acordar una transacción sobre el mismo*¹⁰⁷⁹. Esta conclusión no sólo es coherente con la naturaleza extraordinaria de su legitimación, sino que viene impuesta por la necesidad de evitar que los socios entablen la acción con el único propósito de llevar a cabo «transacciones encubiertas» que perjudiquen los intereses de la sociedad. En efecto, si los socios actuantes pudieran vincular con su renuncia o transacción a la sociedad y a

¹⁰⁷⁶ Todo ello, sin perjuicio de que pudieran resultar de aplicación las normas sobre sucesión procesal (art. 17 LEC); lo cual, dicho sea de paso, parece poco probable, habida cuenta de que lo transmitido, en estos casos, no es el «objeto litigioso» (sobre esta cuestión, cfr. LATELLA, D., ob. cit., pp. 293 y ss.).

¹⁰⁷⁷ V. *supra* en las notas 888 y 890 y el texto correspondiente lo que dijimos al hablar de la actuación de los acreedores.

¹⁰⁷⁸ V. *supra* la nota 897 en relación con las particularidades que presenta la valoración del interrogatorio de los acreedores, que serían aplicables también a la declaración de los socios minoritarios.

¹⁰⁷⁹ Obviamente, tampoco podrán renunciar o transigir sobre la «acción» procesal perteneciente a la sociedad, ya que, sobre ella, sólo tienen una facultad extraordinaria de ejercicio y no de disposición.

otras minorías, los administradores demandados —o aun la propia mayoría— tendrían incentivos para negociar la finalización del proceso a cambio de una contraprestación de la que se beneficiarían únicamente esos socios y no la sociedad, titular del patrimonio lesionado. A este respecto, hay quien ha apuntado la conveniencia de transportar al Ordenamiento español la *Rule 23.1(c)* de las *Federal Rules of Civil Procedure* norteamericanas, según la cual:

«*A derivative action may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court's approval. Notice of a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise must be given to shareholders or members in the manner that the court orders*»¹⁰⁸⁰.

Con todo, una regla semejante no parece necesaria, toda vez que, como decimos, los socios no están capacitados para disponer válidamente del derecho perteneciente a la sociedad. Sin perjuicio de que puedan proponer una renuncia o transacción a la junta, lo único que podrán hacer es renunciar o transigir sobre «su» propia acción procesal, pero ninguno de estos actos perjudicará la acción de la sociedad, que podrá seguir siendo ejercitada por ésta, por otra minoría o por los acreedores sociales¹⁰⁸¹.

Breve excursus sobre la renuncia («dismissal») y la transacción («settlement») de la «derivative action» conforme al Derecho norteamericano. En sus orígenes, la *derivative action* ejercitada por los socios «*on behalf of the corporation*» se concebía como una acción doble, dirigida contra los administradores y, por eso, hoy en día, la primera deba ser demandada («*nominal defendant*») junto con los segundos («*real defendants*»)¹⁰⁸². Pero lo cierto es que el socio o socios actuantes tienen reconocidas plenas facultades sobre la conducción del proceso, pudiendo incluso renunciar o transigir con efectos frente a la sociedad y frente a los demás accionistas¹⁰⁸³. Por eso, no es de extrañar que, antes de aprobarse la *Rule 23*, los socios contasen con poderosos incentivos para ejercitar la acción social con el único ánimo de obtener

¹⁰⁸⁰ Es, en concreto, el profesor PAZ-ARES, C., en su escrito «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», ob. cit., p. 59, quien proponía —ya antes de la reforma de 2014— que los socios pudieran ejercitar directamente la acción social en los supuestos de infracción del deber de lealtad y, para estos casos, consideraba oportuno introducir una disposición similar a la de las *Rules* norteamericanas: «*Una vez admitida a trámite la demanda, cualquier transacción que ponga fin al proceso deberá ser autorizada por el juez. El juez resolverá según su prudente arbitrio en función de la adecuación del contenido de la transacción a los hechos y argumentos acreditados en el proceso*». El citado autor justifica la propuesta en la necesidad de reducir el riesgo de que los socios ejerciten la acción con fines de extorsión (v., sin embargo, *infra* en el texto).

¹⁰⁸¹ Sobre la posibilidad de que los socios actuantes renuncien o transijan sobre «su» propia acción y las consecuencias de estos actos sobre la legitimación de la sociedad, véanse las reflexiones a la luz del Derecho italiano que hacemos *infra* en el texto.

¹⁰⁸² CLARK, R., ob. cit., p. 639.

¹⁰⁸³ Por lo que respecta a la transacción, esta conclusión es clara (cfr. HAUDEK, W.E., «The Settlement and Dismissal of Stockholders' Actions – Part II: The Settlement», en *Sw. L. J.*, núm. 23, 1969, p. 807, según el cual, la sentencia por la que se apruebe el acuerdo transaccional «*constitutes res judicata of the claims in suit and bars their further assertion in the same or any other action. In a derivative case it binds the corporation and all its stockholders*»). Pero lo es menos en relación con la renuncia, ya que este otro acto, al no comportar beneficio alguno para la sociedad, hace que el socio actuante que lo lleve a cabo, pierda la condición de «*adequate representative*», exigida por la Ley para actuar en nombre de la sociedad (*Rule 23.1[a] FRCP*), y, en consecuencia, sus actos dejan de vincular a ésta y al resto de socios (cfr. HAUDEK, W.E., «The Settlement and Dismissal of Stockholders' Actions – Part I: The Dismissal», en *Sw. L. J.*, núm. 22, 1968, pp. 785 y ss.).

transacciones privadas en perjuicio de los intereses de la sociedad («*strike suits*»). Además, el hecho de que los abogados del demandante se aseguren el cobro de los honorarios mediante la transacción ha favorecido aún más el ejercicio abusivo de estas acciones¹⁰⁸⁴. El sistema ideado por la *Rule* para evitar estos abusos es el siguiente: cuando las partes deciden llegar a una transacción —o el demandante pretende renunciar— el tribunal convoca al resto de socios («*objectors*») a una audiencia para que puedan manifestar su opinión y proponer objeciones al acuerdo¹⁰⁸⁵; oídas las partes, el tribunal aprobará la transacción o la renuncia siempre que las considere «*fair, reasonable and adequate*» y realizadas en beneficio de la sociedad. Se trata de una decisión completamente discrecional por parte del tribunal, pero que, en cualquier caso, debe responder a un «*reasoned judgment*». El principal criterio que siguen los tribunales a la hora de aprobar la transacción es la mayor o menor probabilidad de éxito de las pretensiones del demandante («*likelihood of recovery*»): cuanto mayor sea dicha probabilidad más razones tendrá el tribunal para no aprobar la transacción. Por su parte, la renuncia sólo será aprobada en el caso de que ningún otro socio muestre su intención de seguir adelante con el litigio.

Idénticas conclusiones a las que hemos llegado en relación con el Ordenamiento español pueden verse en la literatura italiana anterior a la reforma de 2003. En efecto, los autores que, en su momento, analizaron la legitimación regulada en el artículo 129 del *Testo Unico della Finanza* afirmaron de manera prácticamente unánime que la minoría no podía renunciar a la acción ejercitada, toda vez que «*con la legittimazione straordinaria all'azione sociale di responsabilità i soci di minoranza non acquistano in alcun modo la facoltà o il potere di disporre della azione spettanti alla società*»¹⁰⁸⁶. El

¹⁰⁸⁴ Un ejemplo de los beneficios que obtienen los abogados del demandante mediante la transacción de la acción puede verse en CLARK, R., ob. cit., pp. 657 y 658.

¹⁰⁸⁵ A menudo, suele convocarse una primera audiencia que se celebra ante un «*master*» o «*referee*», a la que no están convocados el resto de socios, y que tiene por objeto la elaboración de un informe acerca de la conveniencia o no de la transacción para la sociedad que el juez podrá tener en cuenta a la hora de tomar su decisión (HAUDEK, W.E., ob. cit., segunda parte, p. 789).

¹⁰⁸⁶ PICCIAU, A., «*Sub art. 129*», ob. cit., p. 1028 (v., asimismo, pp. 1035 y 1036). En idéntico sentido, pueden verse CAMPOBASSO, G.F., «*Sub art. 129*», ob. cit., p. 1073; BONELLI, F., «*L'art. 129 Legge Draghi*», ob. cit., p. 174; SALAFIA, V., «*Gli organi direttivi*», ob. cit., p. 257; ROSSI, A., «*Sub art. 129*», ob. cit., p. 123; RISCOSSA, M.M., «*Sub art. 129*», ob. cit., p. 172; RORDORF, R., «*I poteri degli azionisti di minoranza nel Testo Unico sui mercati finanziari*», ob. cit., p. 162; STELLA, G., «*Qualificazione giuridica*», ob. cit., p. 3481 y MEO, G., ob. cit., pp. 195 y 196. *Contra*, OPPO, G., «*L'azione "sociale" di responsabilità*», ob. cit., p. 406, quien entiende que la minoría podría renunciar o transigir sin necesidad de contar con el consentimiento de la sociedad, siempre y cuando esta última se hubiese manifestado en contra del ejercicio de la acción. La postura del autor se apoya en su particular concepción de la legitimación de la minoría como supuesto de gestión de negocios ajenos en el proceso (v. *supra* 3). Pero, incluso desde este punto de vista, resulta bastante discutible que la minoría pueda llevar a cabo un acto de disposición abdicativo, como es la renuncia, sin el consentimiento del titular del derecho —la sociedad—. Como dice ROSSI, A., últ. ob. cit., p. 123, la tesis de Oppo, aunque «*senz'altro giustificata dal punto di vista degli interessi in gioco*», «*non dà atto di come i soci possano disporre del diritto della società al risarcimento del danno*» (el énfasis está en el original). La única forma de entender que el acuerdo de la sociedad es innecesario, continúa diciendo Rossi, sería suponer que ésta, «*resistendo all'azione, abbia già rinunciato al diritto*», pero «*anche in tal caso una tale resistenza dovrebbe presupporre una deliberazione assembleare che, se autorizzasse una rinuncia sostanziale al diritto al risarcimento, dovrebbe comunque superare lo scoglio del veto del cinque per cento*». También muestra sus dudas en relación con la interpretación mayoritaria MUCCIARELLI, F.M., ob. cit., p. 94, para el cual, «*[e]ssendo titolari dell'azione gli azionisti [...], i quali detengono una legittimazione in tutto autonoma, si dovrebbe concludere, in linea puramente teorica, che la stessa minoranza possa rinunciare all'azione o transigere*». No obstante, el autor acaba descartando esta interpretación sobre la base de que la acción ejercitada por los socios pertenecería, en realidad, a varias «*minorías*» legitimadas, por lo que no sería posible que una sola de ellas llevara a cabo un acto abdicativo con efecto frente a todas. Esta otra tesis

único acto dispositivo que les estaría consentido sería la «*rinunzia agli atti del giudizio*» (art. 306 *C.p.c.*) —esto es, el desistimiento—, que, al proyectarse únicamente sobre el proceso iniciado, dejaría incólume el derecho de la sociedad y de otras minorías, que podrían seguir ejercitando la acción social contra los mismos administradores y por los mismos hechos dañosos¹⁰⁸⁷.

En este estado de cosas, no es de extrañar la enorme perplejidad con la que fue recibida, en 2003, la nueva regulación del ejercicio de la acción social por los socios minoritarios. En aparente contradicción con las conclusiones alcanzadas hasta el momento, el párrafo sexto del artículo 2393-*bis* del *Codice civile*, pasó a afirmar lo siguiente:

«I soci che hanno agito possono rinunciare all'azione o transigerla; ogni corrispettivo per la rinuncia o transazione deve andare a vantaggio della società».

Pronto se advirtió que la norma era, cuando menos, poco oportuna, en la medida en que, aparentemente, pasaba a reconocerles a los legitimados extraordinarios un poder que, en buena lógica, se les había venido negando hasta ahora, como es el de realizar actos de disposición sobre un derecho que no le pertenece¹⁰⁸⁸. Por eso, tratando de darle un sentido, se dijo que esa «*rinuncia all'azione*» debía entenderse como «*rinuncia agli atti del giudizio*» (art. 306 *C.p.c.*). Víctima de un *lapsus calami*, el legislador no habría pretendido, en realidad, ir más allá en lo afirmado hasta entonces por la doctrina, por lo que el precepto debía ser objeto de una interpretación correctora: a la minoría solamente le estaría permitido desistir del proceso, en el buen entendido de que éste es el único acto que no impide a los *mismos socios* u otros o a la propia sociedad volver a ejercitar la acción¹⁰⁸⁹.

coincide, al menos parcialmente, con la que actualmente mantiene parte de la doctrina, en relación con el artículo 2393-*bis*, párrafo sexto, del *Codice civile* (v. *infra* en el texto).

¹⁰⁸⁷ Cfr. los autores citados en la nota anterior. No obstante, el desistimiento de la minoría debería ser consentido por la sociedad si ésta se hubiera personado en el proceso, tal y como dispone el artículo 306, párrafo primero, del *Codice di procedura civile* («*Il processo si estingue per rinuncia agli atti del giudizio quando questa è accettata dalle parti costituite che potrebbero aver interesse alla prosecuzione*»).

¹⁰⁸⁸ SALAFIA, V., «Amministrazione e controllo delle società di capitali nella recente riforma societaria», en *Società*, núm. 12, 2002, p. 1470 y, citando al anterior, IANNIELLO, B., *La riforma del diritto societario*, 3ª ed., Milán [Ipsa], 2005, p. 85. Ya al comentar el proyectado artículo 2393-*bis*, párrafo sexto, que aparecía, en los mismos términos, en el «*Schema di decreto legislativo*», aprobado por Consejo de Ministros en sesión de 30 de septiembre de 2002 y publicado en *Riv. soc.*, 2002, pp. 1346 y ss., decía ABBADESSA, P., «Assemblea, amministrazione e controllo», ob. cit., p. 1477, que «*Il carattere lato sensu surrogatorio dell'azione promossa dai soci conduce ad escludere che essi abbiano il potere di rinunciare o transigerla, pur conservando la possibilità di rinunciare al giudizio intrapreso [...]. Il testo del progetto va corretto in questo senso*». Pero, por desgracia, la norma no fue corregida.

¹⁰⁸⁹ Esta primera aproximación puede verse en SALAFIA, V., *loc. ult. cit.*; MONTALENTI, P., *La società quotata*, ob. cit., p. 340 y COLOMBO, G.E., «Amministrazione e controllo», en AAVV, *Il nuovo ordinamento delle società*, Milán [Ipsa], 2003, p. 185, para el cual, «*i soci che hanno agito possono rinunciare all'azione (più correttamente si sarebbe dovuto dire "al giudizio": l'azione, in capo alla società, ovviamente rimane: in altre parole, pur dopo che la minoranza avesse esercitato l'azione per un certo fatto dannoso ed avesse poi rinunciato, nulla impedirebbe all'assemblea di deliberare che la società eserciti direttamente l'azione di responsabilità per lo stesso fatto dannoso)*».

No obstante, la lógica insatisfacción que produce todo recurso a una *interpretatio abrogans* ha llevado a algunos autores a realizar un esfuerzo reconstructivo, tratando de dotar de significado al precepto sin alterar su tenor literal. Para ellos, la correcta interpretación del artículo 2393-*bis* del *Codice civile* debe partir de la necesaria distinción entre las diferentes situaciones jurídicas subjetivas que entran en escena cuando es la minoría la que ejercita la acción social de responsabilidad¹⁰⁹⁰.

En este sentido, sería posible identificar, en primer lugar, (a) el «derecho al resarcimiento del daño» ocasionado por la *mala gestio* de los administradores, que pertenecería, en exclusiva, a la sociedad como titular del patrimonio lesionado. A su vez, este derecho de crédito, sustantivo o material, serviría de fundamento a (b) una «acción» —derecho procesal— primaria o principal de la que seguiría siendo titular única la sociedad y, en virtud de la cual, podría invocar la tutela jurisdiccional —concreta o abstracta, según se entienda— del primero. Pero, junto a esta acción principal, la minoría sería también titular, en su condición de legitimado extraordinario, (c) de una «acción» —procesal— propia, de carácter accesorio o derivado, que le permitiría ejercitar la acción de la sociedad para lograr la defensa, ante los tribunales, del derecho sustantivo perteneciente a esta última¹⁰⁹¹. De este modo, sucedería, como afirma ROSSI, que:

*«Il diritto (sostanziale) al risarcimento dei danni a favore della società insiste esclusivamente sul patrimonio di questa ma lo stesso diritto può essere fatto valere da n legittimati titolari autonomamente di n diritti di azione»*¹⁰⁹².

Correctamente delimitadas estas tres situaciones jurídicas e identificados sus respectivos titulares, resultaría mucho más sencillo determinar cuál es el sujeto competente para llevar a cabo actos de disposición —renuncia o transacción— sobre cada una de ellas y establecer los correspondientes efectos jurídicos.

a) En primer lugar, parece claro que la sociedad, en cuanto sujeto dañado por la conducta de los administradores, sería la única legitimada para acordar una renuncia o transacción que tuviera por objeto el derecho —sustantivo— al resarcimiento del patrimonio social lesionado. Cualquiera de estos actos provocaría la extinción —total o parcial— de ese derecho y, en consecuencia, dejaría sin objeto tanto la acción de la sociedad, como la de la minoría. De ahí que su adopción requiriese, en todo caso, un acuerdo de la junta, que deberá ser aprobado sin el voto contrario de la minoría (art. 2393, párrafo sexto, *C.Civile*).

¹⁰⁹⁰ Para esta otra interpretación cfr., con algunos matices entre ellos, ROSSI, A., «Sub art. 2393-*bis*», ob. cit., pp. 834 a 839; ENRIQUES, L., y MUCCIARELLI, F., ob. cit., pp. 880 a 886; AULETTA, F., ob. cit., pp. 490 y 491 y LATELLA, D., ob. cit., pp. 340 y ss. (v. espec. pp. 350 a 356).

¹⁰⁹¹ No se hace referencia a una cuarta situación jurídica, que sería (d) el derecho sustantivo o material que el artículo 2393-*bis* del *Codice civile* concede a la minoría para el ejercicio de la acción social y que fundamentaría «su» acción procesal, ya que se trataría de un «derecho de minoría», en cuanto tal, indisponible para la minoría actuante.

¹⁰⁹² ROSSI, A., «Sub art. 2393-*bis*», ob. cit., p. 836 (el énfasis está en el original). V. cuanto dijimos al respecto *supra* en la nota 780 y el texto correspondiente.

b) Tampoco parece dudoso, en segundo lugar, que la sociedad sería asimismo la única que podría renunciar o transigir a la acción —procesal— primaria o principal, puesto que ésta también le pertenece en exclusiva. Ahora bien, suponiendo que la renuncia a este otro derecho procesal pudiera distinguirse de la renuncia al derecho sustantivo —lo cual presupone, como sabemos, la adopción un concepto «concreto» de acción (*supra* §3.II.1)— cabría pensar que los efectos de uno y otro actos son diferentes. Pero, como ya tuvimos ocasión de demostrar, se da la circunstancia de que los derechos de crédito se agotan en una única acción declarativa de condena y, por eso, la renuncia a esta última supone, en la práctica, una renuncia —mediata o indirecta— al primero (nuevamente, *supra* §3.II.1). Por lo demás, el carácter vicario de la acción perteneciente a la minoría haría que ésta se viese igualmente privada de objeto por el acto abdicativo de la sociedad¹⁰⁹³. Por tanto, la aprobación de cualquier negocio abdicativo que se proyectase sobre este otro derecho —procesal— correspondiente a la sociedad requeriría, igualmente, la adopción de un acuerdo expreso sin oposición de los socios minoritarios (art. 2393, párrafo sexto, *C.Civile*).

c) Finalmente, la renuncia o transacción podría tener por objeto la acción —procesal—, de carácter accesorio o derivado, de la que es titular la minoría en virtud de la legitimación extraordinaria que le reconoce la Ley (art. 2393-*bis*, *C.Civile*). A diferencia de los dos anteriores, este último acto dispositivo estaría reservado a los socios actuantes, quienes, ciertamente, no podrían renunciar o transigir al derecho —sustantivo— al resarcimiento del daño, ni a la acción —procesal— de la sociedad, pero sí podrían llevar a cabo actos de disposición sobre «su» propia acción. Frente al mero desistimiento (art. 306 *C.p.c.*), la renuncia a esta acción propia de la minoría impediría a los socios actuantes volver a iniciar un proceso frente a los mismos administradores y con base en los mismos hechos; si bien dejaría intactas la acción de la sociedad y de

¹⁰⁹³ ROSSI, A., «Sub art. 129», ob. cit., pp. 836 y ss., va más allá en su razonamiento, afirmando que la acción de la minoría es absolutamente independiente de la acción de la sociedad, de forma que la renuncia de esta última no obstacularía la actuación de la primera (en idéntico sentido, cfr. ENRIQUES, L. y MUCCIARELLI, F.M., ob. cit., pp. 885 y 886). Esta solución vendría avalada por el artículo 2409-*decies*, párrafo quinto, del *Codice civile*, según el cual, la renuncia a la acción por parte de la sociedad o del «consiglio di sorveglianza», no impide el ejercicio de la acción por la minoría. La interpretación de este otro precepto es también extremadamente compleja (v. *supra* la nota 223), pero no parece ir en la línea apuntada por Rossi. Se trata de un artículo dictado exclusivamente para las sociedades que hubieran optado por un modelo de administración dualista (arts. 2409-*octies* a 2409-*quindiesdecies*, *C.Civile*) y del que no puede hacerse una interpretación extensiva. En este sentido, resulta más convincente la tesis de Dell'Atti. Para este otro autor, estamos ante una excepción a la oponibilidad de la renuncia realizada por la sociedad frente a los socios de minoría, similar a la que se establece en relación con los acreedores (art. 2394 *C.Civile*), que tiene su razón de ser en las especialidades que presentan las sociedades que optan por el sistema dualista de administración y control, ya que, en estas sociedad, el órgano encargado de aprobar las cuentas es, por regla general, el «consiglio di sorveglianza». Ello implica que la junta no puede acordar el ejercicio de la acción social de responsabilidad sin que el asunto conste previamente en el orden del día, ya que, en Italia, esta posibilidad sólo se reconoce en relación con la junta que aprueba las cuentas (art. 2393, párrafo segundo, *C.Civile*) (*supra* §8.I). De ahí que el legislador haya decidido compensar a la minoría permitiéndole ejercitar la acción social aunque la sociedad hubiera renunciado o transigido previamente (cfr. DELL'ATTI, G., *La rinunzia*, ob. cit., pp. 51 y ss.).

cualquier *otra* minoría que reuniese los requisitos establecidos en el artículo 2393-*bis* del *Codice civile*¹⁰⁹⁴.

De este modo, y no sin esfuerzo, se llega a dar una explicación convincente del artículo 2393-*bis*, párrafo sexto, del *Codice civile*, respetando su confuso tenor literal. Estaríamos ante una norma cuya finalidad principal sería atribuir *ex lege* a la sociedad el derecho a la restitución de cualquier contraprestación que los socios hubieran obtenido por renunciar o transigir a «su» propia acción¹⁰⁹⁵. El objetivo del precepto sería, en definitiva, tratar de reconducir al patrimonio social «*tutti i corrispettivi percepiti dai soci che hanno agito, tanto se pagati dagli amministratori o dalla società, quanto (e soprattutto) se pagati dai soci di maggioranza a tutti o ad alcuni tra gli attori*»¹⁰⁹⁶.

Con todo, la interpretación propuesta, aun siendo *ad litteram* la única posible, muestra una serie de carencias que no son más que el reflejo de una defectuosa regulación que, al fin y al cabo, no puede corregirse totalmente por vía hermenéutica. En este sentido, no es difícil advertir cómo, reconociéndoles a los socios actuantes la posibilidad de renunciar o transigir únicamente a «su» propia acción, el *Codice* les está dotando, en realidad, de un *arma spuntata* —que dirían los italianos—, ya que cuesta imaginar en qué supuestos los administradores accederán a una transacción con los socios, a sabiendas de que dicho acuerdo no impide a la sociedad ni a otras minorías volver a ejercitar la acción. Además, esta manera de entender la norma ignora que el *Codice civile*, al igual que la Ley de Sociedades de Capital, habla de «acción» y de «renuncia a la acción» en un sentido sustantivo o material, para referirse a todo acto abdicativo que tenga por objeto el derecho a la reintegración del patrimonio dañado por los administradores (*supra* §3.II.3). Por eso, hay quien aventura una interpretación alternativa, basada en la lectura coordinada del párrafo sexto del artículo 2393-*bis* con el párrafo séptimo, que declara aplicable a la acción ejercitada por los socios la disciplina de la renuncia a la acción social de responsabilidad. Según esta otra tesis, la norma atribuiría a los socios minoritarios la posibilidad de disponer del derecho sustantivo perteneciente a la sociedad, renunciando o transigiendo, pero esa facultad de disposición estaría condicionada, en todo caso, a que la sociedad, como titular única de ese derecho, se adhiciese al acto mediante un acuerdo expreso adoptado sin la oposición de ninguna otra minoría (art. 2393, párrafo sexto, *C.Civile*). En otras palabras, los socios estarían facultados simplemente para «proponer» a la junta la adopción de un acuerdo de renuncia o transacción¹⁰⁹⁷. Ahora bien, esta forma de entender el artículo 2393-*bis* del *Codice civile* reduce drásticamente el alcance de la norma, porque es evidente que, aunque ésta no dijera nada al respecto, la minoría podría realizar propuestas de renuncia o transacción a la junta¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁴ Dice AULETTA, F., ob. cit., p. 491, que, renunciando a «su» acción, los socios «*si precludono semplicemente il ri-esercizio dell'azione (ceteris paribus), senza nulla togliere al potere dispositivo naturalmente spettante alla società*».

¹⁰⁹⁵ ENRIQUES, L. y MUCCIARELLI, F.M., ob. cit., p. 883 y nota 87, quienes advierten el error cometido por la norma al atribuir a la sociedad cualquier contraprestación que los socios hubieran obtenido por su «renuncia». Como bien sabemos, la renuncia es un acto puramente abdicativo, por lo que no puede realizarse a cambio de contraprestación alguna, a riesgo de confundirse con la transacción (*supra* §9.II.2.1).

¹⁰⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁹⁷ El artífice de esta interpretación es PICCIAU, A., «*Sub artts. 2393-2393-bis; 2394-bis*», ob. cit., pp. 638 a 643, aunque la desarrolla ulteriormente DELL'ATTI, G., *La rinunzia*, ob. cit., pp. 22 a 36.

¹⁰⁹⁸ Además, el reenvío que hace al artículo 2393-*bis*, párrafo séptimo, a la disciplina de la renuncia parece estar pensando en la posibilidad de que sea la sociedad la que renuncie a la acción cuando han actuado los socios (v. *supra* 1067). Ante este panorama, cobran todo el sentido las palabras de ROSSI, A., «*Sub art. 2393-bis*», ob. cit., p. 835, cuando afirma que «[a] questo punto, all'interprete spetta un lavoro

equiparabile alla quadratura del cerchio, dovendo confrontarsi con un'azione processuale che, con pochi tratti di penna, il legislatore è riuscito a trasformare in un monstrum dell'ordinamento».

CONCLUSIONI

I. *La prima disciplina moderna della rinuncia all'azione sociale di responsabilità in Italia è quella contenuta nel Codice civile del 1942. Nella sua versione originale, il testo riconosceva alla società —senza specificare l'organo competente— la possibilità di rinunciare all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità o di transigere, purché la rinuncia e la transazione fossero «approvate» dall'assemblea, senza il voto contrario di una minoranza che rappresentasse almeno il quinto del capitale sociale (ant. art. 2393, comma 6°, C.Civile). La norma in questione mirava, dunque, a proteggere le minoranze da eventuali rinunce abusive. Tuttavia, il grado di protezione che offriva ai soci estranei al gruppo di controllo era piuttosto limitato, poiché non si riconosceva loro una legittimazione speciale all'esercizio dell'azione sociale. Tale legittimazione, invece, si attribuiva ai creditori sociali, dichiarando esplicitamente che la rinuncia all'azione da parte della società non impediva il suo successivo esercizio da parte di questi ultimi (art. 2394, 4° comma, C.Civile). La Ley de Sociedades Anónimas del 1951 adotta il sistema del Codice civile italiano, concedendo all'assemblea la possibilità di rinunciare all'esercizio dell'azione sociale o di transigere, a condizione che non si opponga una minoranza titolare del dieci per cento del capitale sociale (art. 80 II). Tuttavia, a differenza del Codice, la legge spagnola riconosceva la legittimazione di quella stessa minoranza ad esercitare l'azione sociale in via straordinaria (art. 80 III). Anche i creditori potevano esercitarla (art. 80 IV), sebbene la loro posizione non fosse protetta espressamente dalla rinuncia della società.*

La riforma del diritto societario italiano del 2003 ha profondamente modificato il sistema di protezione dei soci di minoranza, a cui ora si riconosce la legittimazione straordinaria all'esercizio dell'azione sociale, a condizione che posseggano la titolarità di almeno un quinto del capitale sociale —un quarantesimo nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio— o la diversa misura stabilita negli statuti (art. 2393-bis C.Civile). In questo modo, la rinuncia non può essere approvata con il voto contrario di questa minoranza (art. 2393, ult. comma, C.Civile). In Spagna, la normativa relativa alla rinuncia continua ad essere, essenzialmente la stessa del 1951, sebbene ora la legittimazione all'esercizio dell'azione sociale e il diritto corrispondente di impedire la rinuncia si attribuiscano ai soci titolari di, almeno, un cinque per cento del capitale sociale nelle società non quotate (art. 238.2 LSC) e del tre per cento nelle società quotate (art. 495.2, lettera a, LSC).

II. *Sia la figura della «rinuncia» sia il concetto di «azione» non sono delle categorie giuridiche pacificamente accettate. Per questo, non c'è da stupirsi che, dalla sua comparsa nella Ley de Sociedades Anónimas del 1951, la disciplina concernente la*

rinuncia all'azione sociale di responsabilità abbia suscitato numerosi dubbi interpretativi tra gli autori spagnoli. L'aspetto che ha causato maggiori incertezze è, di sicuro, quello relativo al suo ambito di applicazione. Secondo l'interpretazione tradizionale, il regime giuridico di questa figura avrebbe normalmente ad oggetto l'atto processuale con il quale la società rinuncia all'azione già esercitata nei confronti dei suoi amministratori. Di conseguenza, il suo ambito di applicazione sarebbe ristretto al processo.

Tuttavia, uno studio attento della «rinuncia all'azione», dal punto di vista processuale, permette di escludere questa interpretazione iniziale. Superata la concezione monistica dell'actio, sviluppata nell'ambito del diritto romano e assunta anche dal Pandettismo e dalla Scuola storica, l'«azione» è concepita, dalla metà del XIX secolo come una realtà giuridica distinta e ben differenziata dal «diritto sostanziale». Questo va contro l'avversario e ha un carattere privato, quella considera lo Stato come soggetto passivo e ha una natura pubblica. Ciò che non è più così chiaro è il contenuto di questo diritto pubblico di azione. Per i sostenitori di un concetto «astratto» di azione, questa si identificherebbe, nella sua versione più radicale, con il diritto fondamentale di accesso alla giustizia (art. 24 CE); altre versioni più attenuate la identificano, invece, con il diritto al processo, cioè ad una sentenza nel merito a prescindere dal fatto che questa sia favorevole o sfavorevole all'attore. Al contrario, coloro che sostengono un concetto «concreto» di azione la interpretano come il diritto ad ottenere una sentenza nel merito che stimi le pretese formulate dall'attore.

Intesa, quindi, l'«azione sociale» in uno di questi due significati, si potrebbe pensare che la rinuncia sia, effettivamente, un atto chiamato a produrre i suoi effetti solo nel processo. Tuttavia, l'analisi degli effetti che la legge processuale attribuisce al fenomeno della rinuncia dell'attore permette di escludere un'interpretazione della rinuncia all'azione sociale di responsabilità in chiave strettamente processualista. In Spagna, a differenza di quanto accade in Italia, la «rinuncia all'azione» è una figura tipica, regolata all'articolo 20.1 della Ley de Enjuiciamiento Civil, secondo il quale: «Quando l'attore manifesta la sua rinuncia all'azione esercitata o al diritto su cui fonda la sua pretesa, il tribunale pronuncerà una sentenza, assolvendo il convenuto, a meno che la rinuncia sia giuridicamente inammissibile. In questo caso, si pronuncerà il provvedimento (auto) in cui si ordini di proseguire il processo». È evidente che questo precetto non usa il termine «azione» nella sua accezione astratta più radicale, come diritto di accesso alla giustizia; poiché, in questo caso, ci si troverebbe dinanzi a una rinuncia a un diritto fondamentale, che dovrebbe essere considerata inammissibile. Neppure un concetto «astratto» di azione meno radicale è compatibile con il contenuto di questo precetto. Infatti, se per «azione» si intende il diritto a una sentenza di merito, non è possibile che la rinuncia finisca per avere come risultato proprio una sentenza di rigetto nel merito. Di conseguenza, per i fautori di un concetto astratto di «azione» la rinuncia spesso finisce per identificarsi con la «rinuncia agli atti del giudizio» o direttamente con la rinuncia al diritto sostanziale. In questo modo, l'unica interpretazione conforme all'art 20.1 della Ley de Enjuiciamiento Civil è intendere che

tale articolo impieghi il concetto di azione in un senso concreto, come il diritto ad una sentenza favorevole nel merito.

Tuttavia, la rinuncia all'azione in senso concreto non può essere concepita come un semplice «atto processuale», privo di impatto sul piano sostanziale. Anche se la rinuncia all'azione, intesa in questo senso, e la rinuncia al diritto sostanziale sono atti diversi, i loro effetti sono sostanzialmente equivalenti, almeno per quanto riguarda i diritti di credito a cui si riferisce. In effetti, da uno stesso diritto reale possono derivare diverse azioni —ad esempio rivendicatoria, di mero accertamento, ecc.—; in questo modo, la rinuncia ad una di tali azioni lascerà impregiudicato il diritto sostanziale, che potrà essere protetto dalle altre azioni. Ma quando si rinuncia all'azione derivante da un diritto di credito, questo resta indifeso, dal momento che i diritti di credito si esauriscono in una singola azione di condanna. Questa conclusione è di tale importanza che permette di affermare che, nel caso dei diritti relativi, la rinuncia all'azione si configura, indirettamente, come una rinuncia al diritto sostanziale. Quest'ultimo continuerà sì ad esistere nel patrimonio del suo titolare, ma non potrà essere esercitato con successo dinanzi ai tribunali. Diventerà, se si vuole, un «diritto naturale».

Da queste conclusioni, è possibile affermare che, sebbene si impieghi il termine «azione» nella sua accezione processuale, la rinuncia all'azione sociale di responsabilità continuerebbe ad essere un atto eminentemente sostanziale. Inoltre, la Ley de Sociedades de Capital (art. 238.2), così come il Codice civile italiano (art. 2393, comma 6°), si avvale di un concetto sostanziale di azione, simile a quello dell'actio del diritto romano, facendo cioè riferimento al diritto sostanziale o materiale. In altre parole, quando la legge spagnola o il codice italiano sottopongono la rinuncia all'azione sociale di responsabilità all'approvazione da parte dell'assemblea, senza l'opposizione della minoranza, in realtà, regolano le condizioni attraverso cui la società può rinunciare al diritto sostanziale al risarcimento dei danni che gli amministratori hanno potuto causare al loro patrimonio sociale come conseguenza di una condotta negligente o sleale. Si può, quindi, affermare che gli articoli 238.2 della legge sulle società di capitali e l'art. 2393, ult. comma, del Codice civile italiano regolano qualsiasi atto di disposizione che abbia ad oggetto, diretto o indiretto, la responsabilità degli amministratori.

Questa è, inoltre, l'unica interpretazione compatibile con la funzione di protezione delle minoranze che il regime della rinuncia all'azione sociale è chiamato a svolgere. Infatti, se considerassimo che questo regime si applica solo alla deliberazione con cui l'assemblea fa atto di rinuncia del diritto processuale a un sentenza di merito, bisognerebbe concludere che la minoranza non avrebbe il diritto di opporsi all'adozione della delibera, mediante la quale l'assemblea rinuncia, direttamente, al diritto sostanziale al risarcimento dei danni derivanti dalla mala gestio degli amministratori. Ma poiché questi due atti sono essenzialmente equivalenti —fino al punto che la rinuncia all'azione si può concepire come una rinuncia indiretta al diritto di credito— questa conclusione è inaccettabile.

III. *Se la rinuncia all'azione sociale di responsabilità è un negozio abdicativo che ha ad oggetto il diritto sostanziale o materiale al risarcimento dei danni prodotti nel patrimonio sociale, si deve scartare l'interpretazione della dottrina tradizionale: non siamo dinanzi ad un atto strettamente processuale. Di conseguenza, l'assemblea potrà deliberare la rinuncia prima dell'esercizio giudiziario dell'azione, su un piano extra-processuale. Per quanto poi riguarda il momento esatto in cui è possibile adottare la delibera, la maggior parte degli autori spagnoli —e qualche autore italiano (FERRI)— sostiene che la rinuncia sia possibile solo dopo che sia stata adottata la delibera con cui si approva l'esercizio dell'azione. Ma questa è una soluzione arbitraria, che riposa su un equivoco di fondo: considerare che la nascita del diritto al risarcimento del patrimonio sociale violato abbia luogo nel momento in cui l'assemblea ne accordi l'esercizio. In realtà, la responsabilità degli amministratori nei confronti della società risponde allo schema della responsabilità contrattuale e inizia a produrre i propri effetti appena si verifica un danno caratterizzato da un nesso di causalità con un comportamento —attivo o omissivo— illecito e colpevole. Quindi, il diritto sostanziale al risarcimento dei danni e, con questo, l'azione per esigere il suo compimento nasce proprio in questo momento e non dall'adozione della delibera favorevole ad esigere la responsabilità. A partire da quel momento, la società può disporre dello stesso, transigendo o rinunciando. È possibile, pertanto, che l'assemblea accordi la rinuncia all'azione sociale di responsabilità anche prima di avere adottato formalmente una delibera favorevole al suo esercizio.*

IV. *Per i suoi effetti, equivalenti alla rinuncia al diritto, la cd. «rinuncia al ricorso» («desistimiento del recurso») deve essere sottoposta anche alla disciplina della rinuncia all'azione sociale di responsabilità. Si tratta di un atto per il quale la società che agisce dichiara la sua intenzione di abbandonare il ricorso sollevato contro la sentenza di primo grado. Se tale sentenza era semplicemente di rito, in questo caso, il risultato della mancata impugnazione coincide con quello della rinuncia agli atti del giudizio propriamente detto. Ma se la sentenza conteneva una pronuncia assolutoria di merito, la decisione non impugnata acquisterà la forza di cosa giudicata e sarà inammissibile avviare un ulteriore processo con lo stesso oggetto e tra le stesse parti. In quest'ultimo caso, le somiglianze con la rinuncia all'azione sono evidenti, dal momento che la società avrà perso definitivamente la possibilità di esigere la responsabilità agli amministratori. Pertanto, si può dire che l'abbandono del ricorso suppone un abbandono indiretto del diritto allegato e deve, quindi, essere sottoposto alla disciplina della rinuncia all'azione sociale di responsabilità (art. 238.2 LSC); cioè, deve essere approvato dall'assemblea senza l'opposizione della minoranza.*

V. *Al contrario, la «rinuncia agli atti del giudizio», in senso proprio, producendo i suoi effetti solo sul piano processuale, non deve essere soggetta a questa disciplina. La competenza per realizzarla spetta, senza dubbio, all'assemblea e non all'organo di amministrazione, ma la sua adozione è retta dalle norme generali sulla formazione della volontà sociale, senza che alla minoranza sia attribuito un diritto di veto.*

VI. *Una volta chiarito l'ambito di applicazione —materiale e temporale— della disciplina giuridica della rinuncia all'azione sociale di responsabilità, è necessario approfondire l'analisi di detta disciplina. La prima conclusione a cui conduce quest'analisi è che la competenza per accordare la rinuncia nelle società in bonis ricade, con carattere esclusivo ed escludente, sull'assemblea. La legge spagnola è chiara al riguardo e segnala espressamente che «in qualsiasi momento l'assemblea potrà rinunciare all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità» (art. 238.2 LSC). Ed anche se la questione ha sollevato più dubbi in Italia, in quanto l'articolo 2393, ult. comma, del Codice si riferisce in generale alla società senza specificare l'organo concreto, non c'è dubbio che anche nell'ordinamento italiano si debba arrivare alla stessa conclusione. La rinuncia all'azione sociale è un atto di disposizione patrimoniale e, in quanto tale, la sua esecuzione si deve considerare inclusa tra le competenze di gestione che sono attribuite all'organo di amministrazione. Allo stesso tempo, si tratta di un atto di maggiore rilevanza patrimoniale rispetto alla delibera in virtù della quale si decide l'esercizio dell'azione, facendo perdere alla società una pretesa già maturata nel suo patrimonio. Di conseguenza, se l'assemblea è competente per accordare l'esercizio dell'azione, deve esserlo a fortiori anche per accordare la sua rinuncia.*

VII. *Tuttavia, questa situazione cambia quando la rinuncia ha luogo nel contesto di una procedura fallimentare. La competenza, al riguardo, passa ad essere attribuita esclusivamente al curatore fallimentare. Il diritto italiano è assolutamente chiaro a questo proposito (art. 2394-bis C. Civile e, nello stesso senso, l'art. 156 l.fall.). L'attribuzione di questa competenza al curatore fallimentare è il risultato dello spossessamento subito dal debitore a causa della dichiarazione d'insolvenza, che lo priva dell'amministrazione e della disposizione dei propri beni nel processo e al di fuori di questo (artt. 42 e 43 l.fall.). A seguito della riforma del 2011, Ley Concursal riserva anche l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità al curatore fallimentare, a prescindere dal fatto che si sia decretata la sospensione o il semplice intervento del fallito (art. 48-quater LC). Pertanto, nel diritto spagnolo sorge il dubbio se questa competenza esclusiva riguardi solo l'esercizio dell'azione o copra anche gli atti di disposizione sul diritto sostanziale nei casi in cui il fallito si trovi solo meramente intervenuto, dal momento che in questo caso il debitore conserva le sue facoltà di disposizione, anche se il suo esercizio resta soggetto all'autorizzazione del curatore. Quest'ultima è certamente l'interpretazione corretta. La legge fallimentare, dopo la riforma, considera l'azione sociale di responsabilità come uno strumento in più al servizio degli interessi del fallimento, assieme alla responsabilità fallimentare (art. 172-bis LC) e alle azioni di reintegrazione della massa (artt. 71 e ss. LC). Ciò significa che il curatore fallimentare è ora l'unico soggetto legittimato a proporre l'azione sociale e ad accordare la rinuncia o la transazione, sia nel caso in cui il debitore fallito sia stato sospeso, sia nel caso in cui sia stato solo intervenuto. Questa osservazione assume un particolare rilievo nel caso della transazione, dal momento che, a differenza di ciò che accade con la rinuncia pura e semplice, la conclusione di una transazione può risultare molto conveniente per gli interessi del fallimento. Entrambi gli atti di*

disposizione potranno essere adottati dal curatore fallimentare senza la necessità della delibera assembleare né dell'opposizione della minoranza.

VIII. *Il fatto che il curatore fallimentare eserciti la stessa azione appartenente alla società e non un'azione sorta ex novo con la dichiarazione del concorso permette di concludere che la rinuncia validamente accordata dall'assemblea della società in bonis è perfettamente opponibile all'organo fallimentare. Un'altra cosa è che l'organo fallimentare possa esercitare l'azione revocatoria fallimentare contro di essa o annullarla quando si dimostri il pregiudizio per la massa attiva (artt. 6 II e 1111 CC e 71 e ss. LC). Questa conclusione, pur non sembrando discutibile in Spagna, risulta molto più controversa in Italia. Il Codice civile (art. 2394-bis) e la legge fallimentare (art. 146) attribuiscono al curatore la competenza ad esercitare sia l'azione sociale ex articolo 2393 C. Civile, che l'azione di responsabilità nei confronti dei creditori sociali ex articolo 2394 C. civile. Al di là del fatto —molto discusso— che quest'ultima si consideri un'azione indipendente o la stessa azione sociale esercitata in via surrogatoria, è certo che l'articolo 2394 del Codice dichiara il carattere inopponibile della rinuncia concessa dalla società nei confronti dei creditori; inopponibilità di cui potrà beneficiare anche il curatore fallimentare.*

IX. *La rinuncia all'azione sociale di responsabilità richiede una deliberazione «espresa» dell'assemblea. In Italia, questa esigenza è imposta dall'articolo 2393, ult. comma, C. Civile («La società può rinunciare all'esercizio dell'azione di responsabilità e può transigere, purché la rinuncia e la transazione siano approvate con espressa deliberazione dell'assemblea»). Al contrario, l'articolo 238.2 della legge sulle società di capitali non stabilisce un simile requisito, ma questo si può dedurre da altri precetti. In particolare, l'articolo 236.2 («In nessun caso esonererà dalla responsabilità la circostanza che l'atto o la delibera lesiva sia stata adottata, autorizzata o ratificata dall'assemblea generale») e l'art. 238.4 («L'approvazione del bilancio annuale non impedirà l'esercizio dell'azione di responsabilità né soporrà la rinuncia all'azione accordata o esercitata) permettono di concludere che, anche in Spagna, la rinuncia si deve realizzare mediante delibera espresa dell'assemblea.*

L'articolo 238.4 della Ley de Sociedades de Capital, affermando che l'approvazione dei conti non implica la rinuncia all'esercizio dell'azione sociale, compie una doppia funzione. Da un lato, dimostra che né i conti annuali né la relazione sulla gestione sono strumenti adeguati per conoscere in modo approfondito i dettagli della gestione sociale. La loro approvazione, pertanto, non può mai costituire una delibera pienamente consapevole e informata di rinuncia («funzione di delimitazione interna»). Tuttavia, neppure nel caso in cui la presentazione del bilancio annuale e della relazione sulla gestione sia accompagnata da un resoconto dettagliato delle azioni intraprese dagli amministratori, la loro approvazione si potrebbe equiparare ad una rinuncia all'azione sociale. Per tale motivo, si può affermare che questo precetto compie una seconda funzione: dichiara, cioè, che la delibera di approvazione dei conti ha una natura e un oggetto diverso da quello della rinuncia («funzione di delimitazione esterna»). Mediante quest'ultima, l'assemblea realizza un'autentica manifestazione di volontà che ha ad oggetto la rinuncia ad un diritto di credito già maturato nel

patrimonio sociale. Al contrario, la delibera con cui si approva il bilancio è una mera dichiarazione di scienza in virtù della quale i soci manifestano che, a loro parere, i conti rispecchiano fedelmente la situazione finanziaria della società. Quindi, non si può considerare contraddittorio il comportamento dei soci che approvano i conti e, di seguito, esercitano l'azione sociale di responsabilità. In altre parole, l'approvazione del bilancio e il successivo esercizio dell'azione sociale non violano il divieto di venire contra factum proprium.

D'altro canto, l'articolo 236.2 della Ley de Sociedades de Capital priva di qualsiasi effetto abdicativo la delibera di scarico o «quitus». Quest'ultimo, seppur non costituendo una rinuncia formale all'esercizio dell'azione sociale, è pure una deliberazione che mira ad esonerare gli amministratori dalla responsabilità per gli atti di gestione già realizzati. Tuttavia, il legislatore presume che questo tipo di delibere si adottino in modo decisamente disinformato e di conseguenza impedisce che la loro approvazione esoneri gli amministratori dalla loro responsabilità. Lo «scarico», così come l'approvazione del bilancio, è una semplice dichiarazione di scienza. Ciò nonostante, vi è una differenza fondamentale tra le due delibere: mediante lo «scarico», i soci dimostrano che, a loro avviso, l'attuazione degli amministratori è stata corretta e che, pertanto, questi non sono incorsi in responsabilità nei confronti della società. Questo fa sì che la concessione dello «scarico» non sia irrilevante ai fini di un successivo esercizio dell'azione sociale di responsabilità. Il diritto al risarcimento del patrimonio sociale pregiudicato continuerà ad esistere, dal momento che lo «scarico» è privo di effetti abdicativi, ma il suo esercizio da parte della società o dei soci che hanno votato a favore della loro approvazione potrebbe violare il divieto di venire contra factum proprium. Infatti, nel caso in cui la delibera sia stata adottata in modo pienamente cosciente ed informato, l'esercizio successivo dell'azione sarebbe in contrasto con le esigenze di buona fede (art. 7 CC).

X. *Un'altra questione, anche se strettamente correlata alla precedente, riguarda la necessità di inserire nell'ordine del giorno dell'assemblea la rinuncia all'azione sociale di responsabilità. In Italia, si tratta di un'esigenza indiscutibile; in Spagna, invece, può presentare maggiori dubbi, dal momento che l'articolo 238.2 della Ley de Sociedades de Capital stabilisce che l'assemblea può rinunciare all'esercizio dell'azione sociale «in qualsiasi momento». Tale espressione è impiegata anche dall'articolo 223.1, per riferirsi alla facoltà dell'assemblea di revocare gli amministratori, «senza necessità che la proposta consti nell'ordine del giorno». È evidente che questa espressione svolge un ruolo molto diverso in entrambi gli articoli. Il fatto che la legge permetta all'assemblea di approvare la revoca dell'amministratore, anche se l'adozione della delibera non sia stata inclusa tra le materie da discutere da parte dell'assemblea intende rivendicare il principio della libera revoca degli amministratori, evitando che questi possano conculcarlo mediante un comportamento ostruzionistico. Tuttavia, questo rischio non esiste nella delibera di rinuncia. Per quanto concerne quest'ultimo, l'espressione «in qualsiasi momento» rivela qualcosa di molto diverso, cioè che la validità della rinuncia non dipende dal fatto che l'assemblea abbia adottato previamente una delibera espressa favorevole all'esercizio dell'azione*

sociale di responsabilità e che, pertanto, è possibile rinunciare al diritto al risarcimento dei danni dal momento in cui questi si producono. Pertanto, si deve concludere che, conformemente al diritto spagnolo, la delibera di rinuncia non sarà valida se la sua adozione non si trovava tra gli argomenti inseriti nell'ordine del giorno dell'assemblea.

XI. *Una volta constatato che la rinuncia all'azione sociale di responsabilità richiede, in ogni caso, l'adozione di una delibera espressa, il seguente passo sarà definire il rapporto esistente tra il negozio di rinuncia e il procedimento deliberativo, per determinare se la rinuncia al diritto alla reintegrazione del patrimonio sociale si possa realizzare direttamente attraverso una deliberazione dell'assemblea o se, al contrario, la sua esecuzione richieda un'ulteriore attuazione da parte degli amministratori. A tal fine, è necessario analizzare, innanzitutto, quali sono i caratteri che definiscono giuridicamente la rinuncia e, successivamente, verificare se tali caratteri sono compatibili con la natura giuridica delle deliberazioni assembleare.*

Per quanto riguarda la prima di queste questioni, si potrebbe concludere che la rinuncia è una manifestazione della facoltà di disposizione, che si articola per mezzo di un negozio giuridico unilaterale, non ricettizio e irrevocabile, che ha come unico effetto diretto e immediato la perdita del diritto rinunciato. Tale perdita può essere accompagnata da una modifica soggettiva del rapporto obbligatorio in cui si inserisce il diritto —nei casi di una pluralità di titolari— o dell'estinzione del diritto —nei casi in cui il soggetto rinunciante sia l'unico titolare—.

Secondo la tesi tradizionale, oggi maggioritaria, le deliberazioni dell'assemblea costituiscono, dal punto di vista della loro formazione, il risultato di varie dichiarazioni di volontà espresse dai soci sotto forma di voto, che concorrono a dare vita a un «atto collegiale» imputabile alla società. D'altro canto, e da un punto di vista funzionale, la deliberazione sarà destinata, nella maggior parte dei casi, a regolare rapporti di carattere puramente interno, sebbene nulla impedisca che si proietti verso l'esterno, incidendo immediatamente sulle relazioni con i terzi estranei all'organizzazione. In ragione di tali considerazioni, in quest'ultimo caso la deliberazione potrà apparire come una figura autonoma —in forma di negozio giuridico unilaterale— o creare un nuovo negozio bilaterale o plurilaterale, unendosi ad altre dichiarazioni di volontà. Secondo questa interpretazione maggioritaria, le delibere dell'assemblea, essendo delle dichiarazioni di volontà, sarebbero strutturalmente adatte a realizzare in forma immediata e con rilevanza esterna la rinuncia del diritto alla reintegrazione dei danni derivati dalla mala gestio degli amministratori.

Tuttavia, a questa teoria si contrappone quella conosciuta come «procedimentale» (FERRO-LUZZI), secondo la quale le delibere dell'assemblea non sono manifestazioni di volontà derivanti dalla combinazione o dalla fusione dei voti dei soci in un atto collegiale imputabile alla persona giuridica, ma sono il risultato di un processo di coordinamento di questi voti, mediante l'applicazione del principio di maggioranza. A causa dell'assenza di una struttura dichiarativa, le delibere dell'assemblea sarebbero solo adatte a realizzare, di per sé, i valori propri del

fenomeno societario e, di conseguenza, non sarebbero strutturalmente adatte per compiere, direttamente e senza un'ulteriore attuazione da parte degli amministratori, un negozio giuridico abdicativo. Tuttavia, un'attenta analisi di quest'altra teoria conduce alla conclusione che alla base di questa —pretesa— inadeguatezza strutturale degli accordi sociali a realizzare i valori propri dell'«azione individuale», si trova la loro incompatibilità con uno dei caratteri tipici della dichiarazione di volontà, com'è il loro carattere potenzialmente ricettizio. Secondo questa tesi, quindi, la deliberazione non potrà mai essere considerata un'offerta o un'accettazione di un contratto e neppure un atto o un negozio unilaterale quando debba essere diretto o comunicato a un terzo per produrre i suoi effetti. Ma nulla impedisce che una determinata deliberazione produca assieme al valore aziendale o organizzativo che gli è proprio anche il valore caratteristico di un atto o di un negozio giuridico non ricettizio. Ed è questo ciò che accade proprio nel caso della delibera di rinuncia all'azione sociale di responsabilità.

In ragione di tali considerazioni, si può concludere che la delibera dell'assemblea è uno strumento idoneo a realizzare, direttamente e senza necessità di un successivo atto di esecuzione, un negozio giuridico abdicativo che abbia ad oggetto il diritto della società al risarcimento dei danni causati dalla mala gestione degli amministratori. Di conseguenza, la delibera di rinuncia costituisce, di per sé, un negozio giuridico unilaterale, non ricettizio e irrevocabile che produce la perdita e l'estinzione di questo diritto.

XII. *Questa conclusione incide in modo decisivo sulla posizione in cui si trovano gli amministratori in relazione alla delibera di rinuncia. Coloro che hanno la rappresentanza della società nel momento in cui l'assemblea adotta la delibera sono tenuti a fornire ai soci tutte le informazioni necessarie affinché la delibera di rinuncia si adotti in modo pienamente consapevole. In pratica, gli amministratori adempiranno questa obbligazione elaborando una relazione giustificativa in cui si specifichi la proposta di rinuncia e la sua adozione, sulla base della convenienza della delibera per l'interesse sociale. Tuttavia, dal momento che le loro competenze hanno carattere puramente informativo, gli amministratori non risponderanno, né dinanzi alla società, né dinanzi ai terzi, dei danni che l'adozione della delibera di rinuncia possa cagionare al patrimonio sociale. D'altro canto, la posizione degli amministratori accusati è determinata anche dal fatto che la delibera dell'assemblea rappresenta, di per sé, un negozio giuridico unilaterale e non ricettizio. In effetti, la sua validità e piena efficacia non dipendono né dal loro consenso, né dal fatto che la delibera sia stata messa a loro conoscenza, per cui, in nessun caso, si richiede la loro collaborazione o il loro intervento.*

XIII. *L'analisi degli elementi della delibera di rinuncia come negozio giuridico abdicativo porta a concludere che il suo oggetto deve avere un carattere necessariamente determinato e non solo determinabile. Nel caso in cui si rinunci all'azione sociale già esperita o semplicemente deliberata, la determinazione dell'oggetto non presenterà maggiori problemi: sarà sufficiente fare riferimento al procedimento nel corso del quale avviene la rinuncia o la delibera in cui si è deciso di esercitare l'azione. Tuttavia, è possibile che la rinuncia avvenga anche prima che si sia*

deliberato l'esercizio dell'azione; ed è in questo caso che la determinazione del suo oggetto può comportare maggiori problemi. Ad ogni modo, dall'articolo 238.4 della Ley de Sociedades de Capital («L'approvazione del bilancio annuale non impedirà l'esercizio dell'azione di responsabilità né soporrà la rinuncia all'azione concordata o esercitata»), si deduce che una delibera in virtù della quale l'assemblea rinunciasse genericamente ad esigere la responsabilità per i danni derivati dall'attività di gestione realizzata nel corso dell'esercizio, anche se valida, non potrebbe produrre gli effetti propri della rinuncia. I soci devono essere pienamente consapevoli della portata della loro decisione e, per questo, è necessario che la delibera determini con precisione (a) l'amministratore o gli amministratori che si intende esonerare; (b) il comportamento negligente o sleale che si imputa; e (c) i danni sofferti nel patrimonio sociale come conseguenza di questo comportamento. In caso contrario, la delibera varrà come semplice «scarico» e sarà priva di effetti abdicativi.

XIV. *Alla luce di questa conclusione si dovrebbe affermare l'invalidità o, almeno, l'inefficacia di una delibera preventiva di rinuncia, cioè adottata prima che si siano verificati l'evento dannoso. In questi casi, la rinuncia avrebbe ad oggetto un diritto meramente futuro ed eventuale e, pertanto, indeterminato. Per questo, tale obiezione non sembra definitiva. Sebbene le operazioni attraverso cui si cerca di esonerare dalla responsabilità gli amministratori non siano ancora state realizzate, ciò non impedisce che i soci si possano perfettamente rappresentarsi il diritto di credito di cui eventualmente starebbero disponendo. Se, grazie all'informazione esaustiva e dettagliata che forniscono gli amministratori, i soci chiamati a decidere in un'assemblea circa la rinuncia sono pienamente consapevoli delle caratteristiche, del significato e delle possibili conseguenze che potrebbero derivare dalla loro decisione, non ci sarebbe, in realtà, nessun problema ad ammettere una rinuncia ex ante, a condizione che sia approvata senza l'opposizione da parte della minoranza (art. 238.2 LSC).*

XV. *Tuttavia la liceità di una rinuncia anticipata è stata respinta quasi all'unanimità dalla dottrina e dalla giurisprudenza, non sulla base di un possibile difetto di informazione, ma sulla base del carattere imperativo e, quindi, indisponibile del regime di responsabilità degli amministratori nei confronti della società. Gli amministratori delle società di capitali sarebbero chiamati a svolgere le loro funzioni, non solo per il bene della società, ma anche della minoranza e dei creditori. Per questo, si dovrebbe negare la possibilità che un intervento ex ante dell'assemblea abbia l'effetto di liberare gli amministratori dalla responsabilità che eventualmente avessero contratto nei confronti della società, nell'esercizio delle loro funzioni. A quest'ultima spetterebbe solo di giudicare l'opportunità di non esperire l'azione sociale o di rinunciare al suo esercizio retrospettivamente, una volta che il danno al suo patrimonio sia stato commesso e l'effetto deterrente dell'azione abbia cessato di avere un significato. Nell'ordinamento spagnolo si rinviene un riconoscimento esplicito di tutto ciò nell'articolo 236.2 della Ley de Sociedades de Capital, in cui si afferma categoricamente che «in nessun caso esonererà dalla responsabilità la circostanza che*

l'atto o la delibera pregiudizievole sia stato adottato, autorizzato o ratificato dall'assemblea generale».

Un'analisi articolato del sistema di relazioni tra il consiglio di amministrazione e l'assemblea delineato dal legislatore spagnolo permette di rifiutare, de lege lata, la conclusione di cui sopra. Non è sicuro che la legge sulle società di capitali impedisca all'assemblea di adottare una delibera che permetta agli amministratori di esimersi dalla responsabilità. A differenza di quanto accade nel diritto societario italiano attualmente in vigore, in cui si proibisce al consiglio la possibilità di interferire negli affari di gestione (art. 2354, n. 5, e 2380-bis, C. Civile), la legge spagnola concepisce l'assemblea come l'organo sovrano della società, al quale l'organo di amministrazione si trova completamente subordinato in tutti gli aspetti della vita aziendale, inclusa la gestione. Ciò è evidenziato, da una parte, dalla possibilità per i soci di nominare e revocare ad nutum gli amministratori (art. 223 LSC); e dall'altro, soprattutto, dalla facoltà che la legge riconosce all'assemblea di ingerire negli affari di gestione, dando loro istruzioni che, nel rispetto di determinate condizioni, sono pienamente vincolanti (art. 161 LSC). Facoltà che, prima della riforma del 2014, era riservata alle società di responsabilità e che, dopo la riforma, è stata estesa alle società anonime e alle società in accomandita per azioni.

Quindi, quando l'assemblea interviene in materia di gestione, istruendo gli amministratori o sottoponendo ad autorizzazione la loro attuazione, non si limita a realizzare un'attività di controllo su una competenza altrui; piuttosto si appropria di una competenza che da quel momento —e anche se solo a livello interno (art. 234 LSC)— le appartiene. Di conseguenza, l'adeguamento degli amministratori a una delibera vincolante dell'assemblea esclude in radice la responsabilità di questi ultimi per i danni che la sua esecuzione potrebbe causare alla società. In effetti, l'esecuzione di una delibera valida spezza il nesso di causalità tra il comportamento degli amministratori e il danno, per cui questi avrebbero agito senza colpa e quindi senza responsabilità. Non si tratta, pertanto, di un caso di «esonero» in senso stretto, ma di assenza di responsabilità per la mancanza di colpa.

XVI. *Tuttavia, la non imputabilità del danno al comportamento degli amministratori non è, comunque, automatica. Per questo, è necessario che siano soddisfatte due condizioni cumulative. Da un lato, gli amministratori sono tenuti a fornire ai soci tutte le informazioni necessarie affinché questi possano comprendere la portata della loro decisione. D'altra, devono rispettare con diligenza il dovere di dare esecuzione alle deliberazioni dell'assemblea, che li obbliga a non attuare quelle che, per essere colpite da qualche vizio, possa dubitarsi dal loro carattere obbligatorio.*

In relazione a quest'ultimo, il caso che solleva maggiori dubbi è quello delle deliberazioni dalle cui esecuzione possa derivare un danno al patrimonio sociale. Ci troviamo dinanzi a deliberazioni perfettamente valide e, quindi, vincolanti, dal momento che la sola lesione del patrimonio sociale non fa diventare nulla ovvero annullabile una delibera dell'assemblea. Tuttavia, è proprio in questi casi che l'articolo 236.2 della Ley de Sociedades de Capital pare acquistare il suo pieno significato.

Stabilendo che gli amministratori «in nessun caso» saranno esonerati dal fatto che la delibera sia stata adottata dall'assemblea, il precetto sembra ampliare i casi in cui la non esecuzione di una delibera dell'assemblea in materia di gestione sarebbe giustificata, rafforzando così l'indipendenza del consiglio di amministrazione e della sua funzione di garante del patrimonio sociale nei confronti della minoranza e dei creditori. Il dovere di adottare tutte le misure necessarie per evitare che si produca un danno al patrimonio sociale che grava sugli amministratori (art. 237 LSC) si estenderebbe, così, fino al punto di obbligarli a rifiutare l'esecuzione di una delibera valida ma lesiva per l'interesse sociale.

XVII. *Ciò nonostante, quest'ultima interpretazione non è coerente con la configurazione legale delle relazioni tra l'assemblea e il consiglio di amministrazione, dal momento che, così inteso, l'articolo 236.2 della Ley de Sociedades de Capital finirebbe per trasformare le istruzioni dell'assemblea in mere opinioni o raccomandazioni, suscettibili di essere disapplicate dagli amministratori, secondo criteri di mera opportunità o convenienza. In questo senso, si deve avere presente che l'«interesse sociale» non è un principio di attuazione che può essere ottimizzato da un'unica soluzione corretta. Si tratta piuttosto di una clausola dotata di un contenuto essenzialmente indeterminato, che può essere soddisfatta in molti modi, senza che si possa prevedere anticipatamente quale sarà il migliore. È proprio questa incertezza che tende ad essere ridotta dalle istruzioni vincolanti dell'assemblea. Per mezzo di esse, i soci realizzano una specie di «interpretazione autentica» dell'interesse sociale che rimarrebbe senza senso se gli amministratori potessero sostituirla sulla base di criteri di mera opportunità. Da qui deriva la necessità che il controllo degli amministratori sulle deliberazioni in materia di gestione si debba limitare a un giudizio di legittimità, cioè a un controllo di validità. Se la delibera non è contraria all'ordine pubblico, né sottopone gli amministratori a responsabilità nei confronti dei terzi, né pregiudica gli interessi della società a beneficio dei soci di controllo o dei propri amministratori, questi saranno tenuti ad eseguirle e, di conseguenza, resteranno esenti da ogni responsabilità nei confronti della società, della minoranza o dei creditori sociali. Inoltre, se gli amministratori rispondessero dell'esecuzione di una delibera valida, ma che alla fine è risultata lesiva per l'interesse sociale, si starebbe violando la «Business Judgment Rule» sancita dall'articolo 226 della Ley de Sociedades de Capital, dal momento che si starebbe trasferendo sugli amministratori il rischio imprenditoriale assunto dai soci.*

Se quest'ultima conclusione è vera, si deve necessariamente scartare che l'articolo 236.2 della Ley de Sociedades de Capital estenda i doveri di mancata esecuzione delle delibere dell'assemblea facenti capo agli amministratori. La funzione di questo precetto è ben distinta. Nell'affermare che, in nessun caso, «esonererà» dalla responsabilità la circostanza che il fatto pregiudizievole fosse il risultato di una decisione dell'assemblea ciò che fa realmente l'articolo è garantire che una volta constatata la responsabilità degli amministratori, nessuna delibera che non sia una rinuncia espressa e formale possa estinguere tale responsabilità. In altre parole, l'articolo 236 della Ley de Sociedades de Capital cerca di evitare che si verifichino

rinunce implicite. Proprio per questo parla di «esonero», poiché l'esonero presuppone la responsabilità dell'amministratore.

XVIII. *In questo modo, si può concludere che, nel caso in cui gli amministratori sottopongono alla valutazione dell'assemblea la realizzazione di una operazione particolarmente rischiosa da cui potrebbero derivarsi grandi vantaggi ma anche gravi pregiudizi, la legge consente che sia l'assemblea ad adottare la decisione finale, assumendone le conseguenze. In questo modo, si assicura che i soci —e non gli amministratori— siano chiamati a stabilire le condizioni del proprio investimento, a seconda del maggior o del minor grado di avversione al rischio, consentendo loro, in ultima analisi, di fare propria una decisione che, a loro parere, massimizza l'interesse sociale. Lo scopo di questo intervento preventivo dell'assemblea è, quindi, di dichiarare la compatibilità dell'operazione proposta dagli amministratori con l'interesse sociale. Pertanto, anche se il risultato pratico è lo stesso —l'impossibilità di chiedere, successivamente, agli amministratori il risarcimento dei danni arrecati alla società—, tale intervento non si può mai equiparare ad una rinuncia preventiva all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità. In questo caso, i soci non dispongono di alcuna pretesa di risarcimento danni, perché il danno non si è ancora verificato. Inoltre, anche se questo si producesse, non sarebbe imputabile agli amministratori che, essendosi limitati ad eseguire la volontà dell'assemblea, avrebbero agito senza colpa e, pertanto, non sarebbero responsabili. Per questo, è possibile concludere che quest'altra delibera, sebbene «liberi» dalla responsabilità gli amministratori, non deve essere sottoposta alla disciplina della rinuncia all'azione sociale di responsabilità (art. 238.2 LSC).*

XIX. *Se, attraverso una delibera di rinuncia all'azione sociale in senso proprio (art. 238.2 LSC), la società si libera dal diritto al risarcimento del patrimonio sociale danneggiato dagli amministratori senza ricevere in cambio nessuna contropartita diretta, sembra chiaro, almeno a priori, che ci si trova dinanzi a un atto intrinsecamente dannoso per l'interesse sociale, realizzato a beneficio esclusivo dei membri del consiglio di amministrazione. Da questo punto di vista, sembrerebbe come se la legge, affermando che la società può rinunciare, in qualsiasi momento, all'esercizio dell'azione, ammettesse —in forma eccezionale e secondo la rigorosa disciplina dell'articolo 238.2 della Ley de Sociedades de Capital— l'approvazione di una delibera di per sé invalida. Di conseguenza, si dovrebbe affermare la validità di qualsiasi rinuncia deliberata senza l'opposizione della minoranza, sicché i soci che non abbiano partecipato all'assemblea o che non raggiungano la percentuale minima per opporsi alla delibera non potrebbero successivamente impugnarla con successo sulla base della lesione dell'interesse sociale.*

Tuttavia, questa interpretazione non è corretta. La deliberazione di rinuncia, come qualsiasi negozio giuridico, deve constare di una causa e questa deve essere lecita e veritiera (art. 1261.3° e 1275 CC). In questo senso, si può concludere che la rinuncia avrà una causa e sarà lecita, sempre che il soggetto rinunciante si sia servito del negozio dismissivo ai soli effetti di provocare la perdita del diritto e questa perdita gli fornisca un'utilità patrimoniale o di qualsiasi altra indole, protetta

dall'ordinamento. Così, sarà nulla per essere viziata da una causa illecita, la rinuncia realizzata dal fallito al solo scopo di danneggiare i suoi creditori.

In caso di rinuncia all'azione sociale di responsabilità, il problema della causa presenta comunque alcune particolarità. Il fatto che la pretesa al risarcimento dei danni formi parte di un patrimonio —quello sociale— la cui titolarità appartenga ad una pluralità di soggetti —i soci— fa sì che, salvo nell'ipotesi di una società unipersonale, esistano sempre dei terzi potenzialmente pregiudicati dall'atto abdicativo: i soci assenti o dissenzienti. Per questi, la rinuncia pura e semplice del diritto al risarcimento comporta a priori la lesione del loro interesse giuridicamente protetto a massimizzare l'investimento realizzato, a beneficio esclusivo degli amministratori. Sebbene non ci siano terzi creditori, la perdita di un elemento dell'attivo patrimoniale della società, in linea di principio, influisce negativamente sul patrimonio dei soci, rendendo la rinuncia all'azione sociale di responsabilità un negozio la cui legittimità sarà costantemente messa in dubbio. Questo porta con sé una conseguenza importante: sebbene l'assemblea non sia legalmente obbligata a rendere esplicite le ragioni che hanno motivato la delibera, né con carattere generale, né in relazione alla rinuncia dell'azione sociale (cfr. artt. 26 e 97 CC o RRM), questa obbligazione —rectius onere— verrà imposta, in quest'ultimo caso, dalla necessità di evitare che la delibera assembleare sia sistematicamente impugnata dai soci che non hanno partecipato alla sua adozione. In pratica, quest'onere si tradurrà nella necessità che gli amministratori —o i soci—, nel momento in cui presentino la proposta di rinuncia, descrivano con precisione la finalità pratica che si pretende raggiungere attraverso la delibera. Finalità che, date le peculiari caratteristiche del soggetto rinunciante, può soltanto consistere nella massimizzazione dell'interesse sociale, e avrà luogo in quei casi in cui, attraverso la delibera di rinuncia, si riesca a creare un valore per l'impresa comune.

XX. *L'approvazione della delibera di rinuncia richiede il voto favorevole della maggioranza e l'assenza di veto di una minoranza che rappresenti, almeno il cinque per cento del capitale sociale o il tre per cento nel caso delle società quotate (art. 238.2 e 495.2, lettera «a», LC). Questo non significa però che la delibera debba essere approvata da una maggioranza superiore al novantacinque (o novanta sette) per cento del capitale. È sufficiente la maggioranza ordinaria, a condizione che la minoranza non manifesti la sua opposizione.*

A differenza di quanto accade in Italia (art. 2373, 2° comma, C.Civile), in Spagna, il socio amministratore può partecipare alla delibera di rinuncia; ma se la sua partecipazione risulta decisiva ai fini della sua approvazione la minoranza che non raggiunga la titolarità necessaria per opporvisi potrà impugnarlo. La società o il socio amministratore dovranno provare l'assenza di un pregiudizio all'interesse sociale (art. 190.3 LSC).

XXI. *L'assenza di opposizione da parte della minoranza non è una condizione per la validità o l'efficacia della delibera. Si tratta, piuttosto, di un elemento che integra la «maggioranza» necessaria per approvare la rinuncia. Di conseguenza, se i*

soci di minoranza manifestano la loro opposizione alla delibera, la proposta di rinuncia si deve considerare respinta. Inoltre, il rigetto della proposta abilita i soci di minoranza ad esercitare direttamente l'azione sociale di responsabilità, senza dover convocare di nuovo l'assemblea (art. 239 LSC).

Il Codice civile (art. 2393-bis) prevede la possibilità che gli statuti possano modificare le percentuali legalmente previste affinché la minoranza possa esercitare l'azione sociale ed opporsi alla sua rinuncia o transazione, ma la Ley de Sociedades de Capital non stabilisce nulla al riguardo. Nonostante fosse auspicabile, de lege ferenda, una riforma che chiarisse la questione, sembra possibile, de lege lata, che gli statuti stabiliscano una percentuale inferiore, ma non superiore.

In Italia, la minoranza deve esprimere la sua «opposizione» alla delibera di rinuncia votando contro la proposta. Di conseguenza, i titolari di «azioni senza voto» o di «azioni a voto limitato, subordinato, misurato o scaglionato», non potranno opporsi. Questo crea una grave disfunzione, dal momento che questo tipo di soci sono legittimati ad esercitare l'azione sociale. Pertanto, può succedere che nel caso in cui i soci privati del voto esercitino l'azione, l'assemblea accetti la rinuncia, senza che questi possano fare nulla per impedirlo. In Spagna, questa disarmonia non si verifica perché l'opposizione alla rinuncia non si manifesta attraverso il voto contrario. Sia i soci senza voto sia gli azionisti morosi sono legittimati ad esercitare l'azione e possono, allo stesso tempo, vetarne la rinuncia o la transazione.

XXII. *L'analisi dei presupposti a cui la Ley de Sociedades de Capital subordina l'esercizio dell'azione sociale da parte dei creditori sociali (art. 239 LSC) permette di concludere: i) che, a differenza di quanto accade in Italia, dove la questione è oggetto di accesi dibattiti (art. 2394 C.Civile.), non c'è dubbio che in Spagna i creditori esercitano l'«azione sociale»; ii) è inoltre evidente che tale esercizio avviene in nome proprio e a difesa di un proprio interesse. La loro legittimazione non è, quindi, distinta da quella che ostenta il creditore che esercita in via surrogatoria i diritti del suo debitore (art. 1111 CC e 2900 C.Civile). In effetti, i creditori possono solo esercitare l'azione sociale quando questa non sia stata previamente esperita dalla propria società o dalla minoranza («inerzia del debitore») e il patrimonio sociale sia insufficiente per far fronte ai suoi debiti («insufficienza patrimoniale»).*

Accreditata la natura surrogatoria della legittimazione di cui godono i creditori nel diritto spagnolo, è possibile affermare che la rinuncia della società è opponibile di fronte a questi ultimi. Questa conclusione non si può confutare affermando che la rinuncia all'azione sociale sia un atto intrinsecamente lesivo, in cui il pregiudizio per i creditori si trovi in re ipsa. Il negozio giuridico di rinuncia deve sempre rispondere a un proposito empirico o a una finalità pratica lecita che, nel caso concreto della rinuncia all'azione sociale, si deve tradurre necessariamente in una «trasposizione di valore» che massimizzi in modo obiettivo l'interesse della società. La validità della rinuncia all'azione sociale di responsabilità dipende, pertanto, dal fatto che la sua adozione sia giustificata dal conseguimento di un'utilità oggettivamente apprezzabile che può consistere in un risparmio di costi, nella necessità di evitare che l'esercizio dell'azione

porti con sé un danno sproporzionato all'immagine dell'impresa, etc. Se manca questa giustificazione —la cui prova è de facto a carico della società—, la delibera di rinuncia apparirà come una liberalità irrazionale, realizzata a beneficio esclusivo degli amministratori e in pregiudizio della società, dei soci minoritari e dei creditori. Il negozio abdicativo sarà, quindi, inficiato di nullità per causa illecita (arts. 6 II e 1275 CC) e potrà essere impugnato dagli uni o dagli altri.

Anche nel caso in cui la rinuncia consti di causa lecita, la delibera di rinuncia può comunque risultare pregiudizievole per i creditori quando la società la adotti in una situazione di insolvenza o prossima all'insolvenza. Ma neppure in questi casi si può dire che la rinuncia sia «inopponibile». I creditori dovranno esercitare l'azione rescissoria ex art. 1111 del Código civil, anche se, sarà sufficiente provare il pregiudizio cagionato loro dalla rinuncia, dal momento che la frode si presume iuris et de iure (art. 1297 II CC).

Al riguardo, è comunque opportuno precisare queste considerazioni. Alla rinuncia ai diritti di credito è applicabile, per analogia, l'art. 1526 del Código civil, secondo il quale «la cessione di un credito, di un diritto o di un'azione non produrrà effetto nei confronti del terzo, se non dal momento in cui la data si debba considerare sicura conformemente agli articoli 1218 e 1227». Sostanzialmente, ciò si traduce nella necessità che la trasmissione del credito consti in un documento avente data certa affinché risulti opponibile ai creditori del cedente o a qualsiasi altro terzo. Se applicati alla rinuncia all'azione sociale, questi requisiti si concretizzano nell'obbligo che la delibera di rinuncia sia verbalizzata dal notaio (art. 203 LSC) in modo che possa essere, effettivamente, opponibile ai creditori.

XXIII. *L'esercizio dell'azione sociale in via surrogatoria da parte dei creditori non comporta una situazione di indisponibilità né assoluta né relativa per la società in relazione al suo patrimonio, per cui questa potrà continuare a rinunciare al diritto al risarcimento del danno provocato dagli amministratori. La forma per far valere questa rinuncia nel processo iniziato dai creditori varierà a seconda che la società sia stata parte o meno nello stesso. Al contrario di quanto accade in Italia (art. 2900 C. Civile), nel diritto spagnolo il creditore surrogante non è obbligato a chiamare in giudizio il debitore surrogato assieme al debitor debitoris. In questo senso, i creditori possono esercitare l'azione sociale contro gli amministratori senza necessità di chiamare in giudizio anche la società. Ad ogni modo, ciò non impedisce che quest'ultima possa intervenire volontariamente nel processo.*

Se, alla fine, decidesse di intervenire, la società lo farà con la condizione di litisconsorte e, in linea di principio, potrà realizzare atti di disposizione sul diritto dedotto nel processo. Nonostante, è opportuno segnalare che la rinuncia della società darà luogo soltanto a una sentenza assolutoria nel caso in cui il giudice la stimi «legalmente ammissibile» (art. 20 LEC). Sarà, quindi, logico che questi rifiuti l'atto abdicativo, per intendere che si realizza in frode al creditore che agisce, provocandogli un pregiudizio evidente. Sarebbe più plausibile, invece, che la società cercasse di concludere una transazione con l'amministratore convenuto. In quest'altro caso,

malgrado non esista nessuna norma che impedisca al debitore sostituito di realizzare questo negozio dispositivo senza contare con il consenso del creditore, sarebbe forse logico esigere, in ogni caso, la sua conformità. In caso contrario, si potrebbe arrivare ad accordare una transazione pregiudizievole per il creditore senza che questi possa impedirlo. E ciò sarebbe, in evidente contrasto con il dovere di interdizione della frode processuale che spetta legalmente all'organo giurisdizionale (artt. 11.2 LOPJ e 247.2 LEC).

Se la società resta estranea al giudizio iniziato dai creditori, potrà comunque continuare ad accordare la rinuncia, anche se sarà irrilevante nel processo, salvo il caso in cui si faccia valere come un fatto che giustifichi la «fine del processo per soddisfazione extraprocessuale o carenza sopravvenuta dell'oggetto» (art. 22.2 LEC). In questo modo, il risultato sarà identico al caso precedente, ovvero la rinuncia pura e semplice sarà, in generale, rifiutata dall'organo giudiziario che ammetterà la transazione soltanto nel caso in cui questa sia accettata anche dal creditore attore in surrogatoria.

XXIV. *La minoranza, così come i creditori, esercita l'azione «sociale» di responsabilità e non un'azione autonoma o diretta. Inoltre, lo fa a «nome proprio». Dopo la riforma del 2014, la minoranza può esperire l'azione senza dover prima proporre il suo esercizio all'assemblea, in caso di violazione del dovere di lealtà da parte degli amministratori (art. 239.1 II LSC). Tuttavia, nel caso in cui si violi il dovere di diligenza, la legittimazione della minoranza continua ad avere, come prima della riforma, un carattere sussidiario e potrà essere esercitata solo nel caso in cui: i) gli amministratori non abbiano accolto la richiesta di convocare l'assemblea da parte della minoranza; ii) l'azione di responsabilità non sia stata esercitata trascorso un mese dalla delibera favorevole dell'assemblea; o iii) l'assemblea convocata sul punto abbia respinto la proposta della minoranza (art. 239.1 I LSC).*

Si potrebbe pensare, quindi, che anche la legittimazione della minoranza risponda al meccanismo della surrogazione (art. 1111 CC e 2900 C.Civile). Tuttavia, questa interpretazione non può essere accolta sulla base dei seguenti argomenti: i) il socio non può essere considerato un creditore —né attuale, né eventuale o astratto— della società; ii) la legittimazione dei soci non deriva, in realtà, dall'inerzia pregiudizievole della società, né tanto meno nei casi di violazione del dovere di diligenza.

Al socio non si concede la possibilità di esercitare l'azione per proteggere il proprio interesse, ma «a difesa dell'interesse sociale» (art. 239.1 I LSC). Si potrebbe, quindi, pensare che la sua legittimazione risponda, piuttosto, alla figura della negotiorum gestio proiettata sul processo (OPPO). Tuttavia, questa seconda interpretazione non può essere accolta per i seguenti motivi: i) la figura della gestione d'affari nel processo viene respinta dalla dottrina maggioritaria; ii) non sussistono in questi casi dei requisiti che contribuiscono a definire questa figura. In particolare, non si può dire che il socio gestisca un interesse del tutto estraneo, dal momento che

esercita l'azione per la difesa dell'«interesse sociale», al quale, senza dubbio, partecipa.

In realtà, la legittimazione della minoranza rappresenta un caso sui generis di estensione della legittimazione «a difesa dell'interesse sociale». Ciò implica che la legittimazione della società e quella della minoranza concorrono, affinché la società possa intervenire nel processo iniziato dai soci. La questione è stata molto dibattuta in Spagna in relazione a uno dei presupposti che legittimano la minoranza: quando l'azione di responsabilità non sia stata esercitata nel termine di un mese dalla delibera favorevole dell'assemblea.

Una parte della dottrina spagnola ha inteso che questa scadenza di un mese si debba concepire come un termine di «caducità» per l'azione della società, in modo che, una volta trascorso, l'azione potrà essere esercitata solo dalla minoranza ma non dalla società. Se si applica questa tesi alle altre fattispecie, ne deriverebbe che l'attuazione dei soci «supplisce» o «sostituisce» quella della società, che non potrebbe intervenire nel processo iniziato dai soci. Tuttavia, la tesi della «caducità» è priva di fondamento. Ci troviamo, in realtà, dinanzi a un mero termine di «attesa», trascorso il quale la minoranza passa ad essere legittimata assieme alla società.

Dato che l'attuazione della minoranza non priva di legittimazione la società, questa può intervenire nel processo, adottando qualsiasi strategia processuale, con l'unico limite della proibizione di venire contra factum proprium. In questo modo, si potrà unire alla domanda formulata dai soci, ma potrà anche intervenire in difesa degli amministratori, richiedendo che si assolvano tutti o solo alcuni di loro o che si condannino a una minor quantità. Nessuna di queste strategie processuali implica un atto di disposizione del diritto sostanziale al risarcimento del danno provocato dalla mala gestio degli amministratori, in modo che non dovrà essere approvato dall'assemblea mediante una delibera di rinuncia all'azione sociale di responsabilità (art. 238.2 LSC). Tuttavia, la società potrà rinunciare o transigere il diritto esercitato dai soci di minoranza, anche se, in questo caso, sarà necessario un accordo espresso che sia approvato senza l'opposizione della minoranza; non necessariamente della minoranza che agisce, ma di qualsiasi minoranza che posseda al meno il cinque (o il tre) per cento del capitale sociale.

Da parte sua, la minoranza che ha esercitato l'azione, nella sua condizione di legittimato straordinario, non potrà realizzare atti di disposizione sul diritto esercitato, ma neppure rinunciare o accordare una transazione con gli amministratori. Questa conclusione è stata molto discussa in Italia, in relazione a quanto disposto nell'art. 2393-bis, 6° comma, del Codice civile, ai sensi del quale: «I soci che hanno agito possono rinunciare all'azione o transigerla; ogni corrispettivo per la rinuncia o transazione deve andare a vantaggio della società». Tuttavia, sembra che l'unica interpretazione rispettosa della formulazione letterale della norma che non comporti un'alterazione radicale dei principi che configurano la legittimazione straordinaria sia intendere che la rinuncia o la transazione della minoranza si trovi riferita, in ogni caso, alla propria «azione», cioè al diritto processuale che lo assiste per richiedere la

protezione del patrimonio sociale in via processuale. Uno qualsiasi di tali atti dispositivi potrà impedire che la minoranza che li ha realizzati torni ad esercitare l'azione contro gli stessi amministratori e sulla base degli stessi fatti, ma lascerà intatto il diritto della società o di qualsiasi altra minoranza di promuovere di nuovo l'azione (ROSSI).

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV, *Progetto preliminare per il nuovo Codice di commercio*, Milán [Ulrico Hoepli], 1922.
- ABBADESSA, P., *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, Milán [Giuffrè], 1975.
- ABBADESSA, P., «L'assemblea: competenza», en Colombo/Portale (Dirs.), *Trattato delle società per azioni*, vol. 3*, Turín [Utet], 1994.
- ABBADESSA, P., «Assemblea, amministrazione e controllo», en AAVV, *Parere dei componente del Collegio dei Docenti del Dottorato di ricerca in diritto commerciale interno e internazionale dell'Università Cattolica di Milano*, en *Riv. soc.*, 2002, pp. 1472 a 1479.
- ABETE, L., «La responsabilità degli organi di gestione, liquidazione e controllo nella riforma della legge fallimentare», en *Fall.*, núm. 1, 2006, pp. 5 a 16.
- ABETE, L., «Azione di responsabilità contro gli amministratori e membri di organi di controllo», en Fauceglia/Panzani (Dirs.), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, vol. 2, Turín [Utet], 2009.
- ABRIANI, N., «Le azioni di responsabilità nei confronti degli organi della società fallita», en *Riv. dir. dell'impresa*, 2008, pp. 371 a 392.
- ABRIANI, N., «La crisi dell'organizzazione societaria tra riforma delle società di capitali e riforma delle procedure concorsuali», en *Fall.*, núm. 4, 2010, pp. 392 a 401.
- ALBALADEJO, M., «Comentario al artículo 1111 CC», en Albaladejo (Dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo 15, vol. 1, 1ª ed., Madrid [Edersa], 1989.
- ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, Madrid [Edisofer], vol. 1 (18ª ed., 2009) y vol. 2 (12ª ed., 2004).
- ALBORCH, C., «Las acciones sin voto», en *ADC*, 1974, pp. 641 a 676.
- ALBORCH, C., *El derecho de voto del accionista*, Madrid [Tecnos], 1977.
- ALCALÁ DÍAZ, M.A., «El conflicto de interés socio-sociedad», en *RdS*, núm. 9, 1997, pp. 89 a 141.
- ALCOVER, G., «Competencia de la Junta General (Art. 44)», en Arroyo/Embido/Górriz (Coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, 2ª ed., Madrid [Tecnos], 2009.
- ALFARO, J., *Interés social y derecho de suscripción preferente*, Madrid [Civitas], 1995.
- ALFARO, J., «La exclusión de socios», en Paz-Ares (Coord.), *Tratando de la sociedad limitada*, Madrid [Fundación Cultural del Notariado], 1997.
- ALFARO, J., «La reforma del gobierno corporativo de las sociedades de capital (XV): Ejercicio por la minoría de la acción social de responsabilidad» (entrada disponible

- en la dirección: derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/07/la-reforma-del-gobierno-corporativo-de_7604.html; febrero de 2015).
- ALLARA, M., *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Turín [Giappichelli], 1952.
- ALLEGRI, V., «L'azione di responsabilità delle società per azioni verso gli amministratori e le scelte del legislatore», en *Riv. soc.*, 1971, pp. 302 a 335.
- ALLEGRI, V., *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milán [Giufrè], 1979.
- ALLEGRI, V., *Diritto commerciale*, 3ª ed., Bolonia [Monduzzi], 1999.
- ALLORIO, E., *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milán [Giufrè], 1935 (reed. 1992).
- ALLORIO, E., «Assicurazione e sostituzione processuale volontaria», en *Riv. dir. comm.*, 1935, pp. 415 a 426.
- ALLORIO, E., «Gestione d'affari e processo», en *Riv. dir. proc. civ.*, 1936, pp. 164 a 174.
- ALLORIO, E., «Responsabilità degli amministratori d'anonime e arbitrato», en *Riv. dir. comm.*, 1936, II, pp. 156 a 165.
- ALLORIO, E., *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Milán [Giufrè], 1957.
- ALLORIO, E., *Problemas de derecho procesal*, vol. 2, trad. Sentís, S., Buenos Aires [Ed. Jurídicas Europa-América], 1963.
- ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», en *RDM*, núm. 198, 1990, pp. 639 a 727.
- ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (art. 171.3 del Anteproyecto de Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad», en García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar (Dirs.), *Estudios sobre el anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, Madrid [Dilex], 2002.
- ALONSO UREBA, A., «La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal», en García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar (Dirs.), *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, Madrid [Dilex], 2003.
- ALONSO UREBA, A., «El artículo 48.2 LC y el marco de relaciones de la responsabilidad concursal del artículo 172.3 LC con la responsabilidad de los auditores y con las acciones societarias de responsabilidad de administradores y liquidadores», en *RDCP*, 2004, pp. 91 a 107.
- ÁLVAREZ VIGARAY, R., «Introducción al estudio de la inoponibilidad», en AAVV, *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. 1, Madrid [Consejo General del Notariado], 1988.
- ALVINO, E., «Inammissibilità della gestione di affari altrui nel processo civile», en *Gius. civ.*, 1974, I, pp. 808 a 816.
- AMAT I LLARI, E., *La condonació del deute*, Tesis doctoral [Universidad Autónoma de Barcelona], 1986.
- AMBROSINI, S., «La responsabilità degli amministratori», en Ambrosini (*et al.*), *Le società per azioni*, en Cottino (Dir.), *Trattato di diritto commerciale*, vol. 4, tomo 1, Padua [Cedam], 2010.

- AMORÓS, M., «Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente», en *ADC*, 1965, pp. 953 a 988.
- AMORÓS, M., «Eficacia general de las normas jurídicas (Art. 6.2 CC)», en AAVV, *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid [Tecnos], 1977.
- AMORÓS, M., «Comentario al artículo 1277 CC», en Paz-Ares (*et al.*) (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, tomo 2, Madrid [Ministerio de Justicia], 1993.
- ANGELICI, C., *Della società per azioni. Le azioni*, en Schlesinger (Dir.), *Il codice civile. Commentario. Artt. 2346-2356*, 1ª ed., Milán [Giuffrè], 1992.
- ANGELICI, C., «Le “minoranze” nel decreto 58/1998: “tutela e poteri”», en *Riv. dir. comm.*, 1998, pp. 207 a 227.
- ANGELICI, C., «La tutela delle minoranze», en *Dalla riforma Draghi alla riforma delle società non quotate. Atti del Convegno di Studi – Alba, 21 novembre 1998*, en *Società*, núm. 7, 1998, pp. 786 a 789.
- ANGELICI, C., «Introduzione alla riforma delle società di capitale», en Abbadessa/Portale (Dirs.), *Il nuovo Diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. 1, 1ª reimp., Turín [Utet], 2007.
- ANGELILLIS, A. y SANDRELLI, G., «Sub art. 2476», en Bianchi (a cura di), *Società a responsabilità limitata (Artt. 2462-2483, c.c.)*, en Marchetti (*et al.*) (Dirs.), *Commentario alla riforma delle società*, Milán [Giuffrè-Egea], 2008.
- ARANGUREN, F.J., «Los órganos de la sociedad anónima», en Garrido de Palma (*et al.*) (Dirs.), *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, 3ª ed., Madrid [Trivium], 1990.
- ARCIERI, A., «Alcune questioni in materia di azione sociale di responsabilità ed una particolare ipotesi di conflitto di interessi», en *Giur. it.*, 1990, I, 2, cc. 605 a 610.
- ARECHEDERRA, L.I., «Comentario al artículo 544 CC», en Paz-Ares (*et al.*) (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, tomo 1, Madrid [Ministerio de Justicia], 1993.
- ARROYO, I., «Comentario al artículo 133», en Arroyo/Embido/Górriz (Coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. 2, 2ª ed., Madrid [Tecnos], 2009.
- ARROYO, I. y BOET, E., «Comentario al artículo 134», en Arroyo/Embido/Górriz (Coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. 2, 2ª ed., Madrid [Tecnos], 2009.
- ARU, L., «Gestione di affari (seconda edizione)», en Aru (*et al.*) *Libro quarto. Delle obbligazioni (Artt. 2028-2042)*, en Scialoja-Branca, *Commentario del Codice civile*, Bolonia-Roma [Zanichelli-Soc. Ed. del Foro Italiano], 1981.
- ASCARELLI, T., «Approvazione del bilancio e assoluzione degli amministratori», en *Riv. dir. comm.*, 1931, I, pp. 388 y 389.
- ASCARELLI, T., «La literalità nei titoli di credito», en *Riv. dir. comm.*, 1932, I, pp. 237 a 271.
- ASCARELLI, T., *Appunti di Diritto Commerciale*, vol. 2, 3ª ed., Roma [Soc. ed. del Foro Italiano], 1936.
- ASCARELLI, T., «Principi e problemi delle società anonime», en *Saggi giuridici*, Milán [Giuffrè], 1949.

- ASCARELLI, T., «Interesse sociale e interesse comune nel voto», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, pp. 1145 a 1167.
- ASCARELLI, T., «I problemi delle società anonime per azioni», en *Riv. soc.*, 1956, pp. 3 a 34.
- ASCARELLI, T., «L'interesse sociale dell'art. 2441 cod. civile. La teoria dei diritti individuali e il sistema dei vizi delle deliberazioni assembleari», *Riv. soc.*, 1956, pp. 93 a 118.
- ASCARELLI, T., «Schemi di progetti di legge sulle intese industriali e commerciali e in tema di società», en *Problemi giuridici*, vol. 2, Milán [Giuffrè], 1959.
- ASCARELLI, T., «Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica», en *Riv. soc.*, 1959, pp. 995 a 1017.
- ASENCIO, J.M., *Introducción al Derecho procesal*, 5ª ed., Valencia [Tirant lo Blanch], 2008.
- ASENCIO, J.M., *Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., Valencia [Tirant lo Blanch], 2012.
- ASQUINI, A., «Usufrutto di quote sociali e di azioni», en *Scritti giuridici*, vol. 3, Padua [Cedam], 1961.
- ASÚA, C.I., «Comentario al artículo 6 CC», en Cañizares Laso (*et al.*), *Código civil comentado*, vol. 1, Madrid [Civitas], 2011.
- ATAZ, J., *Ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones del deudor*, Madrid [Tecnos], 1988.
- ATTARDI, A., «Legittimazione ad agire», en *Dig. delle disc. priv., sez. civ.*, vol. 10, Turín [Utet], 1993.
- ATTARDI, A., *Diritto Processuale Civile*, vol. 1, Padua [Cedam], 1994.
- ATZERI-VACCA, F., *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, 2ª ed., Turín [Utet], 1915.
- AUBRY, F. y RAU, C.F., *Cours de Droit Civil Français d'après l'ouvrage allemand de C.S. Zachariae*, vol. 3, 3ª ed., París [Impr. et libr. générale de jurisprudence], 1860.
- AUDINO, A., «Sub art. 2394», en Maffei Alberti (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, vol. 1, Padua [Cedam], 2005.
- AULETTA, F., «Sub art. 2393-bis», en Sandulli/Santoro (a cura di), *La riforma delle società*, Turín [Giapicchelli], 2003.
- AULETTA, G., «L'ordinamento della società per azioni», en *Riv. soc.*, 1961, pp. 1 a 25.
- AURICCHIO, A., «La rinunzia verso corrispettivo nell'art. 478 c.c.», en *Temi*, 1956, pp. 176 a 182.
- BADOSA, F., «Comentario al artículo 1101 CC», en Paz-Ares (*et al.*) (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, tomo 2, Madrid [Ministerio de Justicia], 1993.
- BARASSI, L., *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. 3, 2ª ed., Milán [Giuffrè], 1964.
- BARBA DE VEGA, J., «Junta General», en Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, 2ª ed., Navarra [Aranzadi], 2006.
- BARTESAGHI, M., «Gli amministratori», en AAVV, *Società per azioni*, Turín [Utet], 1994.

- BAUMS, T., «Personal Liabilities of Company Directors in German Law», en *Int. Co. Commerc. Law Rev.*, núm. 9, 1996, pp. 318 a 324 (disponible también en <http://www.jura.uni-frankfurt.de/43029388/paper35.pdf>; febrero 2015).
- BAUMS, T., «Il sistema di “corporate governance” in Germania ed i suoi recenti sviluppi», en *Riv. soc.*, 1999, pp. 1 a 19.
- BELLIDO, R., «Ejercicio de acciones del concursado (Art. 54)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo 1, Madrid [Civitas], 2004.
- BELLO, M.P., «Responsabilidad civil de administradores de sociedades de capital y Ley Concursal», en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo 2, Madrid-Barcelona [Marcial Pons], 2005.
- BELTRÁN, E., *Las deudas de la masa*, Bolonia [Real Colegio de España], 1986.
- BELTRÁN, E., «Hacia un nuevo Derecho de sociedades anónimas», en *RDBB*, núm. 30, 1988, pp. 329 a 367.
- BELTRÁN, E., «Los dividendos pasivos en la reforma de la sociedad anónima», en *AC*, núm. 11, 1989, pp. 697 a 708.
- BELTRÁN, E., «Bienes y derechos litigiosos (Art. 150)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo 2, Madrid [Civitas], 2004.
- BELTRÁN, E., «Efectos sobre el deudor persona jurídica (Artículo 48)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo 1, Madrid [Civitas], 2004.
- BELTRÁN, E., «Efectos de la mora (Art. 83)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, vol. 1, Madrid [Civitas], 2011.
- BENAZZO, P., «Azione sociale di responsabilità, revoca *ex lege* degli amministratori in carica e nomina dei nuovi amministratori», en *Giur. comm.*, 1991, I, pp. 529 a 576.
- BENAZZO, P., *Rinuncia e transazione in ordine all'azione sociale di responsabilità. Il ruolo dell'assemblea*, Padua [Cedam], 1992.
- BENEDETTI, G., «Struttura della remissione. Spunti per una dottrina del negozio unilaterale», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, pp. 1291 a 1317.
- BENNANI, V., «Sulla legittimazione all'esercizio dell'azione di responsabilità contro gli amministratori», en *Arch. resp. civ.*, 1965, pp. 938 a 944.
- BERBEL, J., «Acción social e individual de responsabilidad de los administradores: aspectos material y procesal», en *CDJ*, 1992, núm. 18, pp. 98 a 135.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Impugnación de acuerdos sociales (Legitimación y procedimiento). Acuerdos del Consejo de Administración», en Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, 2ª ed., Navarra [Aranzadi], 2006.
- BÉRGAMO, A., *Las sociedades anónimas. (Las acciones)*, vol. 3, Madrid [Prensa Castellana], 1970.
- BERNABAI, R., «Profili processuali delle azioni di responsabilità», en *Società*, 2005, núm. 2, pp. 215 a 230.
- BETTI, E., «Ragione e azione», en *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, pp. 205 a 237.
- BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, trad. Martín Pérez, A., 2ª ed., Madrid [Revista de Derecho Privado], 1959.
- BIANCA, C.M., *Diritto civile*, Milán [Giuffrè], vol. 3 (2ª ed. 2000), vol. 4 (1ª ed. 1993) y vol. 5 (2ª ed. 2012).

- BINNI, A., voz «Potere di disposizione», en *Noviss. dig. it.*, vol. 13, Turín [Utet], 1957.
- BISBAL MÉNDEZ, J., «La junta general de socios de la sociedad de responsabilidad limitada», en Paz-Ares (Coord.), *Tratando de la sociedad limitada*, Madrid [Fundación Cultural del Notariado], 1997.
- BISOGLI, G.B., «La struttura amministrativa della società per azioni tra diritto comunitario e disciplina della *public company*», en *Giur. comm.*, 1996, I, pp. 954 a 986.
- BLACK, B.S., «Shareholder Passivity Reexamined», en *Mich. L. Rev.*, núm. 89, 1990, pp. 520 a 608.
- BLANDINI, A., «Le azioni a voto limitato nella riforma», en *Giur. comm.*, 2004, I, pp. 467 a 490.
- BOEHMER, G., *El Derecho a través de la jurisprudencia*, trad. Puig Brutau, J., Barcelona [Bosch], 1959.
- BONARDELL, R., y CABANAS, R., *Separación y exclusión de socios en la sociedad de responsabilidad limitada*, Navarra [Aranzadi], 1998.
- BONARDELL, R., y CABANAS, R., «Responsabilidad de la realidad y valoración de las aportaciones no dinerarias (Art. 21)», en Arroyo/Embido/Górriz (Coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, 2ª ed., Madrid [Tecnos], 2009.
- BONELLI, F., «Natura giuridica delle azioni di responsabilità contro gli amministratori», en *Giur. comm.*, 1982, II, pp. 770 a 780.
- BONELLI, F., «Art. 146 l.fall.: l'azione di responsabilità del curatore contro gli amministratori di s.p.a. fallita», en *Giur. comm.*, 1982, II, pp. 780 a 800.
- BONELLI, F., «Le direttive dell'assemblea agli amministratori di società per azioni (art. 2364, n. 4 c.c.)», *Giur. comm.*, 1984, I, pp. 5 a 12.
- BONELLI, F., *Gli amministratori di società per azioni*, Milán [Giuffrè], 1985.
- BONELLI, F., «La responsabilità degli amministratori», en Colombo/Portale (Dirs.), *Trattato delle società per azioni*, vol. 4, Turín [Utet], 1991.
- BONELLI, F., *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milán [Giuffrè], 1992.
- BONELLI, F., «L'art. 129 Legge Draghi: L'azione di responsabilità esercitata dalla minoranza dei soci e l'assicurazione contro i rischi incorsi nella gestione», en Bonelli (et al.), *La riforma delle società quotate*, Milán [Giuffrè], 1998.
- BONELLI, G., *Del fallimento (commento al Codice di Commercio)*, Milán [Francesco Vallardi], 1923.
- BONET CORREA, J., *La renuncia exonerativa y el abandono liberatorio*, Madrid [Reus], 1961.
- BONICELLI, P., «Rassegna critica della giurisprudenza onoraria in materia di società per azioni (anni 1915 e 1916)», en *Riv. dir. comm.*, 1918, I, pp. 173 a 216.
- BOQUERA, J., «La regulación del conflicto de intereses en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», en *RDM*, núm. 217, 1995, pp. 1007 a 1047.
- BORDA, A., *La teoría de los actos propios*, 2ª ed., Buenos Aires [Abeledo-Perrot], 1993.
- BORGIOI, A., *I direttori generali di società per azioni*, Milán [Giuffrè], 1975.
- BORGIOI, A., *L'amministrazione delegata*, Florencia [Nardini], 1982.

- BORRELL Y SOLER, A.M., *Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles*, Barcelona [Bosch], 1954.
- BORRELL Y SOLER, A.M., *Derecho civil español*, tomo 1, Barcelona [Bosch], 1955.
- BOZZI, A., voz «Rinunzia. Diritto pubblico e privato», en *Noviss. dig. it.*, vol. 15, Turín [Utet], 1968.
- BOZZI, L., *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Milán [Giuffrè], 2008.
- BRECCIA, U., «La gestione di affari», en Rescigno (Dir.), *Trattato di diritto privato*, vol. 9, tomo 1, 2ª ed., Turín [Utet], 1999.
- BRETON, A., «Théorie générale de la renonciation aux droits réels», en *Rev. trim. dr. civ.*, 1928, pp. 261 a 364.
- BROSETA, M., *Manual de Derecho mercantil*, vol. 1, 21ª ed. (a cargo de MARTÍNEZ SANZ, F.), Madrid [Tecnos], 2014.
- BRUNETTI, A., *Trattato del Diritto delle società*, vol. 2, Milán [Giuffrè], 1948.
- BRUNETTI, A., «Esecuzione su quota di società a responsabilità limitata», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, pp. 260 a 276.
- BRUSCUGLIA, L. y GIUSTI, A., voz «Ratifica (dir. priv.)», en *Enc. dir.*, vol. 28, Milán [Giuffrè], 1987.
- BUONOCORE, V., «Revoca dello stato di liquidazione e proroga tacita nelle società di capitali», en *Riv. dir. comm.*, 1958, II, pp. 294 a 310.
- BUONOCORE, V., *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Nápoles [Morano], 1960.
- BUONSIGNORI, A., en Galgano-Buonsignori, *Il fallimento delle società*, en Galgano (Dir.), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. 10, Padua [Cedam], 1988.
- BUSTILLO, M.M., *La subsanación de acuerdos sociales por la junta general de la sociedad anónima*, Navarra [Aranzadi], 1999.
- BUTTARO, L., «In tema di inesistenza di deliberazione assembleare per difetto di maggioranza», en *Banca e borsa*, 1962, I, pp. 212 a 255.
- CABANAS, R., «Efectos de la declaración de concurso sobre la persona jurídica: pronunciamientos jurisprudenciales», en *RDCP*, núm. 10, 2009, pp. 347 a 359.
- CABANILLAS, A., «Comentario al artículo 6 II CC», en Albaladejo/Díaz Alabart (Dirs.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo 1, 2ª ed., Madrid [Edersa], 1992.
- CABAÑAS, J.C., *La tutela judicial del tercero*, Madrid [Dijusa], 2005.
- CACHÓN, J.E., «Las acciones sin voto», en *AC*, núm. 3, 1990, pp. 469 a 475.
- CALAMANDREI, P., *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padua [Cedam], 1941.
- CALANDRA BUONAURA, V., *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Milán [Giuffrè], 1985.
- CALANDRA BUONAURA, V., «Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori», en Colombo/Portale (Dirs.), *Trattato delle società per azioni*, vol. 4, Turín [Utet], 1991.

- CALANDRA BUONAURA, V., «I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario», en *Giur. comm.*, 2003, I, pp. 535 a 560.
- CALBACHO, F., *El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima*, Valencia [Tirant lo Blanch], 1999.
- CAMPO SENTÍS, L., «Las minorías y la responsabilidad de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas», en *RDP*, núm. 76, 1992, pp. 208 a 222.
- CAMPOBASSO, G.F., «Sub art. 129», en Campobasso (Dir.), *Testo unico della finanza (d.lg. 24 febbraio 1998, n. 58)*, Turín [Utet], 2002.
- CAMPOBASSO, G.F., *Diritto commerciale*, vol. 2, 8ª ed., Turín [Utet], 2012.
- CAMPUZANO, A.B., *Las clases de acciones en la sociedad anónima*, Madrid [Civitas], 2000.
- CAMPUZANO, A.B., «Derechos del socio (Art. 93)», en Rojo/Beltrán (Dirs.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, vol. 1, Madrid [Civitas], 2011.
- CAMPUZANO, A.B., «Otros derechos (Art. 102)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, vol. 1, Madrid [Civitas], 2011.
- CAMPUZANO, A.B., «Modificaciones estatutarias lesivas (Art. 103)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, vol. 1, Madrid [Civitas], 2011.
- CANALE, G., «Sulla titolarità del decimo del capitale sociale ai sensi dell'art. 2409 c.c.», en *Giur. comm.*, 1985, II, pp. 369 a 372.
- CANDELARIO MACÍAS, M.I., *La Tutela de la minoría en la sociedad cotizada en bolsa: examen de los derechos políticos-administrativos tras la Ley 26/2003*, Barcelona [Atelier], 2007.
- CANDIAN, A., «L'azione civile di responsabilità contro gli amministratori di società anonime», en *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, pp. 187 a 190.
- CANDIAN, A., *Nullità e annullabilità di delibere di assemblea di società per azioni*, Milán [Giuffrè], 1942.
- CANDIAN, A., «Nullità di deliberazioni d'assemblea (art. 2379 cod. civ.): legittimazione processuale attiva», en AAVV, *Studi in memoria di Lorenzo Mossa*, Padua [Cedam], 1961.
- CANDIAN, A., «Il diritto di socio nelle società cosiddette di capitali. Natura giuridica», en *Dir. fall.*, 1961, I, pp. 257 a 269.
- CANO, J.I., *La renuncia a los derechos*, Barcelona [Bosch], 1986.
- CAÑIZARES LASO, A., «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias», en *ADC*, 1991, pp. 1453 a 1528.
- CAÑIZARES LASO, A., *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid [Civitas], 2001.
- CAPRIGLIONE, F., «Sub art. 129», en Alpa-Capriglione, *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, tomo 2, Padua [Cedam], 1998.
- CARBONE, G., «Le convenzioni di voto e la teoria generale del contratto», en *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, II, pp. 49 a 89.
- CARIOTA FERRARA, L., *I negozi sul patrimonio altrui*, Padua [Cedam], 1936.
- CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Nápoles [A. Morano], 1948.

- CARNELUTTI, F., «Sul concetto del reclamo giudiziario contro il bilancio finale di liquidazione nelle società anonime», en *Riv. dir. comm.*, 1912, II, pp. 649 a 661.
- CARNELUTTI, F., *Teoria giuridica della circolazione*, Padova [Cedam], 1933.
- CARNELUTTI, F., *Sistema di Diritto Processuale Civile*, vol. 1, Padua [Cedam], 1936.
- CARRASCO, A., «Comentario al artículo 1101 CC», en Albaladejo/Díaz Alabart (Dirs.), *Comentarios al código civil y compilaciones forales*, tomo 15, 2ª ed., Madrid [Edersa], 2004.
- CARRASCO, A., «Comentario al artículo 6.2 CC», en Bercovitz (Dir.), *Comentarios al Código civil*, tomo 1, Valencia [Tirant lo Blanch], 2013.
- CARRERAS, J., *El embargo de bienes*, Barcelona [Bosch], 1957.
- CARRERAS, M., *Elementos de derecho mercantil de España*, Madrid [Imp. de José de Rojas], 1860.
- CARRESI, F., «Il contratto con obbligazioni del solo proponente», en *Riv. dir. civ.*, 1974, I, pp. 393 a 409.
- CASELLI, G., «I sistemi di amministrazione nella riforma della s.p.a.», en *Contr. impr.*, 2003, pp. 149 a 163.
- CASTÁN, J., «Efectos de la renuncia a los gananciales efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos», en *RGLJ*, núm. 155, 1929.
- CASTÁN, J., *Derecho civil español, común y foral*, tomo 1, vol. 2, primera y segunda parte, 14ª ed. (rev. por DE LOS MOZOS, J.L.), Madrid [Reus], 1984.
- CASTRESANA, L.F., «Algunas cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas», en Sánchez Calero (Dir.), *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Madrid [Musini], 1994.
- CATTANEO, M., «Il sistema informativo bilancio-relazione degli amministratori dopo la legge 7 giugno 1974, n. 216», en Colombo (a cura di), *Il bilancio d'esercizio. Problemi attuali*, Milán [Giuffrè], 1978.
- CECHELLA, C., voz «Sostituzione processuale», *Dig. delle disc. priv., sez. civ.*, vol. 18, Turín [Utet], 1998, pp. 638 a 643.
- CECCHETTI, R., voz «Quietanza (dir. priv.)», en *Enc. dir.*, vol. 38, Milán [Giuffrè], 1987.
- CENTONZE, M., «La delibera nulla. Nuove tendenze interpretative e profili di disciplina», en Abbadessa/Portale (Dirs.), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. 2, Turín [Utet], 2007.
- CENTONZE, M., «Qualificazione e disciplina del rigetto della proposta (cd. “delibera negativa”)», en *Riv. soc.*, 2007, pp. 414 a 481.
- CENTONZE, M., *L'«inesistenza» delle delibere assembleari di s.p.a.*, Turín [Giappichelli], 2008.
- CERRAI, A. y MAZZONI, A., «La tutela del socio e delle minoranze», en *Riv. soc.*, 1993, pp. 1 a 90.
- CERRO, E., «Ejercicio por los accionistas de la acción de responsabilidad de los administradores de las anónimas», en *RDP*, 1970, pp. 625 a 636.
- CHIOMENTI, F., *La revoca delle deliberazione assembleari*, Milán [Giuffrè], 1969.
- CHIOVENDA, G., «L'azione nel sistema dei diritti», en *Saggi di Diritto Processuale Civile*, Bolonia [Zanichelli], 1904.

- CHIOVENDA, G., *Principii di Diritto Processuale Civile*, 4ª ed., Nápoles [E. Jovene], 1928.
- CHIOVENDA, G., «Sulla natura dell'espropriazione forzata», *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, pp. 85 a 104.
- CIAN, M., «Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci nel nuovo diritto societario», en *Riv. soc.*, 2004, pp. 759 a 794.
- CICALA, R., *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Nápoles [E. Jovene], 1968.
- CLARK, R., *Corporate Law*, Aspen [Aspen Law and Business], 1986.
- CLAVERÍA, L.H., *La causa del contrato*, Bolonia [Publicaciones del Real Colegio de España], 1998.
- COLIN, A. y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil*, trad. y anot. De Buen, D., 4ª ed., Madrid [Reus], 1987.
- COLOMBO, G.E., *Il bilancio di esercizio delle società per azioni*, Padua [Cedam], 1965.
- COLOMBO, G.E., «Il bilancio d'esercizio», en Colombo/Portale (Dirs.), *Trattato delle società per azioni*, vol. 7*, Turín [Utet], 1994.
- COLOMBO, G.E., «Amministrazione e controllo», en AAVV, *Il nuovo ordinamento delle società*, Milán [Ipsa], 2003.
- CONFORTI, C., *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, Milán [Giuffrè], 2012.
- COPPOLA, C., *La rinuncia ai diritti futuri*, Milán [Giuffrè], 2005.
- CORDÓN, F., «Anotaciones acerca de la legitimación», en *RDProc*, núm. 2, 1979, pp. 305 a 339.
- CORDÓN, F., *Proceso civil de declaración*, Navarra [Aranzadi], 1997.
- CORDÓN, F., «De nuevo sobre la legitimación», *RDP*, núm. 1, 1997, pp. 45 a 83.
- CORDÓN, F., «Ejercicio de acciones del concursado (Art. 54)», en Córdón (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, tomo 1, 2ª ed., Navarra [Aranzadi], 2010.
- CORDÓN, F., «Condición de parte procesal legítima (Art. 10)», en Córdón (*et al.*) (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. 1, 2ª ed., Navarra [Aranzadi], 2011.
- CORRADO, D., «Sub art. 2434», en Notari/Bianchi (a cura di) *Obbligazioni, bilancio (Artt. 2410-2435-bis c.c.)*, en Marchetti (*et al.*) (Dirs.), *Commentario alla riforma delle società*, Milán [Giuffrè-Egea], 2006.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Revista de Derecho procesal iberoamericana*, núm. 2-3, 1976, pp. 339 a 422.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (*et al.*), *Derecho procesal*, tomo 1, vol. 1, Valencia [Tirant lo Blanch], 1988.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Responsabilidad de los administradores societarios y carga de la prueba», en *RGLJ*, núm. 2, 1999, pp. 135 a 147.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, 6ª ed., Valencia [Tirant lo Blanch], 2012 .
- CORSI, F., «Poteri dell'assemblea e poteri del consiglio di amministrazione in rapporto all'art. 2364, n. 4, cod. civile», en *Foro it.*, 1974, cc. 236 a 241.
- CORSI, F., *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, Milán [Giuffrè], 1974.

- COSSÍO, A., *Instituciones de Derecho civil*, tomo 1, Madrid [Civitas], 1988.
- COSTANTINO, G., «La responsabilità degli organi societari: profili processuali», en *Società*, núm. 2, 2007, pp. 207 a 221.
- COSTAS COMESAÑA, J., *El deber de abstención del socio en las votaciones*, Valencia [Tirant lo Blanch], 1999.
- COSTAS RODAL, L., «Comentario al artículo 1000 CC», en Bercovitz (Dir.), *Comentarios al Código civil*, tomo 5, Valencia [Tirant lo Blanch], 2013.
- COTTINO, G., *Diritto Commerciale*, vol. 1, tomo 1 (*Le Società*), 4ª ed., Padua [Cedam], 1999.
- COVIELLO, N., *Manuale di diritto civile. Parte generale*, 4ª ed., Milán [Società Editrice Libreria], 1929.
- COZIAN, M. (*et al.*), *Droit des sociétés*, 24ª ed., Paris [LexisNexis], 2011.
- CRISTÓBAL MONTES, A., *La vía subrogatoria*, Madrid [Tecnos], 1995.
- CRISTÓBAL MONTES, A., *La vía pauliana*, Madrid [Tecnos], 1997.
- CUENCA GARCÍA, A. y FERRANDO VILLABA, M.L., en Embid (Coord.), *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital*, Valencia [Tirant lo Blanch], 2005.
- D'AMELIO, M., «L'azione collettiva e quella individuale di ciascun socio contro gli amministratori di società anonime per pretesa falsità in bilanci», en *Riv. dir. comm.*, 1911, II, pp. 663 a 671.
- D'AMELIO, M., «La responsabilità degli amministratori di società anonime e l'azione individuale dei soci», en *Riv. dir. comm.*, 1912, II, pp. 945 a 950.
- DALMARTELLO, A., «Limiti oggettivi del diritto delle minoranze alla convocazione dell'assemblea», en *Riv. not.*, 1956, pp. 167 a 171.
- DALMOTTO, E. «Sub artt. 2393-2393 bis», en Cottino (*et al.*) (Dirs.), *Il nuovo diritto societario*, vol. 1, Bologna [Zanichelli], 2004.
- DAMIÁN, J., «Comentario al artículo 222», en Lorca Navarrete (Dir.), *Comentario a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 1, Valladolid [Lex Nova], 2000.
- DAVIES, P.L., *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 8ª ed., Londres [Thomson Sweet & Maxwell], 2008.
- DE BACARDÍ, A., *Tratado de Derecho Mercantil de España*, vol. 2, Barcelona [Imp. de Benito Espona], 1840.
- DE CASTRO, F., «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1911 y 1111 del Código civil», en *RDP*, 1932, pp. 193 a 227.
- DE CASTRO, F., *Derecho civil de España. Parte general*, tomo 1, 3ª ed., Madrid [Instituto de Estudios Políticos], 1955 (ed. facsímil, Madrid [Civitas], 2008).
- DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Madrid [Civitas], 1985 (ed. facsímil, Madrid [Civitas], 2002).
- DE CRESCENZIO, U., «L'azione di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci di società fallite», en Panzani (Dir.), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Turín [Utet], 1999.
- DE FERRA, G., *Manuale di diritto fallimentare*, Milán [Giuffrè], 1989.

- DE GREGORIO, A., *I bilanci delle società anonime*, Milán [Vallardi], 1905(?).
- DE GREGORIO, A., *Delle società e delle associazioni commerciali*, Turín [Utet], 1938.
- DEIANA, G., voz «Abbandono, I, Derelictio (dir. civile)», en *Enc. dir.*, vol. 1, Milán [Giuffrè], 1958.
- DEKENGOLB, H., *Einlassungszwang und Urteilsnorm*, Leipzig [Breitkopf & Hartel], 1877.
- DE LA CÁMARA, M., «Estudio sobre la representación legal en Derecho mercantil», en AAVV, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*, vol. 1, Madrid [Tecnos], 1976.
- DE LA CÁMARA, M., *Estudios de Derecho mercantil*, vol. 2, 2ª ed., Madrid [Edersa], 1978.
- DE LA CÁMARA, M., «La administración de la sociedad anónima», en *RJN*, núm. 4, 1992, pp. 51 a 153.
- DE LA OLIVA, A., «En torno a la renuncia del actor en el proceso civil», en AAVV, *Escritos en homenaje al profesor Prieto-Castro*, vol. 2, Madrid [Editora Nacional], 1979.
- DE LA OLIVA, A., *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Barcelona [Bosch], 1980.
- DE LA OLIVA, A., en De la Olvia (*et al.*), *Curso de Derecho Procesal Civil*, vol. 1 y vol. 2, Madrid [Centro de Estudios Ramón Areces], 2012.
- DELL'ATTI, G., «Rinunzia all'azione di responsabilità e fallimento delle società per azioni», en Fortunato (*et al.*) (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Milán [Giuffrè], 2011.
- DELL'ATTI, G., *La rinunzia all'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori di s.p.a.*, Milán [Giuffrè], 2012.
- DE LOJENDIO, I.M., «Delimitación de competencias entre los órganos de la sociedad anónima y modificación del balance», *RDM*, núm. 140-141, 1976, pp. 281 a 345.
- DE LOS MOZOS, J.L., «Negocio abstracto y reconocimiento de deuda», en *ADC*, 1966, pp. 369 a 422.
- DE LOS MOZOS, J.L., «Comentario al artículo 1321 CC», en Albaladejo/Díaz Alabart (Dirs.), *Comentarios al código civil y compilaciones forales*, tomo 18, vol. 1, Madrid [Edersa], 1982.
- DE MARINI, C.M., *La successione nel diritto controverso*, Roma [Soc. ed. del Foro Italiano], 1953.
- DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoléon. Traité de la distinction des biens*, tomo 1, 4ª ed., París [Durand-Hachette et Cie.], 1870.
- DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoléon. Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tomo 2, París [Durand-Hachette et Cie.], 1878.
- DE NICOLA, A., «Sub art. 2394», en Ghezzi (a cura di), *Amministratori (Artt. 2380-2396, c.c.)*, en Marchetti (*et al.*) (Dirs.), *Commentario alla riforma delle società*, Milán [Giuffrè-Egea], 2005.
- DE RATO, A., *La compañía anónima*, Madrid [Reus], 1949.
- DE SANCTIS-RICCIARDONE, A., voz «Surrogatoria (azione)», en *Enc. giur.*, vol. 30, Roma [Istituto della Enciclopedia italiana], 1993.

- DE SEMO, G., voz «Gestione di affari altrui (Diritto vigente)», en *Noviss. dig. it.*, vol. 7, Turín [Utet], 1957.
- DI AMATO, S., «Sub art. 2354», en Caratozzolo (*et al.*), *Società per azioni: azioni, società collegate e controllate, assemblee (Artt. 2346-2379-ter)*, en Lo Cascio (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Milán [Giuffrè], 2003.
- DI CATALDO, V., «Problemi nuovi in tema di responsabilità di amministratori di società per azioni: dal possibile affievolimento della solidarietà all'incerto destino dell'azione della minoranza», en *Giur. comm.*, 2004 (*supp.* 3), I, pp. 644 a 661.
- DI MAJO, A., «Osservazioni sul terzo comma dell'art. 2393 c.c.», en *Riv. dir. civ.*, 1971, II, pp. 192 a 194.
- DI NANNI, C., *La vigilanza degli amministratori sulla gestione nella società per azioni*, Nápoles [E. Jovene], 1992.
- DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, 2ª ed., Navarra [Aranzadi], 2006.
- DÍAZ MORENO, A., «Los efectos de la declaración del concurso sobre el deudor. En particular, los supuestos de deudores personas jurídicas», en Quintana/Bonet/García-Cruces (Dir.), *Las claves de la Ley Concursal*, Navarra [Aranzadi], 2005.
- DÍEZ DEL CORRAL, J., «Comentario al artículo 214 CC», en Amorós (*et al.*), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid [Tecnos], 1986.
- DÍEZ-PICAZO, L., «La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *ADC*, núm. 9, 1956, pp. 1149 a 1181.
- DÍEZ-PICAZO, L., «El negocio jurídico del Derecho de familia», en *RGLJ*, núm. 212, 1962, pp. 771 a 792.
- DÍEZ-PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos*, Barcelona [Bosch], 1963.
- DÍEZ-PICAZO, L., «El concepto de causa en el negocio jurídico», en *ADC*, 1963, pp. 3 a 32.
- DÍEZ-PICAZO, L., *La prescripción en el Código civil*, Barcelona [Bosch], 1964.
- DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho privado*, Madrid [Civitas], 1979.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid [Civitas], vol. 1 (6ª ed., 2007) y vol. 2 (6ª ed. 2008).
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, Madrid [Tecnos], vol. 1 (11ª ed., 2ª reimp., 2005) y vol. 2, (9ª ed., 2001).
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., en De la Oliva (*et al.*), *Curso de Derecho Procesal Civil*, vol. 1, Madrid [Centro de Estudios Ramón Areces], 2012.
- DI SABATO, F., *Diritto delle società*, 3ª ed. (actualizada por Blandini, A.), Milán [Giuffrè], 2011.
- DISTASO, N., *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, Turín [Utet], 1973.
- DOIG, Y., *La terminación del proceso por satisfacción extraprocesal*, Madrid [La Ley], 2008.
- DOMAT, J., *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, París, 1713.
- DOMENICHINI, G., «Il controllo giudiziario sulla gestione delle società per azioni», en Rescigno (Dir.), *Trattato di diritto privato*, vol. 16, tomo 2, 2ª ed., Turín [Utet], 2011.

- DONATI, A., *L'invalidità della deliberazione di assemblea delle società anonime*, Milán [Giuffrè], 1937.
- DONGIACOMO, G., «Le azioni di responsabilità nel fallimento», en Celentano/Forghillo (a cura di), *Fallimenti e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d'impresa dopo le riforme*, Turín [Utet], 2008.
- DORAL, J.A., «La renuncia abdicativa de derechos», en AAVV, *Libro-homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. 1, Madrid [Centro de Estudios], 2006.
- DRAGHI, M., «Audizione del 10 dicembre 1997 davanti alla Commissione Finanza e Tesoro della Camera dei Deputati», en *Giur. comm.*, 1997, I, pp. 771 a 787.
- DUDEN, K., «Il problema della tutela delle minoranze nel diritto italiano e nel diritto tedesco», en *Riv. dir. comm.*, 1966, I, pp. 404 a 408.
- DUQUE, J., *Tutela de la minoría*, Valladolid [Universidad], 1957.
- EGEA, J., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1984», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 4, 1984, pp. 1405 a 1410.
- EMPID, J. y MARTÍNEZ SANZ, F., «Libertad de configuración estatutaria en el Derecho de sociedades de capital», en *RdS*, 1996, pp. 11 a 30.
- EMPARANZA, A., «Causas legales de separación (Art. 346)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, vol. 2, Madrid [Civitas], 2011.
- EMPARANZA, A., «Procedimiento de exclusión (Art. 352)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, vol. 2, Madrid [Civitas], 2011.
- ENNECCERUS, L., y NIPPERDEY, H.C., *Derecho civil*, tomo 1, vol. 2, trad. y anot. Pérez González, B. y Alguer, J., 13ª ed., Barcelona [Bosch], 1935.
- ENRIQUES, L. y MUCCIARELLI, F.M., «L'azione sociale di responsabilità da parte delle minoranze», en Abbadessa/Portale (Dirs.), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. 2, Turín [Utet], 2007.
- ESPÍN, D., *Manual de Derecho Civil español*, vol. 3, 6ª ed., Madrid [Revista de Derecho Privado], 1983.
- ESPINÓS, A., «Efectos sobre el deudor persona jurídica (Art. 48)», en Sagrera/Sala Reixachs/Ferrer Barrientos (Coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona [Bosch], 2004.
- ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión en las sociedades anónimas*, Madrid [Civitas], 1982.
- ESTEBAN VELASCO, G., «Responsabilidad de los administradores (Art. 14)», en Pau Pedrón (Coord.), *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*, Madrid [Tecnos], 1992.
- ESTEBAN VELASCO, G., voz «Administradores de S.A.», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo 1, Madrid [Civitas], 1995.
- ESTEBAN VELASCO, G., «Algunos aspectos relevantes de la regulación de la Junta general de socios en la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995», en AAVV, *Estudios de Derecho mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque*, vol. 1, Valladolid [Universidad], 1998.

- ESTEBAN VELASCO, G., «La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital», en Bolás (Dir.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Madrid [Consejo General del Poder Judicial], 2000.
- ESTEBAN VELASCO, G., «Acuerdos de la junta general de socios de la sociedad limitada en asuntos de gestión y la responsabilidad de los administradores», en *RdS*, núm. 18, 2002, pp. 217 a 230.
- ESTEBAN VELASCO, G., «Intervención de la junta general en asuntos de gestión (Art. 161)», en Rojo/Beltrán (Dir.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, vol. 1, Madrid [Civitas], 2011.
- FABRIS, P., «Sulla natura dell'azione sociale di responsabilità esercitata da parte dei soci di minoranza nelle società quotate», en *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, pp. 349 a 354.
- FADDA, C. y BENZA, P.E., *Note alle Pandette di Windscheid*, vol. 4, Turín [Utet], 1930.
- FAIRÉN, V., «El fundamento de la bilateralidad del desistimiento en la primera instancia de nuestro proceso civil», en *ADC*, 1949, pp. 899 a 917.
- FAIRÉN, V., «La responsabilidad civil de los órganos de administración de las Sociedades Anónimas», en *RDP*, 1955, pp. 865 a 882.
- FAIRÉN, V., «De nuevo sobre los conceptos de acción y pretensión», en *RDPProc*, 1988, núm. 1, pp. 7 a 35.
- FAIRÉN, V., «La acción, derecho procesal y derecho político», en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid [Edersa], 1995.
- FARENGA, L., *I contratti parasociali*, 3ª ed., Turín [Utet], 1987.
- FAUCEGLIA, G., voz «Società con azioni quotate in borsa», en *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento I, Turín [Utet], 2000.
- FAZZALARI, E., voz «Sostituzione processuale», en *Enc. dir.*, vol. 43, Milán [Giuffrè], 1990, pp. 159 a 162.
- FAZZALARI, E., *Istituzioni di diritto processuale*, 8ª ed., Turín [Utet], 1996.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., voz «Acuerdo social», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. 1, Madrid [Civitas], 1995.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «El régimen de responsabilidad de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas: Supuestos, principios y problemas», en *BICAM*, núm. 5, 1997, pp. 9 a 55.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de sociedades*, vol. 1, Valencia [Tirant lo Blanch], 2010.
- FERRARA, F., *Trattato di diritto civile italiano*, vol. 1, 1ª parte, Roma [Athenaeum], 1921.
- FERRARA, F., «I negozi sul patrimonio altrui. A proposito di un recente studio», en *Riv. dir. comm.*, 1937, I, pp. 179 a 204.
- FERRARA, F., voz «Curatore del fallimento», en *Enc. dir.*, vol. 11, Milán [Giuffrè], 1962.
- FERRARA, F., «La riforma della società per azioni», en *Riv. soc.*, 1962, pp. 186 a 205.
- FERRARA, F. y CORSI, F., *Gli imprenditori e le società*, 12ª ed., Milán [Giuffrè], 2001.

- FERRARI, M., «Riflessioni in tema di renuncia al credito e remissione del debito», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, I, pp. 1 a 46.
- FERRARI, S., Gestione di affari altrui (dir. priv.), *Enc. dir.*, vol. 18, Milán [Giuffrè], 1969.
- FERRI, G., «Distribuzione di azioni gratuite collegata con emissioni a pagamento e diritti individuali degli azionisti», en *Riv. dir. comm.*, 1939, II, pp. 484 a 496.
- FERRI, G., «Sulle deliberazioni cosiddette inesistenti», en *Riv. dir. comm.*, 1967, I, pp. 391 a 406.
- FERRI, G., *Le società*, en Vassalli (Dir.), *Trattato di Diritto Civile Italiano*, vol. 10, tomo 3, 3ª ed., Turín [Utet], 1987.
- FERRI, G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milán [Giuffrè], 1968.
- FERRI, G.B., «Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico», en *Riv. dir. comm.*, 1986, I, pp. 127 a 147.
- FERRI, G.B., «L'“invisibile” presenza della causa del contratto», en *Europa e diritto privato*, núm. 4, 2002, pp. 897 a 913.
- FERRO-LUZZI, P., «In tema di deliberazione assembleare implicita», en *Riv. dir. comm.*, 1969, II, pp. 181 a 185.
- FERRO-LUZZI, P., *I contratti associativi*, Milán [Giuffrè], 1971.
- FERRO-LUZZI, P., *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge ed all'atto costitutivo*, Milán [Giuffrè], 1976 (reimp. 1993).
- FIGA FAURA, L., «La acción subrogatoria», en *AAMN*, tomo 9, 1957, pp. 271 a 321.
- FISCHEL, D.R., «The Demand and Standing Requirements in Stockholder Derivative Actions», en *U.Chi.L.Rev.*, núm. 44, 1976, pp. 168 a 204.
- FLORENSA, C.E., *La condonación de la deuda en el Código civil*, Madrid [Civitas], 1996.
- FONT SERRA, E., «El objeto del proceso», en Cabañas (Coord.), *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid [Trivium], 2000.
- FORTUNATO, S., «Le azioni sociali di responsabilità», ponencia pronunciada en el Congreso *Dialoghi europei sulla convergenza nelle regole e pratiche del diritto commerciale*, celebrado en la Universidad de Zaragoza, los días 2 y 3 de octubre de 2008 (disponible en https://www.academia.edu/1592107/S._Fortunato_Le_azioni_sociali_di_responsabilita; febrero 2015).
- FRAMIÑÁN, F.J., *La exclusión del socio en la sociedad de responsabilidad limitada*, Granada [Comares], 2005.
- FRANCHI, A., «La rinuncia all'azione sociale di responsabilità verso gli amministratori», en *Contr. impr.*, núm. 3, 2005, pp. 724 a 739.
- FRANZONI, M., *Della società per azioni*, tomo 3, vol. 1, en Galgano (a cura di), *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bolonia-Roma [Zanichelli-Soc. ed. del Foro Italiano], 2008.
- FRANZONI, M. y GALGANO, F., en Franzoni (et al.), *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci*, en Galgano (Dir.), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. 18, Padua [Cedam], 1994.
- FRÈ, G., «Patti statutari relativi alla deliberazione dell'azione di responsabilità», en *Riv. dir. comm.*, 1933, II, pp. 142 a 154.

- FRÈ, G., *L'organo amministrativo nelle società anonime*, Roma [Soc. ed. del Foro Italiano], 1938.
- FRÈ, G., *Società per azioni (Artt. 2325-2461)*, en Scialoja/Branca (a cura di), *Commentario del Codice civile*, 5ª ed., Bologna-Roma [Zanichelli-Soc. ed. del Foro Italiano], 1982.
- GALÁN CORONA, E., «La junta general», en Bonardell/Mejías/Nieto (Coords.), *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid [Dykinson], 2004.
- GALGANO, F., *La società per azioni*, en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. 7, 2ª ed., Padua [Cedam], 1988.
- GALGANO, F., *Trattato di diritto civile*, vols. 2 y 4, 2ª ed., Padua [Cedam], 2010.
- GALLEGO, E., «Cese de los administradores (Art. 223)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, vol. 1, Madrid [Civitas], 2011.
- GARBAGNATI, E., *La sostituzione processuale nel nuovo codice di procedura civile*, Milán [Giuffrè], 1942.
- GARCÍA-CRUCES, J.A., «Acumulación y coordinación de acciones de responsabilidad de los administradores de una persona jurídica en concurso: sobre la inserción de la llamada responsabilidad concursal en el régimen general de responsabilidad de administradores», en *Aranzadi Civil*, núm. 3, 2003, pp. 2185 a 2204.
- GARCÍA-CRUCES, J.C., «El problema de la represión de la conducta del deudor», en Rojo (Dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid-Barcelona [Marcial Pons], 2003.
- GARCÍA-CRUCES, J.A., «Declaración de concurso y administradores de la persona jurídica concursada», en González Porrás/Méndez González (Coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, tomo 1, Murcia [Universidad], 2004.
- GARCÍA-CRUCES, J.A., «Cuestiones de actualidad en torno a la responsabilidad societaria y concursal de los administradores. Problemas sustantivos en torno a la coordinación de las acciones de responsabilidad», en Díaz Moreno (*et al.*) (Dirs.), *II Foro de encuentro de jueces y profesores de derecho mercantil*, Madrid [Marcial Pons], 2010.
- GARCÍA-CRUCES, J., «Junta universal (Art. 178)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, vol. 1, Madrid [Civitas], 2011.
- GARCÍA-CRUCES, J.A., «Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada», en *ADCo*, núm. 28, 2013, pp. 31 a 68.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad», en *ADC*, 1956, pp. 69 a 77.
- GARCÍA-LUENGO, R.B., *Régimen jurídico de las Juntas Especiales en la S.A.*, Salamanca [Universidad], 1980.
- GARCÍA VICENTE, J.R., «Comentario al artículo 1291 CC», en Bercovitz (Dir.), *Comentarios al Código civil*, tomo 6, Valencia [Tirant lo Blanch], 2013.
- GARCÍA VIDAL, A., *Las instrucciones de la junta general a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada*, Navarra [Aranzadi], 2006.

- GARNICA, J.F., «Artículo 10. Condición de parte procesal legítima», en Fernández-Ballesteros (*et al.*) (Coords.), *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Barcelona [Iurgium], 2000.
- GARRETA, J.M., «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima», en *RJC*, 1981, pp. 585 a 627.
- GARRETA, J.M., *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, 4ª ed., Madrid [Marcial Pons], 1997.
- GARRIDO, J.M., «La reforma del Derecho concursal español: reflexiones en torno a la “Propuesta de anteproyecto de la ley concursal” del Profesor Ángel Rojo», en *RDBB*, núm. 64, 1996, pp. 889 a 944.
- GARRIDO, J.M. y ROJO, A., «Institutional Investors and Corporate Governance: Solution or Problem?», en Hopt-Wymeersch (Edit.), *Company Law and Financial Markets*, Oxford [Universidad], 2003.
- GARRIGUES, J., *Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas*, Madrid [Revista de Derecho Privado], 1933 (reeditado por Civitas, 1998).
- GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho mercantil*, tomo 1, vol. 2, 1ª ed., Madrid [Revista de Derecho Mercantil], 1947.
- GARRIGUES, J. (*et al.*), *Reforma de la Sociedad Anónima*, Madrid [Instituto de Estudios Políticos], 1947.
- GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil*, vol. 1, 4ª ed., Madrid, 1962.
- GARRIGUES, J. y URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, 3ª ed. (revisada, corregida y puesta al día por MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M.), Madrid [Imp. Aguirre], 1976.
- GASCÓN, F., *La acumulación de acciones y de procesos en el proceso civil*, Madrid [La Ley], 2000.
- GASCÓN, F., *La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés*, Madrid [Civitas], 2003.
- GASPERONI, N., *Le azioni di società*, Padova [Cedam], 1942.
- GAY DE MONTELLÁ, R., *Tratado práctico de sociedades mercantiles*, tomo 2, 3ª ed., Barcelona [Bosch], 1930.
- GAZZONI, F., *La trascrizione immobiliare*, tomo 1, en Schlesinger (Dir.), *Il codice civile: commentario*, 2ª ed., Milán [Giuffrè], 1998.
- GENTILI, A., «Detenzione del gestore e azioni possessorie», en *Giur. it.*, 1974, I, 1, cc. 1211 a 1216.
- GIAMPICCOLO, G., *La dichiarazione recettizia*, Milán [Giuffrè], 1959.
- GIAMPICCOLO, G., voz «Azione surrogatoria», en *Enc. dir.*, vol. 4, Milán [Giuffrè], 1959.
- GIANOLA, A., *Atto gratuito, atto liberale. Ai limiti della donazione*, Milán [Giuffrè], 2002.
- GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos del Derecho Procesal (Jurisdicción, acción y proceso)*, Madrid [Civitas], 1981.
- GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil*, vol. 1, 4ª ed., Madrid [Colex], 2012.
- GIOIA, A., *L'azione surrogatoria nel diritto vigente*, Nápoles [E. Jovene], 1955.

- GIORGIANNI, M., voz «Causa del negozio giuridico», en *Enc. dir.*, vol. 6, Milán [Giuffrè], 1960.
- GIRÓN, J., *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid [Universidad], 1952.
- GIRÓN, J., «La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima en el Derecho español», en *ADC*, 1959, pp. 419 a 450.
- GIRÓN, J., *Derecho de sociedades. Parte general*, Madrid, 1976.
- GIRÓN, J., «Las reformas varias, pendientes y andantes, de la sociedad anónima en España», en *La Ley*, núm. 1, 1989, pp. 923 a 942.
- GIUDICI, P., «L'azione sociale di responsabilità esercitata contro gli amministratori dai soci di minoranza: un problema di *legal trasplant*», en *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II, pp. 473 a 489.
- GIUSSANI, A., *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, Milán [Giuffrè], 1999.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., *Las prohibiciones de disponer en el derecho español*, Madrid [Centro de Estudios Registrales], 1992.
- GÓMEZ MENDOZA, M., «Acciones sin voto», en Alonso Ureba (*et al.*) (Coords), *Derecho de sociedades anónimas*, tomo 2, vol. 1, Madrid [Civitas], 1994.
- GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil*, vol. 1, 8ª ed. (con HERCE QUEMADA, V.), Madrid [Artes Graf. y Ediciones], 1976.
- GONZÁLEZ HUEBRA, P., *Curso de Derecho Mercantil*, 3ª ed., Madrid [Librería de Sánchez], 1867.
- GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 1187 CC», en Albaladejo/Díaz Alabart (Dirs.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo 16, vol. 1, 2ª ed., Madrid [Edersa], 1991.
- GORLA, G., «L'atto di disposizione di diritti», en AAVV, *Studi in onore di E. Tommasone*, Padua [Cedam], 1937.
- GRAMMATIKAS, G., *Théorie générale de la renonciation en droit civil*, París [Librairie générale de droit et de jurisprudence], 1971.
- GRASSI, A., voz «Rinunzia», en *Il Digesto Italiano*, vol. 20, parte 2, Turín [Utet], 1884.
- GRAZIANI, A., «Perdite patrimoniali, riduzione e annullamento del capitale nella società per azioni», en *Foro it.*, 1955, I, cc. 744 a 748.
- GRAZIANI, A., *Diritto delle società*, 5ª ed., Nápoles [Morano], 1962.
- GRECO, P., *Le società nel sistema legislativo italiano*, Turín [Giappichelli], 1959.
- GRIPPO, G., «Deliberazioni inesistenti e metodo assembleare», en *Riv. soc.*, 1971, pp. 874 a 988.
- GRIPPO, G., *Deliberazione e collegialità nella società per azioni*, Milán [Giuffrè], 1979.
- GUASP, J. y ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil*, tomo 1, 4ª ed., Madrid [Civitas], 1998.
- GUERRA, P., «In tema di quorum minimo per l'azione di responsabilità contro gli amministratori», en *Riv. soc.*, 1970, pp. 951 y 952.
- GUERRERA, F., *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, Milán [Giuffrè], 1991.
- GUERRERA, F., *La responsabilità deliberativa nelle società di capitali*, Turín [Giappichelli], 2004.

- GUERRERO LEBRÓN, M.J. y GÓMEZ PORRÚA, J.M., «La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en situación concursal», en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo 1, Madrid-Barcelona [Marcial Pons], 2005.
- GUILLÉN, M.E., *El proceso civil para el ejercicio de la «acción social de responsabilidad»*, Madrid [Colex], 2000.
- GUIZZI, G., «Responsabilità degli amministratori e insolvenza: spunti per una comparazione tra esperienza giuridica italiana e spagnola», en *Riv. dir. dell'impresa*, 2010, pp. 227 a 265.
- GULLÓN, A., «La acción subrogatoria», en *RDP*, 1959, pp. 102 a 120.
- GULLÓN, A., «Comentario al artículo 6 CC», en Paz-Ares (*et al.*) (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, tomo 1, Madrid [Ministerio de Justicia], 1993.
- GULLÓN, A., «Comentario al artículo 1809 CC», en Paz-Ares (*et al.*) (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, tomo 2, Madrid [Ministerio de Justicia], 1993.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., «A vueltas con la legitimación: en busca de una construcción estable», en *RPJ*, núm. 54, 1999, pp. 211 a 276.
- HAUDEK, W.E., «The Settlement and Dismissal of Stockholders' Actions – Part I: The Dismissal», en *Sw. L. J.*, núm. 22, 1968, pp. 767 a 789.
- HAUDEK, W.E., «The Settlement and Dismissal of Stockholders' Actions – Part II: The Settlement», en *Sw. L. J.*, núm. 23, 1969, pp. 765 a 819.
- HERRERO GARCÍA, M.J., «Comentario al artículo 1273 CC», en Albaladejo/Díaz Alabart (Dirs.), en Albaladejo/Díaz Alabart (Dirs.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo 16, vol. 1-B, 2ª ed., Madrid [Edersa], 1993.
- HERRERO GARCÍA, M.J., «Comentario al artículo 1321», en *Comentario del Código Civil*, tomo 2, Madrid [Ministerio de Justicia], 1993.
- HUALDE, I., «Bienes y derechos litigiosos (Art. 150)», en Cordón (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, tomo 2, 2ª ed., Navarra [Aranzadi], 2010.
- HUERTA VIESCA, M.I., «Acción social de responsabilidad de los administradores por los socios y desistimiento (Comentario a la STS, 1ª, 30/11/2000)», en *RDM*, núm. 243, 2002, pp. 295 a 303.
- IANNIELLO, B., *La riforma del diritto societario*, 3ª ed., Milán [Ipsoa], 2005.
- IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., «Derechos de asistencia y representación en junta: la reforma española en el contexto de las corrientes globales de *proxy voting law*», en Ibañez Jiménez (Dir.), *Comentarios a la reforma del régimen de la junta general de accionistas en la reforma del buen gobierno de las sociedades*, Navarra [Aranzadi], 2014.
- IGLESIAS PRADA, J.L., *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Madrid [Tecnos], 1971.
- ILLESCAS, R., *El derecho al dividendo en la Sociedad Anónima*, Sevilla [Universidad], 1973.

- ILLESCAS, R., *Las cuentas anuales de la sociedad anónima*, vol. 2, en Uría/Menéndez/Olivencia (Dir.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo 8, Madrid [Civitas], 1993.
- INFANTE, F.J., «Comentario al artículo 1187», en Cañizares Laso (*et al.*), *Código civil comentado*, vol. 3, Madrid [Civitas], 2011.
- IRIBARREN, M., *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directos de sociedades de capital (D&O)*, Madrid [Civitas], 2005.
- JAEGER, P.G., *L'interesse sociale*, Milán [Giuffrè], 1964.
- JAEGER, P.G., «Determinazione del compenso dell'amministratore e conflitto d'interessi», en *Giur. comm.*, 1980, II, pp. 396 a 401.
- JAEGER, P.G., «La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali: una valutazione critica», en *Giur. comm.*, 1988, I, pp. 548 a 555.
- JAEGER, P.G., «Il problema delle convenzioni di voto», en *Giur. comm.*, 1989, I, pp. 201 a 259.
- JIMÉNEZ ESCÁRZAGA, J. D., «La retroacción de la quiebra según el artículo 878 del Código de comercio», en *RDM*, núm. 69, 1958, pp. 39 a 83.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., «La regulación de los órganos sociales en la Ley de Sociedades Anónimas y en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», en *DN*, núm. 92, 1998, pp. 1 a 14.
- JORDANO FRAGA, F., «La legitimación pasiva en el ejercicio judicial de la acción subrogatoria (art. 1111 CC)», en *ADC*, 1997, pp. 501 a 629.
- JUSTE, J., *Los «derechos de minoría» en la Sociedad Anónima*, Navarra [Aranzadi], 1995.
- JUSTE, J., «La legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social», en Rojo/Beltrán (Dir.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 5ª ed., Valencia [Tirant lo Blanch], 2013.
- KEAY, A., «The Duty to Promote the Success of the Company: Is it Fit for Purpose?» (accesible a través de SSRN, consultado el día 9 de noviembre de 2014).
- KOHLER, J., *Lehrbuch des Konkursrechts*, Stuttgart [Ferdinand Enke], 1891.
- KRIEGER, G. y SAILER-COCEANI, V., «Comentario al § 93» en Schmidt/Lutter (Dir.), *AktGKomm.*, vol. 1, 2ª ed., Colonia [Otto Schmidt], 2010.
- KROPFF, B., *Aktiengesetz*, Dusseldorf [Instituts der Wirtschaftsprüfer], 1965.
- LA CASA, R., «Responsabilidad solidaria (Art. 73)», en Rojo/Beltrán (Dir.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, vol. 1, Madrid [Civitas], 2011.
- LACRUZ, J.L. (*et al.*), *Elementos de Derecho civil*, tomo 3, vol. 1, 2ª ed., Madrid [Dykinson], 2003.
- LACRUZ, J.L. (*et al.*), *Elementos de Derecho civil*, tomo 1, vol. 3, 3ª ed., Madrid [Dykinson], 2005.
- LACRUZ, J.L. (*et al.*), *Elementos de Derecho civil*, tomo 2, vol. 1, 4ª ed., Madrid [Dikynson], 2007.

- LANGLE, E., *Manual de Derecho Mercantil Español*, tomo 1, Barcelona [Bosch], 1950.
- LARA, R., «La acción social de responsabilidad: Ejercicio por la sociedad», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 5ª ed., Valencia [Tirant lo Blanch], 2013.
- LATELLA, D., *L'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza*, Turín [Giappichelli], 2007.
- LA TORRE, M.E., *Abbandono e rinuncia liberatoria*, Milán [Giuffrè], 1993.
- LEÑA, R. y RUEDA, M.A., *Derecho de Separación y exclusión de socios en la sociedad limitada*, Granada [Comares], 1997.
- LEÓN, F., «Acciones de reintegración (Art. 71)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo 1, Madrid [Civitas], 2004.
- LEONE, T., «L'azione di responsabilità del curatore fallimentare: profili generali», en *Società*, núm. 7, 2007, pp. 867 a 874.
- LESSONA, M.S., «Essai d'une Théorie générale de la renonciation en Droit civil», en *Rev. trim. dr. civ.*, 1912, pp. 361 a 387.
- LIBONATI, B., «Amministratori e bilancio: il principio della verità dei bilanci», en *Riv. soc.*, 1969, pp. 453 a 556.
- LIBONATI, B., «Bilancio delle società», en *Noviss. dig. it.*, apéndice (A-Cod), Turín [Utet], 1980.
- LIBONATI, B., «Il ruolo dell'assemblea nel rapporto tra azionisti e società quotate», en *Riv. soc.*, 2001, pp. 86 a 117.
- LIEBMAN, E.T., «L'azione nella teoria del processo civile», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, pp. 47 a 71.
- LIEBMAN, E.T., *Manuale di Diritto Processuale Civile*, vol. 2, 4ª ed., Milán [Giuffrè], 1984.
- LIGUORI, B., «Gli organi del fallimento», en *Dir. fall.*, 1965, I, pp. 137 a 153.
- LIPARI, F.G., «Gestione d'affari e rappresentanza processuale», en AAVV, *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*, Padua [Cedam], 1927.
- LLAVERO, M., «¿Puede exonerarse de responsabilidad a los administradores de una sociedad?», en *Otrosí*, núm. 23, pp. 12 a 20 y núm. 24, pp. 22 a 31.
- LLEBOT, J.O., «El sistema de la responsabilidad de los administradores: Doctrina y Jurisprudencia», en *RdS*, 1996, pp. 49 a 70.
- LLEBOT, J.O., «La responsabilidad concursal de los administradores», en *RGD*, núm. 657, 1999, pp. 7559 a 7566.
- LLEBOT, J.O., «Los deberes y la responsabilidad de los administradores», en Rojo-Beltrán (Dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 5ª ed., Valencia [Tirant lo Blanch], 2013.
- LOCRE, J.G., *Esprit du Code de Commerce*, París, 1807.
- LÓPEZ BARRANTES, R. y MEJÍAS GONZÁLEZ, M., *Sociedades anónimas. Aplicación práctica de su legislación*, Madrid [Gráficas Chapado], 1953.
- LÓPEZ DE MEDRANO, F., «Las acciones de daños y de cobertura del pasivo en el concurso de acreedores», en *ADCo*, núm. 12, 2007, pp. 33 a 73.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., voz «La acción (Dº Civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. 1, Madrid [Civitas], 1995.

- LÓPEZ VILAS, R.J., «Los llamados negocios jurídicos abstractos», en *RDP*, 1965, pp. 487 a 500.
- LORDI, L., *Le società commerciali in rapporto alla prescrizione*, Turín [Utet], 1915.
- LORDI, L., «L'azione di responsabilità contro amministratori di società fallita», en *Riv. dir. comm.*, 1930, pp. 422 a 462.
- LORENTE, C.J., *La responsabilidad legal de administradores y directivos de empresas*, Zaragoza [LM&A Abogados y Consultores], 1994.
- LUNA, A., «Hacia el abandono de la mención de la causa en la conformación definitiva del contrato», en *CDT*, núm. 2, 2010, pp. 140 a 148.
- LYON-CAEN, CH. y RENAULT, L., *Traité de droit commercial*, vol. 7, 4ª ed., Paris [Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence], 1915.
- MACHADO, J., «Contenido del informe de gestión (Art. 262)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, vol. 2, Madrid [Civitas], 2011.
- MACIOCE, F., voz «Rinuncia: dir. priv.», en *Enc. dir.*, vol. 40, Milán [Giuffrè], 1989.
- MACIOCE, F., *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, Nápoles [Edizioni scientifiche italiane], 1992.
- MADINA, F., *La adopción de acuerdos en la sociedad anónima. Quórum de constitución y mayorías*, Madrid-Barcelona [Marcial Pons], 2004.
- MAFFEZZONI, I., «Sub art. 2364», en Picciau (a cura di), *Assemblea (Artt. 2363-2379-ter, c.c.)*, en Marchetti (et al.) (Dirs.), *Commentario alla riforma delle società*, Milán [Giuffrè-Egea], 2008.
- MAIRATA, J.M., «Los efectos del concurso en la Ley Concursal», en García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar (Dirs.), *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, Madrid [Dilex], 2003.
- MALBERTI, C., «Sub art. 2409-decies», en Ghezzi (a cura di), *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo (Artt. 2409 octies-2409 noviesdecies, c.c.)*, en Marchetti (et al.) (Dirs.), *Commentario alla riforma delle società*, Milán [Giuffrè-Egea], 2005.
- MAMBRILLA, V., «Sentencia de calificación (Artículo 172)», en Sánchez-Calero/Guilarte Gutiérrez (Dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, tomo 3, Valladolid [Lex Nova], 2004.
- MANDRIOLI, C., «Delle parti e dei difensori», en Allorio (Dir.), *Commentario del codice di procedura civile*, tomo 1, Turín [Utet], 1973.
- MANDRIOLI, C., *Corso di diritto processuale civile*, vol. 1 y vol. 2, 10ª ed., Turín [Giappichelli], 2012.
- MANIGK, A., *Willenserklärung und Willensgeschäft*, Berlín [F. Vahlen], 1907.
- MANRESA, J.M., *Comentarios al Código civil español*, tomo 2, 2ª ed., Madrid [Imp. de la Revista de Legislación], 1907.
- MARCORA, G., *L'azione civile di responsabilità contro gli amministratori di società anonima*, Milán [Vita e pensiero], 1931.
- MARGHERI, A., *Manuale di diritto commerciale*, vol. 2, Roma [Athenaeum], 1923.
- MARGHERI, A., *Delle società e delle associazioni commerciali*, 5ª ed., Turín [Utet], 1929.

- MARÍN LÓPEZ, M.J., «Comentario al artículo 1187 CC», en Bercovitz (Dir.), *Comentarios al Código civil*, tomo 6, Valencia [Tirant lo Blanch], 2013.
- MARÍN PÉREZ, P., «La renuncia en beneficio de la ley en el Derecho civil», en *ADC*, 1962, pp. 849 a 864.
- MARTÍ DE EIXALÁ, R., *Instituciones del Derecho Mercantil de España*, 5ª ed., Barcelona [Álvaro Verdaguer], 1870.
- MARTÍN-BALLESTERO, L., «De la causa en los negocios jurídicos contractuales», en *RGLJ*, núm. 200, 1956, pp. 705 a 744.
- MARTÍN PÉREZ, J.A., «La causa del contrato ante el proceso de armonización europeo», en Llamas (Coord.), *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, tomo 2, Madrid [La Ley], 2006.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, Tesis doctoral [Universidad Autónoma de Madrid], 1991.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Conservación y administración de la masa activa (Art. 43)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo 1, Madrid [Civitas], 2004.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor», en *ADCo*, núm. 6, 2005, pp. 65 a 127.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Nuevas obligaciones de los socios (Art. 291)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, vol. 2, Madrid [Civitas], 2011.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «La tutela individual de los derechos del socio en la sociedad de responsabilidad limitada (Art. 292)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, vol. 2, Madrid [Civitas], 2011.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *La junta general de la sociedad concursada*, Madrid [Civitas-Aranzadi], 2012.
- MARTÍNEZ JIMÉNEZ, M.I., «Procedimiento de exclusión (Art. 99)», en Arroyo/Embid/Górriz (Coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, 2º ed., Madrid [Tecnos], 2009.
- MARTÍNEZ MACHUCA, P., «La oposición al acuerdo de transigir o renunciar al ejercicio de la acción social de responsabilidad», en *RDM*, núm. 227, 1997, pp. 1155 a 1188.
- MASI, T., *Del fallimento e della bancarotta*, vol. 1, Bolonia [Monti], 1883.
- MASUCCI, C., «Sulla responsabilità degli amministratori ex art. 2395 c.c.», en *Giur. comm.*, 1984, I, pp. 589 a 606.
- MORA MATEO, J.E., «Responsabilidad civil del administrador de la sociedad anónima», en *RGD*, 1993, pp. 11849 a 11865.
- MATHIEU, A., *Commentaire de la Loi des 24-29 juillet 1867*, París [Cosse, Marchal et Cie.], 1868.
- MATTEUCCI, A., «Recenssione a Tilocca», en *Riv. dir. civ.*, 1957, pp. 475 a 488.
- MAVIGLIA, R., «Sub art. 129», en Rabitti Bedogni (a cura di), *Il testo unico della intermediazione finanziaria. Commentario al D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58*, Milán [Giuffrè], 1998.

- MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN, E., *Las acciones sin voto*, en Uría/Menéndez/Olivencia (Dir.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo 4, vol. 1, Madrid [Civitas], 1994.
- MENGHI, I., *L'autorizzazione assembleare all'acquisto di azioni proprie*, Milán [Giuffrè], 1992.
- MENGONI, L., «Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea delle società per azioni», en *Riv. soc.*, 1956, pp. 434 a 464.
- MEO, G., *Le società di capitali: le società con azioni quotate in borsa*, en Bessone (Dir.), *Trattato di diritto privato*, vol. 17, Turín [Giappichelli], 2002.
- MESSINA, G., voz «Diritti potestativi», en *Noviss. dig. it.*, vol. 5, Turín [Utet], 1960.
- MESSINEO, F., *Contributo alla dottrina della esecuzione testamentaria*, Roma [A. Signorelli], 1923.
- MESSINEO, F., «Valore giuridico delle “poste” di bilancio di società per azioni e delle registrazioni nei libri sociali», en *Foro it.*, 1938, I, cc. 1427 a 1442.
- MESSINEO, F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. 2 y vol. 3, tomo 1, 8ª ed., Milán [Giuffrè], 1954.
- MESSINEO, F., «Aspetti della responsabilità degli organi sociali verso il terzo creditore», en *Studi di diritto delle società*, 2ª ed., Milán [Giuffrè], 1958.
- MESSINEO, F., «Il dividendo come frutto dell'azione», en *Studi di diritto delle società*, 2ª ed., Milán [Giuffrè], 1958.
- MESSINEO, F., voz «Contratto [dir. priv.–teoría general]», en *Enc. dir.*, vol. 9, Milán [Giuffrè], 1961.
- MESSINEO, F., «Sul “quorum” mínimo per deliberare l'azione di responsabilità contro gli amministratori di società per azioni», en *Riv. dir. civ.*, 1970, I, pp. 209 a 213.
- MICHELI, G.A., *La rinuncia agli atti del giudizio*, Padua [Cedam], 1937.
- MICHELI, G.A., *Corso di diritto processuale civile*, vol. 2, Milán [Giuffrè], 1960.
- MIGNOLI, A., *Le assemblee speciali*, Milán [Giuffrè], 1960.
- MINERVINI, G., «Note in tema di responsabilità degli amministratori di società per azioni», en *Riv. dir. comm.*, 1954, I, pp. 210 a 225.
- MINERVINI, G., *Gli amministratori di società per azioni*, Milán [Giuffrè], 1956.
- MINERVINI, G., «Su di una particolare funzione del bilancio delle società per azioni», en *Riv. soc.*, 1956.
- MIQUEL, J.M., «Comentario al artículo 395 CC», en Paz-Ares (*et al.*) (Dir.), *Comentario del Código Civil*, tomo 1, Madrid [Ministerio de Justicia], 1993.
- MIQUEL, I. y REUS, J., *Código de comercio español, concordado y anotado*, Madrid [Imp. de D. Anselmo Santa Coloma], 1855.
- MIRABELLI, G., *L'atto non negoziale nel Diritto privato italiano*, Nápoles [E. Jovene], 1955.
- MODREGO, A.L., «El deber de abstención del socio en conflicto de intereses con la sociedad (análisis del art. 52 de la nueva Ley de SRL)», en *CDCom*, núm. 19, 1996, pp. 61 a 104.
- MONSERRAT, A., «Notas sobre la eficacia jurídica de la inscripción de la sentencia de incapacitación en el Registro Civil», en *RDP*, núm. 74, 1990, pp. 671 a 679.

- MONTALENTI, P., «Corporate governance: la tutela delle minoranze nella riforma delle società quotate», en *Riv. dir. comm.*, 1998, I, pp. 329 a 348.
- MONTALENTI, P., *La società quotata*, en Cottino (Dir.), *Trattato di diritto commerciale*, vol. 4, tomo 2, Padua [Cedam], 2004.
- MONTELEONE, G.A., *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, Milán [Giuffrè], 1975.
- MONTELEONE, G.A., *Diritto Processuale Civile*, 3ª ed., Padua [Cedam], 2004.
- MONTERO, J., *La intervención adhesiva simple*, Barcelona [Hispano Europea], 1972.
- MONTERO, J., *La legitimación en el proceso civil. Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él*, Madrid [Civitas], 1994.
- MONTERO, J., *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*, Granada [Comares], 1997.
- MONTERO, J., *De la legitimación en el proceso civil*, Barcelona [Bosch], 2007.
- MONTERO, J. (et al.), *Derecho Jurisdiccional*, vol. 1, 22ª ed., Valencia [Tirant lo Blanch], 2014.
- MONTERO, J. y ORTELLS, M., «La acción (un intento de aclaración conceptual)», en Montero, J., *Ensayos de Derecho Procesal*, Barcelona [Bosch], 1996.
- MORALEJO, I., «Las reformas en materia de calificación del concurso», en Beltrán/García-Cruces/Prendes (Dirs.), *La reforma concursal. III Congreso español de Derecho de la insolvencia*, Madrid [Civitas], 2011.
- MORENO CATENA, V., «El derecho a la tutela judicial efectiva. La acción», en Moreno Catena (et al.), *Derecho Procesal*, tomo 1, vol. 1, Valencia [Tirant lo Blanch], 1988.
- MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, 7ª ed., Valencia [Tirant lo Blanch], 2013.
- MORENO QUESADA, B., «Comentario al artículo 1297 CC», en Paz-Ares (et al.) (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, tomo 2, Madrid [Ministerio de Justicia], 1993.
- MORENO QUESADA, B., «Comentario al artículo 1291 CC», en Albaladejo/Díaz Alabart (Dirs.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo 17, vol. 2, 2ª ed., Madrid [Edersa], 1995.
- MORI, V., *Società anonima. Amministrazione*, vol. 1, Turín [F.lli Bocca], 1897.
- MORÓN, M., «Sobre el concepto de Derecho Procesal», en *RDPProc*, 1962, pp. 507 a 565.
- MOSCARINI, L.V., voz «Rinunzia. I) Diritto civile», en *Enc. giur.*, vol. 27, Roma [Istituto della Enciclopedia italiana], 1991.
- MOSCO, L., *Onerosità e gratuità degli atti giuridici con particolare riguardo ai contratti*, Milán [Francesco Vallardi], 1942.
- MOSSA, L., *Diritto Commerciale*, vol. 1, Milán [Soc. Ed. Libreria], 1937.
- MOTOS, M., *Fusión de sociedades mercantiles*, Madrid [Revista de Derecho Privado], 1953.
- MUCCIARELLI, F.M., «L'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori di società quotate», en *Giur. comm.*, 2000, I, pp. 59 a 104.
- MUÑOZ MARTÍN, N., «El derecho al dividendo», en Alonso Ureba (et al.) (Coords.), *Derecho de sociedades anónimas*, tomo 2, vol. 1, Madrid [Civitas], 1994.

- MUÑOZ PLANAS, J.M., «Sobre la exclusión del socio administrador único de limitada», en AAVV, *Estudios jurídicos en memoria del decano D. Eusebio González Abascal*, Oviedo [Colegio de Abogados], 1977.
- MUÑOZ PLANAS, J.M. y MUÑOZ PAREDES, J.M., «Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores», en *RDM*, núm. 250, 2003, pp. 1341 a 1383.
- MUTHER, T., «Sulla dottrina dell'“actio” romana, dell'odierno diritto di azione, della “litiscontestatio” e della successione singolare nelle obbligazioni», en Windscheid, B. y Muther, T., *Polemica intorno all'«actio»*, trad. al italiano de Heinitz, E. y Pugliese, G. Florencia [Sansoni], 1954.
- NAPOLEONI, «Azione *ex art.* 2394 c.c. contro gli amministratori nel concordato preventivo», en *Fall.*, núm. 11, 1992, pp. 1149 a 1154.
- NATOLI, U., *La rappresentanza*, Milán [Giuffrè], 1977.
- NAVARRINI, U., *Commentario al Codice di commercio*, vol. 2, Milán [Dott. Francesco Vallardi], 1924.
- NAVARRINI, U., *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, vol. 4, Turín [F.lli Bocca], 1920.
- NAZZICONE, L. y PROVIDENTI, S., «Sub art. 2394-bis», en Nazzicone-Providenti, *Società per azioni: amministrazione e controlli (Artt. 2380-2409-noviesdecies c.c.)*, en Lo Cascio (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Milán [Giuffrè], 2003.
- NAZZICONE, L., «Sub art. 2393», en Nazzicone-Providenti, *Società per azioni: amministrazione e controlli (Artt. 2380-2409-noviesdecies c.c.)*, en Lo Cascio (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Milán [Giuffrè], 2003.
- NAZZICONE, L., «Sub art. 2393-bis», en Nazzicone-Providenti, *Società per azioni: amministrazione e controlli (Artt. 2380-2409-noviesdecies c.c.)*, en Lo Cascio (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Milán [Giuffrè], 2003.
- NEGRO, F., «I diritti indisponibili nel sistema dell'ordinamento giuridico», en *Foro it.*, 1956, IV, cc. 209 a 219.
- NEILA, J.M., *La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital (mercantil, civil, penal, administrativa)*, Madrid [Edersa], 1995.
- NICOLÒ, R., «Azione surrogatoria (art. 2900)», en AAVV, *Libro sesto. Tutela dei diritti (Artt. 2900-2969)*, en Scialoja/Branca (a cura di), *Commentario del Codice civile*, Bologna-Roma [Zanichelli-Soc. ed. del Foro Italiano], 1953.
- NIGRO, A., «Le società per azioni nelle procedure concorsuali», en Colombo/Portale (Dirs.), *Trattato delle società per azioni*, vol. 9**, Turín [Utet], 1993.
- NIGRO, A., «Diritto societario e procedure concorsuale», en Abbadessa/Portale (Dirs.), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. 1, Turín [Utet], 2006.
- NOVAL, J., «La acción de exclusión del socio: plazo de ejercicio y legitimación. Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 209/2006 (Sección 1ª), de 1 de junio de 2006», primero en *RdS*, núm. 27, 2007, pp. 475 a 484 (publicado también

- en Rodríguez Artigas [Dir.], *Derecho de sociedades I. Comentarios a la jurisprudencia*, Pamplona [Aranzadi], 2010, pp. 943 a 959).
- NÚÑEZ LAGOS, R., *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Madrid [Reus], 1934.
- O'CALLAGHAN, X., «Comentario al artículo 1000 CC», en Paz-Ares (*et al.*) (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, tomo 2, Madrid [Ministerio de Justicia], 1993.
- O'CALLAGHAN, X., «Comentario al artículo 1187 CC», en *Código civil comentado y con jurisprudencia*, 6ª ed., Madrid [La Ley], 2008.
- OJEDA, A., *La renuncia de derechos del trabajador*, Madrid [Centro de Estudios Constitucionales], 1971.
- OLSON, M., *The logic of collective action. Public goods and the theory of groups*, Cambridge (Massachusetts) [Harvard University Press], 1965.
- OPPO, G., «Amministratori e sindaci di fronte alle deliberazioni assembleari invalide», en *Riv. dir. comm.*, 1957, I, pp. 225 a 249.
- OPPO, G., «In tema di “invalidità” delle deliberazioni del Consiglio di amministrazione di società per azioni (a proposito di un libro recente)», en *Riv. soc.*, 1967, pp. 921 a 943.
- OPPO, G., *Adempimento e liberalità*, Nápoles [Edizioni Scientifiche Italiane], 1979.
- OPPO, G., «L'azione “sociale” di responsabilità promossa dalla minoranza nelle società quotate», en *Riv. dir. civ.*, 1998, II, pp. 405 a 411.
- OPPO, G., «Maggioranza e minoranze nella riforma delle società quotate», en *Riv. dir. civ.*, 1999, II, pp. 231 a 239.
- ORDUÑA, F.J., «Comentario al artículo 1111 CC», en Cañizares Laso (*et al.*), *Código civil comentado*, vol. 3, Madrid [Civitas], 2011.
- ORTEGA PARDO, G.J., «Donaciones indirectas», en *ADC*, 1949, pp. 918 a 980.
- ORTELLS, M., *Introducción al Derecho procesal*, Granada [Comares], 1999.
- ORTELLS, M., *Derecho Procesal Civil*, 10ª ed., Navarra [Aranzadi], 2010.
- OSTI, G., «Sull'azione dei creditori e dei terzi contro gli amministratori di società per azioni», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, pp. 802 a 810.
- OTERO LASTRES, J.M., *Dividendos pasivos*, en Uría/Menéndez/Olivencia (Dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo 3, vol. 3, Madrid [Civitas], 1994.
- OTXOA, R., «La participación de los socios de la SRL en la gestión de la sociedad», en *RdS*, núm. 1, 1993, pp. 101 a 121.
- PACCHIAROTTI, S., «Sub art. 2394», en Bonfante (*et al.*) (a cura di), *Codice commentato delle nuove società*, Milán [Ipsoa], 2004.
- PAJARDI, P., *Manuale di diritto fallimentare*, 5ª ed., Milán [Giuffrè], 1998.
- PAJARDI, P., «I fondamenti ideologici della costituzione degli organi dei processi esecutivi concorsuali», en *Dir. fall.*, 1993, I, pp. 403 a 411.
- PALAZZO, A., «La donazione cosiddetta liberatoria», en *Vita notarile*, núm. 1, 2000, pp. 3 a 26.

- PANTALEÓN, F., «Cesión de créditos», en *ADC*, 1988, pp. 1033 a 1131.
- PANTALEÓN, F., «Artículo 1526 CC», en Paz-Ares (*et al.*) (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, tomo 2, Madrid [Ministerio de Justicia], 1993.
- PARRELLA, M., «Gli emittenti. Informazione societaria e disciplina delle società con azioni cotate (Artt. 113-135)», en Lacaita/Napoleoni (a cura di), *Il testo unico dei mercati finanziari: società cotate, intermediari, mercati, Opa, insider trading: commento al D. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58*, Milán [Giuffrè], 1998.
- PASTERIS, C., «Premesse ad un'indagine sulla natura giuridica dei diritti patrimoniali del socio nella società», en *Riv. dir. comm.*, 1958, I, pp. 196 a 214.
- PATTI, S., «L'azione surrogatoria», en Rescigno (Dir.), *Trattato di diritto privato*, vol. 20, tomo 1, 2ª ed., Turín [Utet], 1998.
- PAVONE LA ROSA, A., «La renovación de las deliberaciones assemblearias inválidas», en *Banca e borsa*, 1954, I, pp. 865 a 909.
- PAZ-ARES, C., *La responsabilidad del socio colectivo*, Madrid [Civitas], 1992.
- PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1665 CC», en Paz-Ares (*et al.*) (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, tomo 2, Madrid [Ministerio de Justicia], 1993.
- PAZ-ARES, C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», *InDret*, papel de trabajo núm. 162, octubre de 2003 (también en *RdS*, núm. 20, 2003, pp. 67 a 109).
- PAZ-ARES, C., «La sociedad colectiva: introducción y administración», en Uría-Menéndez, *Curso de Derecho Mercantil*, vol. 1, 2ª ed., Madrid [Civitas], 2006.
- PAZ-ARES, C., «Fundamento de la prohibición de los pactos de voto para el consejo», en Sáenz García de Albizu (*et al.*) (Coords.), *Estudios de Derecho mercantil. En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Madrid [Civitas], 2010.
- PAZ-ARES, C., «Anatomía del deber de lealtad (Reflexiones a propósito del anteproyecto de reforma de la LSC)», en Ibáñez Jiménez (Dir.), *Comentarios a la reforma del régimen de la junta general de accionistas en la reforma del buen gobierno de las sociedades*, Navarra [Aranzadi], 2014.
- PAZ-ARES, C. y PERDICES, A.B., *Los negocios sobre las propias acciones*, en Uría/Menéndez/Olivencia (Dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo 4, volumen 2º-B, Madrid [Civitas], 2003.
- PAZ ARIAS, J.M., «Los inversores institucionales como medio de resolución del conflicto de intereses entre administradores y accionistas en la sociedad abierta», en *RDBB*, 1995, pp. 857 a 919.
- PEKELIS, A., voz «Azione», en *Nuovo dig. it.*, vol. 2, Turín [Utet], 1937.
- PELÁEZ, F.J., *La transacción. Su eficacia procesal*, Barcelona [Bosch], 1987.
- PELIZZI, G.I., «Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare», en *Riv. dir. civ.*, 1967, I, pp. 113 a 228.
- PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, J.M., «Causa ilícita y fraude de acreedores (STS de 26 de abril de 1962)», en *ADC*, 1962, pp. 1086 a 1090.
- PERDICES, A.B., *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Madrid [Civitas], 1997.
- PERDICES, A.B., «Retorno a la impugnación de los acuerdos de la junta de accionistas», en Ibáñez Jiménez (Dir.), en Ibáñez Jiménez (Dir.), *Comentarios a la reforma del*

- régimen de la junta general de accionistas en la reforma del buen gobierno de las sociedades*, Navarra [Aranzadi], 2014.
- PÉREZ-CRUZ, A., «El poder de disposición del proceso civil», en Alonso-Cuevillas, J. (Coord.), *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, vol. 1, Barcelona [Economist & Jurist], 2000.
- PÉREZ DAUDÍ, V., «Comentario al artículo 117», en Arroyo/Embid/Górriz (Coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. 1, 2ª ed., Madrid [Tecnos], 2009.
- PERLINGIERI, P., *Remissione del debito e rinunzia al credito*, Nápoles [E. Jovene], 1968.
- PETTITI, D., *Contributo allo studio del diritto dell'azionista al dividendo*, Milán [Giuffrè], 1957.
- PETTITI, D., «Sul quorum necessario per deliberare l'azione di responsabilità contro gli amministratori di s.p.a.», en *Giur. merito*, 1970, I, pp. 508 a 511.
- PICCIAU, A., «Sub art. 129», en Marchetti/Bianchi (a cura di), *La disciplina delle società quotate nel Testo Unico della Finanza. D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58. Commentario*, tomo 1, Milán [Giuffrè], 1999.
- PICCIAU, A., «Sub artts. 2393-2393-bis; 2394-bis», en Ghezzi (a cura di), *Amministratori (artt. 2380-2396, c.c.)*, en Marchetti (et al.) (Dirs.), *Commentario alla riforma delle società*, Milán [Giuffrè-Egea], 2005.
- PIRAINO LETO, L., «L'autonomia privada nel diritto societario», en *Banca e borsa*, 1973, I, pp. 409 a 441.
- PIRAS, S., *La rinunzia nel diritto privato*, Nápoles [E. Jovene], 1940.
- POLO, E., *Ante una nueva reforma de la sociedad anónima*, Barcelona [Universidad], 1965.
- POLO, E., *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima*, en Uría/Menéndez/Olivencia (Dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo 6, Madrid [Civitas], 1992.
- POLO, E., «La concurrencia y selección de los tipos sociales en la reforma de las sociedades de capital», en AAVV, *¿Sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada? La cuestión tipológica*, Madrid [Civitas], 1992.
- POLO, E., «Abuso o tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre mayoría y minoría en la sociedad anónima», en Iglesias Prada (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Madrid [Civitas], 1996.
- POLO, E., «Nuevas consideraciones sobre la transacción de la acción social de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital», en *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. 2, Madrid [McGraw Hill], 2002.
- PORFIRIO CARPIO, L.J., *Las acciones sin voto en la sociedad anónima*, Madrid [La Ley], 1991.
- POTHIER, R.B., *Ouvres. Traité des obligations*, tomo 1, París, 1821.
- POU DE AVILÉS, J.M., «La renuncia en el Derecho civil español», en AAVV, *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, tomo 2, Barcelona [Bosch], 1983.

- PREITE, D., «Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni», Colombo/Portale (Dirs.), *Trattato delle società per azioni*, vol. 2, Turín [Utet], 1991.
- PRIETO-CASTRO, L., *Derecho procesal civil*, vol. 1, Madrid [Revista de Derecho Privado], 1972.
- PRIETO-CASTRO, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, vol. 1, 2ª ed., Navarra [Aranzadi], 1985.
- PROVINCIALI, R., *Trattato di diritto fallimentare*, vols. 2 y 3, Milán [Giuffrè], 1974.
- PUCHTA, G.F., *Pandekten*, Leipzig [Barth], 1877.
- PUGLIATTI, S., «Considerazioni sul potere di disposizione», en *Riv. dir. comm.*, 1940, pp. 518 a 541.
- PUGLIATTI, S., «L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti», en *Studi sulla rappresentanza*, Milán [Giuffrè], 1965.
- PUGLIESE, G., «Actio» e diritto subiettivo, Milán [Giuffrè], 1939.
- PUGLIESE, G., voz «Azione (Diritto Romano)», en *Noviss. dig. it.*, vol. 2, 3ª ed., Turín [Utet], 1957.
- PUGLIESE, G., «Rilevanza della facoltà come situazione soggettiva», ahora en *Scritti giuridici scelti*, vol. 4, Nápoles [E. Jovene], 1986.
- PUIG BRUTAU, J., *Estudios de Derecho comparado. La doctrina de los actos propios*, Barcelona [Ariel], 1951.
- PUIG BRUTAU, J., «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima», en *RDP*, 1961, pp. 361 a 371.
- PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, tomo 1, vol. 2, 4ª ed., Barcelona [Bosch], 1988.
- PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho civil español*, tomo 3, 2ª ed., Navarra [Aranzadi], 1972.
- PUYOL, B., «La exoneración de responsabilidad de los administradores de sociedades por intervención de la junta general», en *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, vol. 2, Madrid [Marcial Pons], 2007.
- QUATRARO, B., y D'AMORA, S., *Il curatore fallimentare: adempimenti, doveri, responsabilità*, 2ª ed., Milán [Giuffrè], 1999.
- QUATRARO, B. y PICONE, L.C., *La responsabilità di amministratori, sindaci, direttori generali e liquidatori di società*, tomo 1, Milán [Giuffrè], 1998.
- QUIJANO, J., *La responsabilidad civil de los administradores. Aspectos sustantivos*, 1ª reimp., Valladolid [Universidad], 1989.
- QUIJANO, J., «Responsabilidad societaria y concursal de administradores: de nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones», en *RDCP*, núm. 10, 2009, pp. 19 a 48.
- QUIJANO, J., «Acción social de responsabilidad (Art. 238)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, vol. 1, Madrid [Civitas], 2011.

- QUIJANO, J., «La responsabilidad de los administradores (Art. 236)», en Rojo/Beltrán (Dir.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, vol. 1, Madrid [Civitas], 2011.
- QUIJANO, J., «Legitimación subsidiaria de la minoría (Art. 239)», en Rojo/Beltrán (Dir.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, vol. 1, Madrid [Civitas], 2011.
- QUIJANO, J., «Legitimación subsidiaria de los acreedores para el ejercicio de la acción social (art. 240)», en Rojo/Beltrán (Dir.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, vol. 1, Madrid [Civitas], 2011.
- QUIJANO, J., «La acción social de responsabilidad contra los administradores: El acuerdo y legitimación para ejercerla. (Comentario a la Sentencia 380/2012, de 5 de diciembre de 2012, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28)», en *RDM*, núm. 290, 2013, pp. 435 a 451.
- QUINTANA, I., «El estatuto de los administradores de la sociedad durante el concurso», en Quintana/Bonet/García-Cruces (Dir.), *Las claves de la Ley Concursal*, Navarra [Aranzadi], 2005.
- RAGEL, L.F., *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Valencia [Tirant lo Blanch], 1994.
- RAGUSA-MAGGIORE, G., *La responsabilità individuale degli amministratori*, Milán [Giuffrè], 1969.
- RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento civil*, tomo 1, Barcelona [Bosch], 1997.
- REDENTI, E., *Diritto processuale civile*, vol. 1, 3ª ed., Milán [Giuffrè], 2011.
- RESCIGNO, M., «Soci e responsabilità nella nuova s.r.l.», en *Analisi giuridica dell'economia*, núm. 2, 2003, pp. 297 a 311.
- REYNAUD, P., «La renonciation à un droit», en *Rev. trim. dr. civ.*, 1936, pp. 763 a 809.
- RIAÑO, I., *El ejercicio judicial de la acción subrogatoria*, Pamplona [Universidad Pública de Navarra], 2002.
- RICCI, G.F., *Principi di Diritto Processuale Generale*, 5ª ed., Turín [Giappichelli], 2012.
- RIGAUX, F. «Les renonciations au bénéfice de la loi en Droit civil belge», en *Travaux de l'association H. Capitant*, vol. 13, París [Daloz], 1963.
- RIMINI, E., «Sui limiti del diritto della minoranza qualificata ad ottenere la convocazione dell'assemblea», en *Giur. comm.*, 1987, II, pp. 812 a 820.
- RIMOLDI, F., «La causa quale ragione in concreto del singolo contratto», en *I contratti*, núm. 7, 2007, pp. 623 a 634.
- RISCOSSA, M.M., «La responsabilità degli amministratori di società per azioni nel diritto tedesco», en *Dir. comm. int.*, 1996, pp. 207 a 215.
- RISCOSSA, M.M., «Sub art. 129», en Cottino (Dir.), *La legge Draghi e le società quotate in borsa*, Turín [Utet], 1999.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Eficacia general de las normas jurídicas», en Rams (Coord.), *Comentarios al Código civil*, vol. 1, Barcelona [Bosch], 2000.
- RIVIÈRE, H.F., *Commentaire de la Loi du 24 juillet 1867*, París [Marescq Ainé], 1868.
- RIVOLTA, G.C.M., *La partecipazione sociale*, Milán [Giuffrè], 1964.

- ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., «La limitación estatutaria de la responsabilidad de los administradores sociales frente a la sociedad», en *RDM*, núm. 248, 2003, pp. 683 a 718.
- ROCA JUAN, J., «La renuncia liberatoria del comunero», en *ADC*, 1957, pp. 91 a 125.
- ROCCO, U., *La sentenza civile: studi*, Milán [Giuffrè], 1906.
- ROCCO, A., *Il fallimento*, Milán-Turín-Roma [F.lli Bocca], 1917.
- ROCK, E.B., «Oxford Handbook: Institutional Investors in Corporate Governance», *University of Pennsylvania Law School*, Institute for Law and Economics Research Paper No. 14-37, October 15, 2014.
- RODRIGUEZ, K., «Astreinte ou mesure conservatoire: l'actionnaire exerçant l'action sociale doit-il agir au nom de la société?», en *Droit des sociétés*, núm. 1, 2010, p. 48.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y QUIJANO, J., «Los órganos de la sociedad anónima: junta general y administradores», en Quintana (Dir.), *El nuevo derecho de las sociedades de capital*, Madrid [Trivium], 1989.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y MARÍN DE LA BÁRCENA, F., «La acción social de responsabilidad», en Guerra (Coord.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Madrid [La Ley], 2011.
- RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, A., en Jiménez Sánchez (Coord), *Derecho mercantil*, vol. 2, 8ª ed., Barcelona [Ariel], 2003.
- RODRÍGUEZ RUÍZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M.I., «¿Más responsabilidad de los administradores en el Anteproyecto de Ley concursal de 2001?», en *DN*, núm. 139, 2002, pp. 1 a 17.
- ROGEL, C., *Renuncia y repudiación de la herencia*, Madrid [Reus], 1980.
- ROJO, A., «La sociedad anónima como problema», en *RDM*, núms. 187-188, 1988, pp. 7 a 33.
- ROJO, A., «La reforma del Derecho Concursal español», en Rojo (Dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid-Barcelona [Marcial Pons], 2003.
- ROJO, A., «Presupuesto objetivo (Art. 2)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo 1, Madrid [Civitas], 2004.
- ROJO, A., «Acuerdos impugnables (Art. 204)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, vol. 1, Madrid [Civitas], 2011.
- ROJO, A., «Legitimación para impugnar (Art. 206)», en Rojo/Beltrán (Dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, vol. 1, Madrid [Civitas], 2011.
- ROLFI, F., «Sulla causa dei contratti atipici a titolo gratuito», en *Corr. giur.*, núm. 1, 2003, pp. 44 a 64.
- ROMANO, S., *La revoca degli atti giuridici privati*, Padua [Cedam], 1935 (reimp. Nápoles [Edizioni Scientifiche Italiane], 1980).
- ROMANO, S., *L'atto esecutivo nel diritto privato: appunti*, Milán [Giuffrè], 1958.
- ROMANO-PAVONI, G., *Le deliberazioni delle assemblee delle società*, Milán [Giuffrè], 1951.
- RORDORF, R., «Il risarcimento del danno nell'azione di responsabilità contro gli amministratori», en *Società*, núm. 5, 1993, pp. 617 a 624.

- RORDORF, R., «I poteri degli azionisti di minoranza nel Testo Unico sui mercati finanziari», en AAVV, *Scritti di diritto societario in onore di Vincenzo Salafia*, Milán [Ipsosa], 1998.
- ROSSI, A., «Sub art. 129», en AAVV, *Disciplina delle società con azioni quotate*, en *Nuove leggi civ. comm.*, 2001, pp. 110 a 126.
- ROSSI, A., «Sub art. 2392», en Maffei Alberti (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, vol. 1, Padua [Cedam], 2005.
- ROSSI, A., «Sub art. 2393-bis», en Maffei Alberti (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, vol. 1, Padua [Cedam], 2005.
- ROSSI, G., *Utile di bilancio riserve e dividendo*, Milán [Giuffrè], 1957.
- ROSSI, G., «Diritto agli utili e diritto alla quota di liquidazione», en *Riv. soc.*, 1957, pp. 272 a 293.
- RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, 1ª ed., Madrid [Editorial de Derecho Financiero], 1964.
- RUBIO, J., *Sainz de Andino y la codificación mercantil*, Madrid [Consejo Superior de Investigaciones Científicas], 1950.
- RUSSO, E., «Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva», en *Riv. dir. civ.*, 2001, I, pp. 573 a 599.
- SABATELLI, E., «Questioni in tema di legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità da parte della minoranza», en *Banca e borsa*, 2001, I, pp. 88 a 141.
- SABORIDO, P., «La pervivencia de la relevancia jurídica de los propósitos o intereses de las partes en el contrato», *InDret*, núm. 1, 2013.
- SACCO, R., *Il potere di procedere in via surrogatoria*, Turín [Giappichelli], 1955.
- SAGASTI, J.J., *El régimen jurídico de las acciones sin voto en el Derecho español y comparado de sociedades y de valores*, Madrid [Civitas], 1997.
- SALAFIA, V., «Gli organi direttivi nelle società quotate in mercati regolamentati», en *Società*, núm. 3, 1998, pp. 253 a 257.
- SALAFIA, V., «Considerazioni in tema di responsabilità degli amministratori verso la società e verso i creditori sociali», en *Gius. civ.*, 1999, I, pp. 79 a 83.
- SALAFIA, V., «L'esercizio dell'azione di responsabilità sociale contro gli amministratori», en *Società*, núm. 10, 2001, pp. 1191 a 1197.
- SALAFIA, V., «Amministrazione e controllo delle società di capitali nella recente riforma societaria», en *Società*, núm. 12, 2002, pp. 1465 a 1476.
- SALANITRO, N., «Responsabilità degli amministratori durante il fallimento di società per azioni», en *Riv. soc.*, 1962, pp. 767 a 792.
- SALANITRO, N., *L'invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società per azioni*, Milán [Giuffrè], 1965.
- SAMBUCCI, L., «Danno da *mala gestio* e tutela della minoranza», en *Riv. dir. comm.*, 2004, I, pp. 99 a 122.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, A., *El derecho de suscripción preferente del accionista*, Madrid [Civitas], 1973.

- SÁNCHEZ ANDRÉS, A., *La acción y los derechos del accionista*, en Uría/Menédez/Olivencia (Dir.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo 4, vol. 1, Madrid [Civitas], 1994.
- SÁNCHEZ CALERO, F., «Supuestos de responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima», en AAVV, *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid [Civitas], 1991.
- SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, Madrid [Civitas], 2007.
- SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, 2ª ed., Madrid [Civitas], 2007.
- SÁNCHEZ-CALERO, J., «El conflicto de intereses en la sociedad limitada», en Rodríguez Artigas (et al.) (Coords.), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, tomo 1, Madrid [McGraw-Hill], 1996.
- SÁNCHEZ-CALERO, J., «La Acción Social de Responsabilidad (Algunas cuestiones pendientes)», en *RDM*, núm. 281, 2011, pp. 95 a 123.
- SÁNCHEZ-CALERO, J., «Algunos cambios en la regulación de la junta general en el Informe de la Comisión de Expertos (y en el Anteproyecto de Ley de Modificación de la LSC)», *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 87, de junio de 2014.
- SÁNCHEZ JORDÁN, M.E., *La gestión de negocios ajenos*, Madrid [Civitas], 2000.
- SÁNCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital*, Navarra [Aranzadi], 2000.
- SÁNCHEZ RUIZ, M., «El deber de abstención del administrador en conflicto de intereses con la sociedad (Art. 229.1 LSC)», en *RdS*, núm. 41, 2013, pp. 175 a 216.
- SANCHO REBULLIDA, F., «Notas sobre la naturaleza jurídica de la condonación de las obligaciones», en *RDP*, núm. 39, 1955, pp. 130 a 153.
- SANTORO, V., «Profili della disciplina della tutela delle minoranze», en Griffi/Sandulli/Santoro (a cura di), *Intermediari finanziari, mercati e società quotate*, Turín [Giappichelli], 1999.
- SANTORO-PASSARELLI, F., *Dottrine generali del Diritto civile*, 9ª ed., Nápoles [E. Jovene], 1966.
- SANTOS BRIZ, J., *Derecho civil. Teoría y práctica*, vol. 1, Madrid [Edersa], 1978.
- SANTOS BRIZ, J., «Comentario al artículo 1187 CC», en Sierra Gil de la Cuesta (Coord.), *Comentario del Código civil*, 2ª ed., Barcelona [Bosch], 2006.
- SANTOS MORÓN, M.J., «Algunas consideraciones en torno a la condonación de la deuda. El problema de la forma del negocio», en *ADC*, 1997, pp. 1655 a 1749.
- SASSANI, B., «Sull'oggetto della rinuncia all'azione», en *Riv. dir. proc.*, 1977, pp. 531 a 547.
- SATTA, S., voz «Azione in generale», en *Enc. dir.*, vol. 4, Milán [Giuffrè], 1959.
- SATTA, S., *Commentario al Codice di Procedura Civile*, vol. 1, Milán [Vallardi], 1966.
- SAVIGNY, F.C., *Sistema del Derecho romano actual*, vol. 4, trad. Mesía, J. y Poley, M., Madrid [F. Góngora y Compañía], 1879.
- SCALISI, V., voz «Manifestazione in senso stretto», en *Enc. dir.*, vol. 25, Milán [Giuffrè], 1975.

- SCHLESINGER, P., voz «Dichiarazione (teoria generale)», en *Enc. dir.*, vol. 12, Milán [Giuffrè], 1964.
- SCHLESINGER, P., «La riforma Draghi: le novità per le società quotate», en *Corr. giur.*, 1998, pp. 449 a 453.
- SCIALOJA, A., «La prescrizione dell'azione in responsabilità contro gli amministratori nella disciplina statutaria delle società per azioni», en *Saggi di vario Diritto*, vol. 1, Roma [Soc. ed. del Foro Italiano], 1927.
- SCIALOJA, A., «Rassegna critica della giurisprudenza onoraria (anni 1912 e 1914)», en *Saggi di vario diritto*, vol. 2, Roma [Soc. ed. del Foro Italiano], 1928.
- SCIANCELEPORE, G., *Situazioni giuridiche disponibili e rinunzia. Le esperienze italiana, francese e spagnola*, Turín [Giappichelli], 2008.
- SCIANCELEPORE, G. y STANZIONE, P., *Remissione e rinunzia*, Milán [Giuffrè], 2003.
- SCORZA, G., «Gli amministratori di società per azioni di fronte alle delibere invalide dell'assemblea», en *Riv. soc.*, 1963, pp. 510 a 533.
- SEGNI, A., «Gestione d'affari del fallito e processo», en *Riv. dir. comm.*, 1939, II, pp. 97 a 109.
- SERNA, E., «Notas sobre la remisión de la deuda», en AAVV, *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Murcia [Universidad], 1989.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Evolución histórica y orientaciones modernas del concepto de acción», en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona [Ariel], 1969.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Intervención de terceros en el proceso», en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona [Ariel], 1969.
- SICCHIERO, G., voz «Rinuncia», en *Dig. delle disc. priv., sez. civ.*, vol. 17, Turín [Utet], 1998.
- SILVESTRINI, A., «Sub art. 2394», en Sandulli/Santoro (a cura di), *La riforma delle società*, Turín [Giappichelli], 2003.
- SIRENA, P., «La gestione di affari altrui come fonte quasi-contrattuale dell'obbligazione», en *Riv. dir. civ.*, 1997, I, pp. 249 a 290.
- SIRVENT, J., *La acción subrogatoria*, Madrid [Universidad Carlos III – BOE], 1997.
- SOLÁ CAÑIZARES, F., «La administración y la dirección de la sociedad anónima», en *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, núm. 3, 1954, pp. 161 a 169.
- SOPRANO, E., *Della responsabilità civile e penale degli amministratori di società per azioni*, Milán [F.lli Bocca], 1910.
- SOPRANO, E., *L'assemblea generale degli azionisti*, Milán [F. Villardi], 1914.
- SOPRANO, E., *Trattato teorico-pratico delle società commerciali*, vol. 2, Turín [Utet], 1934, p. 715.
- SPINDLER, G., «Comentario al § 148», en Schmidt/Lutter (Dirs.), *AktGKomm.*, vol. 1, 2ª ed., Colonia [Otto Schmidt], 2010.
- SRAFFA, A., *Il fallimento delle società commerciali*, Florencia [F.lli Cammelli], 1897.
- SRAFFA, A., *La liquidazione delle società commerciali*, 2ª ed., Florencia [F.lli Cammelli], 1899.
- STAGNO D'ALCONTRES, A., «L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a. La nuova disciplina», en Abbadessa/Portale (Dirs.), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. 2, Turín [Utet], 2007.

- STELLA, G., «L'azione surrogatoria», en *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, pp. 287 a 320.
- STELLA, G., «Qualificazione giuridica dell'azione di responsabilità della minoranza nelle società quotate», en AAVV, *Studi in onore di Piero Schlesinger*, vol. 5, Milán [Giuffrè], 2004.
- STELLA RICHTER, M., «Antecedenti e vicende della società a responsabilità limitata», en Dolmetta/Presti (a cura di), *S.r.l. Commentario. Dedicato a Giuseppe Portale*, Milán [Giuffrè], 2011.
- STOLFI, G., *Teoria del negozio giuridico*, Padua [Cedam], 1947.
- STOLFI, G., «Una questione sull'art. 670 c.p.c.», en *Banca e borsa*, 1954, I, pp. 844 a 849.
- SUÁREZ-LLANOS, L., «Responsabilidad de los administradores de sociedad anónima (Disciplina jurídica de la acción social)», en *ADC*, 1962, pp. 921 a 997.
- TABET, A., «Il socio come creditore della società», en *Dir. fall*, 1950, II, pp. 85 a 95.
- TALAMANCA, M., *Istituzioni di Diritto romano*, Milán [Giuffrè], 1990.
- TAMAYO, S., *El contrato de transacción*, 1ª ed., Madrid [Civitas], 2003.
- TAPIA, A.J., «Las acciones sin voto», en *RDBB*, núm. 37, 1990, pp. 749 a 833.
- TAPIA, A.J., «Institutional Investors and Corporate Control in Spanish Perspective», en Baums (*et al.*) (Edit.), *Institutional investors and corporate governance*, Berlín/Nueva York [W. de Gruyter], 1994.
- TAPIA FERNÁNDEZ, I., «Cosa juzgada material (Art. 222)», en Cordón (*et al.*) (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. 2, 2ª ed., Navarra [Aranzadi], 2011.
- TEDESCHI, G.U., *Il controllo giudiziario sull'amministrazione delle società di capitali*, Padua [Cedam], 1965.
- THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, trad. al italiano Levi, A., 2ª ed., Padua [Cedam], 1951.
- TILOCCA, E., *La remissione del debito*, Padua [Cedam], 1955.
- TILOCCA, E., voz «Remissione del debito», en *Noviss. dig. it.*, vol. 15, Turín [Utet], 1968.
- TINA, A., «Insindacabilità nel merito delle scelte gestionali degli amministratori e rinuncia all'azione sociale di responsabilità (art. 2393, ultimo comma, c.c.)», en *Giur. comm.*, 2001, II, pp. 334 a 366.
- TINA, A., *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milán [Giuffrè], 2008.
- TIRADO, I., «Síndicos y administradores. Reflexiones en torno a la competencia del órgano de administración durante la quiebra de la sociedad de capital», en *RDM*, núm. 236, 2000, pp. 509 a 543.
- TIRADO, I., *Los administradores concursales*, Madrid [Civitas], 2005.
- TORRES LANA, J.A., «Comentario al artículo 1187 CC», en Paz-Ares (*et al.*) (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, tomo 2, Madrid [Ministerio de Justicia], 1993.
- TRAVIESAS, M., «La renuncia», en *RGLJ*, tomo 55, 1929, pp. 554 a 584.

- TRIMARCHI, P., *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milán [Giuffrè], 1958.
- TUR, M.N., *La prohibición de ir contra los actos propios y el retraso desleal*, Navarra [Aranzadi], 2011.
- UNGER, J., *System des österreichischen Allgemeinen Privatrechts*, vol. 2, Leipzig [Breitkopf und Härtel], 1859.
- URÍA, R., *Derecho Mercantil*, 2ª ed., Madrid, 1960.
- URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J.M., *La junta general de accionistas*, en Uría/Menéndez/Olivencia (Dir.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo 5, Madrid [Civitas], 1992.
- VALMAÑA, A., *Las acciones contra la sociedad y su administrador. Prescripción, acumulación y competencia*, Barcelona [Bosch], 2011.
- VALPUESTA, E., «Efectos sobre el deudor persona jurídica (Art. 48)», en Cordón (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, tomo 1, 2ª ed., Navarra [Aranzadi], 2010.
- VALPUESTA, E., «Competencia de la junta general (Art. 406)», en Rojo/Beltrán (Dir.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, vol. 2, Madrid [Civitas], 2011.
- VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, tomo 1, 3ª ed., Valladolid [Cuesta], 1925.
- VASELLI, M., *Deliberazioni nulle e annullabili delle società per azioni*, Padua [Cedam], 1947.
- VASSALLI, F., «Sub art. 2393-bis», en Niccolini/Stagno d'Alcontres (a cura di) *Società di capitali*, Nápoles [E. Jovene], 2004.
- VÁZQUEZ ALBERT, D., «El concurso de las personas jurídicas: la responsabilidad de los administradores sociales», en *RJC*, núm. 4, 2004, pp. 1055 a 1076.
- VÁZQUEZ CUETO, J.C., «La legitimación activa de los administradores concursales para el ejercicio de acciones de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital», en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo 2, Madrid-Barcelona [Marcial Pons], 2005.
- VENDITTI, A., «Natura e limiti del rimborso dei conferimenti nella liquidazione di società», in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, II, pp. 329 a 332.
- VERDE, G., *Diritto processuale civile*, 3ª ed., Bolonia [Zanichelli], 2012.
- VERDÚ, M.J., *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores*, Madrid [La Ley], 2008.
- VICENT, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, vol. 1, 2ª ed., Barcelona [Bosch], 1986.
- VICENT, F., «El régimen de las acciones en el Proyecto de Ley de reforma», en Quintana (Dir.), *El nuevo derecho de las sociedades de capital*, Madrid [Trivium], 1989.
- VICENT, F., «El concurso de la persona jurídica», en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo 2, Madrid-Barcelona [Marcial Pons], 2005.

- VICENT, F., *Introducción al Derecho mercantil*, vol. 1, 23ª ed., Valencia [Tirant lo Blanch], 2012.
- VICENTE Y GELLA, A., *Las resoluciones de la Asamblea General de una Sociedad Anónima*, Zaragoza [Tip. La Académica], 1932.
- VILA FLORENSA, P., «Efectos sobre el deudor persona jurídica (Artículo 48)», en Vila Florensa (*et al.*), *Nueva Ley concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio. Comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*, Barcelona [Bosch], 2004.
- VILLANUEVA, B.A., *El ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima*, Madrid [Tesis doctoral-Universidad Complutense], 2013.
- VILLAVICENCIO, F.F., «La facultad de disposición», en *ADC*, 1950, pp. 1025 a 1056.
- VISENTINI, B., voz «Azioni di società», en *Enc. dir.*, vol. 4, Milán [Giuffrè], 1959.
- VIVANTE, C., *Trattato di Diritto Commerciale*, vol. 2, 3ª ed., Milán [Francesco Vallardi], 1923.
- VON THUR, A., *Tratado de las obligaciones*, tomo 2, trad. Roces, W., Madrid [Reus], 1934.
- VON TUHR, A., *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, vol. 2, trad. de Ravá, T., Madrid [Marcial Pons], 2005.
- WACH, A., *La pretensión de declaración*, trad. Semón, J.M., Buenos Aires [Egea], 1962.
- WACH, A., *Manual de Derecho procesal civil*, trad. Banzhaf, A., Buenos Aires [Egea], 1977.
- WALSMANN, H., *Der Verzicht: allgemeine Grundlagen einer Verzichtslhre und Verzicht im Privatrecht*, Leipzig [A. Deichert], 1912.
- WEIGMANN, R., *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Turín [Giappichelli], 1974.
- WINDSCHEID, B., «L'“actio” del diritto civile romano dal punto di vista del diritto odierno», en Windscheid, B. y Muther, T., *Polemica intorno all'«actio»*, trad. al italiano de Heinitz, E. y Pugliese, G. Florencia [Sansoni], 1954.
- ZACHARIAE, K.S., *Corso di Diritto Civile Francese*, anotado por Aubry, F. y Rau, C.F., 1ª trad. al italiano, vol. 2, Turín [Librería della Minerva Subalpina], 1843.
- ZANARONE, G., «L'invalidità delle deliberazioni assembleari», en Colombo/Portale (Dirs.), *Trattato delle società per azioni*, vol. 3, tomo 2, Turín [Utet], 1994.
- ZANZUCCHI, M.T., *Diritto Processuale Civile*, vol. 1, Milán [Ferrario], 1934.
- ZAPPAROLI, F., *Introduzione ad uno studio sul «contradittore fallimentare»*, Milán [Giuffrè], 1962.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

(*) El número hace referencia a la página.

Española

STS de 24 de octubre de 1955, 202, 203.

STS de 26 de abril de 1962, 206, 293, 419.

STS de 26 de junio de 1969, 200.

STS de 21 de octubre de 1980, 203.

STS de 16 de septiembre de 1983, 47.

STS de 28 de enero de 1984, 130.

STS de 16 de octubre de 1987, 47, 131.

STS de 25 de marzo de 1988, 130.

STS de 15 de julio de 1988, 130.

STS de 27 de febrero de 1989, 47.

STS de 13 de febrero de 1990, 24.

STS de 26 de noviembre de 1990, 252.

STS de 5 de marzo de 1991, 131.

STS de 6 de noviembre de 1993, 200.

STS de 4 de febrero de 1994, 131.

STS de 3 de octubre de 1995, 293.

STS de 30 de diciembre de 1997, 49.

STS de 8 de febrero de 2000, 131.

STS 30 de marzo de 2000, 131.

STS de 11 de octubre de 2000, 200.

STS de 30 de noviembre de 2000, 75, 240.

STS de 26 de febrero de 2002, 293.

STS de 22 de octubre de 2002, 131.

STS de 25 de noviembre de 2002, 131.

STS de 9 de abril de 2003, 344, 346.

STS de 15 de septiembre de 2004, 50.

STS de 20 de febrero de 2006, 138.

STS de 15 de junio de 2006, 137.

STS de 30 de octubre de 2006, 320.

STS de 23 de noviembre de 2007, 159.

STS de 29 de mayo de 2008, 139.

STS de 7 de junio de 2010, 131.

STS de 24 de noviembre de 2011, 137.

STS de 21 de noviembre de 2012, 204.

STS de 22 de febrero de 2013, 71.

STS de 26 de septiembre de 2013, 131.

STS de 29 de octubre de 2013, 204.

STS de 20 de enero de 2014, 204.

SAP Barcelona (Sección 15ª), de 24 de noviembre de 1995, 316.

SAP Lérida (Sección 2ª), de 30 de marzo de 1998, 138.

SAP Álava (Sección 1ª), de 26 de mayo de 1997, 345.

SAP Madrid (Sección 13ª), de 17 de junio de 1997, 299.

- SAP Coruña (Sección 3ª), 13 de julio de 2000, 294.
- SAP Coruña (Sección 3ª), de 22 de septiembre de 2000, 294.
- SAP Jaén (Sección 3ª), de 7 de diciembre de 2001, 200.
- SAP Málaga (Sección 6ª), de 8 de enero de 2002, 316.
- SAP Cantabria (Sección 4ª), de 14 de febrero de 2002, 294.
- SAP Almería (Sección 3ª), de 9 de marzo de 2002, 320.
- SAP Sevilla (Sección 6ª), de 20 de mayo de 2002, 346.
- SAP Madrid (Sección 10ª), de 21 de diciembre de 2002, 299.
- SAP Almería (Sección 3ª), de 19 de marzo de 2003, 320.
- SAP Madrid (Sección 10ª), de 20 de mayo de 2003, 300.
- SAP Madrid (Sección 10ª), de 3 de noviembre de 2003, 300.
- SAP Guipúzcoa (Sección 2ª), de 5 de noviembre de 2003, 320.
- SAP Cantabria (Sección 1ª), de 14 de enero de 2004, 223.
- SAP Barcelona (Sección 15ª), de 28 de enero de 2004, 134.
- SAP Barcelona (Sección 15ª), de 2 de abril de 2004, 223.
- SAP Sevilla (Sección 8ª), de 19 de abril de 2004, 320.
- SAP Barcelona (Sección 15ª), de 7 de mayo de 2004, 134.
- SAP Barcelona (Sección 15ª), de 6 de julio de 2004, 135.
- SAP Baleares (Sección 5ª), de 18 de octubre de 2004, 320.
- SAP Barcelona (Sección 15ª), de 2 de diciembre de 2004, 135.
- SAP Navarra (Sección 3ª), de 18 de febrero de 2005, 348.
- SAP Baleares (Sección 4ª), de 19 de septiembre de 2005, 320.
- SAP Cantabria (Sección 3ª), de 15 de noviembre de 2005, 223.
- SAP Coruña (Sección 4ª), de 24 de marzo de 2006, 37.
- SAP Asturias (Sección 1ª), de 1 de junio de 2006, 344, 346.
- SAP Álava (Sección 2ª), de 5 de julio de 2006, 320.
- SAP Álava (Sección 2ª), de 18 de septiembre de 2006, 320.
- SAP Álava (Sección 2ª), de 3 de noviembre de 2006, 320.
- SAP Guipúzcoa (Sección 2ª), de 30 de julio de 2007, 222.
- SAP La Rioja (Sección 1ª), de 12 de septiembre de 2007, 137.
- SAP Madrid (Sección 28ª), de 13 de septiembre de 2007, 37.
- SAP Jaén (Sección 1ª), de 10 de octubre de 2007, 222.
- SAP Barcelona (Sección 15ª), de 18 de octubre de 2007, 222.
- SAP Pontevedra (Sección 1ª), de 24 de enero de 2008, 37.
- SAP Las Palmas (Sección 4ª), de 23 de abril de 2008, 37.
- SAP Córdoba (Sección 3ª), de 19 de noviembre de 2008, 138.

- SAP Madrid (Sección 28ª), de 20 de noviembre de 2008, 138.
- SAP Madrid (Sección 28ª), de 25 de noviembre de 2008, 138.
- SAP Zamora (Sección 1ª), de 18 de diciembre de 2008, 222.
- SAP Madrid (Sección 28ª), de 30 de enero de 2009, 138.
- SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª), de 17 de marzo de 2008, 205.
- SAP Barcelona (Sección 15ª), de 18 de junio de 2009, 138.
- SAP Madrid (Sección 28ª), de 21 de julio de 2009, 139.
- SAP Las Palmas (Sección 4ª), de 4 de marzo de 2010, 305.
- SAP Zamora (Sección 1ª), de 18 de marzo de 2010, 222.
- SAP Granada (Sección 3ª), de 19 de marzo de 2010, 137.
- SAP Madrid (Sección 28ª), de 10 de mayo de 2010, 222.
- SAP Madrid (Sección 10ª), de 12 de mayo de 2010, 200.
- SAP Barcelona (Sección 15ª), de 22 de julio de 2010, 138.
- SAP Asturias (Sección 1ª), de 30 de septiembre de 2010, 139.
- SAP Barcelona (Sección 15ª), de 27 de octubre de 2010, 138, 222.
- SAP Granada (Sección 3ª), de 29 de octubre de 2010, 139.
- SAP Madrid, de 23 de marzo de 2011, 139.
- SAP Gerona (Sección 1ª), de 5 de julio de 2011, 202.
- SAP Asturias (Sección 5ª), de 6 de octubre de 2011, 202.
- SAP La Coruña (Sección 4ª), de 18 de noviembre de 2011, 222.
- SAP Madrid (Sección 28ª), de 20 de diciembre de 2011, 316.
- SAP Madrid (Sección 28ª), de 20 de abril de 2012, 316.
- SAP Huelva (Sección 3ª), de 6 de julio de 2012, 202.
- SAP Madrid (Sección 28ª), de 5 de diciembre de 2012, 340, 349.
- SAP Barcelona (Sección 15ª), de 16 de enero de 2013, 279, 316.
- SAP Barcelona (Sección 15ª), de 6 de febrero de 2013, 37.
- SAP Alicante (Sección 8ª), de 10 de abril de 2013, 207.
- SAP Salamanca (Sección 1ª), de 3 de junio de 2013, 315.
- SAP Barcelona, de 12 de junio de 2013, 279.
- SAP Pontevedra (Sección 1ª), de 27 de junio de 2013, 137, 138.
- SAP Castellón (Sección 3ª), de 28 de junio de 2013, 137.
- SAP Gerona (Sección 1ª), de 10 de enero de 2014, 344, 346, 350.
- SAP Almería (Sección 2ª), de 15 de enero de 2014, 223.
- SAP Madrid (Sección 28ª), de 11 de julio de 2014, 223.
- SAP Castellón (Sección 3ª), de 24 de julio de 2014, 202.
- SJMerc núm. 2 de Madrid, de 11 de octubre de 2006, 138.

SJMerc núm. 1 de Cádiz, de 27 de marzo de 2007, 137.

SJMerc núm. 5 de Madrid, de 13 de enero de 2010, 222.

SJMerc núm. 1 de Las Palmas, de 18 de julio de 2011, 37.

Italiana

Cass. 8 de mayo de 1930, 6.

Cass., de 10 de agosto de 1946, núm. 1169, 331.

Cass., de 18 de abril de 1961, núm. 853, 226.

Cass. de 30 de julio de 1973, 331.

Cass., de 21 de marzo de 1974, núm. 790, 114.

Cass., de 6 de octubre de 1981, núm. 5241, 278.

Cass., de 19 de diciembre de 1985, núm. 6493, 124.

Cass., de 4 de diciembre de 1990, núm. 11601, 237.

Cass., de 14 de enero de 1993, núm. 403, 237.

Cass., de 2 de septiembre de 1998, núm. 8699, 50.

Cass., de 22 de octubre de 1998, núm. 10488, 114, 115, 276.

Cass., de 18 de mayo de 2007, núm. 11658, 50.

Cass., de 23 de mayo de 2007, núm. 12280, 332.

Cass., de 9 de abril de 2008, 332.

Cass., de 29 de octubre de 2008, núm. 25977, 114.

Cass., de 8 de abril de 2009, núm. 8516, 114.

Cass., de 8 de julio de 2009, núm. 16050, 124.

Cass., de 7 de junio de 2011, 332.

Cass., de 18 de agosto de 2011, núm. 17360, 204.

Cass., de 21 de junio de 2012, núm. 10378, 114.

Cass., de 14 de septiembre de 2012, núm. 15449, 204.

Cass., de 20 de septiembre de 2012, núm. 15955, 114.

Cass., de 3 de abril de 2013, núm. 8100, 204.

Cass., de 11 de julio de 2013, núm. 17198, 124.

Cassaz. Roma, de 13 de marzo de 1911, 7.

App. Torino, de 9 de julio de 1975, 226.

App. Catania, de 5 de abril de 1990, 139.

App. Roma, de 9 de diciembre de 1991, 332.

Trib. Torino, de 13 de junio de 1966, 51.

Trib. Milano, de 20 de septiembre de 1976, 114.

Trib. Milano, de 19 de mayo de 1983, 144.

- Trib. Milano*, de 22 de diciembre de 1983, 277.
- Trib. Milano*, de 21 de abril de 1986, 291.
- Trib. Milano*, de 27 de julio de 1987, 139.
- Trib. Venezia*, de 5 de noviembre de 1987, 124.
- Trib. Torino*, de 11 de febrero de 1989, 124.
- Trib. Napoli*, de 8 de abril de 1989, 139.
- Trib. Milano*, de 13 de junio de 1991, 139.
- Trib. Milano*, de 16 de enero de 1995, 172.
- Trib. Roma*, de 28 de septiembre de 1998, 172.
- Trib. Milano*, de 10 de febrero de 2000, 172.
- Trib. Napoli*, de 28 de abril de 2004, 280.
- Trib. Palermo*, de 25 de noviembre de 2004, 114.
- Trib. Milano*, de 2 de diciembre de 2005, 172.
- Trib. Milano*, de 13 de enero de 2006, 124.
- Trib. Lecce*, de 17 de febrero de 2006, 114.
- Trib. Napoli*, de 31 de mayo de 2006, 124.
- Trib. Salerno*, de 25 de octubre de 2006, 124.
- Trib. Milano*, de 14 de noviembre de 2006, 114, 124.
- Trib. Milano*, de 12 de marzo de 2007, 114.
- Trib. Napoli*, de 23 de enero de 2009, 114.
- Trib. Roma*, de 23 de febrero de 2009, 114.
- Trib. Napoli*, de 11 de enero de 2011, 114.