

Responsabilidad de los administradores de sociedad anónima

(Disciplina jurídica de la acción social)

LUIS SUAREZ-LLANOS GOMEZ

Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia
Profesor adjunto de Derecho Mercantil en la Uni-
versidad de Santiago de Compostela.

SUMARIO: I.—INTRODUCCIÓN. 1) Responsabilidad social y acción social de responsabilidad. 2) Diversificación de los intereses tutelados. 3) Carácter de las legitimaciones concedidas. Finalidad de la acción y... 4) Prescripción. II.—EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL POR LA SOCIEDAD. 1) Deliberación previa. 2) Junta general competente. 3) La no necesaria inclusión en el orden del día. 4) Régimen de quorum y mayorías y su posible modificación. 5) El problema del conflicto de intereses. 6) Destitución de los administradores. 7) Legitimación para actuar en juicio. 8) Renuncia y transacción. Delimitación general de posibles situaciones. 9)... Renuncia. Su peculiar esfera de actuación. 10)... Transacción. 11)... Condiciones de forma. Primer orden de efectos. 12) Quitus. Condiciones de fondo para su admisibilidad. Primer orden de efectos. 13)... Condiciones de forma. 14) Ejercicio de la acción social durante el período de liquidación de la Sociedad. 15) La acción social de responsabilidad y la quiebra de la Sociedad. III.—EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL POR LA MINORÍA. 1) Configuración del sujeto legitimado y modo de actuación. 2) Condiciones de ejercicio. 3)... Pasividad de la Sociedad. 4)... Acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad. 5) Efectos de la renuncia y transacción acordadas por la Sociedad. 6) Especial consideración del "quitus". 7) Valoración final de las condiciones de ejercicio. Liquidación y quiebra de la Sociedad. 8) La continuación de los administradores en sus cargos. IV.—EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL POR LOS ACREEDORES DE LA SOCIEDAD. 1) Sujeto legitimado. 2) Presupuesto y condiciones de ejercicio. 3)... Falta de ejercicio de la acción por la Sociedad o por los accionistas. 4)... Hipótesis de renuncia y transacción. 5)... Grave amenaza para la garantía de los créditos. 6) Liquidación y quiebra de la sociedad.

I. INTRODUCCIÓN

I. Colmando una de las más importantes lagunas de nuestro ordenamiento positivo en materia de Sociedades Anónimas, la Ley de 17 de julio de 1951 ha venido a regular el tema genérico de la res-

ponsabilidad de los administradores, desde una perspectiva ciertamente clásica, pero no exenta de novedad frente a lo que constituye el derecho universal de Sociedades Anónimas.

El carácter conservador de la Ley se advierte tan pronto se tenga en cuenta que la disciplina instaurada no otra cosa supone que la adaptación a los supuestos típicos susceptibles de verificarse en el seno de la administración de una Sociedad Anónima de la normativa propia del instituto de la responsabilidad civil, que opera sobre el triple presupuesto de la existencia de un "daño", "causalmente" producido por una conducta "culposa" (1). De ahí que no pueda resultar extraño, en plena consonancia con esta perspectiva, que el punto neurálgico de dicha disciplina se encuentre precisamente en la configuración del medio adecuado para hacer efectiva (para actualizar) aquella responsabilidad, esto es, en la reglamentación de la llamada acción de responsabilidad.

Pero la adaptación al campo de las Sociedades Anónimas del instituto de la responsabilidad civil derivada del daño, se opera en la normativa de la L. S. A. por un doble cauce: por la vía de la responsabilidad a que se somete a los administradores que con su actuación gravemente negligente han causado un daño en la esfera patrimonial de la Sociedad, y por la vía de la responsabilidad que para

(1) V. GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1953, tomo 2.º, págs. 128 y ss.; MOSSA, *Fundación y administración de la Sociedad Anónima en el proyecto español de reforma*, R. D. M., 1950, núm. 28, págs. 24 y ss.; ESCARRA, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, París, 1959, t. 4.º, págs. 317, 321 y 345; VEAUX, *La responsabilité personnelle des dirigeants dans les sociétés commerciales*, París, 1947, págs. 357 y ss. y referencia bibliográfica en nota (8). No ha querido nuestro legislador hacerse eco de la novedad que sobre la materia representó la publicación de las leyes francesas de 16 de noviembre de 1940 y 4 de marzo de 1943, al establecer la posibilidad, en caso de quiebra de la Sociedad, de que el Tribunal declare personalmente responsables de (parte de) las deudas sociales, al Presidente del Consejo de Administración y, eventualmente, a sus colegas administradores, siempre y cuando ni uno ni otros prueben fehacientemente que han actuado con la diligencia propia de un mandatario remunerado. El sistema, en verdad, lleva consigo un acercamiento entre la esfera propia de la responsabilidad civil y el ámbito de la responsabilidad —riesgo por las operaciones sociales (v. sobre esto último GIRON, *La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima en el Derecho español*, A. D. C., 1959-II, pág. 429). Con todo, la idea de la "culpa" no pierde su carácter peculiar de elemento central definidor de la existencia o inexistencia de dicha responsabilidad, si bien frente a ella (y en esto reside, principalmente, una de las más interesantes innovaciones del sistema) se opere una total inversión de la carga de prueba (v. principalmente VEAUX, *La responsabilité personnelle...* cit., págs. 356 y s. y 412 y ss.; HAMEL-LAGARDE, *Traité de droit commercial*, París, 1954, tomo I, págs. 777 y ss.; RIBERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, París, 1959, t. 1.º, págs. 578 y s. con referencia también al Decreto de 10 de mayo de 1955; ESCARRA, op. cit., pág. 320. La "innovación", ciertamente, no está exenta de sugestivas consecuencias y algún autor ha pretendido utilizarla como fórmula para "combatir" el "dato fáctico de la disociación entre propiedad y control, en el ámbito de la Sociedad Anónima". Véase MINERVINI, *Per una accentuazione della responsabilità degli amministratori di società per azioni*, en *Temì, rivista di giurisprudenza italiana*, 1954, páginas 85 y ss., especialmente págs. 88-90.

los mismos administradores se deriva del hecho de haber causado un daño en la esfera patrimonial particular de socios y extraños. Una y otra se corresponden con lo que la doctrina ha denominado los "dos grandes regímenes de responsabilidad" de los administradores en el seno de la Sociedad Anónima (2). Al primero de ellos se le reserva el calificativo de especial (para la Sociedad Anónima), mientras que al segundo, inexactamente, a nuestro juicio, tal especialidad le viene negada, por virtud de una plena subsunción en la esfera del Derecho común (3).

(2) GIRÓN, *La responsabilidad...* cit., pág. 445.

(3) GIRÓN, op. loc. ult. cit.; GRAZIANI, *Diritto delle Società*, Napoli, 1952, página 270. Cfr. URÍA, *Responsabilidad de los accionistas censors de cuentas*, Dictamen. Madrid, 1955, pág. 20. En realidad la norma del art. 81 L. S. A. es tan específica del campo de las Sociedades Anónimas como la de los arts. 79 y 80. Una y otra derivan, ciertamente, por vía de especificación, de la disciplina de la responsabilidad civil de derecho común; pero no puede pensarse que el legislador del 51 ha pretendido incorporar al sistema de la Ley un precepto (el artículo 81), con el exclusivo propósito de dejar constancia de algo por lo demás evidente: que la persona física que reúne la condición jurídica de administrador de una Sociedad Anónima no por eso viene sustraída a la aplicación de la norma contenida en el art. 1.902 C. c. A mi juicio, el relegar plenamente la normativa del art. 81 al campo del derecho común, deriva como consecuencia lógica de un vicio de interpretación del citado precepto, cometido bajo la influencia fantasmagórica de la concepción orgánica de los administradores. Por regla general se valora la expresión "actos de los administradores" (sic. art. 81 in fine) en el sentido de actos, ciertamente realizados "dentro del círculo de sus actividades como tal administrador, pero no como órgano social, ya que en el marco de sus facultades legales y estatutarias no puede estar la realización de hechos ilícitos" (GARRIGUES en *Comentario...* cit., pág. 159; pero v. sobre esto último en contra FRE, *Società per azioni*, en *Commentario del Codice civile*, Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1954, pág. 402, en base a que "la definición tanto del objeto social como de los poderes otorgados a los administradores, no se refiere a actos en particular, sino que se concreta en la indicación de una determinada actividad que, indudablemente, puede ser bien o mal ejercitada"). Aparte de que resulta difícil individualizar un acto que sea y no sea, al mismo tiempo, realizado dentro del círculo de las actividades del administrador "como tal administrador", es lo cierto que a tal conclusión se llega por la simple razón de que de no ser así, aquel acto sería imputable a la Sociedad, quien vendría llamada a responder, por cuanto lo actuado por un órgano vale como hecho por el ente; y ésta —se dice— no puede ser la hipótesis a que hace referencia el artículo 81, que "contempla exclusivamente el supuesto de la responsabilidad personal de los administradores frente a los accionistas y frente a los terceros". Aquí reside, a mi juicio, el vicio del razonamiento motivado por la latente presencia de la configuración orgánica de los administradores, apriorística afirmación indemostrada cuya sola utilización conduce fatalmente a una evidente petición de principio. No es, sin duda, el momento de profundizar en este tema, harto delicado e indiscutiblemente difícil; lo que no obsta para declarar mi asentimiento a la afirmación de MISERVINI, *Gli amministratori di Società per azioni*, Milano, 1956, págs. 2 y 362 y ss., según la cual la imputación jurídica del acto ilícito al "administrador" y no a la Sociedad, es uno de los argumentos que el derecho positivo suministra en contra de la configuración jurídica de los administradores como "órganos" de la Sociedad. (Cfr. la identidad substancial entre los artículos 2.395 C. c. italiano y 81 L. S. A.) v. también GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959, pág. 321, nota (403) y GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1952, págs. 270 y s. Sobre el tema, en la doctrina

Ambos sistemas (incorporados a los artículos 79, 80 y 81 de la Ley, respectivamente) tienen de común su misma pertenencia al genérico fenómeno de la responsabilidad civil, basado en la culpa del que ha ocasionado un daño; y su diversificación se opera, únicamente, en atención a la diversa incidencia del daño producido (4). Si éste produce su impacto "directamente" en el patrimonio de la Sociedad, la responsabilidad susceptible de derivarse para los administradores culpables se dice "social". Si, por el contrario, el evento dañoso incide "directamente" en la esfera patrimonial propia y privativa de terceras personas extrañas a la subjetividad misma de la Sociedad, la responsabilidad se considera como "individual".

La responsabilidad "social" y la responsabilidad "individual" a que pueden quedar sometidos los administradores engendrarán para los sujetos dañados la posibilidad de utilizar un remedio "sustancialmente" idéntico: el planteamiento judicial de la correspondiente acción de responsabilidad para exigir a los administradores culpables la reintegración del perjuicio patrimonial experimentado (5). Ello, sin embargo, no es obstáculo para que, a meros efectos denominativos, se tittle a la acción que se deriva para la Sociedad, cuyo patrimonio ha sido directamente dañado, "acción social de responsabilidad", frente a la "acción individual de responsabilidad" con que se califica al remedio concedido a las terceras personas, individualmente dañadas (6).

2. El sector específico de la responsabilidad "social" (único al que de momento dedicaremos nuestra atención) cuenta en su seno con un interesado de primera magnitud, jurídicamente protegido: el titular del patrimonio que ha resultado dañado, esto es, la Sociedad. Como no podía ser de otra manera (siendo, como es, la responsabilidad social de los administradores una disciplina que deriva, por vía de especificación, de la genérica normativa de la responsabilidad civil), la Ley concede su protección para hacer efectivas las responsabilidades

francesa v. principalmente RIPERT, *Traité élémentaire...* cit., pág. 580; HAMEL-LAGARDE, *Traité...* cit., pág. 789; cfr. GOLDSCHMIDT, *La responsabilidad civil de los órganos de administración en las sociedades por acciones*, Boletín del Instituto de Derecho comparado de México, Enero-abril 1954, págs. 18 y ss.

(4) PUIG BRUTAU, *La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima*, R. D. P., 1961, págs. 367 y ss.; GARRIGUES, *Comentario...* cit., páginas 123, 134 y 157 principalmente; FRE, *Società per azioni...* cit., pág. 398; ASCARELLI, *Societades y Asociaciones comerciales*, Buenos Aires, 1947 (trad. SENTIS MISLENDI), pág. 357; GRECO, *Le società...* cit., págs. 320 y s.; FIORENTINO, *Gli organi delle società di capitali*, Napoli, 1950, págs. 146 y ss.; DE GREGORIO, *Corso di diritto commerciale, Imprenditori-società*, Roma, 1954, pág. 304. Expresamente RIPERT, *Traité élémentaire...* cit., pág. 585; HAMEL-LAGARDE, *Traité...* citado, págs. 793 y s.; ESCARRA, *Traité...* cit., págs. 325 y 363 y ss. (v. interesante referencia a criterios distintivos ensayados por la doctrina en págs. 323 y siguientes).

(5) Normalmente por la vía del resarcimiento de daños y perjuicios, v. sobre este tema, DE CURTIS, *In danno*, Milano, 1951, págs. 329 y ss.

(6) V. por todos GARRIGUES, op. cit., pág. 134. A ella se refiere RIPERT, *Traité élémentaire...* cit., págs. 583 y s. V. cuestión terminológica en ESCARRA, *Traité...* cit., pág. 327.

susceptibles de derivarse para los administradores a la propia Sociedad. Esta es el verdadero interesado en la disciplina de la responsabilidad civil de los administradores. Tanto es así, que aun cuando el legislador del 51 no hubiera incorporado al sistema de la Ley el tema específico de la responsabilidad de los administradores, dogmáticamente sería preciso llegar a idéntica solución a la vista de los principios ordenadores de nuestro sistema positivo vigente.

Pero la Sociedad no es solamente el verdadero interesado en la disciplina de la responsabilidad civil de los administradores; en rigor, es el único sujeto que posee un interés *en* dicha disciplina. Y ello porque el instituto de la responsabilidad civil se fundamenta en la existencia de un daño "directamente" ocasionado en el patrimonio de una persona. En otras palabras, la responsabilidad social de los administradores es algo que "directamente" sólo concierne a la propia Sociedad titular del patrimonio lesionado; "indirectamente"... concierne también a otros sujetos (7).

La legitimación, pues, que la Ley otorga al ente social para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, es una legitimación que se le concede por derecho propio y que en realidad no podía no concedérsele, a no querer violentar los principios fundamentales inspiradores del ordenamiento positivo. Esto, claro está, no ocurre frente a los otros legitimados.

El sistema de la Ley española en punto al tema de la responsabilidad social de los administradores, extiende, como es sabido, la legitimación para actuar contra los administradores responsables, a los accionistas (que representen, cuando menos, la décima parte del capital social) y a los acreedores sociales. Y tal extensión, evidentemente, significa el reconocimiento y protección de unos intereses privativos de estos sujetos, considerados dignos de tutela por su especial conexión con el tema concreto de la responsabilidad social de los administradores.

Accionistas y acreedores no experimentan, ante el hecho causante de la responsabilidad "social" de los administradores, un daño "directo" en sus respectivos patrimonios; todo lo más que puede decirse será que experimentan un daño en el interés que unos y otros mantienen frente a la integridad del patrimonio social; pero, claro está que, en estos casos, el daño causado en esta última esfera patrimonial, sólo de un modo reflejo incide en el patrimonio particular de accionistas y acreedores. Si esto es así, es evidente que unos y otros no pueden ostentar un auténtico interés *en* la disciplina de la responsabilidad social, porque la responsabilidad social contraída por los administradores es algo que no les concierne directamente.

Ahora bien, es incuestionable que ambos sujetos ostentan un cierto interés *hacia* dicha disciplina. Sustancialmente y en plena coherencia con sus respectivos intereses frente a la integridad del patrimonio so-

(7) Véase por todos GARRIGUES, op. loc. ult. cit.

cial, accionistas y acreedores (aunque por diversa motivación) (8) poseen un "interés a que la Sociedad actúe su correspondiente interés" exigiendo responsabilidades a sus administradores cuando concurren los supuestos.

Podría entonces decirse que la relación existente entre accionistas y acreedores y el tema de la responsabilidad social de los administradores es una relación de conexión. Sus respectivos intereses se conectan directamente con la debida actuación y exigencia de aquella responsabilidad. Mientras que la relación existente entre la Sociedad y dicho tema es, por el contrario, una relación de inherencia. Su interés es algo inherente a la propia disciplina de la responsabilidad social de sus administradores (9).

Al margen por completo de la normativa legal sobre la materia, aquellos intereses de accionistas y acreedores no han pasado inadvertidos para el legislador español. Respecto a los accionistas, en el seno de la propia L. S. A. existen normas al amparo de las cuales puede verse establecida una concreta protección. Por la mecánica del artículo 67, párrafo 1.º in fine, el accionista, en efecto, tiene siempre en su mano una posibilidad de proteger sus intereses a que la Sociedad actúe su correspondiente interés en la disciplina de la responsabilidad, impugnando el acuerdo social contrario a la exigencia de responsabilidad. Naturalmente, tal posibilidad sólo tendría lugar cuando concurriesen los extremos establecidos por el legislador para dar entrada a la acción de impugnación; pero ello no supondría desamparo en sus derechos, porque precisamente tales extremos señalan adecuadamente cuándo la protección de los intereses de la minoría debe ser actuada.

Respecto a los acreedores, también el ordenamiento positivo desarrolla una especial tutela de sus intereses hacia la disciplina de la responsabilidad. Por la vía del artículo 1.111 del Código civil, el acreedor tendría también en sus manos la posibilidad de actuar contra los administradores responsables, mediante el ejercicio de una acción sub-

(8) Para los acreedores, toda disminución del patrimonio social implica una disminución de la garantía que la ley, con carácter limitado, les ofrece (sic. GARRIGUES, op. cit., pág. 134 y en general toda la doctrina) mientras que para los accionistas aquella disminución repercute necesariamente en el patrimonio de todas las personas que, en definitiva, van a ser partícipes de ese patrimonio en su calidad de socios (GARRIGUES, op. loc. cit., y PUIG BRUTAU, *La responsabilidad...* cit., pág. 369, quien añade que la debida protección a las minorías exige que el voto de la mayoría a favor de los administradores no sea decisivo para excluir el ejercicio de la acción). RIPERT, *Traité élémentaire...* cit., pág. 575, puntualiza que los accionistas experimentan el daño, precisamente "en su condición de accionistas"; véase FAMEL-LAGARDE, *Traité...* cit., pág. 787; ESCARRA, *Traité...* cit., pág. 322.

(9) Las consideraciones desarrolladas hasta este momento se inspiran fundamentalmente en los puntos basilares sobre los que construye NICOLA, *Subrogatoria-Revocatoria*, en *Commentario Codice civile, Scialoja-Branca...* cit., 1953, páginas 20 y ss., su tesis sobre la naturaleza jurídica de la acción subrogatoria (véase especialmente, por su interés, pág. 23).

rogatoria, tutelando de este modo su interés en relación con la integridad del patrimonio de su deudor (10).

Ante cualquiera de las dos situaciones antedichas, susceptibles de verificarse si el legislador de 1951 no hubiera incorporado a la normativa de los artículos 79 y 80 la legitimación de accionistas y acreedores al ejercicio de la acción social de responsabilidad, no hay duda que se hace preciso excluir toda posibilidad de configurar los intereses protegidos como directamente surgidos de la disciplina de la responsabilidad civil de los administradores. Pensemos que si así fuera, tanto los accionistas como los acreedores tendrían siempre el camino libre para actuar directamente contra los administradores, sin necesidad de recurrir al remedio de la acción de impugnación o de la subrogatoria. Simplemente se trata de intereses que sólo tienen de común con el que incumbe a la Sociedad el tender a la reintegración del patrimonio lesionado. Pero mientras para ésta el interés a la reintegración de su patrimonio surge directamente de la propia disciplina de la responsabilidad, para aquéllos, el interés surge del hecho de haber nacido para la Sociedad aquel interés dirigido a la reintegración. El uno sería un interés de primer orden y el otro de segundo (11).

Pues bien, a idéntica conclusión debemos llegar en presencia del sistema instaurado por la L. S. A. en los precitados artículos 79 y 80. Porque, a nuestro juicio, el legislador no ha hecho otra cosa que formular expresamente, frente a los intereses respectivos de accionistas y acreedores, una tutela que, si bien en forma menos explícita e inmediata, se encontraba ya desarrollada en términos generales. Sustancialmente, la tutela específica instaurada no difiere de aquella reconocida en un plano más genérico. Tan sólo se ha reforzado su esfera de actuación, ampliando las posibilidades de hacerla efectiva. Respecto a los accionistas, concediéndoles, en sustitución de la vía oblicua de las acciones de impugnación, la posibilidad de ejercicio subsidiario de la propia acción social de responsabilidad (si bien condicionado a la existencia de un interés minoritario de suficiente entidad). Respecto a los acreedores, otorgándoles el ejercicio de la acción reintegratoria no sólo en las hipótesis de la acción subrogatoria, sino incluso en la hipótesis en que el patrimonio social resulte gravemente amenazado (en su integridad) por la actividad de los administradores (12).

3. Esta especial tutela de los intereses tomados en consideración por el legislador ante la concreta disciplina de la responsabilidad social de los administradores, se actúa, como hemos apuntado, mediante el

(10) Cfr. GARRIGUES, op. cit., pág. 154.

(11) Véase NICOLÒ, op. cit., pág. 45, cuando afirma que "el acreedor (y podríamos añadir: los accionistas) no es titular de ninguna situación jurídica propia, ni frente al deudor (diversa de la relación de fondo existente entre deudor y acreedor) ni respecto al tercero, frente al cual se actúa el ejercicio del derecho del deudor". El propio GARRIGUES, op. cit., pág. 135, al afirmar que "los accionistas son titulares de (esta) misma acción de responsabilidad cuando la sociedad no la ejercita debiendo ejecutarla" se mueve en realidad en el mismo orden de ideas que se expresan en el texto.

(12) Sic. GARRIGUES, op. cit., pág. 154.

otorgamiento a los diversos interesados de una específica y característica legitimación al ejercicio de la acción social de responsabilidad.

En consonancia con lo expuesto anteriormente, la legitimación otorgada a la Sociedad (párrs. 1.º y 2.º, art. 80) debe ser configurada como legitimación de primer orden. Es una legitimación que se atribuye precisamente al único sujeto que "iure proprio" ostenta un interés directo, inmediato, en la disciplina de la responsabilidad social de los administradores; una legitimación, en definitiva, consustancial con la titularidad de la acción que por derecho propio ostenta. La legitimación que, por el contrario, se atribuye a los accionistas y a los acreedores sociales es una legitimación de segundo orden, no vinculada a la titularidad de ninguna acción, porque de la acción "social" de responsabilidad no son titulares (13). Legitimación, por tanto, que se opera por mandato explícito de la Ley y cuyo único punto de apoyo reside, justamente, en una expresa declaración del legislador (14).

(13) Sobre la distinción entre titularidad y legitimación véase NICOLÒ, op. citada, págs. 22 y ss. La acoge explícitamente DE MARTINI, *Azione di responsabilità contro amministratori di società durante e dopo il fallimento*, Giur. Cass. Civile, 1947-3.º, 1166. La afirmación expuesta no es válida, en el sentir de la mayoría de la doctrina y por lo que respecta a la legitimación de los acreedores, dentro del sistema positivo italiano. La acción ex art. 2.394 C. c. viene normalmente configurada como "directa" (no subrogatoria) en atención a considerar que los acreedores hacen valer un derecho "propio", que no es el mismo que el que corresponde a la Sociedad frente a sus administradores (sic. BRUNETTI, *L'azione di responsabilità dei creditori sociali contro gli amministratori di Società per azioni*, Moneta e Credito, 1949, pág. 232). La tesis, como decimos, es compartida por la mayoría de la doctrina italiana con sólo contadas excepciones, entre las que destaca, últimamente MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., páginas 329 y ss., a cuya opinión nos hemos adherido con ocasión de nuestra tesis doctoral presentada en la Universidad de Bolonia, tras una particular argumentación, distinta a la que el autor desarrolla en su obra. Sobre el tema pueden verse: ASCARELLI, *Societades y asociaciones...* cit., pág. 358; FIORENTINO, *Gli organi...* cit., págs. 156 y ss.; GRECO, *Le Società...* cit., pág. 322; DE GREGORIO, *Corso...* cit., pág. 302; FERRARA, *Gli imprenditori e le Società*, Milano, 1952, página 324; GRAZIANI, *Diritto delle Società...* cit., págs. 268 y s. v. también ESCARRA, *Traité...* cit., págs. 321 y s. y 347 y ss. y *Cours de droit commercial*, París, 1952, pág. 501.

(14) Tanto es así que si tal declaración faltase no sería posible ver configuradas tales legitimaciones. Cfr. ESCARRA, *Traité...* cit., págs. 321 y s., especialmente 347 y GOLDSCHMIDT, *La responsabilidad...* cit., págs. 36 y s. (texto que puede ser consultado para una visión genérica del tema responsabilidad en el Derecho comparado) véase a este respecto y frente a la legitimación de los accionistas minoritarios lo que ocurre en sistemas positivos sustancialmente análogos al español, concretamente el italiano (cfr. art. 2.409) e incluso el francés (nótese el diverso alcance de la protección concedida a los accionistas en las modalidades de ejercicio de la acción social que la doctrina engloba bajo la expresión "ut singuli"; véase más adelante nota (145)). Para el derecho mexicano véase MANTILLA MOLINA, *La responsabilidad de los administradores de las Sociedades Anónimas*, Boletín del Instituto de Derecho comparado de México, mayo-diciembre 1954, págs. 51 y 53 y ss.; véase a este respecto PUIG BRUTAU, *La responsabilidad...* cit., págs. 368 y s. Respecto a la legitimación de los acreedores véase asimismo lo que ocurre en Francia, donde sólo se les reconoce la posibilidad de accionar por la vía oblicua del art. 1.166 del Código civil (véase ESCARRA, *Traité...* cit., págs. 327 y 369; HAMBL-LAGARDE, *Traité...* cit., págs. 798

Las legitimaciones otorgadas lo son, a su vez, con carácter sucesivo (15). En cierto sentido, pues, cabe hablar de legitimaciones de primero, segundo y tercer grado con referencia a las que ostentan la Sociedad, los accionistas minoritarios y los acreedores sociales. Sin embargo, es preciso hacer constar que las legitimaciones otorgadas a los accionistas y a los acreedores sociales se desarrollan en cierto modo con independencia la una de la otra. Como tendremos ocasión de señalar, existen casos en los que la legitimación de los acreedores se origina sin que previamente se hubiera generado la legitimación de los accionistas, del mismo modo que al "no uso" de la legitimación por parte de la minoría no siempre sucede el nacimiento de la legitimación para los acreedores sociales. GIRÓN TENA alude a esta posibilidad al advertir que el ejercicio de la acción por parte de los acreedores viene permitido, en el sistema de la L. S. A., con cambio en los supuestos de fondo del régimen, puesto que se precisa que la acción trate de reconstituir el patrimonio social "porque haya amenaza grave para la garantía de sus créditos" (16).

La principal consecuencia que se deriva de las anteriores consideraciones radica en señalar que es "una sola" la acción que se deriva del hecho generador de la responsabilidad social de los administradores. La acción cuyo ejercicio se atribuye a los acreedores y a los accionistas minoritarios es la misma acción social cuya titularidad y legitimación se atribuye a la Sociedad para exigir responsabilidades a los administradores culpables. La responsabilidad frente a la Sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores (de que habla el artículo 79), hay que entenderla, como acertadamente afirma GARRIGUES, como oferta de una misma acción a varios titulares (reius, a varios legitimados) (17).

Ello implica, naturalmente, la necesidad de señalar que la finalidad que se persigue a través de los diferentes (posibles) ejercicios es siempre la misma (18): la reintegración del patrimonio social disminuído por el daño causado por el administrador. "Esto explica —declara GARRIGUES— que en cuanto el daño haya sido reparado por conse-

y ss; pero véase VEAUX, *La responsabilité personnelle...* cit., pág. 361) y en Italia (véase nota anterior). Cfr. la posición del legislador mexicano y los dos supuestos en que a juicio de MANTILLA MOLINA, *La responsabilidad...* cit., pág. 58, se reconoce a los acreedores una acción directa contra los administradores.

(15) O subsidiario, al decir de la doctrina patria; véase concretamente ESCARRA, *Traité...* cit., págs. 323, 331 y 350.

(16) *La responsabilidad...* cit., pág. 445.

(17) *Comentario...* cit., pág. 135.

(18) Es común la "causa petendi", afirma BRUNETTI, *L'azione di responsabilità...* cit., pág. 232, con referencia, claro está, al ejercicio de la acción por la Sociedad y por los acreedores sociales. Véase también ESCARRA, *Traité...* cit., páginas 341 y 345 quien, sin embargo, considera que el accionista que ejerce la acción social ut singuli, no puede reclamar la reparación integral del perjuicio experimentado por la Sociedad (págs. 352, 355, 360 y ss.). Véase, sin embargo, RIFFERT, *Traité élémentaire...* cit., pág. 584. Cfr. MANTILLA MOLINA, *La responsabilidad...* cit., págs. 51 y 57; PUIG BRUTAU, *La responsabilidad...* cit., página 370, y URÍA, *Responsabilidad de los accionistas censores...* cit., pág. 19.

cuencia del ejercicio de la acción de responsabilidad por la propia Sociedad, los otros titulares pierden ipso facto todo derecho de reclamación (19). Una tal característica, preciso es advertirlo, viene expresamente formulada por el legislador en sede de legitimación de los acreedores sociales, al permitir el ejercicio por su parte de la acción de responsabilidad "cuando tienda a reconstituir el patrimonio social" (v. más adelante IV-2).

4. La unicidad de la acción arbitrada implica, asimismo, la aplicación unitaria de normas concretas; tales, entre otras, las relativas a la prescripción. La Ley de Sociedades Anónimas ha silenciado este punto, afirma GARRIGUES (20), deliberadamente; en realidad está previsto y resuelto en un principio específico del Código de Comercio, cuya vigencia ha sido declarada por el Decreto de 14 de diciembre de 1951. A tenor del artículo 949 del Código de Comercio, en efecto, "la acción contra los socios, gerentes y administradores de las Compañías o Sociedades terminará a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración" (21).

Comentando el anterior precepto, el profesor GARRIGUES pone de relieve que la prescripción de la acción queda en suspenso mientras el administrador ejerza sus funciones. A partir del momento en que cesa en el ejercicio de esas funciones comienza a correr el plazo de prescripción de los cuatro años, aunque el hecho que motive la responsabilidad se descubra después de ese momento (22). Tal interpretación, a nuestro juicio, no sólo es acertada, sino, además, deseable. La tesis de la suspensión, en efecto, permite, en todo caso, sostener que el término inicial de la prescripción es preciso vincularlo a la realización del "eventus damni" (23); el artículo 949 del Código de comercio, en este sentido, responde a la misma "ratio" que impulsó al legislador del Código civil a incorporar a su texto la norma del artículo 1.972 (24).

(19) Op. cit., págs. 134 y s.

(20) Op. cit., pág. 155. Análoga la situación en derecho mexicano, véase MANTILLA MOLINA, *La responsabilidad...* cit., pág. 52.

(21) En el ordenamiento positivo francés, el plazo es de tres a diez años, según que la falta constituya un ilícito civil o penal. Pero aparte de ésto, existe un plazo de caducidad de un año cuando la acción se funde en hechos o en circunstancias que hubieran sido reveladas a la asamblea por el informe de los administradores o de los comisarios. El punto de partida para este breve plazo será la fecha de celebración de dicha asamblea, entendiéndose, en todo caso, que se trata de un plazo no susceptible de interrupción ni de suspensión que, además, se entiende aplicable solamente en aquellos casos en que el perjuicio hubiera sido experimentado por la Sociedad. Véase RIBERT, *Traité élémentaire...* cit., páginas 586 y s.; HAMEL-LAGARDE, *Traité...* cit., págs. 795 y s.; ESCARRA, *Traité...* cit., págs. 379 y ss.

(22) Op. loc. últ. cit.; pero véase a continuación, en texto, el supuesto de "verificación" (y no ya "descubrimiento") del daño con posterioridad al momento del cese.

(23) Así expresamente en el Derecho francés, véase RIBERT, *Traité élémentaire...* cit., pág. 586.

(24) Se trata, en definitiva, de una suspensión del plazo de prescripción por una causa (normalmente) ya existente en el momento en que el plazo de prescripción debería comenzar a transcurrir, en virtud de la cual se produce el des-

Por ello, entendemos que si el daño derivado de la conducta de los administradores ha hecho su impacto en el patrimonio social, en un momento posterior a aquel en que se ha producido el cese de los administradores de sus respectivos cargos, será en ese momento y no al del cese al que habrá que referir la iniciación del plazo de cuatro años establecido en el artículo 949 del Código de comercio.

Aunque la fórmula empleada por el legislador diste mucho de ser precisa, creemos que tal interpretación es la más conforme con la realidad del supuesto examinado; de otra suerte resultaría que el tiempo de prescripción para el ejercicio de un derecho comenzaría su curso "antes" que el propio derecho pudiera ser ejercitado.

II. EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL POR LA SOCIEDAD

1. La norma contenida en el párrafo 1.º del artículo 80 L. S. A. establece textualmente que "la acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la Sociedad, previo acuerdo de la Junta general, que puede ser adoptado aunque no conste en el orden del día". Con ello, el legislador ha incorporado al articulado de la Ley un principio generalmente admitido (aunque diversamente fundamentado) (25) en materia de acción social de responsabilidad contra los administradores: la competencia para deliberar sobre todos los extremos referentes al ejercicio de la misma corresponde, primaria y primordialmente, a la Junta general de accionistas. Su justificación, por otra parte, no requiere un gran esfuerzo de interpretación dogmática. El carácter "social" de la acción de responsabilidad deriva, pre-

plazamiento de la iniciación del plazo prescriptivo hasta el momento en que cesa la causa que originó la suspensión. Véase a este respecto, frente a la norma del artículo 2.941, núm. 7, Cod. civ. italiano, AZZARITI-SCARFELLO, *Della prescrizione e della decadenza*, en *Comm. Cod. civ.* SCIALOJA-BRANCA... cit., págs. 583 y siguientes. Cfr. FRE, *Società per azioni*... cit., págs. 292 y s.

(25) Véase FRE, *Società per azioni*... cit. pág. 385 que ve en ello la preocupación del legislador de poner ciertas rémoras al ejercicio de la misma acción tanto en interés de la Sociedad (cuyo crédito podría quedar comprometido por una precipitada decisión sobre el tema) como de los propios administradores (que no sería justo exponerles a ataques poco ponderados); FERRARA por su parte (*Gli imprenditori*... cit., pág. 323) alude a "la gravedad e importancia" que posee la acción de responsabilidad contra los administradores, para concluir que "debe ser deliberada por la Asamblea". En realidad, la explicación dogmática ortodoxa es la que a continuación se menciona en el texto y que es compartida por la generalidad de la doctrina. Véase principalmente GARRIGUES, *Comentario*... cit., págs. 141 y s.; GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952, pág. 378; SOLA CAÑIZARES, *La Administración y la dirección de la Sociedad Anónima*, Revista del Instituto de Derecho Comparado, III, Barcelona, 1954, página 168; URÍA, *Derecho Mercantil*, 2.ª edición, Madrid, 1960; pág. 236; GOLDSCHMIDT, *La responsabilidad civil*... cit., págs. 9 y ss., especialmente página 22; MANTILLA MOLINA, *La responsabilidad*... cit., pág. 51; FRE, op. loc. últimamente cit. y *L'organo amministrativo nelle Società anonime*, Roma, 1938, páginas 320 y s.; MINERVINI, *Gli amministratori*... cit., pág. 348; FIORENTINO, *Gli organi*... cit., pág. 138; ASCARELLI, *Societades y Asociaciones*... cit., pág. 355.

cisamente, de la lesión producida en el patrimonio “de la Sociedad”; es lógico, por consiguiente, que sea la propia Sociedad (26) el titular primordial de la relativa acción de resarcimiento; y dado que la Junta general constituye el órgano supremo de expresión de la voluntad social a ella incumbirá, necesariamente, el poder de decisión oportuno.

Pero la Ley, cuando refiere la competencia a la Junta general, determina al mismo tiempo el campo de aplicabilidad de la misma. La Junta general es competente (en condiciones de exclusividad) y el acuerdo de la misma es requisito previo para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, cuando se trate precisamente del ejercicio de dicha acción “por parte de la Sociedad”. Esto implica que cuando la Sociedad no esté en condiciones de poder ejercitar por sí misma la acción de responsabilidad (en caso de quiebra, por ejemplo) no será necesario un acuerdo favorable de la Junta de accionistas, a efectos del ejercicio de la acción por otros titulares (sindicados) (27).

Por otra parte, la comentada norma del artículo 80 es preciso circunscribirla a la disciplina de la “legitimación al ejercicio de la acción de responsabilidad” en lo que respecta a la Sociedad. Ello quiere decir que solamente en relación a dicho ejercicio por parte de la propia Sociedad cabe interpretar el requisito de la necesidad de previo acuerdo asambleario, por lo que, en definitiva, las posibles modalidades que el acuerdo pueda adoptar sólo afectarán al ejercicio de la acción “por parte de la Sociedad”, pero no así a su posible ejercicio por parte de los demás legitimados. La afirmación, no obstante, será objeto de ulterior desarrollo cuando nos planteemos el problema del alcance que la deliberación de la Junta general posee en nuestro ordenamiento, como condición de ejercicio de la acción por parte de los demás interesados.

El legislador español, al referirse a este requisito de la previa deliberación en Junta general, ha utilizado la expresión “acuerdo”, apuntando, sin duda, al resultado final de la deliberación asamblearia (28), resultado que, naturalmente, para la posibilidad de ejercicio de la acción habrá de ser favorable al mismo. Por otra parte, es preciso señalar que el acuerdo a que se refiere el párrafo 1.º del artículo en examen, ha de recaer precisamente sobre el extremo relativo al ejercicio de la acción social; ésto, que parece obvio frente a un acuerdo de tipo positivo (favorable), es preciso afirmarlo también frente a un acuerdo del que se pretenda extraer una negativa a la exigencia de

(26) Expresamente BRUNETTI, *Trattato del diritto delle Società*, Milano, 1948, t. 2.º, pág. 395, aclara que la acción compete a la Sociedad, no a la mayoría. En el Derecho francés, la titularidad de la acción es atribuida a la Sociedad, pero su ejercicio (por los representantes legales, e. d. ut universi) no está subordinado a una deliberación previa de la Asamblea, prácticamente incompetente, después del Decreto de 31 de agosto de 1937, para todo lo relativo al ejercicio de la acción social, véase ESCARRA, *Traité...* cit., pág. 330, 332, 335 y 337.

(27) GARRIGUES, *Comentario...* cit., pág. 144.

(28) Véase sobre el sentido de estas expresiones URÍA, *Comentario...* cit., tomo 1.º, pág. 496.

responsabilidad. En realidad, no otra cosa ha venido a confirmar la disposición del artículo 110 al establecer que la aprobación del Balance, cuenta de Pérdidas y Ganancias, propuesta de Distribución de Beneficios y Memoria por la Junta general no significa el descargo de los administradores por la responsabilidad en que pudieran haber incurrido.

2. Algunas legislaciones extranjeras atribuyen expresamente la competencia de tal decisión a una determinada clase de Junta general (29). El problema, en realidad, no tiene razón de plantearse en nuestro Derecho. La distinción entre Junta general ordinaria y extraordinaria no se formula en nuestro ordenamiento atendiendo a un criterio sustancial, sino tan sólo en razón a la periodicidad legal o estatutaria de las mismas (30). Así, pues, si bien la deliberación relativa al ejercicio de la acción social de responsabilidad se producirá, lógicamente —como afirma GARRIGUES (31)—, en la Junta general ordinaria, destinada a la censura de la gestión social (ex art. 50), nada impide que pueda llevarse a cabo en el seno de una Junta general extraordinaria, convocada o no (32) expresamente para tratar de la responsabilidad de los administradores.

3. El acuerdo de la Junta general —precisa el reseñado párrafo 1.º del art. 80, in fine— podrá ser adoptado aunque no conste (se entiende, el tema de la responsabilidad como asunto a tratar) en el orden del día. Con ello la propia L. S. A. formula una expresa derogación del principio general, establecido en el artículo 53, que preside la materia de convocatoria de las Juntas generales y proclama la ineludible fijación, previa a la celebración de la Junta, de los asuntos que en ella han de tratarse (33).

La doctrina suele individualizar la “ratio” de este principio general que exige la inclusión de la materia a tratar en el anuncio por el que se opera la convocatoria de la correspondiente Junta general de accionistas, en una exigencia de publicidad protectora de los accionistas: facilitar su decisión (e incluso asistencia) en la futura Junta con suficientes elementos de juicio, evitando, al mismo tiempo, cualquier sorpresa. La exigencia legal, en efecto, responde a una práctica inveterada y por esa misma razón apuntada actúa a modo de garantía ante posibles maniobras de los administradores en el planteamiento (inesperado) de asuntos (trascendentales) de la vida social (34).

(29) Así concretamente la italiana, véase artículo 2.364, núm. 4, Codice Civile.

(30) URÍA, *Comentario...*, cit., t. 1.º, pág. 509.

(31) *Comentario...*, cit., t. 2.º, pág. 142.

(32) Subrayamos esta alternativa para precisar el alcance de la afirmación del Profesor GARRIGUES, pues en rigor no es necesario que la Junta general extraordinaria se “convoque expresamente” para que en el seno de la misma pueda acordarse el ejercicio de la acción social de responsabilidad; véase artículo 80, párrafo 1.º, in fine y a continuación, en el texto núm. 3).

(33) Véase sobre el principio general URÍA, *Comentario...*, cit., t. 1.º, páginas 497 y siguiente. Sobre el ámbito de su aplicación, véase concretamente, FERRARA, *Gli imprenditori...*, cit., pág. 291.

(34) URÍA, op. loc., ult., cit., y pág. 528; GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas...*, cit., pág. 288; DE GREGORIO, *Corso...*, cit., pág. 277.

Por su parte, la justificación de la excepción contenida en el párrafo 1.º del artículo 80 se desarrolla en parecidos (más exactamente: contrarios) términos: facilitar, sin duda —afirma GIRÓN—, la adopción del acuerdo e impedir maniobras preliminares al mismo (35). Con ello indudablemente se reafirma el carácter de “excepción” (36) atribuido a la mencionada norma, respecto de la “regla general” contenida en el artículo 53, lo que en definitiva equivale a consentir en una total derogación de la “ratio” de esta norma por la aparición de una nueva razón de ser justificadora de la excepción.

Me apresuro a adelantar que tal vez, ante el texto del artículo 80, no quepa otra interpretación dogmáticamente ortodoxa, pero no puedo por menos que expresar mis dudas sobre su conveniencia. El tema es extraordinariamente delicado y... peligroso. Como que está en juego el interés de la propia Sociedad.

La citada interpretación, en efecto, se halla indisolublemente unida al mayor o menor ámbito que se reconozca al precepto en examen. Y la justificación aludida es preciso ligarla a una interpretación amplia de su tenor literal; ciertamente, el artículo 80, párrafo 1.º in fine está concebido en términos absolutamente generales, y la no necesaria inclusión del tema responsabilidad en el orden del día no viene circunscrita a ninguna Junta general en particular. De ahí que, al parecer, en cualquier Junta general (fuera de la contemplada en el artículo 53) sea posible el planteamiento de dicha cuestión, aunque no conste en el orden del día.

¿Acaso las exigencias de facilidad para la adopción de un acuerdo sobre la responsabilidad de los administradores deben prevalecer sobre aquellas otras encaminadas a posibilitar un acuerdo de los accionistas en el que hayan podido contar con los necesarios elementos de juicio? ¿No se evitarán, sí, con ello, “maniobras sospechosas” preliminares al acuerdo (por parte de los administradores, principales interesados en las mismas) para dejar paso a “maniobras” quizá más “sospechosas” de una minoría (37) que provoque en el seno de una Junta el tema de la responsabilidad, poco importándole la decisión de la mayoría, ya que cuentan con la posibilidad de ejercicio conjunto de la acción social? Pensemos que aquellas maniobras preliminares se pretenden evitar, porque o habrán de perjudicar fundamentalmente a la minoría o habrán de perjudicar a una serie de accionistas que, en base a ellas, militarán tal vez entre los que constituyen la mayoría, sorprendidos en su buena fe. En el primer caso, la minoría no viene necesitada de peculiar protección frente al caso, porque cuenta siempre con el recurso de ejercitar en vía subsidiaria la acción social de responsabilidad. Frente al segundo caso tal vez el remedio exija cortar directamente de raíz la más mínima posibilidad de “maniobras”, pero no creemos que el camino más adecuado para conseguirlo

(35) Op., cit., pág. 378.

(36) Así concretamente URÍA, op., cit., pág. 529.

(37) Véase una advertencia sobre los peligros de abuso de las minorías en URÍA, op., cit., págs. 622 y siguiente y GIRÓN, *La responsabilidad...*, cit., pág. 441.

sea precisamente tal de dar entrada a otras posibles maniobras más peligrosas, igualmente capaces de sorprender la buena fe de... esos mismos accionistas.

La materia de responsabilidad de los administradores es sin duda de las más delicadas con las que puede enfrentarse una Sociedad Anónima. De su solo planteamiento pueden derivarse serios perjuicios, tanto para la propia Sociedad, cuyo crédito podría quedar comprometido por una precipitada decisión al respecto, como para la marcha normal de su administración, amén que no sería justo exponer a los propios administradores a ataques menos ponderados (38).

Es peligroso, pues, hablar de facilidades en punto a la adopción del acuerdo sobre dicho tema, porque una facilidad excesiva podría acarrear más inconvenientes que ventajas. Si el sistema de la Ley en punto a la adopción de acuerdos sociales se inspira, como hemos dicho, en la necesidad de evitar, a todo trance, decisiones precipitadas con escaso o nulo conocimiento de causa, no debería prescindirse de esta exigencia inspiradora, ante una materia tan vidriosa como la de responsabilidad de los administradores. Por la formulación general de la norma del artículo 80 parece, en efecto, que la Ley ha querido prescindir de toda cautela. Pero no olvidemos que en otra ocasión la propia Ley, sobre el mismo tema de la responsabilidad, adopta una postura radicalmente opuesta. Nos referimos a lo preceptuado en el artículo 110, párrafo 2.º: La aprobación de los documentos a que hace referencia el artículo 108... "no significa el descargo de los administradores por la responsabilidad en que pudieran haber incurrido". Se excluye el efecto, porque se considera que el acuerdo versa simplemente sobre aspectos que sólo marginalmente rozan el problema de fondo de la gestión administrativa; porque, en definitiva, se adopta sin específico conocimiento de los hechos que pudieran dar origen a la exigencia de responsabilidad. Y si la Ley, en este punto, no ha hecho más que incorporar lo que en definitiva es una manifestación de aquel principio general informador de las deliberaciones asamblearias, ¿por qué no interpretar el artículo 80, párrafo 1.º, a la luz del mismo principio?

Tal interpretación, sin duda, encuentra un fuerte obstáculo, como hemos señalado, en el tenor literal del precepto comentado. En nuestra Ley de Sociedades Anónimas el problema viene planteado de modo diverso que en la legislación italiana. El artículo 2.393, párrafo 2.º, del Codice civile de 1942 permite también que la deliberación relativa a la responsabilidad de los administradores sea adoptada aunque no haya figurado en la relación de materias a tratar, pero siempre "con ocasión de la discusión del balance"; y la doctrina explica tal declaración en atención a que de la discusión del balance pueden sur-

(38) Así, FRE, *op.*, cit. retro en nota (25). Y no se olvide que la propia Exposición de Motivos de la Ley (III, párrafo 1.º, in fine) reafirma la confianza del legislador en que "el reconocimiento de la responsabilidad de los administradores (dada la forma en que se regula el ejercicio de la acción) no será fuente de abusos, ni hará peligrar la buena marcha de las sociedades".

gir elementos aptos para poder juzgar la gestión de los administradores (39). Adviértase en ello, no una derogación total y absoluta del principio general en materia de decisiones asamblearias, sino una simple aplicación presuntiva del mismo. La no necesaria inclusión del tema responsabilidad en el orden del día se circunscribe así a la Junta general convocada para discutir el balance presentado por los administradores, lo que, como hemos señalado, no ha efectuado nuestro legislador.

Tal vez, pues, por el camino apuntado, no sea posible llegar a una interpretación restrictiva del artículo 80, dogmáticamente ortodoxa (40). Pero el peligro de abusos que puede representar una interpretación excesivamente laxa de la Ley, creemos justifica más que sobradamente el realizar un esfuerzo constructivo dirigido a recortar la amplitud que parece desprenderse del texto del precepto. Tal restricción podría derivarse de las consideraciones siguientes:

La falta de constancia en el orden del día no impide que la Sociedad (en definitiva, la mayoría) acuerde válidamente el efectivo ejercicio de la acción de responsabilidad. En otros términos, lo que no es necesario que figure en el orden del día de cualquier clase de Junta es la eventualidad de ejercicio de la acción social de responsabilidad por parte de la Sociedad. Una Junta general, convocada para tratar de diversos asuntos, en principio extraños al tema responsabilidad, puede, en el curso del debate, constatar la existencia de supuestos fácticos de por sí aptos para exigir responsabilidades a los administradores (un daño producido, una conducta gravemente negligente). En estos casos (y sólo en éstos) la Ley autoriza que pueda válidamente acordar el ejercicio de la correspondiente acción "sin que tal acuerdo pueda considerarse incurso en alguno de los supuestos de nulidad que contempla el artículo 67". Sólo ante un "acuerdo" (obsérvese que la Ley no dice deliberación) "positivo" (o sea, favorable) de entablar la acción, cesa la virtualidad del principio general recogido en el artículo 53. La decisión de la Junta general sobre el tema es de tal naturaleza que la Ley considera oportuno retirar de su paso todo freno susceptible de ser utilizado... por los propios Administradores (v. art. 69 in fine en relación con el 68, párr. 2.º, y 53, párr. 2.º).

La falta de constancia en el orden del día no autoriza, por el contrario, que en todo tiempo y lugar, es decir, en cualquier Junta, se plantee directamente (pensemos en un planteamiento inesperado por parte de unos accionistas) el tema de la responsabilidad de los administradores. De ser así, decíamos anteriormente, las posibilidades de abuso por parte de una minoría representante de una décima parte

(39) DE GREGORIO, *Corso...*, cit., pág. 301.

(40) Es muy posible que el legislador, al establecer la excepción al principio general del artículo 53, haya tenido presente, fundamentalmente, la Junta general contemplada en el artículo 50 (véase GARRIGUES, *Comentario...*, cit., tomo 2.º, pág. 142). Pero ante el texto del precepto no cabe formular una interpretación de este signo, por deseable que parezca. Cfr. URÍA, *Responsabilidad de los accionistas censores...*, cit., pág. 18.

del capital social, serían extraordinarias (41); les bastaría con plantear el tema y esperar a la decisión de la Junta; de ser favorable habrían conseguido su propósito; de ser negativa hallarían expedito el camino para el ejercicio de la acción social en vía subsidiaria, ex párrafo 3.º, artículo 80.

Lo que ocurre, en realidad, es lo siguiente: puesto que nada puede impedir que en cualquier Junta se plantee (de hecho) el tema de la responsabilidad de los administradores, la deliberación relativa sólo será válida en cuanto cristalice en un "acuerdo de carácter positivo". Si, pese a no figurar el acuerdo en el orden del día, se adopta un acuerdo y éste es "negativo", tal deliberación, o mejor dicho, tal acuerdo será "nulo". De ahí que la Junta esté en su perfecto derecho a negarse a entrar en discusión sobre la responsabilidad de los administradores y que, por tanto, tal negativa no pueda nunca interpretarse como acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad que deje expedita la vía para el ejercicio de la acción por parte de la minoría. Esta, pues, no podrá valerse de sus propias maniobras para tener acceso al ejercicio de la acción que le reconoce la propia Ley.

En el sistema de la Ley, generosa en el trato con la minoría (42), ésta tiene siempre la posibilidad de provocar una decisión al respecto; pero acudiendo al mecanismo previsto en el artículo 56 que, en lo posible, no deja margen a desagradables sorpresas. ¿Habrá de contar también con tal posibilidad en el seno de cualquier Junta? A nuestro juicio, esto precisamente es lo que debe ser evitado.

La interpretación restrictiva del precepto en examen (43) se contraría, de este modo, en condiciones de perfecta coherencia con el principio general ex artículo 53. No tanto representaría una derogación de la ratio de este precepto cuanto de los efectos vinculados a su inobservancia en el solo supuesto de decisión favorable al efectivo ejercicio de la acción social de responsabilidad. La frase del artículo 80, párrafo 1.º, in fine: "aunque no conste en el orden del día", no implica (directamente) la posibilidad de deliberar (válidamente) sobre el ejercicio de la acción en el seno de cualquier clase de Junta en cuya convocatoria no figure tal materia, sino tan sólo la supresión de la tacha de "nulidad" del acuerdo favorable al ejercicio de la misma.

(41) GIRÓN, *La responsabilidad...* cit., pág. 449, opina con acierto que "es interesante pensar en si debe darse a la minoría poderes que puedan ejercitarse sin ninguna responsabilidad. La Ley española no establece, siguiendo la línea conocida, más cautela que la del importe de la minoría. Es dudoso —afirma— que ésto sea suficiente.

(42) Sic. GIRÓN, op. ult. cit., pág. 441.

(43) Creemos que tal interpretación podría encontrar plena justificación en el mismo orden de ideas que ha llevado a GIRÓN, op. loc. ult. cit., a sostener que "para atender a esos riesgos (del abuso irresponsable y de la obstrucción, que presentan los derechos de la minoría) se provee, limitando los que se conceden, cuidando de individualizar los supuestos de manera que se concedan ciertos derechos no a minoría cualquiera y ocasional, sino a grupo caracterizado en alguna forma por intereses específicos, estableciendo para los derechos más "agresivos un examen *prima facie* de su fundamento, disponiendo alguna responsabilidad especial o exigiendo alguna caución".

Aquella posibilidad, pues, en términos generales, se halla sometida al régimen normal de validez de los acuerdos adoptados por la Junta general de accionistas, y, por consiguiente, para que un acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad pueda reputarse válido (e integrar, por tanto, una de las condiciones necesarias para la legitimación de la minoría al ejercicio de la acción social de responsabilidad) es preciso que en el orden del día de la Junta en que se adopta figure expresamente la responsabilidad de los administradores como tema a tratar.

4. El sistema de la Ley española en lo relativo a la constitución de las Juntas generales se centra en la determinación del quorum que es necesario lograr para la válida constitución de las mismas. "La Junta general ordinaria —dice el art. 51— quedará válidamente constituida en primera convocatoria cuando concurren a ella la mayoría de los socios o cualquiera que sea el número de éstos, si los concurrentes representan, por lo menos, la mitad del capital desembolsado." Una vez cubierto este quorum o número mínimo de socios (o acciones) que deberán concurrir a la sesión, se declara la Junta válidamente constituida y con facultades, por tanto, para decidir válidamente sobre los asuntos de su competencia. En ningún momento la Ley se refiere, sin embargo, al número mínimo de acciones (o socios) que se precisan para adoptar válidamente un acuerdo (44); en realidad tal especificación no era necesaria ya que es susceptible de ser determinado a posteriori con toda facilidad, dado que en el seno de la Junta las decisiones se toman por mayoría, ordinariamente simple, esto es, mitad más uno, de los votos correspondientes a las acciones presentes en dicha Junta.

El sistema legal, sin embargo, es susceptible de derogación estatutaria, si bien con ciertas limitaciones; y la derogación puede asumir cualquiera de estas dos modalidades:

a) Aumento del quorum legal (45) establecido en el párrafo 1.º del artículo 51, con carácter general para la válida constitución de todo tipo de Juntas que se celebren o como presupuesto indispensable para la válida deliberación de un tipo determinado de asuntos. La posibilidad resulta clara del párrafo 2.º de este mismo artículo, así como de la declaración contenida en el párrafo i) del apartado 3.º, artículo 11. Ni que decir tiene que, en este caso, el aumento del quorum lleva consigo un aumento del número mínimo de votos necesarios para la validez de los acuerdos, permaneciendo inalterado el principio de la mayoría simple del artículo 48.

b) Exigencia de una mayoría reforzada (46) (superior a la mitad más uno) para la adopción de los acuerdos, con carácter general o con limitación a determinados asuntos, permaneciendo (o no) inalterado el

(44) URÍA, *Comentario...* cit., t. 1.º, pág. 517. Véase, sin embargo, con referencia a la Ley mexicana, RODRÍGUEZ, *Tratado...* cit., pág. 46.

(45) "Quorum de presencia", en expresión de RODRÍGUEZ, op. loc. ult. cit., "minorías de presencia", al decir de URÍA, op. ult. cit., pág. 521.

(46) "Quorum de votación"; véase RODRÍGUEZ, op. loc. ult. cit.

mínimo legal de acciones-accionistas del artículo 51, necesario para la válida constitución de la Junta general. También, en este caso, la posibilidad no ofrece dudas ante la disposición contenida en el párrafo j) del apartado 3.º, artículo 22 (47).

Pues bien, dejando sentado a título preliminar que la materia de la responsabilidad de los administradores es objeto de deliberación (salvo disposición expresa que a continuación valoraremos) en Junta general constituida con el quorum normal del artículo 51 (48) y no con el reforzado del artículo 58, aplicable tan sólo a los supuestos que regula, ¿es válida una derogación estatutaria al sistema legal expuesto (en cualquiera de las dos modalidades antes examinadas) en materia de deliberación de la acción social de responsabilidad? ¿Pueden los estatutos exigir para tal deliberación una especial mayoría, bien directamente (mayoría "reforzada", permaneciendo inalterado el quorum del artículo 51), bien indirectamente (aumento de quorum para la válida constitución y consiguiente aumento del número mínimo de votos necesarios para alcanzar la mayoría, permaneciendo inalterada su determinación por la vía de la mitad más uno)? Tengamos presente, además, que el actual planteamiento es susceptible de doble formulación (49); porque ciertamente podemos preguntarnos si los estatutos sociales pueden prescribir para tal deliberación una mayoría más elevada (simple o reforzada) que la establecida para el resto de las deliberaciones sociales, o bien si la deliberación relativa a la responsabilidad de los administradores puede verse afectada por la especial mayoría que los estatutos de la Sociedad pudieran, eventualmente, prescribir para todas las deliberaciones asamblearias.

La derogación en términos generales del quorum legal por parte de la Sociedad para la válida constitución (y consiguiente deliberación) de las Juntas generales, abstracción hecha de los temas a tratar, no parece deba sufrir modificación cuando se trate la materia de la responsabilidad de los administradores. El carácter de orden público que normalmente se atribuye al tema de la responsabilidad (50) no debe, a nuestro juicio, ser obstáculo para tal posibilidad, porque con ella no creemos se eluda el cumplimiento de los deberes impuestos a los administradores por normas imperativas de la Ley, máxime

(47) GARRIGUES, *Comentario...* cit., t. 1.º, pág. 233.

(48) FAIRÉN, *La responsabilidad civil de los órganos de administración de las Sociedades Anónimas*, R. D. P., 1955, pág. 875; SOLA CAÑIZARES, *Tratado de Sociedades Anónimas en el Derecho español y en el Derecho comparado*, Barcelona, 1953, pág. 282; GARRIGUES, *Comentario...* cit., t. 2.º, pág. 142; PUIG BRUTAU, *La responsabilidad...* cit., pág. 368.

(49) Véase expresamente recogido en GRAZIANI, *Diritto delle Società...* cit., página 266, con referencia a FRE, *L'organo...* cit., pág. 308.

(50) GARRIGUES, *Comentario...* cit., t. 2.º, pág. 133, y especialmente DE GREGORIO, *De las Sociedades...* cit., págs. 548 y ss.; véase también MINERVINI, *Gli amministratori...*, pág. 351, *ivi* nota (72) y FRE, *L'organo...* cit., págs. 310 y siguiente. En contra del mencionado carácter de orden público, expresamente FIORENTINO, *Gli organi...* cit., pág. 143.

cuando en nuestro sistema una minoría cualificada puede intentar el ejercicio de la acción, conjuntamente.

La derogación, también en términos generales, del sistema de simple mayoría y la consiguiente exigencia de una mayoría reforzada para la adopción de (todos) los acuerdos sociales, tampoco creemos que deba ser modificada ante el tema de la responsabilidad (51). La observación formulada a este respecto por DE GREGORIO (52) de que sería singular que en una asamblea en la que la mayoría (de la mitad más uno) quiera la actuación de la sanción del artículo 147 (Cód. de comercio italiano de 1882) y la minoría no la quiera (mitad menos uno), prevalezca la voluntad de esta última, aun cuando extremadamente ingeniosa, no tiene razón de ser aplicada ante la normativa de nuestra L. S. A., porque, en definitiva, aquella pseudo mayoría, si se reafirma en su creencia de que existen auténticos supuestos de responsabilidad, puede (si supera la décima parte del capital social) entablar la acción social como "minoría".

La particular actuación de tutela de la minoría en el campo de la responsabilidad de los administradores, actúa así de disolvente de cuantos recelos pudieran manifestarse ante la posibilidad de aplicar al tema responsabilidad el régimen estatutario general sobre quorum y mayorías.

El problema, sin embargo, se presenta con diversos caracteres en la hipótesis de específica derogación del régimen legal sobre quorum y mayorías para el solo supuesto de deliberación de la acción social de responsabilidad, esto es, ante la cláusula de los estatutos que exigiere para la deliberación de la acción social de responsabilidad o bien una mayoría más elevada o bien un quorum de asistencia superior al que rigiere para la válida constitución de las Juntas generales. En contra de tal posibilidad (53) se ha dicho autorizadamente que "sería inconcebible que la misma mayoría que ha podido rechazar el balance presentado por los administradores no pudiera deliberar (retius: acordar el ejercicio de) la acción de responsabilidad contra aquéllos, en base a los mismos extremos que la han inducido a la primera deliberación; en esta materia encuentra aplicación el obvio principio de que quien desaprueba tiene también el derecho de perseguir" (54). El

(51) FRE, op. loc. ult. cit. Parafraseando la argumentación de este autor en *Società per azioni...* cit., pág. 386 (véase más adelante nota (54) podría decirse que "sería inconcebible que una mayoría que no puede aprobar el balance pudiera, sin embargo, aprobar el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores".

(52) Op. loc. ult. cit.

(53) Normalmente rechazada por la doctrina; véase GARRIGUES, *Comentario...* cit., t. 2.º, pág. 142; PUG BRUTAU, *La responsabilidad...* cit., pág. 369; SOLA CAÑIZARES, *Tratado...* cit., pág. 282; FRE, *Società per azioni...* cit., página 386; DE GREGORIO, op. loc. ult. cit.; GRECO, *Le Società...* cit., pág. 319, nota (400) (advirtiéndose la inexactitud de la referencia a MINERVINI); GRAZIANI, *Diritto delle Società...* cit., pág. 266.

(54) FRE, *Società per azioni...* cit., pág. 386, véase expresamente la crítica de MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pág. 351. Una variante del argumento en ASCARELLI, *Sociedades y Asociaciones...* cit., pág. 361; el autor, siguiendo a

argumento, es cierto, posee una fuerza indiscutiblemente acusada, pero meramente superficial; porque, como se ha dicho (55), la desaprobación del balance sólo marginalmente roza el problema de fondo de la gestión administrativa, y no puede a ella venir ligado, necesariamente, un derecho a perseguir que debe considerarse unido a otro tipo de desaprobación, precisamente a aquella desaprobación (de la gestión y no del balance) que para que adquiriera estado jurídico se pretende sea adoptada bajo determinadas condiciones de quorum o mayoría.

Contra el válido establecimiento de estas condiciones se han empleado también razones derivadas de ser la materia en examen, de orden público. Tal carácter impedirá, ciertamente, admitir como válidas aquellas cláusulas estatutarias que de antemano excluyan o limiten la responsabilidad de los administradores por dolo o negligencia grave (56). Pero con las cláusulas cuya validez examinamos no se atenta directamente contra la normativa (inderogable) de la Ley sobre la materia en cuestión, cuyos supuestos básicos y fundamentales quedan, por el contrario, en pie. La mayor dificultad para la adopción del acuerdo que se derive de un especial quorum o de una mayoría reforzada exigidos no supone en ningún caso para los administradores, una evasión del cumplimiento de aquellos deberes que les son impuestos por normas imperativas de la ley ya que en todo caso quedan sometidos al ejercicio de la acción de responsabilidad por parte de la minoría o de los acreedores sociales (57).

Se dirá entonces que qué es lo que queda de la virtualidad de la exigencia de una mayoría reforzada, si aunque no se consiga ese número de votos requerido, los accionistas que han expresado su de-

una autorizada doctrina, considera válida la mayoría especial, siempre que la misma mayoría sea la competente para nombrar y revocar a los administradores.

(55) DE GREGORIO, *De las Sociedades...* cit., pág. 554 y ss.; GARRIGUES, *Comentario...* cit., t. 2.º, pág. 423. Especialmente MINERVINI, op. loc. últ. cit.

(56) Aún esta solución ofrece dudas a FIORENTINO, op. cit., pág. 140, si se piensa —dice— en “la absoluta e indiscutible libertad de la asamblea de ejercitar o no la acción de responsabilidad, de renunciar a ella o de transigir”.

(57) Ciertamente, la oportunidad de este razonamiento depende de la solución que se dé a la siguiente nueva cuestión: si los estatutos exigen una mayoría reforzada para acordar el efectivo ejercicio de la acción de responsabilidad y aquélla no se logra (y, por tanto, no hay acuerdo), ¿queda abierta a una minoría que represente la décima parte del capital social y a los mismos acreedores, la posibilidad de acometer el ejercicio de aquella acción, ex art. 80, párrafos 3.º y 4.º? La respuesta, al menos por lo que atañe a los acreedores, debe ser indiscutiblemente afirmativa. Sobre ello tendremos ocasión de detenernos a su debido tiempo; el párrafo 4.º del citado art. 80 subordina el nacimiento de la legitimación de los acreedores sociales (entre otras cosas) a que la acción “no haya sido ejercitada por la Sociedad”. Y es claro que este no ejercicio tanto se deriva de la existencia de un acuerdo contrario como de la existencia... de una falta de acuerdo positivo. Por lo que respecta a las minorías también creemos que la solución debe ser afirmativa. El tenor literal del párrafo 3.º podría, sin embargo, ser un obstáculo a estos efectos; subordina el nacimiento de la legitimación de la minoría a la previa “existencia de un acuerdo” contrario a la exigencia de responsabilidad. Pero a nuestro juicio, la recta ponderación del espíritu de la norma debe permitir asimilar a dicho acuerdo aquella situación de imposibilidad de conseguir un verdadero “acuerdo” de tipo favorable.

cisión favorable y sobrepasan la décima parte del capital pueden entablar conjuntamente la acción. Pero claro está que la misma objeción podría plantearse de la virtualidad de un acuerdo contrario si la minoría oponente tiene en sus manos el mismo ejercicio. En realidad, la diferencia es bastante acusada (entre el ejercicio de la acción por la Sociedad y por los accionistas minoritarios) porque una serie importante de efectos (vg., la destitución de los administradores) aparecen ligados no al ejercicio de la acción social de responsabilidad, sino al ejercicio de la misma "por la Sociedad".

A nuestro juicio, pues, en el sistema de nuestra L. S. A. no existe obstáculo para admitir la validez de aquellas cláusulas que frente al tema de la responsabilidad de los administradores exijan un especial quorum de asistencia superior, claro está, al mínimo legal, o una específica mayoría reforzada. No existe obstáculo dogmático alguno ni ello supone alteración básica de los principios inderogables que presiden dicha materia (58). Es más, si cabe, pueden existir razones, dignas de tutela, que aconsejen una tal regulación estatutaria: el proceder con las máximas cautelas y con las mayores garantías en tema tan delicado. Bien es cierto, sin embargo, que ello puede representar un peligro de orden práctico: las maniobras de los administradores se facilitan ante la necesidad de un acuerdo que deba ser adoptado con mayoría reforzada. No podrán eludir, tal vez, el ejercicio de la acción por parte de una minoría. Pero al impedir el logro de un acuerdo por parte de la Sociedad habrán conseguido, al menos, la paralización de aquellos efectos secundarios, en orden, principalmente, a su permanencia en el cargo. Pero tal inconveniente puede ser obviado si, como creemos, la destitución en sus cargos puede derivarse, en determinadas circunstancias, como consecuencia del ejercicio de la acción por parte de la minoría.

5. Indudablemente, la "maniobra" (séanos permitido utilizar todavía una vez más esta expresión quizá poco académica, pero sumamente significativa) más al alcance de los administradores para desvirtuar o impedir un acuerdo social sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad consiste en participar en la votación (con los votos que pudieran corresponderles en su condición de accionistas) que ha de preceder a la formación de dicho acuerdo. Tal posibilidad, ciertamente, parece repugnar a los más elementales postulados del sentido común. Veamos si sucede lo mismo con el sentido... jurídico.

En términos positivos, en verdad, la Ley nada nos dice sobre el particular. No impone su peculiar normativa un deber jurídico a cargo de los administradores de abstenerse en la votación relativa a su propia responsabilidad. Es decir (pues en esto se concreta la proposición antedicha), no contiene ninguna norma que con fórmula positiva imponga a los administradores una obligación de abstención, del mismo

(58) Conf. MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., págs. 350 y ss. y FIORENTINO, *Gli organi...* cit., págs. 143 y ss., pero siempre que la especial mayoría se requiera también para las deliberaciones concernientes a la aprobación del balance y al nombramiento o revocación de los administradores, cuando menos.

modo que no existe ninguna norma que positivamente imponga, en términos generales, al accionista, un deber de abstención cuando en la votación de que se trate tenga un interés propio y particular (y no ya como “accionista”) (59) en el asunto sometido a la decisión de la Junta general. Solamente en el seno de la Junta constituyente la Ley de Sociedades Anónimas impide que los aportantes de bienes in natura (si los hay) intervengan en ninguna de las votaciones relativas a la aprobación del valor de esta clase de aportaciones (art. 22 párr. 3.º).

El tema del conflicto de intereses (que en esta expresión se encierra toda la problemática del supuesto de hecho contemplado) ha sido uno de los más debatidos por la doctrina en materia de Sociedades Anónimas, y su carácter polémico se conserva, incluso, frente a aquellos ordenamientos cuya reglamentación positiva ha dado reconocimiento legal a lo que parecía ser casi unánime aspiración de la doctrina científica, lo que, a buen seguro, ha disminuído, no poco, la eficacia que se profetizaba al precepto (60).

Nuestra Ley de Sociedades Anónimas, en este punto concreto, no ha sido inmune a tales formulaciones doctrinales, y en trance de incorporar a nuestro ordenamiento positivo una determinada posición sobre el problema ha preferido... silenciar el tema. “Se trata —aclara autorizadamente el profesor GARRIGUES, con referencia al tema específico que nos ocupa— de una laguna deliberada, cuya justificación reside en el escepticismo de los redactores de la Ley respecto de la eficacia de los preceptos legales que prohíben a los administradores tomar parte en la votación relativa a su propia responsabilidad” (61).

(59) Véase sobre esto, ampliamente, ASCARELLI, *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, en *Studi in tema di Società*, Milano, 1952, págs. 163 y ss. y *Sui poteri della maggioranza nelle società per azione ed alcuni loro limiti*, ibidem, págs. 122 y ss.; GRECO, *La Società...* cit., págs. 240 y ss.

(60) Nos referimos, fundamentalmente, al ordenamiento positivo italiano. Sobre la problemática del art. 2.373 Codice Civile pueden verse, entre otros, ASCARELLI, op. loc. últ. cit.; FERRARA, *Gli imprenditori...* cit., págs. 299 y siguiente; GRAZIANI, *Diritto della società...* cit., págs. 231 y s.; FRE, *Società per azioni...* cit., págs. 286 y ss. (véase en nota (1), pág. 286, amplia referencia bibliográfica anterior a la publicación del Codice civile); GRECO, op. loc. últ. cit., expresamente notas (223) y (224); MINERVINI, *Sulla tutela dell'interesse sociale nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio*, en *Rev. Dir. Civ.*, 1956, págs. 314 y ss. (selección bibliográfica en nota (2)).

Francia tampoco cuenta con formulación alguna positiva que expresamente imponga al accionista en conflicto de intereses un deber de abstención. Merece destacarse la noticia que a este respecto nos proporciona RIPIERT, *Traité élémentaire...* cit., pág. 520, de que el proyecto Lesaché (que lo establecía) fue rechazado a causa de su imprecisión. Respecto al tema concreto de la responsabilidad de los administradores, el problema no tiene razón de plantearse desde el momento en que la asamblea general no dispone de la posibilidad de pronunciarse sobre el ejercicio de la acción; véase retro nota (26). En derecho mexicano se formula expresamente la prohibición (para los administradores) frente a las deliberaciones relativas a la aprobación del balance o a la responsabilidad de los mismos; véase MANTILLA MOLINA, *La responsabilidad...* cit., pág. 54.

(61) *Comentario...* cit., t. 2.º, pág. 143, véase MANTILLA MOLINA, op. cit., páginas 54 y siguiente.

La explicación no ha parecido convincente a algunos sectores (62), pero en realidad, a nuestro entender, proporciona un enfoque altamente realista del problema, plenamente conforme con las concretas exigencias del supuesto planteado. No se trata, en realidad, que la Ley haya desconocido la virtualidad indudable del fenómeno representado por la existencia de un conflicto de intereses; pero en lugar de adoptar una posición preventiva ante el mismo (imponiendo un deber de abstención) se ha situado primordialmente en el plano de la sanción (declarando impugnables los acuerdos "que lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la Sociedad" —v. artículo 67, párr. 1.º, in fine—, fórmula indudablemente inspirada en el principio de que el derecho de voto no puede ser ejercitado en sentido antisocial) (63). Y es que, en realidad, la actividad preventiva plantea una serie de dificultades que me atrevería a calificar de insuperables. El votó del accionista en (pretendido) conflicto, antes de ser emitido no puede ser calificado ni como contrario ni como favorable a los intereses sociales. "Las razones que pueden haber inducido al ejercicio de un concreto voto son —como dice DE GREGORIO— incensurables (inaferribles, o para decirlo con terminología de la física moderna, "inobservables") porque, por sí mismo, es decir, aisladamente considerado, ni actúa ni viola el interés social (hasta que no se transforme en una deliberación de la asamblea)" (64). La situación de (auténtico) conflicto de intereses es algo que sólo podrá determinarse a posteriori, es decir, cuando como consecuencia del acuerdo asambleario adoptado con la concurrencia de votos en (pretendido) conflicto, se haya puesto de manifiesto un cierto daño a la Sociedad. De ahí que FERRARA (65), ante la normativa del 2.373 del Cód. civ. ital., afirme que en realidad no plantea un supuesto de "suspensión", sino de "limitación" del voto, que no debe ser ejercitado por un interés contrario a la Sociedad. Idéntico, pues, al alcance de nuestro artículo 67, párr. 1.º, L. S. A., que no ha necesitado, en cambio, formular expresamente ningún deber de abstención para incorporar a nuestro sistema la disciplina jurídica más correcta del supuesto representado por la existencia de un conflicto de intereses (66).

(62) Véase PUIG BRUTAU, *La responsabilidad...*, cit., pág. 367. Pero véase en cambio, MOTOS, *Fusión de sociedades mercantiles*, Madrid, 1953, págs. 396 y siguientes.

(63) URÍA, *Comentario...*, cit., t. 1.º, pág. 564, véase DUGUE, *Tutela de la minoría*, Valladolid, 1957, págs. 110 y ss.

(64) *Corso...*, cit., pág. 281, ASCARELLI, *Interesse sociale...*, cit., págs. 164 y siguientes.

(65) *Gli imprenditori...*, cit., pág. 299. Conforme DE GREGORIO, op., loc. cit., cit., nota (3).

(66) DUGUE, op., cit., págs. 113 y ss. estima que en nuestro ordenamiento positivo (concretamente en la L. S. A.) existe base suficiente para afirmar la presencia de un auténtico deber de abstención del socio en conflicto; el primer argumento lo extrae de la evolución legislativa de la norma ex artículo 67 de la Ley; el segundo, de la aplicación analógica del artículo 22, párrafo 3.º (véase a continuación en el texto una valoración crítica de esta posibilidad).

¿*Quid* en el supuesto de votación relativa al ejercicio de la acción social de responsabilidad? ¿Se impone el deber de abstención por parte de los administradores-accionistas en la deliberación correspondiente? La hipótesis es calificada por alguno como especial, dentro del fenómeno genérico del conflicto de intereses (67). Su ratio —se dice— no responde tanto a la necesidad de evitar una colisión de intereses cuanto a impedir que nadie pueda ser juez en causa propia (68). Pero no es ésto lo que, de momento, nos interesa valorar.

Dentro de nuestro sistema, para llegar a la solución prohibitiva se suele acudir (aunque sin demasiado convencimiento) (69) a una extensión analógica del artículo 22, párrafo 3.º ¿Pero es idéntica la ratio en ambos supuestos? Suprimido del texto de la Ley el tan traído y llevado párrafo 2.º del artículo 68 del Anteproyecto, ha permanecido, sin embargo, la redacción del párrafo 3.º del artículo 23 del Anteproyecto. Y ante una identidad de “ratio essendi” no hay duda que ello significaría una omisión imperdonable del legislador. Nada hace pensar, sin embargo, en tal omisión. El deber de abstención que formula el citado artículo 22, párrafo 3.º, responde, en realidad, a una peculiar exigencia que es preciso derivar del sistema legal concerniente a las aportaciones no dinerarias.

El sistema, en efecto, como es sabido, se inspira fundamentalmente en la necesidad de que, también (y sobre todo) frente al supuesto de las aportaciones no dinerarias, se mantenga firme el principio de integridad del capital social, evitando en lo posible toda inexactitud en su valoración. Y su mecánica se desenvuelve a través de sucesivos controles establecidos. Para el supuesto de fundación simultánea, la primera valoración de los bienes (a aportar) se consolida tras la propuesta formulada por el aportante y aceptada por los fundadores (o, eventualmente, tras la contrapropuesta formulada por los fundadores y aceptada por los aportantes). A partir de entonces se pone en marcha el sistema de “controles” establecido. Tal valoración es objeto de revisión por los administradores de la Sociedad, una vez constituida (artículo 32). Naturalmente, en esta (primera) fase de control, el aportante no puede intervenir, so pena de desvirtuar su mismo carácter (de control). Con posterioridad a ella cabe, eventualmente, la existencia de una nueva revisión; esta (segunda) fase de control se practica por un perito nombrado por el Juez de Primera Instancia, previa solicitud de cualquier accionista (art. 32, párr. 2.º); tampoco aquí, evidentemente, cabe la intervención ni del aportante ni de los propios

(67) ASÍ FERRARA, op., cit., pág. 300.

(68) ASCARELLI, *Interesse sociale...*, cit., pág. 165 y el mismo FERRARA, op., loc., ult., cit. En sentido contrario MINERVINI, *Gli amministratori...*, cit., pág. 349 y *Sulla tutela dell'interesse sociale...*, cit., pág. 326.

(69) GARRIGUES, *Comentario...*, cit., t. 2.º, pág. 144; GERÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas...*, cit., pág. 379. La opinión favorable a la prohibición, expuesta por este último autor, es recogida por FAJEN, *La responsabilidad civil...*, cit., pág. 875 y PUIG BRUTAU, *La responsabilidad...*, cit., pág. 367; DUQUE, op., cit., pág. 117 y ss. se pronuncia como hemos dicho, abiertamente por la viabilidad de la aplicación analógica de la norma ex artículo 22, párrafo 3.º.

administradores, cuya valoración va a ser objeto (ya cristalizada) de nueva revisión. Al Juez, por el contrario, no le incumbe una misión de revisión, ni siquiera de formulación de una ulterior valoración, sino de simple decisión entre las dos valoraciones que le vienen presentadas (la de los administradores y la del perito judicial) (70).

Para el supuesto de fundación sucesiva, la mecánica revisionista se completa con la existencia de un control más. La primera valoración de los bienes (a aportar) se consolida, esta vez, tras la propuesta formulada por el aportante y aceptada por los promotores (o, eventualmente, tras la contrapropuesta formulada por los promotores y aceptada por el aportante) (71). También aquí, a partir de este momento, se pone en marcha el sistema de controles. Pero con una diferencia con la hipótesis anterior. En la mecánica de la fundación sucesiva, al sistema revisionista del artículo 32 precede un previo control por parte de la Junta constituyente, precisamente sobre la base de la aprobación (o no) que en el seno de dicha asamblea se efectúe, de la valoración otorgada a dichas aportaciones, "con anterioridad" (artículo 21, letra c) (72). Y es claro, también, que en esta revisión efectuada, el aportante no podrá intervenir a no querer desvirtuar el carácter de la decisión que se tome al respecto.

Pero hay otra razón de índole dogmática que inspira la decisión del legislador de incorporar al párrafo 3.º, artículo 22, el deber positivo de abstención. Las decisiones, en el seno de dicha Junta constituyente, se toman por mayoría de votos. Estos se asignan a los futuros accionistas en razón al número de acciones que hayan de corresponderle con arreglo a su aportación. Frente al suscriptor-aportante de bienes in natura, la atribución de un número de votos plantea un problema... sin solución, máxime cuando la misma cuantía de su aportación (una de las variables para poder efectuar dicha asignación) se encuentra (en el momento de la deliberación relativa) en estado de esencial indeterminación. Cabe que a una aportación no dineraria le sea asignado un determinado valor (y, correlativamente, atribuido a su titular un cierto número de votos) con carácter instrumental (y provisional) para poder proceder a otro tipo de votaciones (y nótese que esto es lo que en realidad ocurre frente al aportante in natura cuando se procede por la Junta a la aprobación de las demás menciones reseñadas en el artículo 21 de la Ley, incluso cuando se procede

(70) Sin duda la argumentación expuesta puede, en sus líneas generales, situarse bajo el manto del principio general recogido por ASCARELLI, op., loc., ult., cit., de que nadie puede ser juez en causa propia; véase sobre los temas esbozados en el texto, GARRIGUES, *Comentario...*, cit., t. 1.º, págs. 329 y ss.

(71) En este primer momento, "para evitar toda arbitrariedad y todo conato de favoritismo - dice GARRIGUES, op. cit., pág. 289— la Ley impone a los promotores la obligación de solicitar un informe técnico y de redactar una memoria que estará a disposición de los suscriptores (art. 17, párrafo 2.º)".

(72) Precisamente la valoración acordada por la Junta constituyente es la que más tarde habrá de someterse al sistema de revisión que establece el art. 32, véase GARRIGUES, op. cit., pág. 290.

a la aprobación de la valoración atribuída... a otros aportantes), pero tal instrumentalidad debe ceder cuando la misma cuantía de la aportación del propio aportante está siendo sometida a determinación.

Por las razones apuntadas no nos inclináramos pues, a manejar el argumento extraído de una interpretación analógica del artículo 22, párrafo 3.º, para fundamentar la incondicionada obligación de abstención que debería recaer sobre los socios-administradores en la votación relativa al ejercicio de la acción social de responsabilidad. Por ello y en ausencia, dentro de nuestro sistema positivo, de una norma que expresamente lo prescriba, parece que la única solución posible al problema planteado deba venir de una aplicación al mismo de los principios que en nuestro Derecho de Sociedades Anónimas informan el más genérico fenómeno del conflicto de intereses. Pero esto, claro está, equivale a pronunciarse por la solución negativa.

Tal resultado, indudablemente, podrá ser objeto de críticas; pero sinceramente repetimos que, no ya sólo desde un punto de vista eminentemente práctico, sino desde el punto de vista de las concretas exigencias del supuesto, tal solución parece la más coherente de entre todas las posibles. El voto que un administrador-accionista formule en la deliberación relativa a la responsabilidad en que (se dice) ha incurrido, no puede ser juzgado, apriorísticamente, como fundamentado en un interés antisocial, porque las razones que lo motivan constituyen un "inobservable". Téngase en cuenta que de no ser así, ello equivaldría a reconocer la bondad interna del acuerdo favorable al ejercicio de la acción por el solo hecho de haber sido adoptado por una mayoría de socios, lo que en definitiva justificaría sobradamente la sorpresa de dicha mayoría ante una eventual sentencia judicial absoluta para los administradores demandados. La responsabilidad civil de los administradores se fundamenta en la existencia de determinados presupuestos: conducta gravemente negligente, daño al patrimonio social y nexo causal entre ambas. El administrador al que injustamente (aceptemos la valoración en plano de hipótesis) le sea imputada la incursión en un supuesto de responsabilidad, si formula su voto en la deliberación relativa al ejercicio de la correspondiente acción no se le podrá achacar que su declaración de voluntad sea motivada por un interés antisocial. Su interés personal, indudable, de oponerse al ejercicio de la acción puede coincidir plenamente con el interés social. Es decir, puede perfectamente considerarse que no existe auténtico conflicto de intereses entre el particular del administrador y el interés de la Sociedad. Es más, cabe que el interés que le mueva a votar sea "socialmente" más puro que el que ha impulsado a otros accionistas a la formulación de sus respectivos votos, favorables al ejercicio de una acción de responsabilidad (por hipótesis, inexistente).

Claro está que esta valoración hipotética sobre el fondo de la cuestión planteada en el seno de la Junta no puede ser efectuada en el mismo seno de la Junta; pero por eso mismo no reputamos lícito que, de modo preventivo, ni la mayoría ni el mismo presidente de la Junta

pueda impedir a los administradores el ejercicio del derecho de voto que como a tales accionistas pudiera corresponder (73).

No debe reconocerse aquí, en suma, la existencia de un supuesto de suspensión del voto, sino de limitación del mismo (74). Sobre el administrador cuya responsabilidad se somete a la deliberación de una Junta general gravita el deber (75) de abstenerse del ejercicio de su derecho al voto cuando su concreta situación es de real conflicto de intereses, es decir, cuando su ejercicio se inspire en un interés contrario a la Sociedad. La Ley—insistimos—no arbitra para estos supuestos una medida preventiva, pero sí desarrolla una tutela sancionadora represiva (76). Si como consecuencia de la violación de este de-

(73) Conforme DE GREGORIO, *Corso...* cit., pág. 281, nota (3). Expresamente en contra, en nuestro Derecho, DUGUE, *Tutela...* cit., págs. 137 y ss. (especialmente pág. 143 y s.), quien admite la existencia, en estos casos, de un “poder de exclusión” para imponer coactivamente el cumplimiento del deber de abstención. Por diversas razones que analiza (págs. 139 a 142), considera que el ejercicio de dicho poder no corresponde al Presidente de la Junta (sólo le corresponde el “poder de propuesta”; pág. 143), sino a la propia Junta, quien será en definitiva la llamada a tomar una decisión al respecto (de exclusión—cuando se reconoce la situación de conflicto—o de admisión a la votación; pág. 145). ¿Podrán participar los accionistas, en pretendido conflicto, a la formación de esta “instrumental” voluntad social? DUGUE, sostiene que no (pág. 144), porque “con independencia de la situación de conflicto, dice, es unánimemente admitido que nadie puede votar en causa propia”. ¿Y si no obstante pretenden hacerlo? Es de suponer que el Presidente de la Junta estará entonces facultado para impedirlo, invocando precisamente aquel principio fundamental; en este caso, el poder de exclusión sí estaría en manos del Presidente y a él incumbiría, en definitiva, proceder a la limitación del ejercicio de un poder del accionista invocando el que nadie puede votar en causa propia y menos en el seno de una deliberación asamblearia, porque ello (es la única razón que podemos entrever) acarrearía un perjuicio al interés social. Fatalmente “el interés social” irrumpe en escena para actuar de principio vital del... poder de exclusión; ¡el mismo interés social en atención al cual el Presidente no podía limitar el ejercicio de un poder del accionista, sino en los casos en que la Ley le haya expresamente atribuido tal poder! (DUGUE, pág. 141).

En realidad, aquel principio invocado (“nadie puede votar en causa propia”) no posee, en sí mismo, fuerza alguna. Si el accionista se vota a sí mismo para desempeñar un cargo social ¿no vota en causa propia? ¿Podrá ser excluido, en punto a la emisión del voto, por el Presidente de la Junta? No es ésta, en verdad, la opinión unánime de la doctrina; “no se ve—dice URÍA, *Comentario...* citado, t. 1.º, pág. 565—que pueda existir una verdadera colisión de intereses entre la Sociedad y el accionista que pretenda ser elegido para un cargo social”. Aquí sí que está correctamente planteado el problema. No se trata de que se vote o no en causa propia, sino de que exista o no una colisión de intereses entre el “social” y el “particular” del accionista. Detrás de toda emisión de voto en causa propia” existirá o no una situación de conflicto de intereses. Sólo cuando tal situación exista se podrá valorar positivamente aquel principio, no así en el caso contrario, que será irrelevante. Por eso, a nuestro juicio, DUGUE, en el desarrollo de su argumentación incurre en un círculo vicioso de difícil, por no decir imposible, destrucción.

(74) En el sentido en que FERRARA, *Gli imprenditori...* cit., pág. 299, utiliza esta expresión, esto es, en cuanto supone que el voto “no debe ser ejercitado por un interés contrario a la sociedad”.

(75) GARRIGUES, *Comentario...* cit., t. 2.º, pág. 144.

(76) GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas...* cit., págs. 327 y s.

ber de abstención no se llega a la adopción de un acuerdo favorable a la exigencia de responsabilidad (esto es, se adopta un acuerdo contrario), el accionista disidente (ausente o privado ilegítimamente de emitir su voto) podrá entablar la acción de impugnación de dicho acuerdo, ex artículo 68 y ss., por tener éste la consideración de anulable, ex artículo 67, párrafo 1.º, in fine. De no querer acudir a este procedimiento, los accionistas no conformes podrán entablar (conjuntamente, siempre que su participación en la Sociedad represente, cuando menos, la décima parte del capital social) la acción social de responsabilidad en vía subsidiaria. Esta posibilidad, sin duda, no representa en sí misma una sanción explícita de la violación del deber de abstención en que hayan incurrido los administradores (77). Pero, a nuestro juicio, una especial sanción podría señalarse en sede de planteamiento judicial de la acción correspondiente, en cuanto que debidamente justificada aquella violación, debería dar motivo para una agravación de la responsabilidad de los administradores demandados, suministrando apoyo al órgano jurisdiccional para ligar a su decisión fundamental condenatoria una serie de efectos secundarios, normalmente no ligados al ejercicio de la acción social por parte de la minoría.

6. Sin duda alguna, el principal efecto secundario que el legislador ha vinculado al acuerdo relativo al ejercicio de la acción social de responsabilidad está representado por la automática destitución de los administradores: "El acuerdo de promover la acción o de transigir —dice el art. 80, párr. 2.º, in fine— implica la destitución de los administradores." Con dicha norma se completa, en definitiva, el cuadro general que sobre el tema de la separación de los administradores de sus cargos nos ofrece la legislación especial en materia de Sociedades Anónimas.

La norma general sobre el tema se contiene en el artículo 75 de la Ley, donde, a imitación del ordenamiento positivo francés, se encuentra consagrado el principio de la revocabilidad ad nutum de los administradores con todas sus consecuencias, incluyendo dicha facultad entre las de tipo discrecional correspondientes a la Junta general de accionistas (78). Normalmente la separación de los administradores de sus cargos se opera como consecuencia de un expreso acuerdo en tal sentido de la Junta general, acuerdo que deberá ajustarse, a efectos de su validez, a las normas generales conocidas de los artículos 51 y 53, principalmente (79).

(77) Pero indiscutiblemente constituye, como afirma FAIRÉN, op. cit., página 875, "la salida legal expresa del problema".

(78) GARRIGUES, *Comentario...* cit., t. 2.º, págs. 80 y ss.; SOLA CAÑIZARES, *La administración y la dirección...* cit., pág. 162, afirma que el principio de la revocación ad nutum es considerado de orden público (véase también *Tratado...* cit., pág. 262); ESCARRA, *Tratado...* cit., págs. 89 y ss. y *Cours...* cit., pág. 490.

(79) Problema discutido y de no fácil solución es el relativo a la necesidad de que el tema, separación de los administradores, figure en el orden del día. En nuestra patria GERÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas...* cit., pág. 354, se inclina por la solución negativa en base a una extensa interpretación del tenor

Otras veces, sin embargo, la separación no necesita apoyarse en una concreta deliberación de la Junta de accionistas, porque se opera automáticamente por ministerio de la Ley. Nos referimos al supuesto contemplado en el artículo 83, párrafo 1.º, para los administradores, incurso en cualquiera de las prohibiciones preñadas en el artículo 82. La destitución, en estos casos —se dice— es de Derecho coactivo y obliga al Consejo de Administración a decretarla, sin perjuicio de dar cuenta en la Junta general inmediata (80).

literal del art. 75, concretamente de la expresión "... en cualquier momento" (véase en igual sentido FRE, *Società per azioni...* cit., pág. 340, nota (2). A nuestro juicio, sin embargo, tal argumento no reviste demasiada solidez. La expresión utilizada por el legislador español tiene una significación eminentemente "temporal", más bien que modal (el art. 2.383 Cod. civ. italiano, utiliza la expresión "... en cualquier tiempo..."); atiende fundamentalmente a la vigencia de la relación jurídica que media entre la Sociedad y sus administradores. En cualquier momento de esa continuada relación, los administradores podrán ser separados, es lo que en realidad viene a determinar el mencionado art. 75. Tal vez por ello tenga razón MANFREDI (cit. por MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., página 471) al decir que la atribución a la Sociedad del poder de deliberar en cualquier momento la separación de los administradores no implica una derogación de la disciplina establecida para la adopción de los acuerdos sociales. En igual sentido se manifiesta ESCARRA, *Traité...* cit., págs. 95 y ss. El propio MINERVINI, op. loc. últ. cit., utiliza como argumento contrario el hecho de que el legislador ha creído necesario dictar una norma expresa para excluir la necesidad de la indicación en el orden del día de la asamblea ordinaria, de un objeto particular que indudablemente es propio de esta asamblea (véase art. 2.393, párrafo 2.º, Cod. civ. italiano). Por la diversa formulación de esta norma en el Derecho español (art. 80, párrafo 1.º, in fine, L. S. A.) no me atrevería a manejar sin retoques este argumento; podría, indiscutiblemente, señalarse que para poder ver establecida una derogación del régimen legal sobre adopción de acuerdos ex art. 53, haría falta contar con una norma expresa que así lo estableciera (como ocurre en el supuesto contemplado por el art. 80, párrafo 1.º, antes citado). La observación adicional de FRE, op. loc. últ. cit., según la cual la expresión del legislador: "en cualquier tiempo", parece haber sido sugerida por la no infundada preocupación de que los administradores titubeasen en cuanto a incluir en el orden del día (el tema de) la propia separación o incluso la de alguno de ellos, no nos parece, sin embargo, de gran consistencia. El art. 56 L. S. A. contiene una norma apta para conjurar dicho peligro, caso de que el tema de la separación se presentase durante cualquier momento de la vida de la Sociedad (y no precisamente en el seno de una Junta).

Con todo (y con las naturales reservas por tratarse de un tema tangencial al que ocupa nuestra atención) la respuesta negativa al interrogante planteado al comienzo de esta nota me parece, en algunos supuestos, sostenible. Por de pronto cuando la destitución de los administradores se presente con carácter de urgencia (URÍA, *Comentario...* cit., t. 1.º, pág. 529). Pero también, cuando dicho tema pudiera considerarse conectado de forma natural a otro que figure en el orden del día. Así ocurriría, por ejemplo, en el seno de la Junta llamada a aprobar y censurar la gestión social; véase expresamente ESCARRA, op. loc. últ. cit. y *Cours...* cit., pág. 490. Sobre posibilidad de deliberar acerca de asuntos que sean accesorios o derivados de los indicados en el orden del día, véase GRAZIANI, *Diritto delle Società...* cit., pág. 219; FERRARA, *Gli imprenditori...* cit., pág. 291 (que, sin embargo, se muestra contrario a admitir la solución propuesta sobre el tema específico planteado); FIORENTINO, *Gli organi...* cit., pág. 23 (en pág. 22, nota (19), se muestra conforme con la solución que acabamos de proponer).

(80) GARRIGUES, *Comentario...* cit., t. 2.º, pág. 176.

Por fin, la destitución puede producirse como efecto de carácter reflejo de una decisión asamblearia sobre materia ajena al tema estricto de la destitución. Es este el caso al que pretendemos dedicar atención y que aparece recogido en la norma del anteriormente citado artículo 80, párrafo 2.º, in fine.

La justificación de dicha consecuencia no parece presentar mayores dificultades de determinación. La tesis de la libre revocabilidad de los administradores se apoya fundamentalmente en el carácter de “confianza” que se atribuye al “cargo” de administrador de una Sociedad Anónima, siempre y en todo momento sujeto, en tal carácter, a la aprobación o desaprobación de la mayoría de los accionistas. No debe, pues, resultar extraño que la Ley haya considerado incompatible con el desempeño de dicho cargo la constatación, por parte de la asamblea, de concretos supuestos de responsabilidad en la persona de alguno o algunos de sus administradores (81), cuya conducta —como se ha dicho acertadamente— se pone desde ese momento en tela de juicio y queda en entredicho. La destitución en el cargo, en este sentido, se explica fácilmente “como medida de sanidad en la gestión” (82).

Esa “pérdida de la relación de confianza” que, sin duda, integra la “ratio essendi” de la norma en examen, debe ser utilizada, a su vez, para efectuar la oportuna delimitación del ámbito reconocido en nuestro derecho positivo a la destitución que se opera como consecuencia de un acuerdo favorable a la exigencia de responsabilidad.

La Ley —advuértase— vincula la producción de este efecto “al acuerdo” de promover la acción o de transigir (hipótesis esta última a la que dedicaremos nuestra atención más adelante). Pero ello, a nuestro juicio, significa que la destitución se opera no tanto en consideración a la materia del acuerdo: exigencia de responsabilidad a los administradores, como en atención a que es la propia Sociedad (por el régimen de mayorías) la que expresa su voluntad de exigir dicha responsabilidad. En otras palabras, no es el hecho de verse el administrador sometido al ejercicio de la acción social de responsabilidad lo que determina su destitución, sino la circunstancia de haberse producido en el seno de una Junta la decisión de la mayoría de hacer efectivo el ejercicio de la citada acción, previa constatación de unos concretos supuestos de hecho de los que se deriva la incursión de los administradores en responsabilidad. La ratio de la norma anteriormente individualizada conserva así toda la virtualidad: es la pérdida de confianza en el administrador por parte de la mayoría de accionistas lo que justifica plenamente la pérdida de un cargo basado en la confianza depositada sobre su titular por aquella misma mayoría.

Esta primera consideración sobre el ámbito en que la destitución mantiene su peculiar esfera de virtualidad, genera una consecuencia, a nuestro juicio, de sumo interés. Si la destitución de los administradores es un efecto que es preciso vincular al acuerdo adoptado en Jun-

(81) GARRIGUES, op. cit., pág. 143.

(82) GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas...* cit., pág. 378.

ta general, favorable a la exigencia de responsabilidad, ello querrá decir que tal efecto no podrá derivarse del ejercicio de la acción social de responsabilidad, en vía subsidiaria, por parte de la minoría o por parte de los acreedores. La afirmación me parece del todo evidente y cuenta, además, con el texto mismo del párrafo 2.º in fine, del artículo 80, que claramente sitúa el hecho de la destitución junto al acuerdo de la Junta general de promover la acción o de transigir.

Por otra parte, al desvincular el efecto de la destitución, incluso de la simple constatación en Junta general de supuestos de responsabilidad, no seguida de un acuerdo dirigido al efectivo ejercicio de la correspondiente acción, debe excluirse, en líneas generales, la posibilidad de que la mayoría (que ha realizado dicha constatación, pero que ha decidido no proceder judicialmente ni transigir con los administradores) acuerde válidamente la separación de los administradores de sus cargos, si no consta tal asunto en el orden del día (83). El supuesto tal vez sea exclusivamente teórico, pero creemos contribuye a perfilar las líneas del instituto.

La destitución, pues, se opera como consecuencia del acuerdo de promover la acción social por la propia Sociedad. Es un efecto vinculado al acuerdo mismo que, por tanto, se producirá automáticamente (84), porque en realidad, y para estos fines, el acuerdo asume —como afirma MINERVINI— el valor legal típico de revocación (85). Tal consideración, sin embargo, debe ser entendida en el sentido de que la destitución se produce sin necesidad de que la Junta general manifieste expresamente su voluntad en tal sentido. Por eso creemos, con el autor anteriormente citado (86), que la norma objeto de nuestra atención no es obstáculo para entender que la Junta general puede, en el acuerdo de referencia, excluir expresamente el efecto de la destitución, bien directamente, bien remitiendo el examen de la cuestión para otra Junta, lo que, en definitiva, equivale a calificar dicha destitución como un efecto “natural” y no “esencial” del acuerdo en sí.

No ha incorporado nuestra legislación, en este punto concreto, una norma análoga a la contenida en el párrafo 3.º del artículo 2.393 Código civil italiano, que condiciona la producción del efecto al hecho de que el acuerdo haya sido adoptado con el voto favorable de, al menos, una quinta parte del capital social. La disposición, ciertamente, constituye una notable garantía para los administradores en el caso de que la acción social de responsabilidad sea deliberada por la Junta general en segunda convocatoria (87). Pero en nuestro sistema, como

(83) Véase lo dicho anteriormente en nota (79) y FERRARA, op. cit., pág. 323.

(84) “Sin necesidad de que expresamente se haga constar”, precisa CIRÓN, op. loc. ult. cit.

(85) *Gli amministratori...* cit., pág. 469.

(86) Op. cit., pág. 350. En contra (?) FAIRÉN, *La responsabilidad civil...* cit., pág. 875.

(87) FRE, *Società per azioni...* cit., pág. 389; véase FIORENTINO, *Gli organi...* citado, pág. 144 y FERRARA, op. cit., pág. 323, que, no obstante, juzga de excesiva la preocupación del legislador italiano.

decimos, tal declaración no ha sido incorporada, por lo que es preciso considerar como incondicionada la producción del mencionado efecto. A nuestro juicio, sin embargo, tal condicionamiento podría ser establecido por vía estatutaria. Recordemos lo dicho poco antes acerca del carácter "natural" del efecto de destitución y pensemos que la motivación de una cláusula de este tipo podría responder a razones dignas de ser tenidas en cuenta y, por tanto, debidamente tuteladas con la sanción de su validez.

Aunque la Ley no lo diga, lógico es pensar que la propia Junta general que acuerda el ejercicio de la acción de responsabilidad ha de proveer al nombramiento de nuevos administradores que sustituyan a los destituidos. Pero nada impide que silencie este último extremo, en cuyo caso la provisión de las vacantes producidas se efectuará por los cauces previstos en el artículo 73, párrafo 2.º (88). (Claro está, siempre y cuando no sean todos los miembros del Consejo los afectados por el acuerdo de la Junta y siempre y cuando en la Sociedad exista constituido un Consejo de Administración.)

7. Tampoco contiene la Ley ninguna norma explícita que reglamente el modo de personarse la Sociedad en el juicio correspondiente. El tema —opina GIRÓN— debe ser relegado a la soberanía de la Junta (89), pero el problema estriba en determinar hasta qué punto dicha soberanía no encuentra una fuerte limitación en el sistema indelegable de normas que la Ley destina a reglamentar la representación, "en juicio y fuera de él", de la Sociedad, especialmente la contenida en el artículo 76, párrafo 1.º

Que la Sociedad se persone en el juicio relativo a la exigencia de responsabilidad de sus (ex) administradores por intermedio del Consejo de Administración (integrado, tal vez, por antiguos consejeros colegas de los declarados culpables) o de los administradores que ostentan la representación de la Sociedad (y, claro es, no han sido declarados culpables y, por tanto, permanecen en sus cargos con la plenitud de sus atribuciones) puede representar un riesgo evidente para el feliz éxito de la acción entablada (90). En este sentido, el encomendar la representación para personarse en juicio a los nuevos administradores designados parece, ciertamente, la solución más normal, ¿pero es posible conferir la representación —exclusivamente para esta finalidad— a un socio (no administrador) o a un extraño (que tampoco refina esa cualidad)? ¿Hasta qué punto el sistema de representación de la Sociedad —repetimos, en juicio y fuera de él— representa un obstáculo a esta posibilidad?

(88) FRE, op. cit., pág. 390.

(89) Op. cit., pág. 379; FRE, op. cit., pág. 387; ASCARELLI, *Sociedades y Asociaciones...* cit., pág. 355; FIORENTINO, op. loc. últ. cit.; FERRARA, op. loc. últimamente cit. y nota (13); GRAZIANI, *Diritto delle società...* cit., pág. 267; MANTILLA MOLINA, *La responsabilidad...* cit. pág. 51.

(90) GIRÓN, op. loc. últ. cit.

A nuestro juicio, el obstáculo existe (91) y nos parece difícil de superar. Si la administración de la Sociedad se ha concedido conjuntamente a varias personas, éstas constituirán el Consejo de Administración y es a este Consejo al que corresponde de modo inderogable la representación de la Sociedad no sólo en el campo material, sino también en el procesal. El otorgamiento a cualquier persona de un poder para representar a la Sociedad en el juicio relativo al tema de la responsabilidad, tropezaría con la disposición del artículo 76, párrafo 1.º, de carácter coactivo. Si el órgano administrativo no viene configurado como tal Consejo, la representación de la Sociedad corresponderá, normalmente, a las personas designadas en los estatutos. Y si éstas permanecen en sus cargos, por no verse afectados por la cuestión de responsabilidad planteada, a ellas corresponderá, asimismo, de modo exclusivo, la representación de la Sociedad en todos los órdenes, que no podrá la Junta restringir sin proceder a una modificación de los estatutos.

Existiendo, pues, órganos que asuman las funciones representativas de la Sociedad, no podrá la Junta general amputar de su esfera de competencia lo relativo a la representación de la Sociedad en el juicio relativo a la responsabilidad de sus (ex) administradores. Ni podrá, en ausencia de ellos, atribuir directamente tal representación a una persona determinada, sino indirectamente, por el cauce de designar la persona o personas destinadas a cubrir los cargos que han quedado vacantes, es decir, los nuevos titulares del órgano representativo de la Sociedad (92).

8. Al tiempo que el legislador ha regulado las modalidades principales que presenta el ejercicio de la acción social de responsabilidad por parte de la Sociedad, se ha preocupado, asimismo, de establecer los límites dentro de los cuales la propia Sociedad puede hacer abandono de su derecho a perseguir en juicio a los administradores responsables. A ello se refieren las hipótesis de renuncia o transacción que aparecen reguladas en el párrafo 2.º del comentado artículo 80. "En cualquier momento —establece textualmente el precepto citado— 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 —añade— implica la destitución de los administradores."

La justificación del precepto parece evidente: si la acción social de responsabilidad pertenece "iure proprio" a la Sociedad, es lógico que del mismo modo que puede acordar su efectivo ejercicio (con los requisitos y modalidades que hemos examinado), pueda también pronunciarse en sentido negativo (93), bien sea adoptando un acuerdo

(91) Así lo han visto ESCARRA, *Traité...* cit., pág. 329 y MINERVINI, op. citada, pág. 351 y s.

(92) En este sentido además de los autores cit. en nota anterior, RIPERT, *Traité élémentaire...* cit., pág. 582.

(93) Véase GARRIGUES, *Comentario...* cit., t. 2.º, pág. 144. La posibilidad en lo que se refiere a la renuncia ha sido expresamente excluida en el ordenamiento

desfavorable "al ejercicio" de la acción, bien, en definitiva, renunciando a la acción ya entablada (y por consiguiente, con anterioridad acordado su ejercicio) o transigiendo el pleito ya iniciado.

Esta amplia gama de posibilidades, cuya licitud no puede ponerse en duda, agota, en cierto modo, el número de actitudes que la propia Sociedad, a través de su supremo órgano deliberante, puede adoptar frente al instituto de la responsabilidad de sus administradores, dentro de la esfera de acción de la norma incorporada al párrafo 2.º, artículo 80. Esta última afirmación, sin embargo, posee un gran interés y necesita ser precisada. El artículo 80 de la L. S. A. está destinado, exclusivamente, a regular la legitimación al ejercicio de la acción social de responsabilidad, y en tal carácter presupone necesariamente la existencia del supuesto de hecho revelador de la responsabilidad y su previa constatación tanto por la Sociedad como por los accionistas minoritarios y los acreedores sociales. Esta constatación, que habrá de efectuarse bajo la órbita del artículo 79 de la Ley, se operará al margen de la zona de influencia del artículo 80, cuya norma, repetimos, despliega su eficacia precisamente "después" que dicha constatación (afirmativa de la existencia de concretos supuestos de responsabilidad) ha sido efectuada, bien sea por la Sociedad, bien sea por los accionistas minoritarios o por los acreedores sociales. La norma del artículo 80 de la Ley no ofrece duda para esta interpretación. El párrafo 1.º refiere el acuerdo de la Junta general al "ejercicio de la acción" por parte de la Sociedad (el verbo entablar debe entenderse como equivalente a ejercitar). El párrafo 2.º refiere también el acuerdo de transigir o de renunciar (así como el de promover: párr. 2.º, in fine) al "ejercicio de la acción". El párrafo 3.º, a su vez, refiere la potestad atribuida a la minoría, al "ejercicio de la acción" de responsabilidad, pero expresamente amplía la referencia cuando se refiere al acuerdo de la Sociedad contrario a la exigencia de responsabilidad (que por eso, a nuestro entender, debe ser interpretado entendiéndose por tal el acuerdo por el que la Sociedad se pronuncia en el sentido de "no haber lugar" a la exigencia de responsabilidad). En fin, el párrafo 4.º refiere también el poder de los acreedores a "dirigirse contra los administradores" cuando la acción (es decir, dirigirse mediante el "ejercicio de la acción" social) tienda a reconstituir el patrimonio social, no haya sido ejercitada por la Sociedad o sus accionistas, y se trate de un acuerdo que amenace gravemente la garantía de los créditos.

Con estas puntualizaciones a la vista, podremos entonces ensayar un cuadro comprensivo de las posibles deliberaciones que sobre el genérico tema de la responsabilidad pueden producirse en el seno de una Junta general.

positivo francés. Véase retro nota (26); ESCARRA, *Traité...* cit., pág. 338 extiende la prohibición del Decreto del año 37 a la posibilidad de renuncia por parte del Consejo de Administración, pero admite en cambio la facultad de la Asamblea para transigir sobre la acción de responsabilidad (pág. 340).

A) La Junta general de accionistas puede, en primer lugar, una vez examinados concretos supuestos fácticos susceptibles de determinar una responsabilidad de los administradores, declarar que dichos supuestos no caen dentro de la esfera de acción del artículo 79, es decir, que "no hay lugar" a exigir responsabilidades a los administradores. Tal decisión, naturalmente, equivale a no constatar la existencia de supuestos de hecho reveladores de responsabilidad. En segundo lugar, puede la Junta, tras examen de aquellos supuestos fácticos, declarar que sí caen dentro de la esfera de acción del artículo 79, constatando, por consiguiente, la existencia de supuestos de hecho reveladores de una responsabilidad.

Ciertamente no será frecuente una decisión de este segundo tipo "químicamente pura". Las más de las veces, tal decisión habrá que considerarla implícita en la que adopta la asamblea de entablar la acción de responsabilidad. Pero en una disección de un acuerdo de este último signo será siempre posible aislar la voluntad de la Sociedad por la que se constata la existencia de supuestos de responsabilidad. Ahora bien, lo que interesa es dejar sentado que una decisión de este tipo (químicamente pura o aislada del seno de otra que la engloba) se produce al margen por completo de la normativa del artículo 80. La decisión de la Junta de "no haber lugar" a exigir responsabilidades también se produce al margen de la norma ex. artículo 80, pero es, como decíamos, la que en el seno del propio artículo 80 (párr. 3.º) el legislador ha tenido presente para concretar un aspecto de la legitimación de la minoría al ejercicio de la acción social de responsabilidad.

Aquel acuerdo de la Junta por el que se constata la existencia de supuestos de responsabilidad, aun cuando, como decimos, se opera al margen de la normativa del artículo 80, tiene, sin embargo, la virtud de atraer la disciplina normativa ex. párrafos 1.º y 2.º del artículo 80 para regular la ulterior actividad de la propia Junta general. A partir de entonces la Junta podrá manifestarse en diversos sentidos, pero, en todo caso, la decisión adoptada se producirá ya dentro de la esfera de acción del citado artículo 80, párrafos 1.º y 2.º

B) Las decisiones que es posible hipotizar dentro de este segundo grupo son las siguientes:

a) Hacer dejación o abandono del derecho que el artículo 79 de la Ley confiere a la Sociedad para exigir responsabilidades a los administradores culpables, "renunciando" al ejercicio de la acción social de responsabilidad.

b) Acordar, como más conveniente a los intereses sociales, "transigir" con los administradores culpables sobre el modo de conseguir una determinada reintegración del patrimonio social.

c) Acordar el efectivo ejercicio de la acción social de responsabilidad para exigir, en juicio, a los administradores culpables, la indemnización precisa a los efectos de reintegrar, en la medida de lo posible, el patrimonio social.

Con posterioridad a este último tipo de acuerdo, y una vez efecti-

vamente entablada la correspondiente acción, podrá, asimismo, la Sociedad, a través de la Junta general de accionistas:

a') Renunciar a la acción ya entablada.

b') Transigir el pleito ya iniciado.

9. Pues bien, toda esta amplia gama de posibilidades, a nuestro modo de ver, encuentra sobrado apoyo en la normativa del artículo 80, párrafos 1.º y 2.º, de la L. S. A., o, para ser más exactos, la normativa contenida en los dos primeros párrafos del artículo 80 se dirige, precisamente, a regular estos concretos supuestos anteriormente mencionados (94). Y siendo así, creemos que con ello se puede salvar uno de los obstáculos con que tropezaba la doctrina, en orden a la interpretación del precepto citado, concretamente al tratar de precisar el "momento" al que había que referir la renuncia o la transacción al ejercicio de la acción social de responsabilidad (95), como condición previa imprescindible para determinar el momento oportuno en que la minoría podía ejercitar el derecho de "veto" que expresamente le reconoce el párrafo 2.º del artículo 80.

Los términos en que este, así llamado, derecho de veto viene reconocido a favor de la minoría, se derivan de haber el legislador condicionado la validez del acuerdo de renunciar o transigir, adoptado por la Junta general, a la falta de oposición por parte de socios que representen, al menos, la décima parte del capital social. En consideración a esta posibilidad, entiende el Profesor GARRIGUES que "al hablar de transigir o renunciar al ejercicio de la acción, la Ley presupone que la acción está ya en marcha. La renuncia a la acción de que aquí se trata no puede referirse a la misma Junta en que se plantea la cuestión de la responsabilidad. En otro caso, se llegaría a la conclusión absurda de que el ejercicio de la acción de responsabilidad estaría siempre en manos de la minoría, dado que, aunque la mayoría adoptase el acuerdo de no entablar acción de responsabilidad, la minoría podría vetar este acuerdo, al amparo del artículo 80, interpretando que implicaba una renuncia al ejercicio de la acción" (96).

Tal interpretación, sin embargo, tiene un fuerte obstáculo en el tenor literal (97) del propio artículo 80, que frente a la hipótesis de

(94) No todas estas posibilidades son admitidas por la doctrina: así GARRIGUES, op. cit., págs. 145 y ss. rechaza las posibilidades a) y b) y en el mismo sentido se pronuncia FRE, *Società per azioni...* cit., pág. 391, con referencia al derecho positivo italiano. Las admiten en cambio sin reservas MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pág. 359 y s. y SOLA CAÑIZARES, *La administración y la dirección...* cit., pág. 169, si bien parece considerar deseable la interpretación de GARRIGUES.

(95) Véase especialmente GARRIGUES, op. loc. últ. cit. y FRE, op. loc. últ. cit.

(96) Op. cit., pág. 145. Parece del mismo sentir URÍA, *Derecho Mercantil...* citado, pág. 236; en *Responsabilidad de los accionistas censors...* cit. pág. 18, admite esta interpretación en lo que se refiere a la hipótesis de transacción; frente a la renuncia, exige sólo que sea deliberada en una Junta posterior a la que conoció el tema; véase expresamente una crítica no muy clara en GOLDSCHMIDT, *La responsabilidad...* cit., pág. 25, nota (50).

(97) Sic. SOLA CAÑIZARES, op. loc. últ. cit.

renuncia se expresa con fórmula indudablemente amplia: "en cualquier momento—dice—la Junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción". Por otra parte, el mismo párrafo 2.º in fine presenta también un obstáculo para la interpretación aludida, no desconocido para el Profesor GARRIGUES, al vincular al acuerdo de transigir la destitución de los administradores; la interpretación que de tal inciso nos proporciona: "la transacción implicará la destitución de los administradores en el caso de que no hubiesen sido ya destituidos en el momento en que se adoptó el acuerdo de promover la acción" (98), no nos parece, en verdad, muy ajustada al modo de operar de la destitución como efecto de carácter automático ligado a la adopción misma del acuerdo de entablar la acción social de responsabilidad. A nuestro juicio, por el contrario, el párrafo 2.º del artículo 80 es susceptible de una interpretación perfectamente coherente con el sistema legal regulador del ejercicio de la acción social de responsabilidad, siempre y cuando se tenga presente el ámbito dentro del cual se mueve la citada norma y los diversos supuestos de hecho que está llamado a regular. A aquél y a éstos nos hemos referido con anterioridad. Tratemos ahora de valorar aquellos resultados a la luz de la concreta normativa del artículo 80 en su párrafo 2.º

Dos son fundamentalmente las hipótesis contempladas en el mismo: la renuncia y la transacción. ¿Qué inconvenientes pueden presentarse de referir la hipótesis de renuncia a la misma Junta en que se plantea la cuestión de responsabilidad? A nuestro entender, ninguno, si logramos delimitar perfectamente la esfera de acción de la renuncia. Renuncia, en el sentido del artículo 80 de la Ley, equivale a dejación o abandono de un derecho a perseguir en juicio a los administradores responsables, del que es titular la Sociedad al amparo de lo establecido en el artículo 79. La renuncia, por consiguiente, esencialmente reclama la preexistencia de lo que se renuncia (99). Y en el caso concreto que nos ocupa, la Sociedad puede renunciar al ejercicio de la acción social de responsabilidad de cualquiera de estas dos maneras: renunciando a su efectivo ejercicio, es decir, a la posibilidad de perseguir en juicio a los administradores culpables, lo cual presupone la existencia de esa posibilidad en el momento en que la renuncia se produce, o bien, haciendo abandono del derecho "alegado" como fundamento de la pretensión procesal (100). Sólo en este segundo caso la renuncia se mueve en un campo estrictamente procesal; no así en el primero, que se desarrolla en el campo del derecho material. Es ésta la hipótesis cuya posibilidad se cuestiona, porque es la que, a su vez, presupone que la acción todavía no está en marcha.

Ahora bien, así delimitado el verdadero sentido atribuible a la

(98) Op. cit., pág. 146.

(99) La renuncia —dice PLAZA, *Derecho procesal civil español*, Madrid, 1951, volumen I, pág. 546— equivale en esencia a la revocación de una declaración de voluntad anterior.

(100) Así GARRIGUES, op. loc. últ. cit., recogiendo el sentir de la mejor doctrina procesalista.

renuncia, no deberá existir nunca posibilidad de confusión entre una decisión de la Junta a la que sea atribuible el carácter de renuncia en sentido técnico y una decisión contraria a la exigencia de responsabilidad. La primera, puesto que se mueve en la órbita del artículo 80, presupone, como hemos dicho anteriormente, la previa constatación de supuestos de responsabilidad, ex artículo 79 de la Ley; implícitamente presupone una decisión de la Junta de "haber lugar" a exigir responsabilidades, a la que debe vincularse el nacimiento del derecho a exigir de los administradores una determinada indemnización; este derecho es precisamente del que la Junta hace dejación (101) cuando acuerda renunciar al ejercicio de la acción instrumentada para hacerlo efectivo. La segunda decisión, por el contrario, no se mueve en la órbita del artículo 80, sino en la del artículo 79, principalmente; no "presupone", por tanto, una previa constatación de supuestos de responsabilidad porque "ella misma" encarna dicha constatación, si bien negativa (102). Ante una decisión de este tipo, pues, la minoría podrá interpretar que implica una renuncia al ejercicio de la acción, pero su interpretación será completamente infundada. La oposición al acuerdo por parte de una minoría que represente, al menos, la décima parte del capital social, no poseerá el carácter de condición necesaria para la validez del acuerdo mismo, que antes, por el contrario, deberá ser considerado perfectamente válido y eficaz.

No es, pues, totalmente exacto decir que con el derecho de veto reconocido a la minoría la Ley quiere evitar que "una vez adoptado el acuerdo, por la Junta general, de exigir responsabilidad a los administradores, la Junta renuncie al ejercicio de la acción" (103). Lo que la Ley quiere evitar debe expresarse, a nuestro entender, con fórmula más general: que una vez que la Junta general haya constatado la existencia del derecho que incumbe a la Sociedad de exigir responsabilidad a los administradores, por haber éstos incurrido en los supuestos previstos por el artículo 79, se renuncie al ejercicio de la acción que la propia Ley instrumenta como medio adecuado para obtener la reintegración patrimonial debida.

La hipótesis de renuncia al ejercicio de la acción una vez que ésta ya esté en marcha, no ofrece, naturalmente, posibilidad de discusión alguna. Frente a ella operará también el derecho de veto reconocido a la minoría, y por lo que respecta a su calificación jurídica, encontramos plenamente justificado el carácter que le asigna el profesor GARRIGUES de "abandono del derecho alegado como fundamento de la pretensión procesal o la declaración que hace el autor de que su acción es infundada" (104).

10. El fenómeno de la transacción a que hace referencia el propio

(101) Véase MINERVINI, op. cit., pág. 360.

(102) Es a la que se refiere FRIE, op. loc. últ. cit., cuando alude a la posibilidad de que la Junta general "apruebe" la actuación de los administradores, liberándoles de este modo de su responsabilidad frente a la Sociedad.

(103) GARRIGUES, op. cit., pág. 145.

(104) Op. cit., pág. 146.

párrafo 2.º del artículo 80 debe ser también objeto de delimitación en lo que a su particular esfera de acción se refiere. Adelantemos que, a nuestro juicio, puede (y debe) también venir referida tanto a la misma Junta en la que se plantea la cuestión de responsabilidad como a un momento posterior, en el que la acción se encuentre ya en marcha. A la transacción llevada a cabo por la Sociedad en el primer momento (105) alude la Ley cuando atribuye al acuerdo correspondiente los mismos efectos que al acuerdo de promover la acción, en orden a la separación (automática) de los administradores de sus cargos (artículo 80, párr. 2.º, *in fine*), mientras que la posibilidad de transigir, una vez que la acción de responsabilidad esté ya en marcha, puede verse recogida en los términos generales en que se expresa el legislador en los comienzos del citado párrafo 2.º, artículo 80.

En el primer supuesto, el acuerdo de transigir responde a una decisión de la asamblea de reintegrar en lo posible el patrimonio social "a través del mecanismo jurídico de la transacción extrajudicial". En el segundo caso, la transacción tiene por objeto poner término al pleito ya iniciado, realizándose la integración del patrimonio de acuerdo con las bases de la transacción estipulada. Tanto en uno como en otro caso, será el interés social el que en cada supuesto concreto aconseje la conveniencia de acudir al mecanismo de la transacción para evitar (transacción extrajudicial) o poner fin (transacción judicial) al pleito ya iniciado.

El efecto de la destitución de los administradores debe ser vinculado al acuerdo de transigir adoptado en la misma Junta en que se plantea la cuestión de responsabilidad. Con dicho acuerdo la Sociedad no hace dejación de su derecho a exigir de los administradores culpables una cierta indemnización; el mecanismo utilizado para ello es, ciertamente, distinto, pero tanto a través del ejercicio judicial de la acción de responsabilidad como a través del instituto jurídico de la transacción la Sociedad ejercita su derecho a obtener una cierta reparación del daño causado en su patrimonio (106) por la actuación culposa de sus administradores; lo que, en definitiva, viene a hacer visible aquella "pérdida de la relación de confianza" que integraba, como hemos visto, la ratio *essendi* de la norma disciplinadora del efecto automático de la destitución.

Llegados a este punto interesa primordialmente verificar estas dos hipótesis establecidas a la luz del derecho concedido a las minorías de oponerse a la decisión de la Junta general. No parece, ciertamente, que ofrezca dificultades la posibilidad de esta oposición ante la decisión

(105) Tal posibilidad es negada, como se ha dicho, por el profesor GARRIGUES. Pero ante ella no puede tener valor el argumento utilizado al efecto (véase *retro* nota (96) porque nunca un acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad podría ser interpretado como transacción. Entre el acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad y la renuncia al ejercicio de la acción, puede, si acaso, existir una similitud externa (no de fondo, como hemos visto), la que en ningún modo podría darse con el acuerdo de transacción.

(106) DE GREGORIO, *Curso...* cit., pág. 303; FRE, *op. cit.*, pág. 397.

de la Junta de transigir el pleito ya iniciado; la oposición por parte de las minorías responde a la necesidad de conjurar el peligro de una decisión asamblearia tomada bajo la presión que los administradores hayan podido ejercer sobre una mayoría con la que se encuentren estrechamente ligados (107). Merece, sin embargo, atención la posibilidad de que esta oposición se formule frente al acuerdo de transigir adoptado en la misma Junta en que se plantea por primera vez la cuestión de la responsabilidad de los administradores.

A nuestro juicio, dicha posibilidad no sólo no presenta inconveniente alguno, sino que nada se opone ni a la oportunidad ni a la legitimidad de la misma. El acuerdo de transigir supone reconocimiento (expresado por la voluntad de la mayoría) de la necesidad de reintegrar el patrimonio social en la medida que ha sido "injustamente" disminuído; supone, en términos generales, la constatación de concretos supuestos de responsabilidad. Y es, como hemos dicho, el interés social el que en cada caso concreto puede aconsejar la conveniencia de acudir al mecanismo de la transacción para efectuar la reintegración oportuna, en lugar de esperar al resultado del ejercicio de la relativa acción, procedimiento más lento e incierto y siempre susceptible de acarrear perjuicios al crédito de la Sociedad. Pero también en esta decisión de la Junta general pueden tener entrada elementos que perturben la correcta interpretación del verdadero interés social, por parte de la mayoría, y de ahí la concreta necesidad de arbitrar medios en tutela de las minorías disidentes.

II. La competencia para transigir o renunciar al ejercicio de la acción viene atribuída a la Junta general de accionistas. Nada hay que añadir a este respecto. Entendemos, sin embargo, que para la validez de la renuncia o transacción se precisa una expresa decisión en este sentido de la Junta general, lo que excluye la posibilidad de que sean genéricamente autorizadas (108). La oportunidad del derecho concedido a la minoría disidente para hacer valer su oposición, entraña, precisamente, la existencia de una concreta y específica decisión a este respecto, frente a la cual aquella pueda manifestarse. Ni que decir tiene que esta posibilidad otorgada a la minoría que represente al menos la décima parte del capital social, de oponerse a la renuncia o transacción expresamente acordadas por la mayoría, actúa como auténtica condición necesaria para la validez de la decisión misma. La renuncia o transacción acordadas con la oposición indicada, por cuanto contrarias a la Ley (párr. 2.º, art. 80), serían nulas.

Podría plantearse la cuestión acerca de si será necesaria la inclusión del tema (renuncia o transacción) entre las materias que integran el orden del día para que la Junta pueda válidamente pronunciarse

(107) GARRIGUES, *Op. cit.*, pág. 146; FERRARA, *Gli imprenditori...* cit, página 324; GRAZIANI, *Diritto delle Società...* cit., pág. 267.

(108) FRE, *op. cit.*, págs. 390 y s.; MINERVINI, *op. cit.*, pág. 360. El texto del art. 2.393 Cod. civ. italiano apoya esta afirmación en su mismo tenor literal. Ello no ocurre con nuestro art. 80, pero la solución creemos, no puede ser de otra naturaleza.

sobre dichos extremos. El problema presenta mayor interés para las hipótesis de renuncia o transacción deliberadas una vez que la acción esté ya en marcha. A nuestro juicio, la respuesta debe venir dada en sentido afirmativo (109). La disposición contenida en el artículo 80, párrafo 1.º, in fine, no es susceptible, a nuestro entender, de extensión analógica al caso que nos ocupa. Tan sólo ante el supuesto de transacción que se verifica en el momento en que por primera vez se plantea el tema, me inclinaría por la posibilidad de la solución negativa; resultaría contrario a la lógica que "la misma" Junta que puede promover la acción no pueda llegar a un acuerdo de transacción (por no constar el tema en el orden del día); la equiparación que el propio legislador efectúa entre el acuerdo de promover la acción y el de transigir (art. 80, párr. 2.º, in fine) debe autorizarnos a pensar que dicha posibilidad se halla implícitamente recogida en el párrafo 1.º del artículo 80. El sentido que hemos atribuido a la no necesaria inclusión en el orden del día (retro II-3) no permite otra solución; la cual, por otra parte, no creemos que comprometa los intereses en juego (110).

El efecto característico de la renuncia, en lo que respecta a la propia Sociedad, radica en la total extinción del derecho cuya titularidad ostentaba para exigir de los administradores todo tipo de indemnización en base a los concretos supuestos que han dado origen al nacimiento de aquel derecho. Referido este efecto al ámbito de la renuncia "procesal" se traduce, naturalmente, en la necesidad de que sea dictada una sentencia absolutoria impidiendo que la alegación jurídica abandonada pueda ser reproducida en un proceso ulterior (111).

En cuanto a la hipótesis de transacción, las dos situaciones posibles deben ser consideradas por separado. La transacción judicial implica la terminación del proceso sin sentencia y adquiere para las partes la autoridad de cosa juzgada. También aquí la transacción acordada imposibilita a la Sociedad para intentar nuevamente el ejercicio de la acción en un proceso posterior. En cuanto a la transacción extrajudicial, produce el efecto primordial de evitar la provocación del pleito, solucionando la controversia por la vía convencional; y del mismo modo, impide que, en base a idénticos supuestos, pueda entablarse con posterioridad una acción judicial (112).

(109) Conforme MINERVINI, op. loc. ult. cit.

(110) La expresión utilizada por el legislador al comienzo del párrafo 2.º, art. 80: "en cualquier momento", no nos parece un obstáculo para esta interpretación (véase lo dicho antes en nota (79)). Por otra parte, el considerar necesario la inclusión del tema renuncia en el orden del día vendría a reforzar las garantías de protección a los intereses minoritarios, que el legislador, de modo específico, ha sancionado con la atribución del "derecho de oposición" ya conocido.

(111) GARRIGÜES, op. cit., pág. 146.

(112) Sobre estos temas pueden verse GÓMEZ ORBANEJA-HERCE, *Derecho Procesal civil*, Madrid, 1955, vol. I, págs. 373 y s.; PLAZA, *Derecho Procesal...* citado, págs. 532 y ss.; DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español* (edición revisada por COSSIO y GULÓN), Madrid, 1959, t. 2.º, págs. 376 y ss.; ALBALADEJO, *Instituciones de Derecho civil*, Barcelona-Bolonia, 1961, págs. 952 y siguientes.

Sin duda alguna, el problema de primordial importancia que se presenta al considerar el tema concreto de los efectos de la renuncia o de la transacción, radica en la consideración de la virtualidad de estos acuerdos frente a la posibilidad de ejercicio de la acción social de responsabilidad por parte de la minoría y de los acreedores sociales. Pero tal consideración la efectuaremos en su lugar oportuno al tratar de la legitimación de accionistas minoritarios y acreedores al ejercicio de la comentada acción.

12. Hipótesis que es preciso considerar por separado, pero que posee indudable influencia en orden al ejercicio de la acción social de responsabilidad, es la que tradicionalmente la doctrina individualiza con la expresión "quitus" o descargo otorgado por la asamblea que aprueba el balance y las cuentas, en favor de los administradores, de toda responsabilidad en que pudieran ser declarados incurso con referencia al período de actuación que señalaren.

En tema de decisiones asamblearias de este tipo, la Ley de Sociedades Anónimas se ha separado —como acertadamente expone GARRIGUES— decididamente de la concepción francesa al excluir la posibilidad de que exista un "quitus" tácito con motivo de la aprobación del balance (113). El artículo 110, párrafo 2.º, expresamente determina que "la aprobación (de los documentos a que se refiere el artículo 108) por la Junta no significa el descargo de los administradores por la responsabilidad en que pudieran haber incurrido". En este punto, pues, los términos de la Ley no ofrecen duda; ello implica, por de pronto, que en todo caso el ejercicio de la acción social de responsabilidad podrá ser intentado por la propia Sociedad si así lo acuerda la Junta general de accionistas; y para ello no será necesario que la Junta, al aprobar los documentos a que se refiere el artículo 110 haya hecho la salvedad de que no aprueba la gestión de los administradores y que se reserva el ejercicio de la acción de responsabilidad pertinente (114). Pero, además, la declaración del artículo 110, párrafo 2.º, implícitamente reconoce y sanciona la posibilidad (y, por consiguiente, la validez) de que una decisión de descargo pueda ser expresamente adoptada por la misma Junta general que aprueba el balance y las cuentas (115). En este caso, naturalmente, la exoneración de los administradores se producirá no como consecuencia de la aprobación del balance (la aprobación del balance "nunca" implica esta consecuencia), sino en virtud de la declaración expresa de la Junta.

(113) Op. cit., pág. 422. En el ordenamiento positivo francés y a partir del Decreto Ley de 31 de agosto de 1937, se ha suprimido, como señala RIPERT, *Traité clementaire...* cit., pág. 580 el efecto clásico del voto de quitus. Ninguna decisión de la asamblea puede tener por efecto la desaparición de la acción de responsabilidad contra los administradores; de este modo, el quitus se ha convertido en una institución inútil. Véase HAMEL-LAGARDE, *Traité...* cit., págs. 794 y siguiente.

(114) GARRIGUES, op. cit., pág. 423.

(115) GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas...* cit., pág. 382, y *La responsabilidad...* cit., pág. 450; GARRIGUES, op. loc. últ. cit.; FAIRÉN, *La responsabilidad civil...* cit., págs 876 y s. FRE, *Società per azioni...* cit., pág. 391.

Han sido múltiples y variadas las razones que se han aducido para justificar la necesidad de excluir que a la aprobación de estos documentos pudiera otorgársele el valor de descargo para los administradores por las responsabilidades en que pudieran haber incurrido durante el período a que se refieren los documentos en cuestión. En términos generales, todas ellas parten de considerar el balance como un simple esquema de la situación económica de la Sociedad en una determinada fecha, sin que ello implique en ningún caso un acto de rendición de cuentas (116). “La aprobación del balance —escribe DE GREGORIO— implica una aprobación de la obra colectiva de los administradores no de las concretas operaciones, acerca de las cuales el balance no ofrece ninguna información” (117). Tanto es así que un balance debe siempre ser aprobado, como reflejo de la situación patrimonial de la Sociedad, aun en el caso de que sus resultados sean desastrosos (118).

En este orden de ideas debe venir interpretada la disposición contenida en el párrafo 2.º del artículo 110 L. S. A. El legislador español, haciéndose eco de estas manifestaciones, ha querido únicamente excluir que la aprobación del balance tenga “de por sí” una implícita eficacia liberatoria para los administradores, pero el mismo tenor de la disposición en examen consiente afirmar que la liberación de estos últimos, por las responsabilidades que pudieran derivarse de su gestión, puede ser expresamente deliberada.

Admitida la posibilidad de una decisión expresa de la asamblea encaminada a descargar, a liberar o, si se prefiere, a dar por “quitus” de su responsabilidad a los administradores, debemos dirigir nuestro análisis a examinar y concretar todos y cada uno de los extremos dentro de los cuales habrá de desenvolverse dicha decisión. “Para que tal alcance se dé —escribe GIRÓN— se precisa que, en efecto, el acuerdo se haya adoptado (y, por tanto, que no se haya remitido a otra Junta o que no se haya limitado a determinados extremos y, por consecuencia, alcance unos determinados), que verse sobre materias de las que haya conocido la Junta (vg., no se produciría el efecto liberatorio respecto de un contrato específico que fuera motivo de responsabilidad y que no hubiera sido indicado en la Memoria), y que el acuerdo haya devenido o sea inimpugnable (de otro modo, si la impugnación prospera, el acuerdo no surtiría sus efectos)” (119).

Normalmente, el acuerdo liberatorio se pronuncia en base al informe que presentan los administradores. Son éstos los que en reali-

(116) GARRIGUES, op. loc. últ. cit. y en general la totalidad de la doctrina. Véase ASCARELLI, *Sociedades y Asociaciones...* cit., págs. 356 y siguiente.

(117) *De las Sociedades...* cit., págs. 554 y s.

(118) SALANDRA, cit., por BRUNETTI, *Trattato...* cit., págs. 395 y siguiente.

(119) *Derecho de Sociedades Anónimas...* cit., pág. 381; véase FAIRÉN, op., loc., ult., cit. La posibilidad anotada es admitida por RIPERT, *Traité élémentaire...* cit., págs. 582 y siguiente, siempre que la asamblea fuese ella misma competente para realizar el acto llevado a cabo por los administradores y por ESCARRA, *Traité...* cit., pág. 341, siempre que el quitus resultase del voto unánime de los accionistas.

dad deben marcar la pauta; su informe, base de la aprobación del balance, debe ser veraz y completo (120). Ello implica que el acuerdo alcanzará verdadera eficacia liberatoria, en tanto en cuanto verse sobre materias de las que haya conocido la Junta, a través de la Memoria presentada por los propios administradores interesados. En consecuencia, el efecto liberatorio no se producirá respecto de las materias que no hayan sido sometidas a la consideración de la Junta, ni respecto a las sometidas en el caso de que los administradores hayan incurrido en una exposición falsa o errónea de la situación de la Sociedad. Frente a estas situaciones, el acuerdo liberatorio no produce efectos, renunciando en la Sociedad la posibilidad de exigir las responsabilidades, en su caso, oportunas (121). En los demás casos, el acuerdo es perfectamente válido y, por consiguiente, con eficacia vinculadora para la propia Sociedad; ésta, que se ha pronunciado en el sentido de exonerar a los administradores de toda responsabilidad relativa a cuestiones determinadas y verazmente expuestas, no podrá intentar, en lo sucesivo, el ejercicio de la acción social de responsabilidad.

En este sentido, el "quitus" se nos presenta con un alcance sumamente restringido. Su admisibilidad viene condicionada por la necesaria concurrencia de dos elementos: *a*) que forme parte de un acuerdo expreso de la Junta general, y *b*) que verse sobre materias de las que haya conocido la Junta a través del informe veraz y detallado que le hayan presentado los administradores.

Tradicionalmente el "quitus" viene referido al momento de la aprobación del balance por la Junta, o si se prefiere, a la Junta ordinaria llamada a censurar la gestión social. Prácticamente, la decisión de descargo no tiene razón de ser referida a otro momento; pero aunque la hipótesis sea prevalentemente teórica, es preciso admitir la posibilidad de que una tal decisión se produzca en cualquier otra junta, frente a determinados extremos sometidos a la consideración de la misma por los propios administradores. La íntima conexión entre el problema del quitus y el hecho de la aprobación del balance obedece a la necesidad de dejar sentado el alcance de dicha aprobación, en orden a la posible exigencia de responsabilidad a los administradores. Excluida la posibilidad de que a la aprobación del balance pueda atribírsele eficacia liberatoria en relación a lo actuado por los administradores y admitida, en cambio, la posibilidad de que tal efecto se produzca como consecuencia de acuerdo expreso de la Junta, no hay razón para establecer una nueva vinculación entre ambos acuerdos, contraria a su misma esencia. La Junta general podrá, en cualquier momento, adoptar un acuerdo de este tipo para descargar a los administradores de toda responsabilidad en relación con los asuntos que con dicha finalidad le sean sometidos. También en estos supuestos, como es natural, la validez de la decisión (su eficacia liberatoria) descansa sobre la veracidad de todos y cada uno de los extremos conocidos.

(120) FAJEN, op., cit., pág. 876.

(121) GARRIGUES, op., cit., pág. 424.

A la vista de las consideraciones que anteceden, delimitadores del ámbito dentro del cual el "quitus" posee eficacia liberatoria, creemos poder estar en condiciones de afrontar el tema de su configuración. Y en este terreno, a nuestro juicio, es altamente sugerente la fórmula empleada por GIRÓN al construir, en términos generales, el descargo de los administradores "como un reconocimiento negativo de deuda, en cuya virtud la Junta declara la inexistencia de créditos de cualquier clase que esgrimir contra los administradores por el período de que se trate" (122). Si volvemos ahora la vista atrás y recordamos el cuadro comprensivo de las posibles deliberaciones que sobre el genérico tema de la responsabilidad pueden producirse en el seno de una Junta general (retro núm. 8), es preciso considerar incluida la deliberación de descargo entre las primeras de las hipotizadas en el grupo A), es decir, entre aquellas declaraciones de la Junta que determinan "no haber lugar" a exigir responsabilidades a los administradores, porque los concretos supuestos fácticos de que ha conocido no caen dentro de la esfera de acción del artículo 79 de la Ley. Esta sola consideración basta, a nuestro juicio, para establecer la separación existente entre las hipótesis de "quitus" y de "renuncia" (123), a cuyos efectos son perfectamente válidas todas las consideraciones expuestas con anterioridad con vistas a delimitar la esfera de acción propia de la renuncia (retro II-9). La Junta que decide "descargar" a los administradores de toda responsabilidad, no "renuncia" al ejercicio de la acción social de responsabilidad, porque precisamente declara que la Sociedad no es titular de ninguna acción de este tipo. Se trata, en definitiva, de una decisión que opera en un plano anterior al que es propio de la renuncia. Por eso, a nuestro entender, no es totalmente exacta la afirmación de FAIRÉN según la cual el efecto primordial de la decisión de descargo estriba en "la extinción de la acción social originaria" (124). No es éste, en realidad, el efecto inmediato de dicha decisión, sino, todo lo más, su consecuencia. El efecto inmediato hay que extraerlo de aquel carácter de reconocimiento negativo de deuda que le atribuye GIRÓN, y consiste, precisamente, en este reconocimiento que importa la pérdida de la titularidad para exigir responsabilidades a los administradores, tanto por la vía del ejercicio judicial de la acción social de responsabilidad como por el expediente de la transacción extrajudicial.

Para la Sociedad, pues, la deliberación de descargo implica la imposibilidad de que la Junta general pueda, con posterioridad, volver sobre sus propios actos y, revocando el acuerdo de exonerar a los administradores, adoptar una resolución favorable al ejercicio de la acción social de responsabilidad, en base a los mismos supuestos que en su día motivaron la decisión de descargo. Entendemos, sin embar-

(122) Op., loc., ult., cit.

(123) Expresamente mencionada por GARRIGUES, *Comentario...*, cit., pág. 145; véase en ESCARRA, *Traité...*, cit., pág. 336 una caracterización del quitus como "disposición implícita de la acción social".

(124) Op., cit., págs. 875 y siguiente.

go, que esta posibilidad debe admitirse siempre que se presenten motivos que induzcan a la Junta a considerar como falsas o erróneas las bases sobre las que se asentó el acuerdo originario, o hagan su aparición extremos de calificada importancia, desconocidos entonces; con ello no hacemos, en realidad, más que reafirmar lo expuesto anteriormente al condicionar la validez del acuerdo de descargo a la veracidad del informe suministrado por los administradores y que ha de servir de base para la adopción del acuerdo. En estos supuestos la responsabilidad renace y aún puede verse agravada por la conducta de los administradores al presentar el informe.

13. El régimen interno para la adopción del acuerdo de descargo no experimenta, a nuestro modo de ver, alteración alguna. La Junta general podrá válidamente pronunciarse en este sentido con sujeción al régimen ordinario de mayorías, bien sea éste el establecido por la Ley, bien, en su caso, el dispuesto por los estatutos. A nuestro juicio, no cabe dar entrada al sistema de oposición por parte de una minoría cualificada, como condición de eficacia del acuerdo en cuestión. Este será válido —y, por consiguiente, deberá atribuírsele eficacia liberadora—, no obstante haya sido adoptado con el voto en contra de una minoría que represente, cuando menos, la décima parte del capital social. Ya hemos tenido ocasión de delimitar el ámbito propio reconocido por la L. S. A. a este derecho de veto de la minoría; ciertamente en este punto puede sostenerse que de admitir dicha posibilidad de veto a las minorías, llegaríamos a la conclusión absurda de estimar innecesaria la atribución a éstas de la legitimación al ejercicio de la acción social por cuanto siempre estaría en sus manos la posibilidad de forzar el ejercicio de la acción por parte de la Sociedad, interpretando que todo acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad debería ser considerado como “descargo” otorgado a los administradores por la actuación concreta que se cuestiona. El derecho de veto otorgado a las minorías para las hipótesis de renuncia o transacción al ejercicio de la acción social de responsabilidad no puede encontrar aplicación más allá de los supuestos a que viene referido, a no querer violentar el sistema legal en materia de responsabilidad de los administradores.

Frente a la deliberación concerniente al descargo de los administradores deben entenderse reproducidas todas las consideraciones expuestas con anterioridad sobre la posibilidad de concurrir a la formación del acuerdo los propios administradores con los votos que eventualmente pudieran corresponderles en su condición de accionistas. La cuestión relativa a la posibilidad de que los administradores concurren con sus propios votos a la deliberación concerniente a la aprobación del balance ha quedado hoy en día resuelta (en sentido positivo), principalmente al haberse excluído de dicho acuerdo toda eficacia en relación a las responsabilidades en que pudieran haber incurrido. Por eso mismo el problema renace cuando se trate de deliberación expresa, encaminada a producir un efecto liberatorio del tipo examinado, y ante él, como decimos, debe tener aplicación lo

expuesto anteriormente sobre el alcance que cabe atribuir en nuestro derecho, al deber de abstención que gravita sobre los administradores.

Nos parece oportuno advertir, por último, que, a nuestro juicio, la validez de la decisión de descargo debe ser condicionada a la previa inclusión del tema en el orden del día. No creemos que en este punto sea posible acudir a una aplicación analógica del artículo 80, párrafo 1.º, in fine, norma que, como hemos visto, posee un alcance bien limitado. Y no olvidemos que en este punto falta la garantía que pudiera deducirse de la existencia de un derecho, en favor de la minoría, para oponerse a tal decisión.

14. Las modalidades concernientes al ejercicio de la acción social de responsabilidad durante el período de liquidación de la Sociedad presentan unas características de sumo interés que es preciso analizar con el suficiente detenimiento, máxime cuando nuestra Ley de Sociedades Anónimas no contiene precepto alguno específico sobre el particular (125).

Que en la fase de liquidación de una Sociedad Anónima pueda ser intentada una acción de responsabilidad contra los antiguos administradores, es algo que resulta del todo evidente. Si cabe, en el desarrollo de las operaciones de liquidación del patrimonio social es donde gran número de veces será posible constatar con toda evidencia, la presencia de concretos supuestos reveladores de una responsabilidad asumida por los administradores en el desempeño de su cargo, presencia la mayoría de las veces revelada por unos resultados anormales que han dejado su huella en la situación patrimonial de la Sociedad. Esto solo, proporciona suficiente interés práctico al tema propuesto y justifica sobradamente toda la atención que se preste al régimen jurídico llamado a presidir el ejercicio de la acción de responsabilidad de los administradores durante dicha fase de liquidación de la Sociedad.

Una primera cuestión de carácter dogmático debe ser, ante todo, resuelta: ¿Qué virtualidad conserva la declaración del artículo 80, párrafo 1.º, que vincula el ejercicio de la acción al previo acuerdo de la Junta general de accionistas?; o si se prefiere, ¿será igualmente necesaria una deliberación previa de la asamblea de socios para el ejercicio de la acción? La respuesta a este interrogante exige, desde luego, la previa solución que demos a la cuestión de si la Junta general de accionistas es competente para adoptar, durante la fase de liquidación, un acuerdo semejante. Por su formulación más general, este segundo planteamiento posee el carácter de previo para la resolución de aquél, sin que, en todo caso, la respuesta afirmativa condicione la que deba corresponder al interrogante propuesto en primer lugar.

Con todo, no estará de más dejar sentado, a título preliminar, dos puntos capitales sobre los que se mueven las normas reguladoras del

(125) El artículo 2.393 del Código civil italiano alude expresamente a esta situación, confirmando la necesidad de deliberación asamblearia para el ejercicio de la acción por parte de la Sociedad, véase FRE, *Società per azioni...*, cit., pág. 385.

período liquidatorio de la Sociedad. El primero de ellos se refiere a la subsistencia de la personalidad jurídica de la Sociedad durante toda la fase de liquidación de la misma. La declaración del artículo 154 de la Ley es terminante a este respecto. Para nuestros fines, esta realidad permite que pueda seguir hablándose de titularidad por la Sociedad de la acción social de responsabilidad contra sus administradores (126). El segundo de aquellos dos puntos capitales concierne a la permanencia de la Junta general en su condición de órgano superior, si bien con una competencia condicionada; ello justifica, sin más, la procedencia de las cuestiones anteriormente propuestas, sin prejuzgar, naturalmente, su solución.

¿Puede la Junta general, durante la fase de liquidación de la Sociedad, adoptar un acuerdo encaminado al ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los que fueron sus administradores? La competencia de la Junta durante este período tiene un sentido eminentemente funcional: se encuentra estrechamente condicionada por la finalidad misma que la liquidación persigue, que al decir del Profesor URÍA no es otra que "traspasar la titularidad del patrimonio social a los singulares accionistas en la parte o proporción correspondiente a cada uno de ellos" (127).

En puntos concretos el legislador atribuye específicas competencias a la Junta general; así el artículo 156 sobre nombramiento de liquidadores; el artículo 161, número 2.º, en lo relativo a la revocación de los poderes del liquidador; el artículo 166 sobre aprobación del balance final de liquidación; pero de un modo genérico, la principal disposición es la contenida en el artículo 158 in fine: Las Juntas generales (tanto ordinarias como extraordinarias), a las que deberán dar cuenta los liquidadores de la marcha de la liquidación, podrán acordar (en el orden mismo de la liquidación) lo que más convenga al interés común. En términos generales, pues, la Junta general es competente para dirigir con sus acuerdos la marcha general de la liquidación, respetando en todo caso las atribuciones que el artículo 160 confiere a los liquidadores. Lo que la Ley pretende, en definitiva, es evitar que la Junta pueda tomar acuerdos en contraste con las finalidades inherentes al período de liquidación (128).

Pues bien, entre ellos no creo pueda considerarse incluido el relativo a la exigencia de responsabilidad a los administradores culpables que antes, por el contrario, es perfectamente compatible con la esfera de competencia atribuida a dicho órgano social (129). Una tal decisión

(126) "El estado de liquidación —afirmaba con anterioridad a la publicación de la L. S. A. el profesor GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, I-3, página 1227— no afecta ni a la autonomía patrimonial de la Sociedad, ni a su capacidad procesal, ni a su condición de comerciante". Véase URÍA, *Comentario...* citado, t. 2.º, págs. 734 y s. y GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas...* citado, pág. 576.

(127) Op. cit., pág. 730; véase también GIRÓN, op. cit., págs. 576 y siguiente.

(128) BRUNETTI, *Trattato...* cit., pág. 571, y URÍA, op. cit., pág. 755.

(129) Véase expresamente reconocida esta posibilidad en URÍA, op. cit., página 756.

se encamina, en realidad, a reintegrar, en la medida que corresponda, el patrimonio social disminuído como consecuencia de una actuación gravemente negligente de los administradores. Las normas que reglamentan el instituto de la responsabilidad de los administradores han sido dictadas para salvaguardar los intereses de la Sociedad y de los terceros acreedores en orden a la integridad del patrimonio social, y el interés de la Sociedad en que aquella reintegración se lleve a cabo no puede desaparecer por el simple hecho de haber entrado en período de liquidación. Es más, el interés a este respecto de la Sociedad (que podríamos entender como "interés común" de los accionistas, para utilizar la terminología de la Ley en el anteriormente citado artículo 158 *in fine*) puede presentarse con mayor virtualidad ante la finalidad misma de la liquidación perseguida a que poco antes hemos hecho alusión (reparto del patrimonio social—en las condiciones más favorables de integridad—entre los accionistas). La constante salvaguardia de la integridad del patrimonio social que inspira la actuación de los administradores durante la vida de la Sociedad es también motivo central informador del período liquidatorio de la Sociedad (véanse a este respecto las normas contenidas en los artículos 160, número 2.º *in fine* y 169 de la Ley) y de ahí que toda actuación dirigida a la reintegración de la masa patrimonial indebidamente disminuída (*in specie*, por una actuación dolosa de los administradores), deba considerarse, no ya compatible, sino incluída necesariamente entre las atribuciones reservadas a la Junta durante el desarrollo de la fase de liquidación.

La Junta general de accionistas puede, pues, deliberar válidamente sobre este concreto extremo. Ahora bien, ¿sigue siendo necesaria la deliberación previa de la asamblea como requisito imprescindible para el "ejercicio" de la acción social de responsabilidad por parte de la Sociedad, o, por el contrario, puede ser ejercitada—en nombre y por cuenta de la Sociedad—por el propio liquidador, sin necesidad de contar con un determinado acuerdo en tal sentido? (130). A nuestro juicio, la respuesta afirmativa no ofrece dudas. Los liquidadores vienen investidos de la función "gestora" de liquidación de la Sociedad y, en consecuencia, subordinados a la Junta general de accionistas (131), tal y como se desprende del artículo 158 de la Ley. Los liquidadores podrán constatar en el desempeño de sus funciones la existencia de concretos supuestos de hecho de los que puede derivarse una exigencia de responsabilidad a los antiguos administradores de la Sociedad, pero no podrán entablar por sí mismos la correspondiente acción, sino deberán, en los términos del citado artículo 158, dar cuenta

(130) Este es en realidad el problema específico que se plantea ante el tema que nos ocupa y el que en realidad ha venido a resolver el Código italiano en el mencionado art. 2.393; véase MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pág. 348. La solución contraria impera en el derecho francés, por lógica aplicación de los principios generales del sistema; véase ESCARRA, *Traité...* cit., págs. 330 y 352.

(131) GURÓN, *op. cit.*, pág. 581; URÍA, *op. cit.*, pág. 755.

de ello a la Sociedad (en Junta general) para que ésta “acuerde lo que convenga al interés común”.

Incluir entre las funciones asignadas a los liquidadores el proponer, por propia iniciativa, la acción social de responsabilidad sería desorbitar el contenido de las mismas y, sobre todo, equivaldría a considerar derogada la terminante disposición contenida en el párrafo 1.º del artículo 80... por la simple entrada de la Sociedad en fase de liquidación. Pero no olvidemos que, como acertadamente afirma GARRIGUES, durante la fase de liquidación, las únicas normas que no serán aplicables serán aquellas “que tengan por supuesto la existencia de una actividad mercantil lucrativa” (132). E indiscutiblemente, la norma ex artículo 80, párrafo 1.º, no puede ser considerada entre las de este tipo.

Otro tema de interés en punto a la determinación de la disciplina jurídica de la acción social de responsabilidad ejercitada por la Sociedad durante su período liquidatorio es el relativo a los efectos que la adopción del acuerdo está llamado a producir sobre la posición jurídica de liquidador que en sí reúne la persona que ha sido declarada en responsabilidad por su anterior condición de administrador de la Sociedad. Pensemos que no hay lugar para hablar de destitución en el cargo de administrador, porque tal cualidad se ha perdido al comienzo mismo de la fase de liquidación; ¿pero puede hablarse de destitución en el cargo de liquidador que ostenta, aun cuando la responsabilidad no se haya asumido en tal carácter?

Sin duda, el simple planteamiento de esta cuestión pone de relieve que lo que en realidad se pregunta es la posibilidad de una extensión analógica de la norma contenida en el artículo 80, párrafo 2.º in fine. Y quizá la solución deba ser negativa, en cuanto a la posibilidad de tal “extensión analógica”. El efecto natural vinculado al acuerdo de la Junta general de entablar la acción social de responsabilidad contra los administradores en orden a la destitución automática de estos últimos en sus cargos está previsto y disciplinado en el mencionado artículo 80, con referencia a la situación “de los administradores”, en esta su condición fundamental. Tal efecto debe ser excluido, naturalmente, cuando falte el supuesto de hecho necesario para su producción, esto es, que las personas declaradas responsables ostenten, en el momento de producirse la declaración, la condición de administradores. De no ser así, es lógico, el efecto decaerá por falta de base sobre la que asentarse. Por eso creemos que no es posible hacer renacer su virtualidad sobre bases distintas y entender que la sustitución operada en el supuesto de hecho puede ser subsumida por la citada norma, en orden a la producción de aquel efecto. Como quiera que el administrador responsable no puede ser destituido de un cargo que en la actualidad no ostenta—se diría—, cabe entender que la destitución conserva su virtualidad respecto al cargo de liquidador que sí ostenta en la actualidad.

(132) *Tratado...* cit. I-3, pág. 1227.

A nuestro juicio, sin embargo, una posibilidad de considerar producida la destitución automática en el cargo del liquidador como consecuencia del acuerdo favorable a la exigencia de responsabilidad contra la persona que lo ostenta, por daños ocasionados en el desempeño de sus pasadas funciones administrativas, podría, a lo sumo, verse en el caso de que el ex administrador culpable ostente la condición de liquidador por una declaración genérica de los estatutos o de la propia Junta general que, en punto a la provisión de este cargo, lo haya conferido genéricamente a "quienes en el momento de producirse la disolución de la Sociedad, reúnan la condición de administradores de la misma". En esta hipótesis, el ex administrador culpable ha recibido (automáticamente) la investidura de su condición de liquidador por su carácter de administrador y no por un tipo de designación "intuitu personae". Podría, pues, en este caso, considerarse operada la destitución en su posición de liquidador por desintegración de las bases sobre las que se asienta tal carácter, del mismo modo que el acuerdo de exigir responsabilidades al presidente del Consejo de Administración lleva consigo la destitución en el cargo de consejero y al mismo tiempo el cese en su condición de presidente de la Junta general que eventualmente pudiera corresponderle exclusivamente por aquella su condición de consejero.

En los demás supuestos, la incursión en un supuesto de responsabilidad no debería producir automáticamente la destitución en un cargo del que ha sido investido con independencia del carácter de administrador que ostentaba. En la práctica una tal solución no implicará la existencia de situaciones graves, porque lógicamente la Junta general acompañará al acuerdo dirigido al ejercicio de la acción social de responsabilidad otro encaminado a la separación del liquidador de sus funciones, claro está, por los cauces del artículo 161, número 2, de la Ley.

¿Qué régimen habrá de seguirse para determinar la forma en que la Sociedad habrá de personarse en el juicio correspondiente? La única variante que habremos de añadir a lo expuesto anteriormente con motivo del planteamiento del problema durante la vida normal de la Sociedad será la de considerar a los liquidadores de la Sociedad facultados para ostentar la oportuna representación. Dentro del fin genérico atribuido a los liquidadores de "velar por la integridad del patrimonio de la Sociedad" (art. 160, núm. 2.º, in fine), cabe perfectamente incluir las gestiones encaminadas a procurar la reintegración del mismo por la vía del ejercicio judicial de la acción de responsabilidad contra los administradores declarados culpables, aspecto éste, por consiguiente, al que es preciso considerar referida la representación que ostentan, a tenor de lo establecido en el número 8.º del mencionado artículo 160 de la Ley.

Un último tema merece, en fin, una breve atención. La Ley (artículo 160, núm. 6), como es sabido, atribuye a los liquidadores, de modo expreso, la facultad de "concertar transacciones y compromisos cuando así convenga a los intereses sociales", y la doctrina suele in-

interpretar dicha atribución con gran amplitud, extendiendo tal facultad sin excepción alguna a las cuestiones relativas a toda clase de bienes y derechos, lo mismo en cuestiones litigiosas promovidas con anterioridad a la liquidación que en las que puedan surgir en el curso de ésta, sin otro límite que la conveniencia de los intereses sociales (133). A nuestro juicio, sin embargo, en la valoración de estas facultades sobre el tema de la responsabilidad de los administradores, debe ser establecida una derogación del principio; porque el artículo 80, como hemos visto (y recordemos la aplicación de la norma durante la fase de liquidación), atribuye la facultad de transigir sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad a la Junta general de accionistas.

Ahora bien, la limitación de las facultades de los liquidadores en este punto no se produce por el simple hecho de estar atribuída la facultad de transigir a la Junta general, sino porque ha sido concedido a una minoría de socios el derecho de oponerse a ella, derecho que, como se ha dicho, actúa como auténtica condición de eficacia para la validez de la decisión misma, y del que se vería privado la minoría, caso de que la facultad de transigir fuese encomendada, sin limitación, a los liquidadores de la Sociedad.

15. Especial atención merece también el estudio de la posibilidad (y modalidades) de ejercicio de la acción social durante el estado de quiebra de la Sociedad; el tema no ha sido objeto de específica regulación legal en nuestro ordenamiento positivo (134), y por ello la determinación de su disciplina jurídica forzosamente deberá ser establecida por vía de aplicación del sistema general normativo del procedimiento de quiebra.

Una cuestión previa debe, ante todo, ser objeto de puntualización. La acción social de responsabilidad contra los administradores tiene como fundamental finalidad la de conseguir la reparación del daño causado, reintegrando, en la medida de lo posible, el patrimonio social, disminuído por la actuación gravemente negligente de los administradores. La sola formulación de este principio pone ya de manifiesto la especial vocación de este instituto para formar parte, por derecho propio, de las operaciones concernientes al procedimiento de quiebra; en la medida que la acción tiende a reintegrar el patrimonio de la entidad quebrada, será, indiscutiblemente, uno de los instrumentos destinados a procurar el aumento de los bienes repartibles entre todos los acreedores (135); y en este sentido, es claro que su ejercicio no puede resultar indiferente a cuantos intereses se encuentran especialmente tutelados por dicho procedimiento de ejecución universal.

Esta consideración, por su parte, unida a la titularidad que en relación con dicha acción ostenta por derecho propio la misma Sociedad

(133) Uría, op. cit., pág. 779.

(134) En éste otro de los puntos de contraste con el ordenamiento positivo italiano donde no sólo la Ley de quiebras dedica normas específicas al tema en cuestión (arts. 146 y 206), sino el propio Codice civile en su art. 2.394, párrafo 3.º.

(135) Así, expresamente, DE GREGORIO, *De las Sociedades...* cit., pág. 510.

quebrada, implica, a su vez, la necesidad de incluir el ejercicio de la misma en la esfera de atribuciones asignada a los síndicos para la consecución de los fines inmanentes a la institución de la quiebra. Como acertadamente ha puesto de manifiesto el profesor POLO, el síndico "ostenta, *por vía de sustitución* como titular de ejercicio, todas y cada una de las facultades que correspondían al deudor, de las que ha sido desposeído en virtud de la declaración de quiebra" (136).

El poder de decisión oportuno en lo relativo al planteamiento de dicha acción de responsabilidad es un tema que, a nuestro juicio, debe quedar sometido al régimen legal vigente en materia de administración de los bienes de la quiebra. Por de pronto, debe excluirse la posibilidad de considerar subordinado el ejercicio de dicha acción al previo acuerdo de la Junta general de accionistas, a tenor de lo establecido en el párrafo 1.º del artículo 80, L. S. A. Como sostiene GARRIGUES, las normas contenidas en este último precepto legal presuponen que la Sociedad se encuentra "in bonis" (137); y en verdad, a otra conclusión no podría llegarse ante la situación de inhabilitación del quebrado para la administración de sus bienes, esencialmente ligada a la propia declaración de quiebra, ex art. 878 Cód. de com. (138). Por otra parte, debe también excluirse que dicho ejercicio pueda estar subordinado a una decisión oportuna de la Junta de acreedores, en cuya limitada esfera de competencia no puede considerarse comprendida una deliberación de este tipo (v. arts. 1.266, 1.346, 1.364, 1.380 y 1.392 L. E. C. y 899 Cód. de com.) (139). ¿Precisará el Síndico la autorización del Juez o del Comisario para el ejercicio de la comentada acción? A nuestro juicio, la respuesta debe ser afirmativa en lo que respecta, al menos, a la autorización del Comisario; la norma del artículo 1.369 L. E. C. creemos puede ser utilizada en apoyo de esta solución, establecida, por otra parte, en las más recientes legislaciones extranjeras sobre la materia (140).

La viabilidad de la acción en el curso del procedimiento de quiebra puede ofrecer dudas cuando sobre la misma haya precedido un acuerdo de la Sociedad que implicara la extinción del derecho de la propia Sociedad a perseguir en juicio a los administradores (141). Sobre el tema, naturalmente, deben considerarse de aplicación las normas que en nuestro ordenamiento positivo reglamentan el sistema de reintegración de la masa de la quiebra, cuando concurran los supuestos. Pero

(136) *Dictamen sobre la Quiebra de "Barcelona Traction"*, Barcelona, 1951, págs. 51 y 55; DE MARTINI, *Azione di responsabilità...* cit., pág. 1166; ESCARRA, *Traité...* cit., pág. 320 y 330; MANTILLA MOLINA, *La responsabilidad...* cit., páginas 51 y siguiente.

(137) *Comentario...* cit., t. 2.º, pág. 144.

(138) Cfr. MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pág. 356, y nota (86), donde se refuta opinión contraria sostenida por FERRI en *Liquidazione coatta amministrativa e azione di responsabilità contro gli amministratori*. Assic. 1945-6, II, páginas 16 y ss.

(139) POLO, op. cit., pág. 568; GARRIGUES, *Curso...* cit., II, pág. 481.

(140) Cfr. art. 146 Legge fallimentare italiana.

(141) Véase FRE, *Società per azioni...* cit., pág. 396.

el problema específico que se plantea estriba en determinar si la normativa propia del artículo 79 L. S. A. puede suministrar apoyo a la sindicatura para proceder directamente contra los administradores ejercitando una acción que ha sido reglamentada no sólo en interés de la propia Sociedad, sino también en interés de accionistas minoritarios y, sobre todo, de los acreedores.

El problema puede a su vez ser objeto de un planteamiento diverso, pero íntimamente ligado con el formulado anteriormente. ¿Pueden los acreedores sociales, tras la declaración de quiebra de la Sociedad, ejercitar la acción ex párrafo 4.º, artículo 80, L. S. A., contra los administradores? Existe, indudablemente, una razón aparente justificadora del interrogante: se está —podría decirse— en presencia del ejercicio de una acción por parte de terceras personas extrañas a la Sociedad, contra otras terceras personas también extrañas a la propia Sociedad (los administradores) (142), y, por consiguiente, su peculiar régimen jurídico no debe experimentar cambio alguno por el hecho de la declaración de quiebra de la Sociedad. Pero la razón existe, indudablemente, tan sólo en apariencia; la afirmación sería válida siempre y cuando la titularidad de la acción perteneciere iure proprio a los acreedores y su finalidad se dirigiera a la reintegración del patrimonio particular de los propios acreedores (143). Y esto, como hemos apuntado, es precisamente lo que no ocurre. Los acreedores sociales se encuentran, sí, legitimados al ejercicio de una acción de responsabilidad contra los administradores, pero de una acción cuya titularidad corresponde exclusivamente a la Sociedad y cuya misión consiste en reintegrar debidamente el patrimonio social. La legitimación de los acreedores es, en cierto sentido, análoga a la que en términos generales les incumbe frente al instituto de la subrogatoria, lo que en todo caso significa que ante el tema de la responsabilidad de los administradores no cuentan con una acción directa susceptible de ser ejercitada, sea cual fuere la situación en que se encuentre la Sociedad.

Pero el que la declaración de quiebra impida el ejercicio “personal” de la acción por parte de los acreedores sociales (preciso es reiterar que la normativa del artículo 80 presupone que la Sociedad esté “in bonis”) no significa que desaparezca el interés de estas personas a que la responsabilidad sea exigida, en el seno, claro está, del procedimiento de quiebra. Es más, su interés, si acaso, se habrá acrecentado, pues en juego se halla no ya la garantía, sino la propia satisfacción de sus créditos.

Pues bien, si esto es así, si en la normativa de la L. S. A. el interés de los acreedores no sólo no decae (como más adelante examinaremos), sino que se encuentra tutelado (precisamente) ante una situación de pasividad (en el más amplio sentido del vocablo, comprensivo de una actitud contraria) de la Sociedad por lo que respecta a la exi-

(142) MINERVINI, op. cit., pág. 335.

(143) MINERVINI, op. loc. últ. cit. Véase sobre el tema ASCARELLI, *Societades y Asociaciones...* cit., pág. 359; FERRARA, *Gli imprenditori...* cit., pág. 325.

gencia de responsabilidad de sus administradores, ¿habrá que considerar esfumada aquella tutela justamente en el momento en que los intereses de los acreedores alcanzan una mayor consistencia? La respuesta no puede ser más que negativa. El acuerdo eventualmente adoptado por la Sociedad con anterioridad a la declaración de quiebra, del que se deriva la extinción de su derecho a perseguir en juicio a los administradores responsables, hace surgir precisamente el interés de los acreedores a ejercitar la acción social de responsabilidad en vía defectiva, y es claro que tal interés no puede quedar desprotegido por el sometimiento de la Sociedad al procedimiento de quiebra. De ahí que resulte inevitable reconocer, en todo caso, como posible, el ejercicio de la acción social de responsabilidad por los Síndicos de la quiebra, aun cuando la Sociedad se hubiera pronunciado con anterioridad en sentido contrario (144).

III. EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL POR LA MINORÍA

I. El párrafo 3.º del artículo 80 dispone, como es sabido, que “los accionistas que representan la porción de capital que queda establecida en el párrafo anterior (la décima parte del capital social) podrán entablar conjuntamente contra los administradores la acción de responsabilidad...”. Prescindiendo de consideraciones de orden sistemático, es preciso, ante todo, detenerse en el estudio de los elementos que sirven para caracterizar la figura de este legitimado de segundo grado al ejercicio de la acción social de responsabilidad (145).

(144) ASCARELLI, op. loc. cit., solución que fundamenta en que la responsabilidad de los administradores trae origen de las normas dirigidas a la tutela de la integridad del capital social. Véase GOLDSCHMIDT, *La responsabilità...* cit., pág. 18.

(145) La legitimación de los accionistas minoritarios al ejercicio de la acción social no es reconocida por el ordenamiento positivo italiano aunque no faltan autorizadas voces que verían con agrado su implantación. Entre ellas destaca la de ASCARELLI que en muy diversas ocasiones ha venido propugnando un reforzamiento de los poderes de la minoría, en aras del establecimiento de una tutela (de las minorías) que en definitiva y por lo que respecta sobre todo a las grandes Sociedades Anónimas, con acciones muy repartidas entre el público, se traduciría en una tutela de la “mayoría” de los partícipes en la Sociedad (Véase en la colección *Studi in tema di Società*, principalmente: *Principi e problemi delle società anonime*, págs. 32 y ss., nota (62); *Sui poteri della maggioranza...* cit., págs. 127 y ss., nota (41); *In margine alla tutela della minoranza nelle società per azioni*, págs. 139 y ss. e *Interesse sociale...* cit., págs. 149 y ss.). La única posibilidad que a las minorías se le ofrece en el Derecho italiano, es la reconocida en el art. 2.409, en virtud del cual una minoría que represente la décima parte del capital social, puede denunciar los hechos susceptibles de engendrar una responsabilidad para los administradores, ante los Tribunales, para obtener, o bien la celebración de la Asamblea (que delibere el ejercicio de la acción) o bien el nombramiento de un administrador judicial, entre cuyos poderes figura el de acordar el ejercicio de la acción de responsabilidad. Véase FIORENTINO, *Gli organi...* cit., pág. 142.

En el sistema francés al ejercicio de la acción social de responsabilidad son también llamados los accionistas minoritarios, si bien la doctrina no está totalmente de acuerdo en la delimitación teórica de los diversos supuestos. Además

Dos consecuencias de tipo negativo pueden servirnos de introducción al estudio de este tema: la acción social de responsabilidad queda expresamente excluida de la esfera de actuación de una minoría que presente una porción de capital inferior a la décima parte del mismo; del mismo modo, queda excluida la posibilidad de su ejercicio por los accionistas aislados (146). Ahora bien, así como aquella afirmación es plenamente incuestionable, esta última, por el contrario, es sólo parcialmente válida.

La exclusión de esta posibilidad se justifica normalmente en base a una doble consideración; una de carácter general: la necesidad de evitar que la acción de responsabilidad vaya a parar a manos de accionistas aislados que puedan, quizá, convertirla en instrumento de coacción y de escándalo (147); la otra, derivada del tenor literal del precepto en examen, concretamente del adverbio "conjuntamente", que parece autorizar a pensar en una "pluralidad" de accionistas (148). La primera consideración posee indudable validez en cuanto de ella se desprenda que el sistema de la L. S. A., en punto a la delimitación de este legitimado de segundo grado, no ha creído conveniente facultar a cualquier accionista (abstracción hecha de la mayor o menor cuantía de su participación capitalista en la Sociedad) para ejercitar la acción social de responsabilidad. La tutela de intereses minoritarios que como contrapeso a los ilimitados poderes de la mayoría ha puesto en práctica a lo largo del sistema de la Ley el legislador español, tiene en este punto concreto de la responsabilidad de los administradores un alcance ciertamente más restringido, puesto que sólo se otorga a unos intereses minoritarios de entidad superior a un límite prefijado (149) (véase el distinto alcance que la tutela asume en orden a la posibilidad de impugnación de acuerdos sociales, ex art. 69 de la Ley).

de la acción social de responsabilidad (acción fundada en el perjuicio experimentado por el patrimonio social) ejercitada por los representantes de la Sociedad, existe la posibilidad de ejercicio de dicha acción por un grupo de accionistas que represente la vigésima parte del capital social (con obligación de nombrar un mandatario que los represente) e incluso, según algunos (HAMEL-LAGARDE, *Traité...* cit., pág. 797, ESCARRA, *Traité...* cit., págs. 327 y s. y 346 y siguientes); véase GOLDSCHMIDT, *La responsabilidad...* cit., págs. 26 y ss.) por un accionista aislado; en uno y otro caso se habla de acción social ejercitada ut singuli. RIÉPÉRT, sin embargo, critica esta última denominación en lo que afecta al ejercicio de la acción atribuida individualmente al accionista ("como tal accionista" y, por consiguiente, distinta de la acción individual que le corresponde por el daño directamente sufrido), que en ningún caso considera de naturaleza social (*Traité élémentaire...* cit., págs 582 y 858). Véase amplia referencia al derecho comparado en GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. 20 y ss.

(146) Como por el contrario se admite por la doctrina francesa (véase referencia en nota anterior).

(147) GARRIGUES, *Comentario...* cit., t. 2.º, pág. 149; FAIRÉN, *La responsabilidad civil...* cit., pág. 877.

(148) Así parece desprenderse de GARRIGUES, op. loc. últ. cit.; FAIRÉN, op. cit. página 878; PUIG BRUTAU, *La responsabilidad...* cit. pág. 369; GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas...* cit. pág. 380. Todos ellos resaltan la significación del adverbio "conjuntamente".

(149) Véase FAIRÉN, op. cit., pág. 877.

En esto en realidad se concreta la virtualidad de la consideración expuesta sobre el tema específico de la legitimación al ejercicio de la acción de responsabilidad por parte de una "minoría".

La utilización en el texto de la Ley del adverbio "conjuntamente", por ello, no debe inducirnos a pensar que la acción social de responsabilidad no pueda ser ejercitada eventualmente por un solo accionista. Cuando la norma contenida en el párrafo 3.º del artículo 80 establece que una cualificada minoría podrá entablar la acción "conjuntamente", lo que en realidad pretende es excluir la posibilidad de que los accionistas singulares que integran esa minoría puedan "aislada o individualmente" ejercerla; sólo dentro de estos términos debe ser excluida la posibilidad de ejercicio individual de dicha acción por parte de los accionistas aislados. Porque, a nuestro modo de ver, es perfectamente posible y admisible que un accionista que por sí solo represente la décima parte o más del capital social pueda tener acceso al ejercicio de la acción social de responsabilidad. A efectos de caracterización de este legitimado de segundo grado el acento hay que situarlo en la participación en el capital social superior al límite mínimo prefijado; éste es en realidad el criterio que el legislador ha adoptado en la determinación de la existencia de un interés digno de protección, y claro es que de acuerdo con este criterio, tan dignos de protección son dos o más accionistas que entre sí reúnan esa cifra de capital como el singular accionista que por sí sólo la represente. La legitimación, pues, al ejercicio de la acción social de responsabilidad corresponde, en el sistema de la L. S. A., a la participación de una décima parte o más en el capital social, bien que ésta encarne en varios accionistas (en cuyo caso deberán ejercitar la acción "conjuntamente"), bien lo haga en uno solo. La Ley, ciertamente, parece tener en cuenta solamente el primer supuesto, y a él en realidad se refiere literalmente ("los accionistas que representen (en su conjunto) la porción de capital...", dice el párrafo 3.º del art. 80); pero con ello, a nuestro entender, no hace más que aludir al supuesto normal, a un caso típico ideal, pero no al único posible (150).

La constitución de estas minorías (con las salvedades antedichas puede utilizarse esta expresión para aludir a este legitimado de segundo grado) no siempre depende de los votos formulados en Junta general "contra" el parecer de la mayoría de no exigir responsabilidades a los administradores (151). La "minoría" se determinará de esta forma cuando efectivamente haya existido un acuerdo desfavorable a la exigencia de responsabilidad. En este caso, la minoría protegida en sus derechos por la Ley, estará integrada por los accionistas que hayan votado en contra del acuerdo. Pero la Ley declara —como

(150) Nos parece exacta la consideración de GIRÓN, op. cit. pág. 379, de que "el cómputo se refiere al capital social, y por tanto, no deben establecerse diferenciaciones en función de derecho de voto, o de series de acciones, puesto que la Ley no distingue".

(151) Véase en este sentido que se rechaza, FAIRÉN, op. cit., págs. 877 y siguiente.

tendremos ocasión de examinar— la posibilidad de ejercicio subsidiario de la acción social de responsabilidad por parte de una minoría, aun en el supuesto de que haya existido un acuerdo de la Junta general “favorable” al ejercicio de la misma, siempre que éste no haya sido intentado (por la Sociedad) dentro de los tres meses siguientes, contados a partir de la fecha del acuerdo. En estos supuestos es claro que la minoría, como sujeto legitimado al ejercicio subsidiario de la acción, se integrará lógicamente por una parte de los mismos accionistas (con representación de una décima parte del capital social, al menos) que en la Junta general han votado a favor del acuerdo de exigir responsabilidad a los administradores mediante el ejercicio de la acción social originaria.

Cuando el legitimado sea concretamente una minoría integrada por varios accionistas, la Ley prescribe, como hemos visto, el ejercicio conjunto de la acción contra los administradores. Ello significa que la legitimación corresponde al “grupo” en cuanto tal y no a cada uno de los accionistas que lo componen. En su vertiente procesal, el ejercicio conjunto de la acción hace pensar en la automática constitución de un litis consorcio “necesario” activo de accionistas, que deberá litigar con una sola representación procesal y una sola defensa letrada (152).

2. La minoría adquiere la consideración jurídica de sujeto legitimado al ejercicio de la acción social, es decir, podrá entablar la acción de responsabilidad contra los administradores, “cuando la Sociedad no lo hiciere, dentro del plazo de tres meses, contados desde la fecha del acuerdo o cuando éste hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad” (art. 80, párr. 3.º, in fine). La norma tiene una importancia extraordinaria porque determina expresamente las condiciones bajo las cuales dicha legitimación se produce. En base a ella, como hemos visto (v. retro I-2 y 3), es preciso establecer, sin lugar a dudas, el carácter subsidiario de la acción que la Ley otorga a una cualificada minoría para exigir responsabilidad a los administradores (153); desde otro punto de vista, sin embargo, la mencionada norma señala el momento a partir del cual la acción puede ser ejercitada por dicha minoría.

Dos son las hipótesis contempladas por el legislador a estos efectos, a cada una de las cuales atribuye el carácter de condición de ejercicio de la mencionada acción: la falta de ejercicio efectivo de la acción por parte de la Sociedad dentro de los tres meses siguientes a la fecha del acuerdo de la Junta general, “favorable” a la exigencia de responsabilidad, y el acuerdo contrario a la exigencia de dicha res-

(152) FAIRÉN, op. cit., pág. 878; GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal...* cit. I, págs. 173 s.; “las alternativas posteriores a la demanda, de esa minoría —sostiene GIRÓN, op. cit., pág. 380 y recoge PUIG BRUTAU, op. cit., pág. 369— no parece que deban entenderse esenciales para que se mantenga la acción; basta que en el instante de entablarse exista la minoría”. Véase sobre el tema, GARRIGUÉS, op. cit., págs. 149 y s. y ESCARRA, *Traité...* cit., pág. 351, nota (4).

(153) Sobre el tema véase ampliamente GIRÓN, op. cit., págs. 377 y s. y 380.

ponsabilidad. La disyuntiva incorporada al texto del párrafo 3.º, in fine, para contraponer dos tipos de acuerdos sociales, autoriza, a nuestro juicio, sin lugar a dudas, a proponer tal distinción (154) y a valorar el acuerdo a que se refiere el legislador como punto de partida del plazo de tres meses señalado, como acuerdo "favorable" al ejercicio de la acción (no seguido de efectivo ejercicio de la misma en los tres meses siguientes), en oposición al acuerdo "contrario" a que explícitamente hace referencia a continuación.

Esto indica, por de pronto, que una sola es, en realidad, la condición a la que la normativa de nuestra L. S. A. vincula el nacimiento de la legitimación de los accionistas minoritarios al ejercicio de la acción social de responsabilidad: "la falta de ejercicio de la acción" por parte de la Sociedad, bien que esta falta se derive de la existencia de un acuerdo de signo negativo, bien que se desprenda de una pasividad de la sociedad en la ejecución de un acuerdo de por sí favorable a dicho ejercicio. Si hablamos, pues, de doble condición (en sentido alternativo) de ejercicio de la acción social de responsabilidad por parte de la minoría, lo hacemos para resaltar la dualidad de hipótesis contempladas por el legislador, pero, en puridad, ambas hipótesis deben ser subsumidas en una única categoría conceptual.

3. La primera de ellas, como hemos dicho, apunta a una situación de "pasividad" de la Sociedad en la ejecución de un acuerdo favorable al ejercicio de la acción social de responsabilidad. La correcta valoración del plazo de tres meses manejado por el legislador no permite, en verdad, otra interpretación; tal valoración, sin embargo, exige un cierto esfuerzo interpretativo porque la redacción gramatical de la norma se presta, sin duda, a confusión, principalmente por la peculiar situación en la frase de los diversos signos ortográficos (155).

Una lectura superficial del párrafo 3.º, artículo 80, podría, en efecto, sugerirnos cualquiera de estos dos significados: a) Los accionistas, cuando la Sociedad no lo hiciere, podrán entablar... la acción de responsabilidad dentro del plazo de tres meses, contados desde la fecha del acuerdo o cuando éste hubiera sido contrario a la exigencia de responsabilidad; o bien, b) los accionistas... podrán entablar... la acción de responsabilidad, cuando la sociedad no lo hiciere dentro del plazo de tres meses, contados desde la fecha del acuerdo o

(154) Véase recogida en GIRÓN, op. cit., pág. 380; URÍA, *Derecho Mercantil...* cit., pág. 237 y el propio GARRIGUES, *Comentario...* cit., pág. 150.

(155) GIRÓN, *La responsabilidad...* cit., pág. 449, nota (53), afirma que la lectura y dicción gramatical de la ley no le ha producido ninguna duda (véase *Derecho de Sociedades Anónimas...* cit., pág. 380). Tampoco parece que la haya sentido SOLA CAÑIZARES en *Tratado...* cit., pág. 282, pero este autor en *La administración y dirección...* cit., pág. 168, adopta una interpretación contraria, la misma mantenida por GARRIGUES, op. cit., pág. 150, y recogida por FARRÉN, op. citada, pág. 878. A nuestro juicio la interpretación correcta es la sostenida por GIRÓN, pero ello no impide reconocer que la dicción gramatical del precepto en examen es en extremo ambigua y susceptible de dos significados completamente distintos, uno de los cuales será preciso rechazar en base a consideraciones de orden lógico.

cuando éste hubiera sido contrario a la exigencia de responsabilidad. En el primer caso, el término de tres meses vendría referido al ejercicio de la acción por parte de la minoría, actuando como plazo de caducidad de dicha acción; en el segundo, por el contrario, el término haría referencia al ejercicio (*retius*: al no ejercicio) de la acción por parte de la Sociedad.

El profesor GARRIGÜES mantiene una interpretación de dicho plazo en consonancia con el primer significado. “La acción —nos dice— ha de ser entablada precisamente dentro del plazo de tres meses contados desde la fecha del acuerdo o cuando éste hubiera sido contrario a la exigencia de responsabilidad. La Ley, con ello —añade—, quiere evitar que los administradores acusados puedan quedar expuestos a la acción de responsabilidad ejercida por la minoría mucho tiempo después de haberse tratado el asunto en la Junta general” (156).

La interpretación, sin embargo, aun cuando pudiera considerarse deseable (157), no nos inclinamos a compartirla. Pensemos que dicha interpretación sólo tendría sentido en el caso de que el acuerdo de que se trate fuese “contrario” al ejercicio de la acción por parte de la Sociedad; y ello porque, desde el día siguiente a una deliberación de este tipo, los accionistas minoritarios tendrían “seguridad” sobre la falta de ejercicio de la acción por parte de la Sociedad. El establecimiento de un plazo de tres meses a partir de la fecha en que un acuerdo negativo se produce, podría tener efectividad como plazo dentro del cual los accionistas se verían impelidos al ejercicio de la mencionada acción, precisamente porque suficientemente constatada la falta de ejercicio de la acción por la Sociedad (¡qué mejor constatación que un acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad!) la minoría podría acometer dicho ejercicio “en cualquier momento”, dentro de esos tres meses.

Pero esto no ocurre cuando estamos frente a un acuerdo social favorable al ejercicio de la acción de responsabilidad. Ante un acuerdo de este tipo, en efecto, la minoría de accionistas no podrá contar, desde el primer momento, con la seguridad de una falta de ejercicio de la acción por parte de la Sociedad. Es más, en realidad tendrán una cuasi-certeza sobre la favorable disposición de la Sociedad al ejercicio de la acción social de responsabilidad; certeza que, en definitiva, se consolidará cuando la Sociedad efectivamente ejercite la acción, pero que, lógicamente, se irá debilitando a medida que el tiempo transcurra sin que la Sociedad plantee la acción efectivamente.

Ahora bien: si desde el día siguiente al acuerdo de que se trata no existe seguridad (no puede existir) sobre la falta de ejercicio de la acción por parte de la Sociedad, no puede tener sentido alguno establecer un plazo de tres meses, contados a partir de la fecha del

(156) Op. loc. últ. cit.; FAIRÉN, op. loc. últ. cit.; SOLA CAÑIZARES, *La administración y dirección...* cit., loc. cit.

(157) Las razones que aduce el Prof. GARRIGÜES, op. loc. últ. cit., son indiscutiblemente interesante y tal vez deberían haber encontrado oportuna sanción en el sistema de la Ley.

acuerdo, “dentro del cual” una calificada minoría podría considerarse legitimada al ejercicio de aquella acción; tal posibilidad de ejercicio quedaría reducida al último mes, cuando no, a los últimos días del plazo, momento en el que, “tal vez”, podría el Juez constatar la pasividad de la Sociedad frente al ejercicio de la acción anteriormente acordado, como condición necesaria de admisibilidad de la acción en ejercicio subsidiario por parte de la minoría.

En este último orden de ideas encuentra, sin embargo, explicación el plazo de tres meses aludido por la norma en examen. Porque, a nuestro entender, no hay duda que dicho plazo no se refiere al ejercicio de la acción por parte de los accionistas, sino precisamente a la “falta de ejercicio” por parte de la Sociedad, tras un “acuerdo favorable a la exigencia de responsabilidad”. En otras palabras, el término ha sido establecido por el legislador en interés de aquella minoría y no de los administradores; pura y simplemente indica el período de tiempo, transcurrido el cual la Ley “presume” consolidada la dejación o la pasividad de la Sociedad, por lo que respecta el ejercicio de la acción sobre el que se había pronunciado con anterioridad en sentido favorable, equiparando dicha pasividad a una efectiva falta de ejercicio y considerando, en consecuencia, suficientemente verificada la condición de ejercicio de la acción en lo que atañe a la legitimación de la minoría. La presunción, pues, actúa en favor de la minoría en cuanto a que desde aquel momento (al término de los tres meses) tienen abierto el camino para su legitimación al ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores. Sólo de este modo se explica el que la Ley haya desvinculado los dos tipos de acuerdos (favorables o bien contrarios) y que solamente en el ámbito del primero de ellos haya insertado el plazo de los tres meses (158).

4. La segunda hipótesis contemplada por el legislador en la norma contenida en el párrafo 3.º del artículo 80, a cuya verificación se vincula, asimismo, el nacimiento de la legitimación concedida a la minoría, hace referencia explícita a un “acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad”. También aquí, la correcta delimitación del supuesto de hecho previsto por la norma, presenta un indiscutible interés para determinar el alcance de la condición esencial de ejercicio de la acción por parte de la minoría.

Por de pronto cabe decir que el acuerdo (por parte de la Sociedad) contrario a la exigencia de responsabilidad opera el nacimiento de la legitimación de la minoría, en cuanto importa necesariamente la falta de ejercicio de la acción por la propia Sociedad. Adviértase, sin embargo, que la Ley no utiliza la expresión “acuerdo contrario” refiriéndola al ejercicio de la acción social de responsabilidad”. La diferencia de matiz, tal vez involuntaria por parte del legislador, es, a nuestro juicio, harto elocuente y expresa de modo técnicamente

(158) Véase en este sentido GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas...* citado y *La responsabilidad...* cit., loc. cit.; URFÁ, op. loc. últ. cit.

perfecto el alcance atribuible a esta segunda hipótesis que examinamos.

Con anterioridad (v. retro II-8) hemos tenido ocasión de ensayar un cuadro comprensivo de las posibles deliberaciones que sobre el genérico tema de la responsabilidad podían producirse en el seno de una Junta general. Dentro del primer grupo incluíamos todas aquellas decisiones en virtud de las cuales, la Junta general, una vez examinados los concretos supuestos fácticos susceptibles de determinar una responsabilidad de los administradores, declaraba que dichos supuestos caían o no dentro de la esfera de acción del artículo 79, es decir, había o no lugar a exigir responsabilidades a los administradores. Si el acuerdo fuese de tipo positivo—decíamos— automáticamente la ulterior actividad de la Junta quedaba subsumida bajo la esfera de acción del artículo 80 en sus párrafos 1.º y 2.º. Así, la Junta podía: a) hacer dejación de su derecho, “renunciando” al ejercicio de la acción de responsabilidad, b) “transigir” con los administradores culpables, c) acordar el efectivo ejercicio de la acción social que la Ley le concede. Tras este último acuerdo, veíamos cómo la Sociedad podía, a través de la Junta general de accionistas (159), expresar su decisión de a) renunciar a la acción ya entablada, o b) transigir el pleito ya iniciado. Si, por el contrario, el acuerdo fuese de tipo negativo (contrario a la exigencia de responsabilidades), es claro que al no implicar una subsiguiente actividad de la Sociedad sobre esta materia, no existe razón de aplicar la normativa contenida en los párrafos 1.º y 2.º del artículo 80.

Pues bien, cuando la Ley, en el párrafo 3.º del precitado artículo 80, establece como condición de ejercicio de la acción social por parte de la minoría, la existencia de un acuerdo “contrario a la exigencia de responsabilidad”, está pensando precisamente en un acuerdo de ese último tipo, es decir, en una decisión de la Junta general, en virtud de la cual se declara que los supuestos fácticos examinados no caen dentro de la esfera de acción del artículo 79, es decir, no hay lugar (“acuerdo contrario”...) a la exigencia de responsabilidad.

Hasta aquí, la afirmación expresada, no creemos que ofrezca duda alguna en cuanto a su admisibilidad. Sí podría ofrecerla el posterior desarrollo de la misma. Porque, a nuestro entender, cuando la Ley habla de acuerdo “contrario a la exigencia de responsabilidad” se está, sí, refiriendo a un acuerdo de ese tipo señalado, “pero sólo a ése”. Es decir, no integran la estructura de condición de ejercicio de la acción por parte de la minoría, las diversas hipótesis de decisiones asamblearias previstas en el párrafo 2.º del artículo 80 y expuestas anteriormente sub a), b) (naturalmente, c)), a’) y b’).

5. A nuestro juicio, en efecto, los acuerdos de renunciar o tran-

(159) Adviértase que no incluimos la hipótesis de pasividad (situación ciertamente posterior a un acuerdo de este último tipo señalado) ya que exclusivamente nos referimos a decisiones “expresas” de la Sociedad, a través de la Junta General de accionistas.

sigir, en materia de responsabilidad, adoptados por la Sociedad, no operan el nacimiento de la legitimación de la minoría, al ejercicio en vía subsidiaria de la acción social de responsabilidad. Dicho en otros términos: la renuncia o la transacción válidamente acordadas son en todo caso oponibles a los accionistas aislados, quienes en base a una decisión de este tipo no podrán ejercitar conjuntamente la acción social de responsabilidad (160).

Las razones de esta afirmación son, a mi entender, evidentes. Frente a las hipótesis de renuncia o transacción la Ley ha desarrollado, como hemos visto, una especial disciplina protectora de los intereses de la minoría, confiriéndoles la posibilidad de hacer uso de un auténtico derecho de veto, al condicionar la validez misma del acuerdo a la no oposición de socios que representen, al menos, la décima parte del capital social. En relación, pues, con los accionistas minoritarios, los efectos de la renuncia o transacción acordadas por la Sociedad vienen expresamente considerados en el párrafo 2.º del artículo 80. Por eso, cuando el legislador, en desarrollo de una nueva disciplina protectora de los accionistas minoritarios, establece las condiciones para el ejercicio en vía subsidiaria de la acción social de responsabilidad, no puede lógicamente reproducir la situación. La tutela frente a una decisión de renuncia o transacción se actúa precisamente con la atribución a los minoritarios de un derecho de oposición, cuyos efectos son, precisamente, la invalidez de la decisión misma. No parece, pues, lógico pensar que la Ley ha querido atribuir el ejercicio de la acción social de responsabilidad a unos accionistas que han tenido en sus manos la posibilidad de "obligar" a la Sociedad a proceder a su ejercicio.

Tal vez podría objetarse que la conclusión a que hemos llegado deja en completo desamparo a los accionistas ausentes en la Junta general que acordó renunciar o transigir. Y así es en verdad; pero con todo consideramos más ajustada a derecho la solución propuesta. La Ley no puede dictar una disciplina pensando en que una serie de accionistas no acudea a las Juntas generales. Salvo excepciones expresas que contemplan la realidad de la vida de las Sociedades Anónimas, todo el sistema de la Ley está pensado sobre la base de la idea democrática de decisión de los asuntos sociales por mayoría de votos en el seno de una Asamblea formada por (todos) los accionistas. Por otra parte, la solución contraria a la propugnada vendría a favorecer, si bien indirectamente, el absentismo de los socios en lo que atañe a la concurrencia a las Juntas generales. Y éste sí que es un efecto que,

(160) En contra, para la hipótesis de renuncia, GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas...* cit., pág. 380. Las razones que utiliza para excluir el ejercicio minoritario de la acción social ante la transacción acordada, son de dos tipos: a) que de lo contrario se quebrantaría el carácter subsidiario y b) que se desvirtuaría la posibilidad misma de transigir que da la Ley a la Junta. No aporta, sin embargo, justificación alguna en orden a la procedencia de la acción en la hipótesis de renuncia.

a nuestro entender, debe ser evitado al máximo en toda labor interpretativa de las normas de nuestro ordenamiento positivo (161).

Pero además no es cierto que el accionista ausente (y el ilegítimamente privado de emitir su voto) se encuentre en completo desamparo. La Ley ha sido ampliamente generosa para con él en materia de impugnación de acuerdos sociales, atribuyéndole la legitimación para proceder a tal impugnación. Por eso en sus manos siempre estará el atacar, por el procedimiento del artículo 70, el acuerdo de renuncia o transacción si lo estima lesivo para los intereses de la sociedad y beneficioso para uno o varios accionistas, o bien considera que ha sido adoptado en contra de una disposición legal o estatutaria (162).

6. Hipótesis ante la cual no nos inclinamos a propugnar idéntica solución es la del descargo acordado por la Junta general sobre la responsabilidad de los administradores, según las modalidades que ya conocemos (retro II-12 y 13). De los términos que hemos tenido ocasión de exponer a su debido tiempo resulta claramente que la decisión de descargo debe ser incluida entre aquellas por virtud de las cuales la Junta declara no haber lugar a la exigencia de responsabilidad; y de acuerdo con lo expuesto anteriormente debe considerarse implícita dicha deliberación entre los "acuerdos contrarios a la exigencia de responsabilidad" de que habla el artículo 80, párrafo 3.º in fine. Por las razones también en su momento apuntadas, frente a una decisión de este tipo no cabe dar entrada al sistema de oposición por parte de una minoría cualificada, como condición de eficacia del acuerdo en cuestión. En consecuencia, de no querer ver desvirtuada la tutela desarrollada por el legislador en el párrafo 3.º del artículo 80 (todo acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad podría ser considerado como "quítus" a efectos de impedir el acceso de la minoría al ejercicio subsidiario de la acción social de responsabilidad), debemos concluir afirmando que la decisión de descargo produce su efecto tan sólo en cuanto a la posibilidad de que la acción social pueda ser ejercitada por la propia Sociedad (163).

7. La legitimación, pues, de los accionistas minoritarios se produce bien sea ante una situación de pasividad de la Sociedad en lo que respecta al ejercicio efectivo de la acción social de responsabilidad previamente acordada, bien ante un acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad. En uno y otro caso, como puede advertirse, es del todo imprescindible la previa existencia de un acuerdo social, esto es,

(161) PÉREZ SERRANO, *Impugnación de los acuerdos de las Juntas generales de las sociedades anónimas*, en A. D. C., 1949, pág. 1342; véase en relación con la legitimación que el art. 69 otorga a los "accionistas ausentes", GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas...* cit., págs. 331 y siguiente.

(162) Cfr. con la solución que propugna MANTILLA MOLINA, *La responsabilidad...* cit., págs. 53 y s., para el socio minoritario que no alcanza el nivel requerido para ejercitar la acción de minorías. Véase GOLDSCHMIDT, *La responsabilidad...* cit., pág. 37.

(163) En contra GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas...* cit., pág. 382, "porque, de otro modo, se quebrantaría la garantía del número implícito en el sistema".

la previa toma de contacto de la Sociedad, a través de su órgano deliberante, con el tema concreto de la responsabilidad de sus administradores.

Quiere esto decir que los accionistas aislados no podrán, en cualquier tiempo y lugar, intentar por sí solos el ejercicio de la comentada acción, si el tema de la responsabilidad no ha sido objeto de consideración en el seno de una Junta general. Durante la vida de la Sociedad, un determinado número de accionistas puede llegar a tener conocimiento de una actuación del órgano administrativo apta para generar una responsabilidad de sus miembros; pero en tal supuesto la minoría, si quiere ver actuada dicha responsabilidad, deberá someter la situación de hecho de que ha tenido conocimiento, a la deliberación de la Junta general de más próxima celebración, por si ésta considera oportuno que sea la propia Sociedad quien intente el ejercicio de la correspondiente acción. De no ser así, es evidente que entonces se habrá originado la verificación de una de las condiciones a las que la Ley vincula la legitimación de la minoría y ésta podrá, en consecuencia, ejercitar por su cuenta la relativa acción (164).

Esta (necesaria) previa toma de contacto de la Sociedad con el tema de la responsabilidad implica, naturalmente, que la legitimación de la minoría sólo podrá tener oportuna verificación cuando la Sociedad esté "in bonis", esto es, cuando la Sociedad se encuentre en situación de deliberar, a través de la Junta general de accionistas, lo concerniente al tema de la responsabilidad de sus administradores. Esto excluye que tal legitimación pueda producirse una vez que la Sociedad haya sido declarada en quiebra. El sistema legitimatorio del artículo 80 cesa, como hemos visto, durante la quiebra de la Sociedad, para dejar paso a la legitimación de los síndicos de la quiebra en el ejercicio de aquella única acción social de responsabilidad, en interés tanto de los acreedores del quebrado como de los propios accionistas (165).

La solución no puede ser de este tipo durante la fase de liquidación de la Sociedad. El régimen normativo del artículo 80 no sufre en este caso—como hemos tenido ocasión de señalar—modificación alguna y conserva su plena vigencia. La Sociedad puede (y debe si quiere) pronunciarse válidamente sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad y, en consecuencia, es perfectamente posible la verificación de aquellas condiciones necesarias a las que el legislador ha vinculado el nacimiento de la legitimación de los accionistas minoritarios al ejercicio de la acción de responsabilidad. La entrada de la Sociedad en fase de liquidación no puede implicar decaimiento del in-

(164) Véase ESCARRA, *Traité...* cit., pág. 351, que se inclina por la negativa, pero en presencia del régimen instaurado por el Decreto de 31 de agosto de 1937 que priva a la Asamblea de todo poder sobre el ejercicio de la acción social.

(165) Véase ESCARRA, op. cit., pág. 353 y RIPERT, *Traité élémentaire...* citado, pág. 583.

terés de los accionistas minoritarios (166) en el ejercicio de una acción que, como la de responsabilidad, se encamina a procurar una reintegración del patrimonio social del que, precisamente, van a ser inmediatamente partícipes.

8. ¿Producirá el mero hecho del ejercicio de la acción social por la minoría la destitución de los administradores en los cargos que ocupan? La respuesta, como hemos dicho, no puede ser más que negativa. La destitución es un efecto que es preciso vincular no tanto al hecho de verse sometido el administrador al ejercicio de la acción social de responsabilidad, como a la circunstancia de haberse producido en el seno de una Junta general la decisión de la mayoría de hacer efectivo el ejercicio de la mencionada acción; la pérdida de confianza en el administrador, por parte de la mayoría de accionistas, es precisamente el elemento justificador de la pérdida de un cargo basado en la confianza depositada sobre su titular por aquella misma mayoría; y es claro que ante el hecho del ejercicio de la acción por unos accionistas minoritarios, tal elemento justificador carece de propia entidad.

Ahora bien, a nuestro juicio, tal efecto secundario debería poder considerarse ligado de algún modo a la sentencia condenatoria eventualmente pronunciada por el juez en la fase decisoria del juicio entablado. Tal vez no resultase fácil fundamentar la posibilidad de que el juez pudiese perfilar la producción de dicho efecto en su propia decisión condenatoria (167), pero, a nuestro juicio, quizá no resultase violento entender que la deslealtad en que han incurrido los administradores, confirmada por la sentencia judicial, sería susceptible de poner en movimiento la normativa del artículo 83, principalmente en su párrafo 2.º, en base a una extensión analógica de los supuestos contemplados. En este caso, es cierto, los accionistas minoritarios (no necesariamente todos los que, agrupados, entablaron la acción; basta uno solo de ellos) habrían de solicitar a la Junta general un acuerdo declaratorio del cese de los administradores en sus respectivos cargos; pero ante un posible acuerdo contrario a la propuesta de cese, aquéllos podrían contar, como afirma GARRIGUES, con un fundamento firme al eventual ejercicio de una acción de impugnación ex artículos 67 y siguientes de la Ley (168).

IV. EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL POR LOS ACREEDORES SOCIALES

I. Como tercer sujeto legitimado al ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores, la L. S. A. designa a los acreedores sociales. "Los acreedores de la Sociedad—dice el párrafo 4.º del artículo 80—sólo podrán dirigirse contra los administradores cuando la acción tienda a reconstituir el patrimonio social,

(166) Véase ESCARRA, op. cit., pág. 352.

(167) Dicha posibilidad la admite expresamente ESCARRA, op. cit., págs. 98 y siguiente.

(168) *Comentario...* cit., pág. 178.

no haya sido ejercitada por la Sociedad o sus accionistas y se trate de un acuerdo que amenace gravemente la garantía de los créditos.”

En orden a la caracterización de este legitimado de tercer grado, la Ley no establece distinciones. Basta, en consecuencia, la simple posesión de la cualidad jurídica de “acreedor social” para poder considerar integrada la posición de legitimado al ejercicio de la mencionada acción, sea cual fuere la cuantía de su crédito o el título por el que devenga acreedor (169). El tema, pues, no ofrece mayores dificultades. Cualquier acreedor de la Sociedad (170), por el mero hecho de serlo, tendrá a su alcance el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores; y claro es que—aunque la Ley no lo imponga expresamente—cuando sean varios los que pretendan el ejercicio de la acción, deberán actuar bajo una sola representación procesal y una sola defensa letrada.

2. Pero también aquí la legitimación no se opera sino en presencia de determinadas condiciones. La doctrina suele entender como tales los tres requisitos que expresamente señala el legislador en el párrafo 4.º del artículo 80, esto es, 1) que la acción tienda a reconstituir el patrimonio social, 2) que no haya sido ejercitada por la Sociedad o sus accionistas y 3) que se trate de un acuerdo que amenace gravemente la garantía de los créditos (171). En realidad, sin embargo, tan sólo los dos últimos poseen el carácter de condiciones de ejercicio en sentido técnico.

El primero de ellos, en efecto—“que la acción tienda a reconstituir el patrimonio social”—, más que auténtica “condición” a la que se vincula el nacimiento de la legitimación de los acreedores al ejercicio de la acción social de responsabilidad, evoca precisamente el presupuesto necesario sobre el que la legitimación está llamada a operar. En cierto sentido, pues, la declaración resulta superflua. Todo el artículo 80 de la Ley está concretamente destinado a regular la legitimación al ejercicio de la acción “social” de responsabilidad, que se deriva del hecho de haber los administradores causado un daño en el patrimonio social, con malicia, abuso de facultades o negligencia grave. Si esto es así, es claro que tanto la legitimación conferida a la Sociedad en el párrafo 1.º, como la otorgada a los accionistas minoritarios y a los acreedores, en los párrafos 3.º y 4.º, presuponen necesariamente la existencia de concretos supuestos de responsabilidad de los que se deriva el nacimiento de una acción que, en cuanto encaminada a reparar el daño causado, debe necesariamente tender a reconstituir el patrimonio social, esfera en la que, justamente, incide el daño. Que la acción, pues, tienda a reconstituir el patrimonio social no es en realidad una condición a la que se vincula el nacimiento de la legitimación de los acreedores; es el presupuesto necesario para que pue-

(169) GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas...* cit., pág. 380.

(170) FRE, *Società per azioni...* cit., pág. 396; FIORENTINO, *Gli organi...* citado, pág. 159.

(171) Véase en este sentido, GARRIGUES, *Comentario...* cit., t. 2.º, pág. 153; GIRÓN, op. cit., págs. 380 y s.; SOLA CAÑIZARES, *Tratado...* cit., pág. 283.

da, después, hablarse de legitimación. Y en este sentido también es aplicable—aunque la Ley no lo diga—a los demás legitimados. También los accionistas podrán entablar conjuntamente la acción de responsabilidad contra los administradores (ante todo y sobre todo) cuando ésta tienda a reconstituir el patrimonio social. Y lo mismo cabría decir de la propia Sociedad.

La declaración, además, podría dar pie a una interpretación absurda. Al no haberse mencionado este requisito al tratar de la legitimación de la minoría, podría argüirse, en efecto, que los accionistas se hallarían legitimados al ejercicio de la acción social de responsabilidad aun cuando ésta no se examinara a la reconstitución del patrimonio social. Ahora bien, es claro que una tal posibilidad choca abiertamente con la naturaleza misma de la acción a ejercitar. Esto mismo, a su vez, revela el carácter supérfluo de la declaración comentada, en atención, sobre todo, a que del propio texto del párrafo 4.º, artículo 80, resulta claramente que la acción cuyo ejercicio se otorga a los acreedores es la misma que pudo (y no quiso) ejercitar la propia Sociedad.

La conclusión a que habría de llegarse ante el texto de la norma ex párrafo 4.º, artículo 80, en ausencia de una declaración de este tipo, no podría ser de otra naturaleza. La subordinación del ejercicio de la acción por parte de los acreedores a que ésta “no haya sido ejercitada por la Sociedad o sus accionistas” no deja lugar a dudas sobre la identidad de la acción que se atribuye, ni, por consiguiente, sobre la finalidad de la misma: reparación (o reconstitución) del daño causado en el patrimonio social (172).

Que “la acción tienda a reconstituir el patrimonio social” es una declaración formulada por el legislador meramente a efectos aclaratorios, en un afán de eliminar posibles (aunque, a nuestro juicio, remotas) y dispares interpretaciones; concretamente, tal vez —como afirma GARRIGUES—, para que no pueda nunca confundirse la acción de que aquí se trata con la acción reconocida en el artículo 81, que se concede en el caso de lesión directa del patrimonio del acreedor y del tercero (173). Y así, desde el punto de vista de obvias exigencias de certeza y seguridad del ordenamiento positivo, la declaración comentada podría ser calificada de conveniente, aun cuando hubiera sido de desear fuera incorporada al texto del artículo 80 en distintas condiciones de redacción gramatical; porque en cuanto declaración finalista debería más bien venir acompañada de la preposición “para” que del adverbio “cuando”. Tal vez en los siguientes términos: “los acreedores de la Sociedad podrán dirigirse contra los administradores, para reconstituir el patrimonio social, solamente cuando la acción no haya sido ejercitada por la Sociedad o sus accionistas y se trate de un acuerdo que amenace gravemente la garantía de los créditos”.

3. Auténtica condición a la que se vincula el nacimiento de la legitimación de los acreedores sociales al ejercicio de la acción social

(172) Véase FAIRÉN, *op. cit.*, pág. 878.

(173) *Op. loc. últ. cit.*

de responsabilidad, es la que la Ley menciona en segundo lugar: "que (la acción) no haya sido ejercitada por la Sociedad o sus accionistas". La declaración indica, como se ha puesto de manifiesto, el carácter defectivo de la acción atribuída a los acreedores. Indudablemente —como afirma GARRIGUES—, si la acción se ejercitó por la Sociedad o por los accionistas, la finalidad de reintegración del patrimonio social podrá conseguirse por este camino, y por ello sería inútil conceder a los acreedores una misma acción con la misma finalidad (174).

¿Qué hipótesis son susceptibles de ser englobadas bajo la expresión falta de ejercicio de la acción por parte de la Sociedad o sus accionistas? El carácter de legitimación "de tercer grado" podría inducirnos a pensar en la siguiente conclusión: Los acreedores sólo podrán ejercitar la acción social de responsabilidad cuando dicha acción no hubiese sido ejercitada por la minoría no obstante haber surgido para ellos la oportuna legitimación. Si los accionistas minoritarios se encuentran legitimados cuando la Sociedad no ejercita la acción dentro del plazo de tres meses contados a partir de la fecha del acuerdo favorable a su ejercicio o cuando la Sociedad adopta un acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad (no identificable, como hemos visto, al acuerdo de renuncia o transacción), los acreedores sólo tendrán acceso al ejercicio de la acción tras la oportuna verificación de cualquiera de aquellas hipótesis (en lo que se refiere a la actitud de la Sociedad) seguida del no ejercicio de la acción por parte de la minoría. La legitimación de tercer grado de estos sujetos se establecería, de este modo, siempre a remolque de la correspondiente a los legitimados de segundo grado, de suerte que allí donde esta legitimación de segundo grado no hubiera tenido oportuna verificación (vg., ante la hipótesis de renuncia al ejercicio de la acción por parte de la Sociedad) no podría advenir la legitimación de tercer grado que corresponde a los acreedores (175).

Referida a la Sociedad, la falta de ejercicio de la acción social que opera, ex párrafo 4.º del artículo 80, el nacimiento de la legitimación propia de los acreedores, vendría, de este modo, valorada de forma idéntica que ante el nacimiento de la legitimación de la minoría. También aquí se correspondería, entonces, la falta de ejercicio de la acción por la Sociedad con cualquiera de las dos hipótesis, antes estudiadas, de pasividad o acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad, lo que implicaría, en definitiva, una oponibilidad de la renuncia y de la transacción (supuestos excluidos de la hipótesis: acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad) a los acreedores sociales.

Pero tal conclusión, a nuestro juicio, no puede reputarse exacta. Es cierto que puede hablarse de legitimaciones "sucesivas" (176) al

(174) Op. loc. últ. cit. y págs. 148 y s.

(175) Nuestra doctrina apenas presta atención a la valoración de este primer requisito.

(176) O subsidiarias; en ésto está conforme toda nuestra doctrina.

ejercicio de una idéntica acción social de responsabilidad (legitimaciones de primero, segundo y tercer grado), pero tan sólo allí donde una misma actitud del legitimado de primer grado, opera por igual el nacimiento de las legitimaciones de los otros dos sujetos. En este caso sí es cierto que la legitimación de la minoría es de segundo grado en relación con la de los acreedores, que es de tercer grado. Pero hay casos en que un mismo supuesto de hecho no genera el nacimiento de legitimación para estos dos sujetos. Por ejemplo: como hemos de ver, la legitimación de los acreedores exige la presencia de un acuerdo que amenace "gravemente" la garantía de los créditos. No cualquier tipo de daño causado en el patrimonio social por los administradores implica la posibilidad de ejercicio de la acción por los acreedores sociales, sino precisamente aquel que significa una grave amenaza para la garantía de sus créditos. Si tal gravedad no se alcanza, no se operará la legitimación de los acreedores, pero sí la de la Sociedad e incluso la de los accionistas minoritarios. Estos serán ciertamente legitimados de segundo grado, pero en el orden de legitimaciones existentes no seguirá un legitimado de tercer grado. Paralelamente a esta situación planteada: la hipótesis de renuncia al ejercicio de la acción social de responsabilidad no opera el nacimiento de la legitimación de la minoría al ejercicio de la acción social de responsabilidad (la tutela de sus intereses la desarrolla el legislador concediéndoles la posibilidad de "vetar" el acuerdo), pero sí, en cambio (como hemos de tener ocasión de señalar), genera el nacimiento de la legitimación de los acreedores sociales (de otra forma la tutela de sus intereses, desarrollada por el legislador en el párr. 4.º, art. 80, sería ilusoria). En este caso, al legitimado de primer grado (la Sociedad) sucederá directamente la legitimación de los acreedores, que no será ya de tercero, sino de segundo grado.

Es decir, que las legitimaciones al ejercicio de la acción social en vía subsidiaria, por parte de los accionistas y por parte de los acreedores, se desarrollan, en cierto modo, con independencia la una de la otra. Una es la esfera propia en la que se opera la legitimación de los accionistas al ejercicio de la acción social de responsabilidad. Otra (coincidente o no con la anterior) es la que produce la legitimación que, en el mismo orden de cosas, se deriva para los acreedores sociales. Cual sea ésta, es cuestión a determinar seguidamente.

La Ley, como hemos dicho, vincula el nacimiento de esta legitimación a que (la acción) "no haya sido ejercitada por la Sociedad o sus accionistas". Una primera observación sobre el tenor literal de la frase se impone: la norma alude a los dos primeros legitimados, separándolos por una disyuntiva. Y ello, a nuestro juicio, implica una perfecta coherencia con las consideraciones expuestas anteriormente. Los acreedores, en este sentido, tendrán acceso al ejercicio de la acción social de responsabilidad, cuando ésta no haya sido ejercitada por los accionistas (lo cual presupone que no haya sido ejercitada por la Sociedad), o bien, simplemente, no haya sido ejercitada por la Sociedad (lo cual implica que no ha existido la posibilidad de ejercicio por

parte de los accionistas). De no querer separar estas dos hipótesis, el legislador habría referido la falta de ejercicio únicamente a los accionistas (y ello, repetimos, presupondría la falta de ejercicio por parte de la Sociedad. ¡La legitimación de los accionistas se opera como consecuencia de una falta de ejercicio por parte de la Sociedad!) o habrían (con expresión más ambigua) declarado que procedería el ejercicio de la acción por los acreedores cuando ésta no hubiera sido ejercitada “ni por la Sociedad ni por los accionistas”.

Tal conclusión se reafirma si consideramos, además, la misma expresión: “no haya sido ejercitada” (la acción), utilizada por el legislador. La primera condición de ejercicio de la acción social por los acreedores recibe ya en el propio texto del artículo 80 párrafo 4.º, una formulación distinta a la precedentemente examinada condición de ejercicio de la acción por los accionistas minoritarios. Lógico es pensar, en consecuencia, que debe ser objeto de diversa valoración.

Referida la falta de ejercicio de la acción a los accionistas minoritarios, no parece ofrecer mayores dificultades su oportuna delimitación. La expresión alude, sin más, a la materialidad del no ejercicio de una acción por parte de un sujeto legitimado al ejercicio de la misma, dentro, naturalmente, del ámbito de su legitimación. De un modo indirecto, dicha referencia, tiene la virtud de atraer en favor de la legitimación de los acreedores toda la esfera legitimatoria propia de los accionistas minoritarios. El no ejercicio efectivo de la acción por parte de la Sociedad dentro de los tres meses siguientes a la fecha del acuerdo favorable a su ejercicio, integrará un supuesto al que la Ley vincula el nacimiento de la legitimación de los acreedores de un modo mediato, en tanto en cuanto genera una posibilidad de ejercicio de dicha acción por parte de la minoría que puede ser no realizada. Del mismo modo, la existencia de un acuerdo social contrario a la exigencia de responsabilidad (acuerdo por el que se declara “no haber lugar” a la responsabilidad, no identificable con el acuerdo de renuncia al ejercicio de la acción) será también susceptible de operar el nacimiento de la legitimación de los acreedores, “a través” de la posibilidad de “no ejercicio” de la acción por parte de la minoría (177).

(177) Problema que conviene afrontar a este respecto es el de determinar en qué momento puede entenderse que los accionistas minoritarios “no ejercitan la acción social de responsabilidad cuya legitimación les corresponde”. Nada nos dice la Ley sobre este punto (no olvidemos que el plazo de tres meses a que alude el párrafo 3.º, art. 80, se refiere a la falta de efectivo ejercicio de la acción por parte de la Sociedad, y no a un período breve dentro del cual la acción debería ser intentada por los accionistas minoritarios bajo pena de caducidad; de haber sido así, es claro que el simple transcurso de esos tres meses sería dato suficiente para constatar la falta de ejercicio de la acción por la minoría). Por ello creemos que la determinación de dicha situación de pasividad (o inercia) de los accionistas, en cuanto no otra cosa implica que una valoración de simples hechos, deberá ser efectuada, en cada caso concreto, por el propio Juez, “sobre la base de reglas de experiencia y de las circunstancias de hecho que sean sometidas a su examen” (Sic. NICOLÓ, *Surrogatoria...* cit. págs. 153 y s.), sin olvidar, naturalmente, aquella pauta de los tres meses que explícitamente señala el propio legislador al resolver una cuestión (como la de “fijar” la pasividad de la

4. Pero la falta de ejercicio de la acción social viene también referida a la propia Sociedad. En sentido riguroso —decíamos—, esta alusión va, sin duda, referida a aquellas hipótesis de “no ejercicio” directamente contempladas por la norma contenida en el párrafo 2.º del artículo 80. Tales son, como hemos visto, las de renuncia o transacción al ejercicio de la acción social de responsabilidad.

La renuncia al ejercicio de la acción social de responsabilidad acordada por la Sociedad, “antes que la acción haya sido efectivamente planteada”, no puede, indudablemente, impedir el ejercicio de la acción por parte de los acreedores. De otro modo, la declaración contenida en el artículo 79 (los administradores... responderán... frente a los acreedores, del daño causado) sería susceptible de quedar sin efecto por una simple declaración de voluntad de la Sociedad, del mismo modo que quedaría sin efecto la legitimación otorgada a los acreedores, en el párrafo 4.º del artículo 80, cuando la acción “no haya sido ejercitada por la Sociedad”. Adviértase que, a diferencia de los accionistas minoritarios, los acreedores no cuentan con una específica tutela de sus intereses en la disciplina de la responsabilidad civil de los administradores, frente a la decisión de renuncia acordada por la Sociedad. En la deliberación de renuncia el acreedor social no tiene posibilidad de participar en modo alguno; es un tercero respecto a ella y, en consecuencia, no puede serle opuesta cuando pretende el ejercicio de un derecho que el legislador le ha reconocido.

Igual conclusión creemos debe imponerse cuando la decisión de renuncia se efectúa una vez que la acción ya ha sido judicialmente planteada. Es, si cabe, el supuesto de renuncia en el que más peligrosamente pueden tener entrada motivaciones antijurídicas de carácter fraudulento, por lo que, con mayor razón aún, debe descartarse la posibilidad de que pueda ser opuesta con fines de impedir el nacimiento de la legitimación de los acreedores al ejercicio de la acción social de responsabilidad (178).

La renuncia al ejercicio de esta acción, acordada por la Sociedad, tiene en realidad el carácter de renuncia a la legitimación que la Ley otorga a la propia Sociedad para obtener, por vía judicial, la reparación de un daño causado en su patrimonio. Pero es lógico que una tal renuncia a actuar un derecho que le ha sido reconocido no puede impedir la oportuna actuación de un derecho que también ha sido reconocido a los terceros acreedores.

Sociedad respecto al efectivo ejercicio de la acción social) indiscutiblemente análoga. La solución, tal vez un poco tímida, me parece preferible al intento de una interpretación “*stricta sensu*” análogica del plazo de tres meses, siempre peligrosa y máxime en materia de prescripción o caducidad.

(178) En el ordenamiento positivo italiano el problema ha sido específicamente regulado por el legislador en el párrafo 4.º del art. 2.394. En él se 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”; véase sobre este tema MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pág. 345; BRUNETTI, *L'azione di responsabilità...* cit., pág. 233; FERRARA, *Gli imprenditori...* cit., pág. 325; GOLDSCHMIDT, *La responsabilità...* cit., pág. 17.

Frente a la hipótesis de transacción, sin embargo, la solución no puede ser de este tipo. La transacción acordada, en cuanto implica un acuerdo del que lógicamente se deriva una falta de "ejercicio de la acción" por parte de la Sociedad, sería, en principio, susceptible de integrar el supuesto de hecho al que la Ley ha vinculado el nacimiento de la legitimación de los acreedores al ejercicio de la acción social. Pero la transacción (también en principio) posee, en cambio, la virtualidad de hacer decaer el interés de los acreedores sociales en la disciplina de la responsabilidad civil de los administradores, "en la medida que supone una reintegración del patrimonio social lesionado". En rigor, pues, lo que ocurre no es que la transacción no integre uno de los supuestos de hecho previstos por el legislador bajo la expresión "falta de ejercicio de la acción por parte de la Sociedad", sino que la transacción, en tanto en cuanto por su medio se opera una cierta "reconstitución" del patrimonio social (179), trae consigo la desaparición del interés de los acreedores al ejercicio de una acción que, como sabemos, les viene reconocida a fin de reconstituir el patrimonio social.

Las posibilidades de fraude son, también en este caso, evidentes. Frente a ellas el acreedor contará, sin duda, con el remedio de la revocatoria. Pero ante una tal situación (transacción acordada en fraude de acreedores que no implique una reintegración plausible del patrimonio social, con subsistencia, por consiguiente, de la debilidad de éste en su consideración de objeto de garantía de los acreedores), a nuestro juicio, la posibilidad de ejercicio de la acción social de responsabilidad por los acreedores debe ser admitida. Su interés en la disciplina de la responsabilidad renace (en realidad no había decaído), si bien la admisibilidad de la acción por la autoridad judicial se hallaría subordinada a la prueba fehaciente que suministrara el acreedor de la existencia del fraude y de la ineficaz (o nula) reconstitución del patrimonio social llevada a cabo por medio de la fraudulenta transacción.

La precedente construcción es, a nuestro entender, perfectamente coherente con el tenor literal del precepto en examen. La falta de ejercicio de la acción cuando viene referida a los accionistas minoritarios no otra cosa significa que el "no ejercicio material" de una acción al que se encuentran legitimados en virtud de la norma ex párrafo 3.º, artículo 80. La falta de ejercicio de la acción cuando viene referida a la propia Sociedad no puede aludir tampoco a otra cosa sino a la materialidad del "no ejercicio de la acción" por la propia Sociedad, sean cuales fueran las causas por las cuales este no ejercicio se origina. En sentido riguroso, sin embargo, esta última situación debe referirse exclusivamente a las hipótesis de no ejercicio de la acción derivadas de un acuerdo de renuncia o transacción. Frente a ellas, la legitimación de los acreedores es de segundo y no de tercer grado. Las concretas situaciones de no ejercicio de la acción por parte de la Socie-

(179) DE GREGORIO, *Corso...* cit., pág. 303; FRE, *Società per azioni...* cit., página 397; FERRARA, op. loc. últ. cit.

dad, derivadas de la existencia de un acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad o de la pasividad de la Sociedad en el trimestre subsiguiente a haber adoptado un acuerdo favorable al ejercicio de la acción, son hipótesis no contempladas por el legislador "directamente" en punto a determinar el nacimiento de la legitimación que incumbe a los acreedores sociales, sino "indirectamente" al vincular tal nacimiento a la falta de ejercicio de la acción por los accionistas. Frente a estas hipótesis, como es fácil advertir, la legitimación de los acreedores es, sin duda, de tercer grado, correspondiendo la de segundo grado a la minoría de accionistas.

5. La segunda condición a cuya verificación el legislador ha subordinado el nacimiento de la legitimación de los acreedores sociales, viene textualmente señalada en los siguientes términos: que "se trate de un acuerdo que amenace gravemente la garantía de los créditos" (art. 80, párr. 4.º, *in fine*).

GIRÓN TENA ha excluido expresamente la posibilidad de que el "acuerdo" mencionado pueda hacer referencia a la decisión de renuncia de la acción por parte de la Sociedad (180). Tal conclusión, en efecto, es evidente; el "acuerdo" al que alude el legislador no puede ser otro que aquel del que nace la responsabilidad de los administradores, y en consecuencia, no puede si no venir referido a los propios administradores, en idénticos términos que en la declaración final del artículo 79. Por otra parte, es preciso hacer constar que el sentido del término trasciende su significado estrictamente literal; debe, en efecto, entenderse que el legislador ha querido referirse a la "decisión" de los administradores y no necesariamente a un verdadero acuerdo (no susceptible de producirse en el supuesto de administrador único, por lo que será preciso —como afirma GARRIGUES— atribuir idénticas consecuencias a los actos a los que no haya precedido un acuerdo formal (181).

Con todo (y esto tiene mayor trascendencia de índole interpretativa), parece que el legislador ha querido referirse, única y exclusivamente, a una simple decisión que permanece todavía en el ámbito del Consejo de Administración o, más genéricamente, del órgano administrativo. Una expresión análoga ha sido utilizada por el legislador, como hemos apuntado, en el artículo 79, *in fine*; pero en dicha ocasión, expresamente se refiere a los "acuerdos que hubieren causado daño", lo que equivale a poner decididamente el acento en ese "daño", que se ha producido como consecuencia de dichos "acuerdos". Ciertamente no podía ser de otra manera; si el daño no se hubiera verificado, no tendría sentido hablar de exención de responsabilidad de quienes han salvado su voto en la relativa deliberación; no tendría sentido, en definitiva, hablar de existencia de responsabilidad.

Pues bien, aunque la Ley no lo diga expresamente, no hay duda

(180) *Derecho de Sociedades Anónimas...* cit., pág. 381.

(181) *Comentario...* cit., pág. 153 y s.; GIRÓN, *op. loc. últ. cit.*; SOLA CAÑIZARES, *Tratado...* cit., pág. 283.

que a idéntica solución es preciso llegar en presencia de la declaración normativa comentada. El acuerdo a que alude el legislador en el párrafo 4.º del artículo 80 es preciso valorarlo, justamente, en función del daño experimentado por el patrimonio social, como consecuencia del acuerdo adoptado, porque precisamente en consideración a ese daño surge el interés de los diversos legitimados a proponer la acción de responsabilidad (182).

Pero el interés, en lo que respecta a los acreedores, surge en calificadas circunstancias; surge desde el momento en que el daño adquiere frente a ellos un cierto valor: el constituir una grave amenaza para la garantía de sus créditos. Aquí reside la novedad del sistema de nuestra L. S. A. respecto a otros ordenamientos positivos extranjeros; porque nuestra Ley no exige que el patrimonio social devenga "insuficiente" para la satisfacción de los créditos, sino se contenta con una grave amenaza para la garantía de los mismos (183). En este orden de ideas debe también ser valorada la expresión utilizada por el legislador, porque es obvio que la "grave amenaza" a que alude el precepto citado no se refiere tanto al acuerdo en sí (como parece desprenderse del tenor literal de la norma) como a la situación patrimonial creada por la actuación de aquel acuerdo. La gravedad del daño causado (su entidad) al patrimonio social es lo que "amenaza" la realidad de la garantía con la que cuentan los acreedores para la satisfacción de sus créditos, y lo que hace surgir su interés a actuar contra los administradores responsables.

Por eso, una cierta relación, al menos conceptual, debe ser establecida entre la situación contemplada por el legislador y la situación de insuficiencia patrimonial. Esta última, en efecto, constituye la más grave de las amenazas a la garantía de los derechos de los acreedores y es precisamente la situación que viene "temida" en cuanto significa la pérdida de realidad de la garantía patrimonial. Por eso también será de la proximidad de la situación creada por la actividad culposa de los administradores con el estado de insuficiencia patrimonial, de donde podrá constatarse la medida de la gravedad del daño, a los efectos de atribuir a los acreedores la legitimación para actuar frente a aquéllos. Y claro es que la apreciación de dicha gravedad es una cuestión de hecho ante cuya elasticidad, como afirma GIRÓN, habrá de estar al sentido de las cláusulas generales, teniendo siempre presente que un cierto riesgo en la gestión social deberá en todo caso existir (184).

6. El tema concerniente a la posibilidad de ejercicio de la acción social, por los acreedores sociales, durante el período liquidatorio de la Sociedad, no debe ofrecer mayores dificultades. En reiteradas

(182) Véase FIORENTINO, *Gli organi...* cit., págs. 155 y siguiente.

(183) GARRIGUES, *Comentario...* cit., pág. 154; sobre valoración del término "gravemente", véase GIRÓN, op. loc. últ. cit. y *La responsabilidad...* cit., página 446. Cfr. distinta posición del legislador italiano en FIORENTINO, op. loc. últimamente citada.

(184) *Derecho de Sociedades Anónimas...* cit., pág. 381.

ocasiones (retro II-14 y III-7) hemos señalado que el régimen normativo del artículo 80 no experimenta en estos casos modificación alguna, conservando plenamente su vigencia. No creemos, por tanto, necesario insistir sobre el tema, que ha de encontrar su solución por vía de especificación de las consideraciones generales con anterioridad mencionadas.

De mayor interés, sin duda, es el tema relativo a la mayor o menor virtualidad que a la legitimación de los acreedores sociales debe otorgarse en presencia de una Sociedad en estado de quiebra. También sobre ello hemos tenido ocasión de detenernos anteriormente (retro II-15). Séanos permitido, en consecuencia, recordar tan sólo la conclusión entonces apuntada: la declaración de quiebra impide el ejercicio "personal" de la acción por parte de los acreedores sociales; pero ello no significa que desaparezca su interés a que la responsabilidad sea exigida, en el seno, claro está, del procedimiento de quiebra. "El representante de la masa—dice BRUNETTI—ejercita la acción de responsabilidad que corresponde a la Sociedad quebrada en cuanto se dirige a reintegrar, en interés de todos los acreedores, el patrimonio disminuído. Por ello—añade— la separación que al menos teóricamente era concebible (entre las dos acciones) antes, ya no lo puede ser después de la iniciación del procedimiento de quiebra" (185). Si tenemos en cuenta la diversa posición teórica que la doctrina italiana asume frente a la configuración jurídica de la acción atribuída a los acreedores sociales, dicha reflexión necesariamente habrá de reforzar la conclusión sentada como valedera para nuestro ordenamiento positivo.

(185) *L'azione di responsabilità...* cit., pág. 233. En contra, DE MARTINI, *Azione di responsabilità...* cit., pág. 1166.

