

TESIS DOCTORAL

**LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS
ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL:
UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS
238 Y 239 DE LA LSC**

**AUTORA: CASILDA CORTÉS PUYA
DIRECTOR: JUAN DAMIÁN MORENO**

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO**

MADRID 2022

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

*A Santosh, cuya valentía es
mi fuente de inspiración.*

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS
SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PRESENTADO POR
CASILDA CORTÉS PUYA BAJO LA DIRECCIÓN
DEL DOCTOR D. JUAN DAMIÁN MORENO PARA LA
OBTENCIÓN DEL GRADO DE DOCTORA EN EL
PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO,
GOBIERNO Y POLÍTICAS PÚBLICAS. LÍNEA DE
INVESTIGACIÓN: “PERSONA, AUTONOMÍA
PRIVADA, JURISDICCIÓN Y OTRAS FORMAS DE
SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS” DE LA
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID**

MADRID, 2022

RESUMEN

El objetivo de esta tesis es el estudio, en clave procesal, de las normas de los Artículos 238 y 239 de Ley de sociedades de capital que disciplina el ejercicio de la acción social de responsabilidad de los administradores e instrumentalizan la forma en la que la sociedad o, en su caso, los socios deben ejercitar la acción de resarcimiento de los daños ocasionados por los administradores en las funciones propias de su campo cuando dichos daños se producen en el patrimonio de la sociedad.

Estas normas, que llamamos instrumentales, son *procesales* y van dirigidas principalmente al juez que tiene el deber de aplicarlas con todas sus consecuencias vinculando, por consiguiente, a las partes intervinientes en el proceso. Regulan aspectos del proceso, o de la relación jurídica procesal y son a las que tienen que acudir la sociedad si quiere ver reparado su patrimonio. Ello exige que deban ser interpretadas de acuerdo con los criterios propios del Derecho procesal, aplicando a ello la dogmática y los conceptos procesales que han sido elaborados por la doctrina científica y jurisprudencial y que, de forma concreta, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se refieren y regulan el modo en cómo la sociedad puede pretender y pretende, según la Ley, la tutela judicial efectiva de su derecho.

Siendo así, se deduce un régimen especialísimo procesal en el que se ha facultado de forma exclusiva y excluyente a la Junta de socios para la toma de una decisión de esencial importancia para el orden jurídico como es la decisión del ejercitar la acción social, como igualmente se ha disciplinado un régimen procesal para que la acción de la sociedad pueda ser ejercitada en sustitución – por expropiación del poder de disposición del derecho que se perpetua en todas las instancias de la tutela - por unos socios que conforman una minoría si se da alguno de los supuestos reglados en la norma de inactividad o pasividad de la sociedad en la defensa de sus intereses; como, también, se ha disciplinado un régimen de renuncia o transacción al ejercicio de la acción dejando en manos de la Junta tal disposición, haciéndose depender, no obstante, de que no se oponga una minoría, manteniéndose así la coherencia del principio dispositivo en torno a la legitimación procesal.

Este régimen especialísimo determina que la acción solo pueda ser ejercitada por la sociedad o la minoría, nunca conjuntamente, que la acción perezca para la sociedad cuando se interpone la demanda por la minoría y que la sociedad no pueda intervenir en el proceso iniciado por los socios, ni estos en el iniciado por la sociedad.

Palabras claves: Derecho procesal, sustitución procesal, legitimación, acción social de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital, la voluntariedad y voluntad final en los actos procesales.

ABSTRACT

The aim of this thesis is to study, from a procedural perspective, the rules of Articles 238 and 239 of the Spanish Capital Companies Law which regulate the directors' liability action and specify the way in which the company or, where the case may be, the shareholders, must bring an action for damages caused by the directors when they infringed their director's duties or obligations causing damages to the patrimony of the company.

These rules, which we call *instrumental*, are of a procedural nature and are mainly directed to the judge, who has the duty to apply them with all their consequences, thus binding the parties involved in the process. They regulate aspects of the judicial process, or of the procedural legal relationship, and are those to which company must recourse if it wants to see its patrimony restored. This means that they must be interpreted in accordance with the criteria of procedural law, applying the dogmatic and procedural concepts that have been developed by academic and jurisprudential doctrine and which, in precise terms, within our legal system, refer to and regulate the way in which company can bring a corporate liability action.

This being so, a very special procedural regime can be inferred from these rules in which the General Meeting of Shareholders has been empowered with excluding and exclusive powers to take a decision of essential importance for the legal system, such as the decision to bring a corporate liability action against the administrator. It also provides a procedural system so that the corporate liability action can be brought by the shareholders who form a minority. The set of rules governing the waiver or settlement of the corporate liability action has also been defined, leaving this decision in the hands of the general meeting, albeit subject to the absence of opposition from a minority, thus maintaining the coherence of the system designed regarding the procedural legal standing to bring the corporate liability action.

This very special regime determines that the action can only be brought by the company or by the minority, never jointly, that the action perishes for the company when the claim is brought by the minority and that the company cannot intervene in the proceedings brought by the shareholders, nor can the shareholders intervene in the proceedings brought by the company.

Key words: Procedural law, procedural substitution, derivative action, legal standing, company liability action, the willingness in the performing of procedural acts.

ÍNDICE

ÍNDICE.....	4
ABREVIATURAS	8
INTRODUCCIÓN.....	10
PARTE PRIMERA. EL EJERCICIO POR LA SOCIEDAD DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES. ART.238 LSC	14
CAPÍTULO PRIMERO.- INTRODUCCIÓN. PRINCIPIOS BÁSICOS EN NUESTRA LEGISLACIÓN EN MATERIA DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD.....	15
1. <i>Exposición de la evolución legislativa del régimen procesal español referente a la acción social, desde la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 hasta nuestros días.</i> 16	
1.1. Consideraciones previas al contexto legislativo.....	16
1.2. Evolución legislativa del régimen procesal español referente a la acción social: desde la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 hasta nuestros días.	20
1.2.1. La LSA de 1989 y la LSL de 1995.....	20
1.2.2. La LSC de 2010.....	22
1.2.3. La LSC, modificación del año 2014.....	23
2. <i>Análisis crítico comparado de la elección de nuestro legislador de residir en la competencia de conformar la voluntad social para acordar el ejercicio de la acción social en el Junta general y el sistema procesal ideado para permitir que dicha acción pueda ser ejercitada por los socios. Referencia ab initio al derecho comparado: El caso de Alemania y el caso del Reino Unido.</i>	<i>25</i>
2.1. Competencia para conformar la voluntad social y el reconocimiento de la facultad de los socios para el ejercicio de la acción social (derecho de los socios a participar) en el caso de Alemania.....	26
2.1.1. Exposición.	26
2.1.2. Análisis desde la perspectiva procesal de la participación de la minoría en el proceso por el ejercicio de la acción social en el derecho alemán.	28
2.2. El caso del Derecho Inglés. Análisis crítico.	34
3. <i>Determinación del sustrato de principios básicos sobre los que necesariamente hay que desarrollar nuestra investigación. Principios básicos en nuestra legislación en materia del ejercicio de la acción social de responsabilidad</i> 36	
CAPÍTULO SEGUNDO.- EL ACUERDO DE LA JUNTA APROBANDO EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD. ART. 238 LSC. PERSPECTIVA PROCESAL	39
1. <i>Planteamiento.....</i>	<i>40</i>
2. <i>El acuerdo de la Junta de ejercitar la acción social de responsabilidad. - Problemática procesal.....</i>	<i>42</i>
2.1. La voluntariedad y voluntad final en los actos procesales. -Su análisis y trascendencia en nuestra investigación.....	42

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

2.2 El Acta de la Junta como prueba documental, exclusiva y excluyente, de la voluntad final de la sociedad de interponer la acción social de responsabilidad.	51
2.3 La impugnación probatoria del Acta. - Problemática y vías de impugnación.	54
CAPÍTULO TERCERO.- ANÁLISIS PROCESAL DE LA NECESIDAD DE CONCRECIÓN DEL CONTENIDO DEL ACUERDO.	61
1. <i>Planteamiento.</i>	62
2. <i>La necesidad de concreción del acuerdo social.</i>	63
3. <i>Criterios procesales para la determinación del grado de concreción del acuerdo. La identificación de la acción procesal de responsabilidad societaria. .</i>	72
3.1. Consideraciones de carácter general.....	73
3.2. Identificación de la acción de responsabilidad de los administradores. 76	
3.2.1. Identificación de los sujetos 76	
3.2.2. La identificación de la causa petendi..... 79	
3.2.3. Identificación del petitum..... 86	
4. <i>Las consecuencias de la necesaria correlación entre el acuerdo concreto de la Junta y el objeto de la demanda.</i>	88
CAPÍTULO CUARTO.- ANÁLISIS Y TRATAMIENTO PROCESAL DEL ACTA DE LA JUNTA COMO DOCUMENTO.	92
1. <i>Planteamiento.</i>	93
2. <i>Supuestos de estudio.</i>	94
2.1. Inexistencia de acuerdo de la Junta o la no aportación documental en la demanda del mismo con el Acta. -Normas aplicables. Referencia a la LJCA y otras normas procesales recogidas en la LEC.	94
2.2. Tratamiento procesal en los supuestos de falta de correlación entre el acuerdo y la demanda.	102
2.3. Tratamiento jurisprudencial actual. Crítica.	103
SEGUNDA PARTE: LA ACCIÓN SOCIAL EJERCITADA POR LOS SOCIOS.	
ART. 239.....	106
CAPÍTULO QUINTO.- CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA PROCESAL DE MINORÍA.	107
1. <i>Planteamiento y delimitación de nuestro estudio.</i>	108
2 <i>Naturaleza jurídica procesal de la minoría en el proceso por el ejercicio de la acción social.</i>	110
2.1. Cuestiones previas que considerar.....	110
2.2. La condición de parte legítima de la minoría como sustituto procesal.	112
2.2.1. I. Brevísimas consideraciones en relación con el concepto de sustitución procesal.	112
2.2.2. II. La sustitución procesal como base conceptual del ejercicio de la acción social por la minoría en la legislación mercantil societaria.	114
2.2.3. III. Examen del Art. 10 LEC y su referencia necesaria al Art. 239 LSC.	117
2.2.4. IV. La referencia del Art. 10 LEC a la ley material (Art. 239 LSC). - Sustitución procesal y la acción subrogatoria.....	120

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

2.3.	La trascendencia y alcance de la intervención de la minoría por sustitución.....	126
2.3.1.	La posibilidad de que concurren en un mismo proceso el ejercicio de la acción por la sociedad y por la minoría.	128
2.3.2.	La perención de la acción para la sociedad cuando la acción se ejercita en sustitución procesal por la minoría.	133
2.4.	Examen de los posibles efectos en nuestro estudio de la doctrina científica y jurisprudencial elaboradas al hilo del ejercicio de las acciones de exclusión del socio y de impugnación de los acuerdos sociales.	135
2.5.	Conclusiones.....	145
3	<i>Hechos que permitirían la expropiación del poder de disposición a la minoría.</i>	146
3.1.	Que la acción no se entable por la sociedad en el plazo de un mes contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo. Problemática procesal.....	147
3.2.	Que el acuerdo de Junta hubiera rechazado la interposición de la demanda contra el administrador. Acuerdo contrario a la exigencia de la responsabilidad. Notas sobre el <i>interés procesal</i> y Problemática Procesal.	151
3.3.	Que los administradores no convoquen la Junta solicitada por los socios a fin de aprobar el ejercicio de la acción de responsabilidad. Problemática procesal.....	157
3.4.	El supuesto de la acción de deslealtad. Problemática Procesal.	160
CAPÍTULO SEXTO.- TRATAMIENTO PROCESAL DEL CARÁCTER O CUALIDAD DE MINORÍA.....		165
1.	<i>Planteamiento.</i>	166
2.	<i>Cualidades procesales de la minoría. Tratamiento procesal. La capacidad. Problemática.</i>	167
2.1.	Minoría unipersonal.....	167
2.2.	Minoría plurisubjetiva.	168
2.3.	Una única acción y una sola parte actora. Carácter o cualidad de la minoría. La problemática de su subsanación.	170
3.	<i>La actuación procesal de la minoría: la inexistencia de litisconsorcio necesario.</i>	183
4.	<i>La actuación procesal de la minoría. Especial referencia al desistimiento.</i> 186	
5.	<i>Pérdida de la cualidad o carácter de minoría durante el proceso.</i>	189
CAPÍTULO SÉPTIMO.- INTERVENCIÓN DE LA SOCIEDAD EN EL PLEITO POR EL EJERCICIO DE LA ACCION SOCIAL ENTABLADO POR LA MINORÍA.		193
1.	<i>Planteamiento y delimitación del estudio.</i>	194
2.	<i>Notas generales sobre la intervención procesal.</i>	194
3.	<i>La intervención voluntaria del sustituido en los casos de sustitución procesal. Exposición de las tesis doctrinales y jurisprudenciales sobre el tema. Su aplicación a nuestro caso.</i>	202
3.1.	La intervención voluntaria de la sociedad en el caso del ejercicio de la acción de responsabilidad por la minoría: no se justifica desde un punto de vista procesal.....	209
3.1.1.	Los elementos de la intervención	212

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

La cualidad de tercero de la sociedad en el pleito iniciado por la minoría.	212
El interés legítimo y directo del tercero como interviniente: la inexistencia del título necesario para la intervención de la sociedad en el pleito iniciado por la minoría.	213
3.2. Intervención voluntaria de la sociedad en la parte demandada en el caso del ejercicio de la acción de responsabilidad por la minoría de la sociedad en la parte demandada.	218
4. <i>La intervención provocada.</i>	219
5. <i>La intervención de la minoría en el pleito entablado por la sociedad.</i>	219
TERCERA PARTE	220
CAPÍTULO OCTAVO.- LOS EFECTOS PROCESALES DE LA SENTENCIA QUE SE DICTA EN EL PROCESO SOBRE RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LOS ADMINISTRADORES.....	221
1. <i>Planteamiento.</i>	222
2. <i>Efecto ejecutivo de la sentencia. Legitimación de la minoría y la sociedad para entablar la demanda ejecutiva.</i>	223
3. <i>La legitimación de la minoría en los recursos devolutivos.</i>	233
4. <i>Efecto de cosa juzgada de la sentencia dictada en el proceso por el ejercicio de la acción social entablado por la minoría.</i>	239
5. <i>Efectos económicos: costas y costes procesales.</i>	242
CAPÍTULO NOVENO.- LA RENUNCIA Y LA TRASACCIÓN AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL	244
1. <i>Delimitación del objeto de renuncia y transacción según los términos literales de la norma del Art. 238.2 LSC (“el ejercicio” de la acción social).</i>	245
1.1. Estudio del objeto de renuncia y transacción según los términos literales de la norma del Art. 238.2 LSC: el ejercicio de la acción social.....	250
2. <i>Análisis del acuerdo de transigir y renunciar al ejercicio de la acción. Finalidad procesal.</i>	255
2.1. El Acta como prueba documental de la voluntad social a renunciar (o transigir) al ejercicio de la acción. Tratamiento procesal.	256
2.1.1. Grado de concreción que la norma exige a estos acuerdos en relación con la acción ejercitada o ejercitable. Tratamiento procesal del Acta.....	260
El acuerdo para transigir y/o renunciar a la acción ejercitada por la sociedad. La terminación anormal del proceso. Tratamiento procesal del Acta.....	260
Acuerdo de la Junta para transigir o renunciar al ejercicio de la acción futura. La excepción propia y excluyente de la pretensión. Tratamiento procesal del Acta.	261
2.2. La renuncia o transacción a la acción cuando la acción se ha ejercitado por la minoría.	264
2.2.1. La renuncia a la acción social por la minoría como sustituto procesal. 264	
2.2.2. ¿Cómo puede la sociedad hacer valer el acuerdo de renuncia o transacción a la acción ejercitada por la minoría en sustitución procesal? ..	267
CONCLUSIONES.....	270
BIBLIOGRAFÍA	277

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

LEGISLACIÓN.....	288
INDICE DE JURISPRUDENCIA	289

ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AktG	Ley de Sociedades Anónimas Alemana de 6 de septiembre de 1965 (Boletín Oficial Federal I, p. 1089), modificada por última vez por el artículo 9 de la Ley de 17 de julio de 2017 (Boletín Oficial Federal I p. 2446)
Art.	Artículo
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
C.A de 2006	Company Act 2006
C.C	Código Civil
C.Com	Código de Comercio
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
FJ	Fundamento Jurídico
LC	Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LSA de 1951	Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas
LSA de 1989	Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.
LECA	Real Decreto de 3 de febrero de 1881 por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley Enjuiciamiento civil
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
LPH	Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal
LSRL de 1953	Ley de 17 de julio de 1953 sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

LSRL de 1995	Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.
RDL	Real Decreto Legislativo
RDM	Revista de Derecho Mercantil.
RDP	Revista de Derecho Privado.
RDProc	Revista de Derecho Procesal.
RDPI	Revista de Derecho Procesal Iberoamericana
RDS	Revista de Derecho de Sociedades.
RGD	Revista General de Derecho.
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia,
SAP	Sentencia Audiencia Provincial.
SJMER	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
SJPI	Sentencia Juzgado de Primera Instancia.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo.
UE	Unión Europea
ZPO	Código procesal Civil Alemán (ZPO).

INTRODUCCIÓN

La Ley 31/2014 de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, introdujo cambios muy importantes en lo que concierne a la responsabilidad de los administradores por los daños que su actuación antijurídica en el desempeño de su cargo puede causar a la sociedad. Sin embargo, no se hicieron en las normas que regulan el régimen del ejercicio de la acción social, recogidas en el Capítulo V de la LSC, cuya redacción se ha mantenido prácticamente idéntica desde su primera formulación hace ya setenta años.

El título que le hemos dado a nuestra tesis delimita, desde el principio, nuestro campo de investigación en relación con la responsabilidad de los administradores societarios por sus actuaciones ilegales o ilícitas.

No se trata, por tanto, *en primer lugar*, de hacer un estudio de la responsabilidad de los administradores frente a cualquier perjudicado por los actos que hayan podido llevar a cabo en el ejercicio de sus funciones como tales administradores societarios. Esa es materia, no solo reservada a los mercantilistas, sino estudiada a fondo por ellos, y de sus enseñanzas hemos de partir en nuestra investigación. Y así lo hemos hecho.

Pero, aun así, *en segundo lugar*, siendo el campo de esa responsabilidad tan amplio (dado el ilimitado número de personas que pueden verse afectadas por esas actuaciones ilícitas o ilegales), lo que haría inagotable la materia objeto de nuestro estudio, nos hemos querido centrar, siguiendo los consejos e indicaciones de nuestro Director de Tesis, exclusivamente en el estudio de aquellos casos en los que la responsabilidad (bajo los supuestos y contenidos elaborados por los mercantilistas) se refiere a los daños producidos en el patrimonio de la propia sociedad de la que son administradores, dejando de lado la responsabilidad que se podría asumir por el daño a los patrimonios de terceros ajenos a la sociedad, como los socios, acreedores u otras personas afectadas y perjudicadas. Así, de los dos campos de la responsabilidad societaria de los

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

administradores por sus acciones u omisiones en función de tales que se nos muestran en el Capítulo V - la que se deriva de su actuación u omisión que perjudica de forma directa los intereses de la sociedad; y la que daña a la sociedad pero solo en función del daño que causa a los terceros el no resarcimiento patrimonial de aquella, que son dos cosas totalmente distintas y que requieren un tratamiento material distinto y, lógicamente, uno procesal igualmente distinto- nos centraremos en el estudio de los casos de responsabilidad de los administradores exclusivamente perjudiciales para la sociedad, esto es el ejercicio de la acción social cuando lo ejerce la propia sociedad o, en su caso, lo hace la denominada minoría.

En tercer lugar, nuestra formación jurídica y, por supuesto, las indicaciones de nuestro Director, nos ha hecho centrarnos en el análisis y la interpretación de aquellas normas jurídicas que llamamos *instrumentales* y que, de forma concreta, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se refieren y regulan el modo en cómo la sociedad puede pretender y pretende, según la Ley, la tutela judicial efectiva de su derecho y la reparación del daño causado por la actuación ilícita o ilegal del administrador. No se trata, pues, tampoco de estudiar lo que podríamos llamar *el proceso para exigir la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad*, pues, en todo caso, ese estudio, dado la naturaleza de ordinario, sería una investigación que ya está hecha, y con gran acierto, por aquellos procesalistas que nos han precedido en el estudio del Derecho Procesal haciendo análisis definitivos sobre nuestro proceso civil.

De esta manera, nuestro estudio se centra en el análisis procesal de las normas recogidas en los Arts. 238 y 239 de la LSC. Porque si se ve, en estos artículos se establece de forma directa, *de una parte*, que es la sociedad quien puede judicialmente pretender la reparación del daño ocasionado en su patrimonio por el administrador, residenciando para este acto concreto, la potestad de hacerlo, en determinadas condiciones, en la Junta de accionistas, y que es igualmente la sociedad, otra vez con acuerdo de la Junta, quien puede, en relación con la responsabilidad de sus administradores, transigir con ellos o renunciar al ejercicio de la acción; pero, también, *de otra parte*, la norma del Art. 239 regula que, en determinadas condiciones, una denominada *minoría* de socios puede

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

pretender también la reparación a favor de la sociedad del daño producido por el administrador.

Estas normas son, sin duda, *instrumentales* al derecho al resarcimiento que la Ley le concede a la sociedad para el caso de que se vea perjudicada por la actuación de sus administradores. No regulan el derecho al resarcimiento, ni sus condiciones, sino la manera de hacerlo efectivo a través del proceso jurisdiccional. Son, por tanto, *normas procesales*, pues en ellas regulan aspectos del proceso o la relación jurídica procesal al que tiene que acudir la sociedad si quiere ver reparado su patrimonio de los daños infringidos por su administrador. La doctrina procesal, unánimemente no tiene duda alguna de que, regulándose la relación jurídica procesal, la norma que lo hace es procesal e instrumental y que va dirigida principalmente al juez que tiene el deber de aplicarla con todas sus consecuencias vinculando, por consiguiente, a las partes intervinientes en el proceso¹.

Siendo estas normas de naturaleza procesal debemos interpretarlas de acuerdo con los criterios propios del Derecho procesal, aplicando a ello la dogmática y los conceptos procesales que han sido elaborados por la doctrina científica y jurisprudencial.

A lo largo de esta tesis y por lo que hemos dicho será esencial referirse a la doctrina tradicional procesal para asentar las bases de nuestro estudio de la que partirá nuestro análisis y comprenderlas en su formulación actual en la norma del LEC. Asimismo, las referencias doctrinales modernas se ven limitadas pues, salvo error por nuestra parte, no se ha realizado un estudio completo desde la perspectiva procesal de la acción que nos proponemos analizar porque, aunque se hayan avanzado por la doctrina mercantil cuál debe ser el tratamiento procesal que se deduce de la norma, siendo válidas y necesarias estas aproximaciones para comprender el fin de la norma, en muchas ocasiones las conclusiones a las que se llegan no se compadecen con la conceptualización procesal de

¹ CHIOVENDA: Principii di diritto processuale civile (ritampa anastática) Napoli, 1965 y CARNELUTTI, Sistema del diritto processuale civile, Padova, 1936, T.I, pag. 71.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

institutos tan importantes como la sustitución procesal o la intervención de terceros. En definitiva, nos enfrentamos a un régimen especialísimo procesal al que se une la dificultad de una notable falta de casuística respecto a muchos de los temas que trataremos. Como se puede intuir no son pocas las preguntas que se suscitan en esta investigación, ni fáciles las respuestas.

La tesis está dividida en tres partes. En la primera se estudiará la acción social cuando la ejercita la sociedad donde se mostrará primero y desde el inicio, cual sea el núcleo jurídico procesal del poder de la Junta general de la sociedad de capital en torno a la exigencia de la responsabilidad social de los administradores societarios para explicar después el trascendental sistema procesal ideado para el ejercicio de la acción social y dejar relacionados, los principios fundamentales en los que se ha basado nuestra Ley para regular la legitimación activa en el *ejercicio* de la acción social, prestando especial interés al acuerdo de la junta y su problemática procesal.

En la segunda parte, se estudiará la acción social ejercitada por la minoría (Art.239), donde prestaremos especial atención a la condición de parte legítima de la minoría como sustituto procesal y los hechos que determinan la transmisión del poder de disposición del derecho de la sociedad a la minoría.

Finalmente, la tercera parte, una vez analizadas y estudiadas la legitimación de las partes y habiendo delimitado el ámbito de aplicación de las normas a la concreta acción que estudiamos, analizaremos los efectos **procesales de la sentencia en el proceso sobre responsabilidad social de los administradores ejercitada por la minoría** que se irán resolviendo, llegados a ese punto, a modo de conclusión, y la renuncia y la transacción de la acción como elementos limitadores o delimitadores de la expropiación de aquel poder por la minoría.

A esto, pues, y no es poco, se reduce nuestra investigación.

**PARTE PRIMERA. EL EJERCICIO POR LA SOCIEDAD
DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE
LOS ADMINISTRADORES. ART.238 LSC**

CAPÍTULO PRIMERO.- INTRODUCCIÓN. PRINCIPIOS BÁSICOS EN NUESTRA LEGISLACIÓN EN MATERIA DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD

SUMARIO:

1. Exposición de la evolución legislativa del régimen procesal español referente a la acción social, desde la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 hasta nuestros días.
 - 1.1. Consideraciones previas al contexto legislativo.
 - 1.2. Evolución legislativa del régimen procesal español referente a la acción social, desde la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 hasta nuestros días
 - 1.2.1. La LSA de 1989 y la LSL de 1995
 - 1.2.2. La LSC de 2010
 - 1.2.3. La LSC de 2014
2. Análisis crítico comparado de la elección de nuestro legislador de residenciar la competencia de conformar la voluntad social para acordar el ejercicio de la acción social en el Junta general y el sistema procesal ideado para permitir que dicha acción pueda ser ejercitada por los socios. Referencia *ab initio* al derecho comparado: El caso de Alemania y el caso del Reino Unido.
 - 2.1. Competencia para conformar la voluntad social en el caso de Alemania y el reconocimiento de la facultad de los socios para el ejercicio de la acción social.
 - 2.1.1. Exposición
 - 2.1.2. Análisis desde la perspectiva procesal de la participación de la minoría en el proceso por el ejercicio de la acción social en del derecho alemán.
 - 2.2. El caso del Derecho Inglés. Análisis crítico.
3. Determinación del sustrato de principios básicos sobre los que necesariamente hay que desarrollar nuestra investigación. Principios básicos en nuestra legislación en materia del ejercicio de la acción social de responsabilidad

1. Exposición de la evolución legislativa del régimen procesal español referente a la acción social, desde la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 hasta nuestros días.

1.1. Consideraciones previas al contexto legislativo.

Aunque el carácter introductorio de este capítulo debería limitarlo a la exposición de datos legislativos que nos sitúen el panorama legal del objeto de nuestro trabajo, pretendemos mostrar, desde el inicio del mismo, cual sea el núcleo jurídico procesal del *poder* de la Junta general de las sociedades de capital en torno a la exigencia de la responsabilidad social de los administradores societarios, amén de explicar, ahora también, aunque sea someramente y partiendo de los estudios mercantiles y el derecho comparado, el trascendental sistema procesal ideado de legitimación de la *minoría* para el ejercicio de la acción social y dejar relacionados, desde el principio, los principios fundamentales en los que se ha basado nuestra Ley para regular la legitimación activa en el *ejercicio* de la acción social. De esta manera conseguiremos *ab initio* una delimitación más precisa del objeto de nuestro trabajo.

Con estas solas palabras se comprenderá que este trabajo de investigación, por tanto, no abarcará todo el amplísimo campo procesal relativo a la responsabilidad de los administradores societarios - que son responsables, también, no solo frente a la sociedad, sino frente a los terceros por los actos y omisiones en que incurran en el desarrollo de su labor administradora y que produzcan perjuicios- sino que se limitará de los casos de responsabilidad de los administradores exclusivamente perjudiciales para la sociedad; esto es el ejercicio de la acción social cuando lo ejercita la propia sociedad o, en su caso, lo hace la denominada minoría.

De otra parte, nuestro estudio, como ya ha quedado dicho y como se deduce del título que le hemos dado, parte de un enfoque claramente procesal del tema, justificado en el carácter procesal de las normas que se estudian, esencialmente los Art. 238 y 239 LSC, porque en esta tesis nos interesa profundizar, no tanto en la responsabilidad del administrador societario desde el punto de vista material, ampliamente estudiada por los mercantilistas, como en el sistema procesal ideado por nuestro legislador para que la

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

sociedad y, en ocasiones, unos determinados sujetos puedan exigir judicialmente esa responsabilidad.

Así, pues, dentro de esos límites se desarrollará nuestra investigación y es a esa materia normativa a la que ahora nos vamos a referir.

La doctrina científica y jurisprudencial se han referido a este objeto de investigación como el estudio de la acción social de responsabilidad de los administradores.

Bajo estas premisas podemos ya exponer que a mediados del s. XIX y principios del XX muchos países de Europa ya habían desarrollado normas sustantivas específicas que proporcionaban respuestas jurídicas concretas a la casuística sobre las sociedades anónimas y, en cierta forma, la responsabilidad de los administradores² lo que ponía de manifiesto la insuficiencia de nuestra regulación en esta materia que llegó incluso a ser calificada de *penuria normativa*³ y que hasta ese momento venía desarrollándose en gran medida por el *derecho vivo*, los usos y prácticas recogidos en los estatutos sociales. En este contexto se hizo el Anteproyecto en el Instituto de Estudios Políticos de la Reforma de la Sociedad Anónima en 1947 que culminó con la promulgación en 1951 la Ley de Sociedades Anónimas y unos años más tarde la Ley de Sociedades Limitadas de 1953. Debemos aquí significar, que estas normas se caracterizaron por ser todo menos innovadoras, pues «aspiraron en realidad a regular la experiencia propia, traduciendo en

² Entre otras, fueron claves para toda Europa para el desarrollo posterior legislativo de la responsabilidad de los administradores la regulación de Alemania, Inglaterra y Gales y Francia. En Alemania, por ejemplo, se codificó en 1861 la «Allgemeine Deutschen Handelsgesetzbuch» (Ley de Sociedades Anónimas) que se mantuvo vigente hasta 1899 aunque se hicieron modificaciones importantes en 1870 en lo relativo al ámbito estructural y organizativo de la sociedad, por ejemplo, cuando regula el consejo de vigilancia (*Aufsichtsrat*). En 1899 se implantó un nuevo Código Mercantil con el que se dio el paso definitivo a un verdadero sistema normativo de las sociedades mercantiles al que siguió la promulgación de la Ley de 30 de enero de 1937 y más tarde, en 1965, la actual Ley de Sociedades Anónimas (*Aktiengesetz*). Por su parte, en Inglaterra y Gales tanto el Limited Liability Act (Ley de sociedades limitadas) promulgado en 1855-56 como el Company Act de 1862 (Ley de sociedades) - en la que se decidió *Salomon v A Salomon & Co Ltd. [1897] AC 22* (precedente inglés de absoluta referencia en la evolución del derecho de sociedades y la responsabilidad de los administradores) fueron claves no solo para el posterior desarrollo de la norma en Inglaterra sino también para el desarrollo normativo en otros ordenamientos como el francés, por ejemplo, con la promulgación de la Ley de Anónimas en 1867, y unos años antes, en 1863, la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

³ NUÑEZ LASO se refirió así al estado normativo previo a la LSA de 1951. NUÑEZ LASO, Rafael, 1957, en su Nota a la publicación del libro *Reforma de la Sociedad Anónimas*, GARRIGUES, Joaquín, *et. al*, 1947, Madrid: Instituto de Estudios Políticos. Consultado en Dialnet-ReformaDeLaSociedadAnonima-2127654.pdf 25.2.2020, pp. 161-165.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

ley la vida normal de las sociedades españolas⁴», incluyendo, también, todo lo aprendido de la experiencia ajena lo que permitió que no se introdujeran en la norma aspectos que no vinieran «avalados por el éxito en las principales naciones europeas»⁵.

Las novedades y elementos normativos más notables -no referiremos ahora principalmente a la LSA de 1951- respecto al régimen de tutela por la acción de responsabilidad de los administradores fueron precisamente aquellos relacionados con las reglas que disciplinaban las funciones de los órganos de la sociedad. Es suficiente para nuestra exposición recordar aquí que el administrador pasó de ser un mero mandatario a ser reconocido en nuestro ordenamiento como un representante orgánico del patrimonio separado de la sociedad y un gestor con posición fiduciaria correspondiéndole independencia y autonomía frente a los socios⁶; la responsabilidad del administrador ya no se encontraba en el incumplimiento de un contrato de mandato sino en la vulneración de obligaciones de origen legal lo que consiguientemente repercutió en la reinterpretación del estándar de diligencia exigible a estos administradores que pasó a conceptualizarse desde este momento en la *diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal* (Art. 79 LSA 1951)⁷.

Son justamente estos elementos de independencia y diligencia debida de los administradores los que terminaron de conformar el sustrato para la formulación del régimen de su responsabilidad frente a la sociedad por los daños que pudieran causar a esta con su actuación antijurídica, régimen en el que se incluyó todo un *entramado normativo* especialísimo y de naturaleza procesal de las condiciones en las que se podría

⁴ *Ibid.*, *Supra Nota* (3) pp. 161 y ss.

⁵ *Idem.*

⁶ GARRIGUES, J (con URÍA, R) Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas. 1976. Vol. II, 3º Edición, pp. 9-17.

⁷ RÁMOS HERRANZ, I. *El estándar mercantil de diligencia: El ordenado empresario*. Proyecto de Investigación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) sobre «El vínculo trasatlántico en el Derecho Concursal (aproximación y armonización del Derecho de insolvencias en Europa y América Latina)», clave SICA. 2006. Disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2006-10019500225, pp. 195- 225.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

ejercitar la acción de responsabilidad contra estos administradores (Art. 79 y 80 LSA de 1951 y Art. 13 LSRL de 1953)⁸.

De este régimen, además de aquello que iremos estudiando a lo largo de este trabajo, por razones metodológicas y conceptuales, debemos *ab initio* dejar señaladas dos cuestiones que, además, se muestran, como se irá viendo, esenciales para nuestra investigación:

- a) La primera es que, aunque nuestro legislador optó por configurar el órgano de administración en base al modelo tradicional monista (*one-tier board*)⁹, a diferencia de otros sistemas que también optaron por este modelo, extrajo de entre las funciones y facultades de gestión la de conformar la voluntad social para el ejercicio de la acción de responsabilidad de los administradores que residenció de forma exclusiva y excluyente en la Junta general¹⁰ (*Ex Art. 80 LSA de 1951*).
- b) La segunda es que, entre las medidas de protección de los socios ante los posibles abusos de los administradores y de las mayorías¹¹ se *diseñó* por el legislador un

⁸ Aunque nunca se trasladó al C. Com de 1885, el antecedente legislativo de este régimen procesal se encuentra en el Art. 11 de la Ley de 19 de octubre de 1869 (Gaceta de Madrid nº 294, jueves 21 de octubre de 1869) que, citamos textual, decía en el Art. 11: «Tanto los tenedores de acciones de las Sociedades como los interesados en las asociaciones de seguros mutuos, de formación de capitales o rentas vitalicias, de supervivencia y demás empresas sin capital fijo a que esta ley se refiere tienen el derecho, así individual como colectivamente, de reclamar ante los Tribunales ordinarios el cumplimiento de los estatutos y reglamento por que se rijan, y de los acuerdos de las juntas generales legítimamente adoptados, y de exigir la responsabilidad a sus mandatarios o administradores: del uso que hayan hecho de las facultades que les han conferido y de la exactitud de los documentos publicados».

⁹ Desde mediados de siglo pasado son dos los modelos de estructura orgánica entre los que una sociedad puede adoptar: el modelo monista (*one-tier board* o modelo francés) y el dual (*two-tier board* o modelo alemán). De hecho, el Reglamento (UE) N °2157/2001 del Consejo de 8 de octubre de 2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) mantiene esta dualidad y exige (Art. 38) que la estructura de la Sociedad Europea conste de una Junta general de accionistas y bien un órgano de control y un órgano de dirección (sistema dual, *two-tier board* o modelo alemán), bien un órgano de administración (sistema monista, *one-tier board* o modelo francés).

¹⁰ Por ejemplo, el sistema francés -que es, no hay duda, ejemplo paradigmático de estructura orgánica *one-tier board* (la posibilidad de estructurar la sociedad en el modelo *two tier board* se incorporó en 1966, si bien con escaso uso) - prohíbe, en términos generales, a los socios dar instrucciones al órgano de administración para que ejercite en nombre de la sociedad la acción de responsabilidad civil de los administradores; de hecho se ha residenciado, de forma exclusiva y excluyente, en el órgano de administración la decisión y posterior ejercicio de la acción de responsabilidad. Es más, en Francia, son nulas de pleno derecho cualesquiera incorporaciones a los estatutos de la sociedad que exijan la autorización de la Junta para el ejercicio de la acción social, aunque se admite a los socios ejercitar la *action sociale ut singuli* (*derivative action*) cuando sean titulares de al menos una acción (5% del capital social en el caso de las sociedades cotizadas) y el órgano de administración se niegue a ejercitar la acción. (Art. 225 a 253 del Código de Comercio francés y Artículo 1843-5 del Código Civil Francés: Traducción obtenida al español <https://www.legifrance.gouv.fr>).

¹¹ Desde su primera formulación se ha comprendido por la doctrina mercantil que al estar nombrados los administradores por las mayorías, el sistema ideado para acordar el ejercicio de la acción de responsabilidad

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

auténtico régimen procesal especialísimo por el que se facultaba a los socios a entablar *personalmente* (en nombre propio) la acción de responsabilidad de los administradores siempre que se cumplieran, eso sí, una serie de condiciones y requisitos, a saber: primero, los *accionistas* deberían representar una décima parte del capital social y, segundo, deberían darse una de las siguientes situaciones: que la sociedad no hubiera entablado la acción en un plazo de tres meses a contar desde la fecha del acuerdo de la Junta acordando el ejercicio de la acción, o que se hubiera acordado -en Junta - no exigir la responsabilidad del administrador. Asimismo, justificado en la funcionalidad de la norma como medio de protección de los intereses de la sociedad, se reconoció a los socios la posibilidad de vetar cualquier acuerdo de la Junta dirigido a transigir o renunciar al *ejercicio de la acción social* si representaban igualmente la décima parte del capital social (Art. 80 párrafo segundo LSA de 1951 y Art. 13 LSRL de 1953).

1.2. Evolución legislativa del régimen procesal español referente a la acción social: desde la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 hasta nuestros días.

Aunque las normas reguladoras del régimen general de responsabilidad, diligencia y lealtad de los administradores han sido objeto de modificaciones sustanciales desde que se promulgara la LSA de 1951, no ha ocurrido lo mismo con las normas específicas que regulan los requisitos para el ejercicio de la acción social que se caracterizan por mantenerse prácticamente idénticas desde su primera formulación. En cualquier caso, sí se han hecho a lo largo de estos setenta años correcciones y/o adiciones; las más relevantes las que vamos a referir ahora:

1.2.1. La LSA de 1989 y la LSL de 1995.

La LSA de 1951 quedó derogada por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas para la adaptación a las Directivas de la Comunidad Económica Europea.

– delegado en la Junta- podría resultar inútil a tal fin, pues se hacía evidente que para los administradores sería fácil encontrar apoyos en las mayorías que los nombraron. *Vid.*, GARRIGUES, J., en *Comentarios...*, *op. cit.*, pp 174-194.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Las innovaciones más relevantes al régimen de *tutela* que estudiamos son aquellas recogidas en el Art. 134 LSA de 1989; a saber:

- Aunque no se trate en puridad de una innovación, es esencial señalar, en primer lugar, que la LSA de 1989 no hizo ninguna modificación o cambio a la obligación de que Junta debiera previamente acordar ejercitar la acción para que la sociedad pudiera entablar la demanda (Art. 134.1 LSA de 1989) como, tampoco, se modificó la facultad reconocida a los socios (*accionistas*) para entablar la acción de responsabilidad (Art. 134.4 LSA de 1989) si bien, respecto de esta última, el legislador se ocupó de señalar expresamente que el interés con que dicha acción se ejercitaría por los socios sería siempre el de «la defensa del interés social»¹².
- Se redujo el plazo de espera de tres meses a uno – contado desde la fecha de adopción del acuerdo favorable al ejercicio de la acción social- a partir del cual la minoría podría entablar la acción en caso de darse un supuesto de inactividad de la sociedad; también se redujo del 10% al 5% la representación necesaria de los socios (*accionistas*) en el capital social para poder entablar la acción social (Art. 100.2 LSA de 1989).
- A aquellas dos situaciones *habilitantes* que facultarían a los socios para entablar a acción de la sociedad (cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o aquella cuando este hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad) se añadió una tercera; a saber: cuando los administradores no convocasen la Junta general a tales efectos si se solicitaba por los socios que representarían al menos un 5 % del capital social. (Art. 134.4 LSA de 1989).
- Se recogió en la norma que la responsabilidad de los administradores sería solidaria (Art. 133.2 LSA de 1989) lo que, hasta ese momento, se había regulado solo para el caso de la responsabilidad de los administradores en las sociedades de responsabilidad limitada (Art. 13 III de LSRL de 1953).

¹² Con esta expresión, si se ve, se convierte en ley que el interés con que actúan procesalmente los socios en el ejercicio de la acción social es el de restablecer el patrimonio de la sociedad, consiguiéndose, así diferenciar inequívocamente la acción social ejercitada por la minoría de la acción individual ejercitada por el socio para la restauración de su propio patrimonio por los daños que la actuación del administrador, en tal condición, pudiera producirle directamente en su patrimonio personal.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

- En cuanto a la aprobación del Acta de la que se deducirá la fuerza ejecutiva del acuerdo, se mantuvo la redacción inicial del Art. 62 LSA de 1951¹³ (Art. 113 en la LSA de 1989), añadiéndose que podría exigirse su aprobación notarial por los accionistas que representaran, al menos, el 1% del capital social y lo solicitaran con cinco días de antelación al previsto para la celebración de la Junta (Art. 114 LSA de 1989).

Por su parte, la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL de 1995), en términos generales, se remitió en todo lo relativo al ejercicio de la acción social a lo dispuesto en el LSA de 1989 (Art. 69 LSL de 1995), debiendo destacar que introdujo la obligatoriedad de que todos los acuerdos sociales constaran en Acta, lo que convertiría, desde ese momento, al documento (el Acta) en el medio de prueba exclusivo y excluyente para acreditar los acuerdos de la Junta, y su aprobación en el inicio de su fuerza ejecutiva (Art 54 LSL de 1995)¹⁴.

1.2.2. La LSC de 2010.

En el año 2010 se produjo una reforma integral de las sociedades mercantiles promulgándose el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC de 2010) y que se describe, en su preámbulo, como una reforma que no se limitaba a una mera yuxtaposición de artículos, sino que pretendía aclarar y armonizar los textos legales de las sociedades anónimas y limitadas¹⁵.

Las innovaciones y/o adiciones que, a nuestro criterio, deben destacarse son las siguientes:

- De nuevo, aunque no se trate en puridad de una innovación, es esencial señalar que se mantuvo, con idéntica redacción que en los hitos legislativos anteriores, que el

¹³ Dice literal: «El acta de la Junta podrá ser aprobada por la propia Junta a continuación de haberse celebrado ésta, y, en su defecto, y dentro, del plazo de quince días, por el presidente y dos Interventores, uno en representación de la mayoría y otro por la minoría. El acta aprobada en cualquiera de estas dos formas tendrá fuerza ejecutiva a partir de la fecha de su aprobación» (Art. 62 LSA de 1951).

¹⁴ Vid, *Infra Capítulo Segundo, Apartado 2.2.*

¹⁵ Vid, Exposición de Motivos II LSC.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

acuerdo previo de la Junta era un requisito habilitante para que la sociedad pudiera entablar la acción contra los administradores.

- El régimen de tutela judicial del derecho de la sociedad al resarcimiento por los daños sufridos por la actuación antijurídica del administrador pasa a regularse en dos artículos separados: el Art. 238, que disciplina el régimen para el ejercicio de la acción de responsabilidad por la sociedad, y el Art. 239 en el que se regulan las condiciones y requisitos que facultarían a los socios para entablar dicha acción *en defensa del interés social* (Art. 239.2 LSC de 2010).
- Asimismo, al Art. 239 se le da el título de *Legitimación subsidiaria de la minoría*, siendo la primera vez que se utilizan en la norma los términos *legitimación*¹⁶ y *minoría*, este último para conceptualizar el caso del socio o conjunto de ellos que representasen, al menos, el cinco por ciento del capital social.
- Finalmente, el Art. 202 recoge expresamente la obligación señalada en el Art. 54 de la LSL de 1995 exigiéndose, desde este momento y de forma general, que todos los acuerdos sociales consten en Acta. La trascendencia jurídica procesal de esta norma será estudiada en detalle más adelante¹⁷.

1.2.3. La LSC, modificación del año 2014.

En 2014, la Ley 31, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo¹⁸, el legislador, fiel a esa idea de trasponer a la ley la experiencia¹⁹, abordó, entre otras cuestiones, las necesarias modificaciones a

¹⁶ De esta forma se traslada a la norma mercantil el concepto de condición de parte legítima procesal conceptualizado en el Art. 10 LEC haciéndose aún más evidente la naturaleza procesal de este precepto.

¹⁷ *Vid, Infra. Capítulo Dos, Apartado 2.2.*

¹⁸ El antecedente de esta Ley se encuentra en el Acuerdo del Consejo de ministros de 10 de mayo de 2013, por el que se creó una Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo, para proponer las iniciativas y las reformas normativas que se consideraban adecuadas para garantizar el buen gobierno de las empresas, y para prestar apoyo y asesoramiento a la Comisión Nacional del Mercado de Valores en la modificación del Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas. El objetivo final de estos trabajos, tal y como indica en el acuerdo, fue velar por el adecuado funcionamiento de los órganos de gobierno y administración de las empresas españolas «para conducir las a las máximas cotas de competitividad; generar confianza y transparencia para los accionistas e inversores nacionales y extranjeros; mejorar el control interno y la responsabilidad corporativa de las empresas españolas y asegurar la adecuada segregación de funciones, deberes y responsabilidades en las empresas, desde una perspectiva de máxima profesionalidad y rigor» (Preámbulo de la LSC).

¹⁹ En ese momento posterior a la crisis financiera del año 2008 se puso de manifiesto la enorme importancia que un consejo de administración bien gestionado tenía para las empresas y, muy especialmente, para las sociedades cotizadas.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

los presupuestos objetivos (o sustantivos) esenciales para el ejercicio de la acción social y los presupuestos subjetivos para la exigencia de responsabilidad del administrador frente a la sociedad (Art 225 a 232 LSC); por ejemplo, «junto a una tipificación más precisa de los deberes de diligencia y lealtad y de los procedimientos que se deberían seguir en caso de conflicto de interés, la Ley atribuye al consejo de administración, como facultades indelegables, aquellas decisiones que se corresponden con el núcleo esencial de la gestión y supervisión estableciendo medidas dirigidas a contribuir al correcto funcionamiento del consejo»²⁰, si bien dejó intacto el régimen que residenciaba en la Junta la facultad de conformar la voluntad social para el ejercicio de la acción de responsabilidad de los Administradores y el que facultaba a la minoría para entablar esta acción a los que solo se hicieron las siguientes adiciones:

- El Art. 239 LSC ya no se enuncia como *Legitimación subsidiaria de la minoría*, sino como *Legitimación de la minoría*²¹. El porcentaje de participación necesaria para conformar una minoría se mantiene en el 5 %, rebajándose al 3% en el caso de las sociedades cotizadas (Art 495.2.a)).
- En el apartado segundo del Art. 239.1. se incorpora una nueva situación habilitante que facultaría a la minoría para ejercitar la acción social, a saber: cuando se fundamentare la demanda en la infracción del deber de lealtad²². El resto de los supuestos habilitantes se mantienen idénticos a lo regulado en el año 1989.
- Por último, como incentivo para que las minorías ejercitaran la acción social, se regula la cuestión de los gastos del proceso judicial en caso de estimación total o parcial de la demanda, quedando la sociedad obligada a reembolsar a los socios los gastos en que hubieran incurrido con los límites previstos en el Art. 394 LEC de 2000 (Art. 239.2 de LSC)²³.

²⁰ Preámbulo de LSC.

²¹ Sí se mantiene, sin embargo, el calificativo de *subsidiaria* para el caso de la legitimación de los acreedores (Art. 240 LSC) trasponiéndose a la norma la diferencia que, en términos materiales y procesales, existen entre una y otra acción.

²² Podemos avanzar aquí que en opinión de la doctrina mercantil este nuevo supuesto «no altera la naturaleza indirecta de la legitimación (Art 10 LEC), puesto que el único patrimonio que cabe reparar con el ejercicio de la acción social es el de la compañía» (JUSTE MENCÍA, J. «*La legitimación de la minoría y de los acreedores para el ejercicio de la acción social*», pp 164 -165. En: ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dirección). *La Responsabilidad de los Administradores de las sociedades mercantiles*. 6ª Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.

²³ Estas modificaciones no han precisado revisión tras la Directiva (UE) 2017/1132 sobre determinados aspectos del Derecho de Sociedades de 14 junio de 2017.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Pues bien, esta exposición normativa nos muestra claramente la elección del legislador por un concreto régimen procesal para el ejercicio de la acción social que se dibuja de la siguiente manera: primero, se residencia en la Junta la decisión de ejercitar la acción contra el administrador, así como la de transigir o renunciar a dicho ejercicio o dicho de otra forma: *la competencia funcional u orgánica para conformar la voluntad social* para acordar el ejercicio de la acción contra el administrador se residencia de forma exclusiva y excluyente en la Junta general; segundo, se faculta a la minoría para que, en caso de que no lo haga la sociedad, pueda pedir *personalmente* la protección y tutela de los derechos de la sociedad que nazcan de la actuación antijurídica de los administradores causando un daño a esta.

En adelante cualquier referencia que hagamos a la LSC se referirá a las normas del año 2014 a no ser que expresamente se diga otra cosa.

2. Análisis crítico comparado de la elección de nuestro legislador de residenciar la competencia de conformar la voluntad social para acordar el ejercicio de la acción social en el Junta general y el sistema procesal ideado para permitir que dicha acción pueda ser ejercitada por los socios. Referencia *ab initio* al derecho comparado: El caso de Alemania y el caso del Reino Unido.

De lo que se trata aquí, dejando por el momento a un lado materias que se examinarán más adelante, es de analizar críticamente la importancia y trascendencia jurídicas que tiene que nuestro legislador haya residenciado la competencia de conformar la voluntad social para acordar el ejercicio de la acción social en el Junta general y haya diseñado un sistema, tal y como lo ha hecho, para que dicha acción pueda ser ejercitada por los socios. Y, en nuestra opinión, este análisis sería estéril sin una primera aproximación a cómo otros modelos legislativos han regulado quiénes y cómo tienen la facultad de decidir si la sociedad debe o no ejercitar acciones contra el administrador por los daños que su actuación hubiera ocasionado a la sociedad (las condiciones procesales para que la sociedad pueda ejercitar la acción contra el administrador, acción directa); y, si es posible, y cómo, que los socios ejerciten dicha acción *en defensa del interés social*, situación a la

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

que nos referiremos en este apartado acogiendo el término anglosajón arrojado por el derecho comparado, como la facultad de ejercitar la *derivative action*.

Por razones de índole conceptual nos bastará con examinar estos puntos en el derecho alemán por ser, entre otras cuestiones de interés que señalaremos en este apartado, el ejemplo paradigmático de los sistemas que han optado por una estructura del órgano de administración dual (*two-tier board*) y, el derecho anglosajón, concretamente el *derecho inglés*²⁴ por ser igualmente interesante -además de por otras cuestiones que se examinarán también en este apartado- porque tradicionalmente, incluso tras promulgarse el Company Act 2006 (C.A de 2006), ha adoptado una postura restrictiva a ejercicio de la *derivative action*.

Siguiendo con el orden anunciado, comenzamos con el caso Alemania.

2.1. Competencia para conformar la voluntad social y el reconocimiento de la facultad de los socios para el ejercicio de la acción social (derecho de los socios a participar) en el caso de Alemania.

2.1.1. Exposición.

Bien es sabido que el modelo corporativo alemán es el ejemplo por antonomasia de estructura dual (*two-tier Board*) que se caracteriza por la integración en el órgano de administración de un consejo que supervisa y vigila las funciones del consejo director.

El órgano de supervisión o vigilancia (*Aufsichtsrat*) está compuesto normalmente por representantes de los socios y es el encargado de representar a la sociedad frente a los miembros del órgano de administración. Entre sus funciones orgánicas de gestión tiene encomendada la de decidir si la sociedad debe entablar la acción social contra el administrador (Sección 112 AktG)²⁵. Esto es, se ha residenciado la competencia para la

²⁴ Dadas las diferencias generales entre los sistemas del Reino Unido, hemos elegido acotar el estudio a la regulación de Inglaterra y Gales que, en términos generales, también es la común, pues en el caso de la regulación de la *derivative action* las normas del Company Act 2006 son idénticas para Irlanda del Norte (Art. 260-264) y sustancialmente parecidas para el caso de Escocia (Parte 11. Capítulo 1, Art. 265 a 269).

²⁵ «El consejo de supervisión representará a la empresa frente a los miembros del consejo de administración en los tribunales y fuera de los tribunales. El artículo 78, apartado 2, se aplicará *mutatis mutandis*» Sección 112 (AktG) (Ley de Sociedades Anónimas de 6 de septiembre de 1965 (Boletín Oficial Federal I, p. 1089), modificada por última vez por el artículo 9 de la Ley de 17 de julio de 2017 (Boletín Oficial Federal I p. 2446).

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

defensa de los intereses sociales contra los actos antijurídicos de los directores justamente en el órgano de supervisión (*Aufsichtsrat*).

Ahora bien, como este órgano está compuesto por representantes de los socios que, a su vez, representan a la mayoría que elegirán al Consejo Director (*Vorstand*), para evitar posibles abusos, además de reconocerse a los socios la facultad de dar instrucciones al Consejo de Supervisión para que ejercite acciones en nombre de la sociedad contra el administrador, trascendiendo si no la responsabilidad del órgano (Sección 147²⁶ y 93 y 116 AktG), se les reconoce a los socios la facultad para el ejercicio de la *derivative action* (*Aktionärsklage*) siempre que se reúnan unos mínimos de representación que lo justifique (Art. 148 (1) AktG²⁷) y, de forma más relevante a la cuestión que estudiamos, siempre que los socios puedan *convencer* al juez, en un trámite procesal previo a la admisión de la demanda, de la conveniencia de que la acción de la sociedad se ejercite por persona distinta a esta. De esta forma, el juez deberá sopesar el derecho de los socios a defender los intereses de la sociedad con la negativa del órgano de supervisión de ejercitar la acción en representación de la sociedad y el riesgo de que se interponga la acción en abuso de derecho por los socios. Así, para que se admita a trámite la demanda, los socios deberán acreditar: primero, que pidieron a la sociedad que iniciara el pleito y que no lo hizo en un plazo razonable; segundo, que el ejercicio del derecho no deducirá para la sociedad una pérdida patrimonial; y, por último, que existe un interés de la sociedad en la pretensión del derecho²⁸. En cualquier caso, se recoge en el Art. 148 (3) AktG que la sociedad podrá

²⁶ Sección 147 (AktG) permite a los socios instruir al consejo de supervisión para que se ejerciten acciones en nombre de la sociedad frente al administrador; en este caso, la demanda habría de interponerse por la sociedad antes de transcurridos 6 meses desde el acuerdo de la Junta general de socios de lo contrario, trascendería la responsabilidad del órgano.

²⁷ Sección 148 (1) (AktG) establece que los accionistas, cuyas acciones, en conjunto, sean al menos equivalentes a la centésima parte del capital social, o tengan una participación igual o mayor a 100.000 euros podrán presentar una demanda, en su propio nombre, en reclamación de la indemnización que correspondería a la sociedad.

²⁸ Apartado 1 del Art. 148 (AktG) que dispone, que el tribunal concederá la autorización para proseguir con la demanda interpuesta por los socios si se cumplen los siguientes requisitos: los accionistas demuestran que adquirieron las acciones antes de conocer, o de haber debido conocer de la supuesta infracción; los accionistas demuestran que solicitaron a la sociedad que reclamara pero esta no lo hizo en un plazo razonable; además, deben presentar un principio de prueba de que existen hechos que justifican que la sociedad ha sufrido una pérdida patrimonial causada por la deshonestidad o una violación flagrante de las disposiciones legales o de los estatutos por los administradores; y, deberán acreditar que el pleito, en conjunto, no persigue otros intereses distintos a la defensa de los de la sociedad; es decir, que no hay otros intereses de la empresa que contravengan la afirmación de la reclamación de indemnización.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

hacer valer su derecho (acción) en cualquier momento ante los tribunales²⁹ y que, en caso de entablarse el pleito por los socios, los efectos de la sentencia dictada se *extenderán* a la sociedad y, en su caso, al resto de los socios (Sección 148.5 AktG)³⁰.

Expuesta la norma, desde una perspectiva procesal y en términos comparados, lo primero que nos damos cuenta es que la regulación para el ejercicio de la acción es realmente exhaustiva. En cuanto a la disciplina que se establece, se nos muestra que los socios que pretendan ejercitar la acción social deberán no solo reunir unas condiciones y requisitos que establece la norma material, sino que también deberán superar un trámite *procesal* para la admisión a trámite de su demanda dirigido a justificar que el pleito va encaminado exclusivamente a defender el interés de la sociedad y no de forma refleja el suyo. Todo ello, nos parece a nosotros, evidencia la apuesta del legislador alemán por mantener el control de la acción en su titular *natural*, protegiéndose los intereses de socios - concretamente las minorías- con su presencia en el Consejo de Supervisión y, de forma bastante limitada- si se observa el detalle de la regulación-, cuando se les reconoce un derecho de *conducción del proceso*.

2.1.2. Análisis desde la perspectiva procesal de la participación de la minoría en el proceso por el ejercicio de la acción social en el derecho alemán.

Para entender el correcto significado del sistema alemán y que ello nos permita hacer un análisis crítico de la elección de nuestro legislador, aunque sea de forma breve, en este momento es necesario que dejemos expuesto lo que significa el *derecho de conducción procesal* con el que actúan los socios en el proceso por el ejercicio de la *derivative action* en Alemania.

Evitando remontarnos más allá de lo necesario a las primeras formulaciones de esta institución que nos alejarían de nuestro estudio, sí nos interesa destacar

²⁹ Art. 148(3) (AktG) recoge la facultad de la sociedad de ejercitar en cualquier momento su acción, de forma que, una vez lo haga, cualquier procedimiento pendiente o aquellos dirigidos a iniciar la acción por los socios se declararán inadmisibles. La sociedad, por lo tanto, tiene derecho, a su elección y en cualquier momento procesal, de acceder al pleito entablado por los socios.

³⁰ Art. 148 (5) (AktG) establece que la sentencia surtirá efecto, incluso en los casos en que desestime, a favor y en contra de la empresa y el resto de los accionistas, demandantes o no.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

fundamentalmente las aportaciones de ROSENBERG³¹ ya que son esencialmente las que se siguen mostrando en el concepto moderno de *conducción o gestión procesal* que explicaría cómo un tercero ajeno al derecho (en nuestro caso, un socio, o un conjunto de ellos) puede ejercitar, también en nuestro caso, la acción de la sociedad contra el administrador y por qué, a diferencia de lo que ocurre en nuestro ordenamiento en los supuestos de sustitución procesal, llegado el caso (que la minoría ejercite la acción) la sociedad no pierde nunca el poder de ejercitar su acción directamente.

Veamos:

ROSENBERG distinguía de un lado las facultades para ser parte (el que pide la tutela jurídica estatal)- que para el autor eran cuestiones puramente procesales (la capacidad jurídica procesal y la capacidad procesal que informan sobre la capacidad para ejecutar y recibir con eficacia todos los actos procesales- de la facultad para seguir el proceso, cuya función era informar sobre la verdadera parte de la relación material y si la controversia podía ser resuelta entre las partes personadas como tales en el proceso³². Esta facultad (derecho de conducción) explicaría que la parte del proceso fuera otra distinta al titular de la relación jurídica. En los planteamientos de ROSENBERG, la facultad de la gestión del proceso no era un presupuesto de actuación procesal sino, en realidad, una cuestión de fondo que debía decidirse en el último debate de los hechos pues era entonces cuando debería existir la facultad de pedir³³. No obstante, para ROSENBERG el derecho de conducción, en cuanto que informaba sobre la naturaleza de la demanda, del debate de la causa y del derecho a una resolución definitiva, justificaba un tratamiento de forma³⁴; es decir, esta facultad tenía un tratamiento procesal previo y podía hacerse de oficio. En

³¹ ROSENBERG, Leo. Tratado de Derecho procesal. Introducción. *Tomo I: Teoría general*. Traducido del alemán por Ángela ROMERA VERA de "Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, Ed. de 1951. Ediciones Jurídicas Europa América, 1955, pp. 212-225, 230-250 y 253-263.

³² *Idem*.

³³ *Idem*; también, CABAÑAS GARCÍA, J. C. *La tutela judicial del tercero. Estudio sobre la legitimación indirecta, individual y colectiva, en el proceso civil*. Madrid: Dijusa, 2008. [en línea]. Dijusa, 2008. Disponible en: <https://app-vlex-com.ie.idm.oclc.org/#/search/jurisdiction:ES/cabañas+legitimacion/sources/2560> , pp. 259-260.

³⁴ ROSENBERG, L., *Tratado.... Tomo I, loc. cit*; en contra, GOLDSCHMIDT, James (En *Derecho Procesal Civil*. 2ª ed. Traducido del alemán por Leonardo PRIETO CASTRO. Adiciones Niceto ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO. Labor SA, 1936., pp 115-117) para quien la legitimación no era un presupuesto de fondo sino simplemente una parte del fundamento de la acción, es decir, de los requisitos de hecho que fundamentan la acción procesal.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

definitiva, para el autor, se trataba de un estado de la parte y del tercero en el proceso lo que explicaba cuando decía que «si el derecho que se hace valer es pretendido por el actor como propio o dirigido contra el demandado personalmente, debe existir una causa especial para que falte a las partes la facultad de gestión procesal. Pero, si el derecho exigido por el actor se pretende como extraño o como no dirigido personalmente contra el demandado, entonces se necesita por el contrario una causa especial para que corresponda a las partes la facultad de gestión»³⁵.

Así, en cierta forma, para ROSENBERG el problema de quién está legitimado se convierte en el problema de determinar quién es titular de esa facultad para conducir o gestionar el proceso lo que la doctrina procesal moderna alemana interpretará como que la facultad de conducción procesal no es en realidad un tema de legitimación, pues no tiene trascendencia plantearse la conducción procesal si quien interpone la demanda se presenta como titular del derecho; dicho de otra forma, la conducción procesal adquiere interés procesal solo cuando la demanda se interpone por un tercero que no tiene vinculación alguna con la relación jurídica controvertida que deberá acreditar un poder de conducción³⁶ o, siguiendo la terminología moderna, deberá acreditar su *legitimación procesal (Prozesstandschaft)*^{37,38}.

Lo esencial es entender que esta facultad para comenzar el proceso es un derecho de naturaleza procesal por el cual la parte conduce una «controversia jurídica por intermedio del derecho reclamado en la demanda en nombre propio como demandante o demandado»³⁹; esto es, se trata de un derecho autónomo para hacer valer tal pretensión,

³⁵ ROSENBERG, L., *Tratado... Tomo I, op. cit.*, p. 256.

³⁶ LEIBLE, Stefan. *Proceso Civil Alemán*. Dike, 1999. pp. 102-106.

³⁷ PRADILLO, Juan Carlos y Álvaro J. PÉREZ RAGONE, trads. *Código procesal Civil Alemán (ZPO)*. Colaboradores en el estudio introductorio Hanns PRÜTTING y Sandra DE FALCO. KONTAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V, 2006., pp 69-78 en referencia a los Art. 56, 64 § y 139 ZPO.

³⁸ FENOLL NIEVA, Jordi (en *La sustitución procesal*. Barcelona: Marcial Pons, 2004. ISBN 84-9768-097-9., p 26) recuerda que es HELLWING, Konrad (en *Systems des deutschen Zivilprozeßrechts (reimpresión de la edición de Lipzig, 1912 de 1980, pp.166 ss)* quien expuso las tres características de la institución: un tercero, que actúa en el proceso en nombre propio, sobre una relación ajena. Estos tres elementos serán recogidos por CHIOVENDA, Giuseppe (por ejemplo, en *Instituciones de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Las relaciones procesales*. Traducido por Emilio GÓMEZ ORBANEJA. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1954, pp 304-311) en su formulación de *la sustitución procesal*.

³⁹ LEIBLE, S. *Loc. Cit.* El autor explica que el «concepto de legitimación está estrechamente vinculada al concepto de parte»; de forma que, siendo un concepto formal, en principio, «no opone límites a que alguien pueda demandar por un derecho ajeno». Por eso y «para evitar la demanda de cualquier tercero que no tiene vinculación alguna con la relación jurídica controvertida, se ha creado otro supuesto de admisibilidad, el

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

de forma que, si no existe tal derecho a ejercitar la acción – conducir el proceso- en nombre de otro, la demanda debe ser inadmitida, permitiendo un tratamiento procesal previo y apreciable de oficio⁴⁰.

En términos comparados, se trata de un elemento para determinar la existencia de la legitimación *ad causam* para el ejercicio de la acción para defensa del derecho ajeno (la legitimación extraordinaria) para el que se ha regulado un tratamiento procesal que, como excepción, impediría la constitución de la *litis* y que puede incluso ser apreciada de oficio⁴¹.

Pues bien, si nos damos cuenta, aplicados estos criterios a la regulación del Art. 148 AKTG, observamos lo siguiente:

- La minoría actúa en el proceso como un tercero en ejercicio de un derecho ajeno (de titularidad de la sociedad) a quien la ley otorga el *derecho* a conducir el proceso, si bien para que pueda admitirse la demanda a trámite y comience el proceso, la minoría deberá acreditar que se dan los requisitos legales que justifiquen su *intervención* en el proceso como parte (Art. 148 de la AktG); esto es, deberá acreditar su derecho a

de la llamada capacidad (o poder) de conducción» que se define por el autor, «como un derecho por el cual se conduce una controversia jurídica por intermedio del derecho reclamado en la demanda en nombre propio». Si falta este derecho, la demanda debe inadmitirse a trámite. Se trata, por tanto, de un derecho que actúa como presupuesto procesal. «Su existencia debe probarse de oficio en cualquier situación del proceso y solo si es controvertido deberá decidirse por sentencia». El autor señala que la distinción entre el derecho de conducción procesal y la legitimación objetiva es que en «la legitimación objetiva el actor es titular del derecho pretendido y el demandado titular de la obligación pretendida y se juzga según el derecho material» (si faltan debe rechazarse la demanda por infundada); por su parte, «el derecho de conducción del proceso es presupuesto de la admisibilidad con la finalidad de evitar demandas populares» abocadas a ser desestimadas.

⁴⁰ LEIBLÉ, S. explica que, por regla general, el derecho de conducción procesal corresponde a los sujetos de la relación jurídica material por lo que no crea problemas. Sin embargo, explica el autor, «en casos de excepción, el derecho de conducción puede por ley (*gesetzliche prozesstandschaft*) o convención-jurídico negocial (*gewillkürte prozesstandschaft*) ser transferido a otras personas». El tercero, entonces, dice el autor, puede *procesar* en nombre propio sobre el derecho ajeno. *Ibid.*, p. 103.

⁴¹ Sobre la posible aplicación de este régimen de conducción procesal en nuestro ordenamiento, *vid.*, el estudio GIMENO SENDRA, Vicente. «¿Puede un juez inadmitir de oficio una demanda por falta de legitimación de las partes?» *Derecho & Sociedad* 38 [en línea]. [2012], 117–125 [consultado el 20 de enero de 2022]. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13109>; *Idem*, Derecho Procesal Civil. I. El Proceso de Declaración. Madrid: COLEX, 2005, pp. 132-139; y, MONTERO AROCA, Juan. *De la legitimación en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 2007, p. 491 y ss a propósito de los Art. 265 LEC y 416 LEC.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

conducir el proceso en nombre propio (como parte procesal) pero en beneficio de la sociedad.

- Porque el poder de conducir es un derecho autónomo e independiente del derecho hecho valer, el titular material y natural de la relación objeto del proceso, la sociedad, mantiene en todo momento la facultad de actuar ese poder ínsito de defenderlo; por eso, la sociedad puede ejercitar la acción por sí misma en cualquier momento (siempre antes de que se dicte la sentencia) haciendo desaparecer el derecho de la minoría a gestionar procesalmente el interés social⁴².

En nuestro ordenamiento, aunque profundizaremos sobre ello más adelante, el concepto de la sustitución procesal formulado por CHIOVENDA desde los postulados de HELLWIG y, también, de WACH⁴³ evolucionó en otro sentido que determinaría, tras la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, que los socios (la minoría) actúen en el proceso como *sustitutos procesales* en el ámbito del párrafo segundo del Art. 10 LEC.

Basta decir en este momento que CHIOVENDA diferenció el concepto de sustitución procesal del de la representación que venía inspirando la tesis alemana de la conducción procesal. CHIOVENDA explicaba que la sustitución se daba en aquellos supuestos en los que la norma material permitía que un tercero actuara en el proceso *legitimado* para defender el interés ajeno «por expropiación del poder de disposición del derecho a su titular, subordinada (la facultad) a que el titular no actuara»⁴⁴.

Si se ve, la diferencia entre la *conducción procesal* y la *sustitución procesal* es que en la primera, el sustituto y sustituido se reconocen como dos entidades distintas que pueden *coexistir* en un mismo proceso; en cambio, en la *sustitución procesal*, según explicaba

⁴² ROSENBERG, L. *Tratado...Tomo I., op. cit.*, pp. 259-263 explicaba que la *facultad de gestión* debe existir en el último debate de los hechos, por tanto, si desaparecieran las condiciones que facultan a la minoría a lo largo del proceso, por ejemplo, como hemos dicho porque interpuesta la demanda por la minoría, la sociedad ejercitara la acción social por sí misma, la demanda interpuesta por la minoría, fundamentada en su derecho a conducir el proceso en beneficio de la sociedad devendría inadmisibile.

⁴³ Vid, WACH, A.; Alcalá-Zamora y Castillo, N.; Banzhaf, T. *Manual de Derecho Procesal Civil. Traducción de Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*. Vol. 2. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, pp. 412 y ss.

⁴⁴ CHIOVENDA, G. se refería a la expropiación en los casos de la acción subrogatoria, pero haciéndola extensible a casos similares. *Instituciones... Tomo II. op. cit.*, pp. 307 y ss.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

CHIOVENDA, la acción ejercitada por el sustituto es exactamente la misma que habría podido ejercitar el sustituido pues se expropia por el sustituto el *poder de disposición*; es decir, se da una identidad subjetiva procesal de ambos sujetos respecto del derecho que se pretende⁴⁵.

Hoy, como decíamos, la *sustitución procesal* la encontramos recogida en el Art. 10 II LEC que, en su lectura conjunta con los Art. 6 y 7 LEC, hicieron ley las teorías doctrinales del siglo pasado que diferencian los requisitos formales (*legitimación ad processum*) y materiales (*legitimación ad causam*) de la acción. Los primeros se refieren a la capacidad de ser parte y comparecer en juicio (Art. 6 y 7 LEC) que permiten al sujeto incoar el procedimiento y tenerlo por parte sometándose, como tal, a las cargas que se deducen de la relación jurídica procesal; los segundos, se refieren a la titularidad del derecho material que se hace valer y cuya protección se pide, que viene determinada por el derecho material, pero que se concreta en el proceso con la sentencia, admitiéndose que dicha legitimación se reconozca a sujeto distinto de su titular si así lo dispone la Ley. A este concepto de *sustitución procesal* nos tendremos que referir a lo largo de esta tesis en otras muchas ocasiones.

Desde esta perspectiva comparada, podemos ir centrando el estudio en tres ideas fundamentales: la primera, que nuestro legislador reconoce solo una acción y un único titular: la sociedad; la segunda, que la decisión de pleitear se ha residenciado en la Junta general y no en el órgano de administración como correspondería; y, la tercera, que los socios podrán, dándose unas condiciones, ejercitar la acción de la sociedad convirtiéndose en *sustitutos procesales* actuando en el proceso como parte procesal legítima de lo que se deducirán importantísimas consecuencias que serán objeto de estudio más adelante.

⁴⁵ *Idem.*, pp. 304 y ss. El Autor diferencia la sustitución de la representación y aunque se reconoce que muchos casos pueden producir efectos análogos a la representación, dice que no se trata de un supuesto de representación, puesto que «el representante procesal obra en nombre ajeno, de suerte que parte en causa lo es verdaderamente el representado, mientras que el sustituto procesal actúa en nombre propio y en el parte en juicio: como tal, responde de las costas, es incapaz de declarar testigo etc.». Por tanto, explicaba CHIOVENDA, el sustituto procesal está autorizado por ley a comparecer en juicio porque tiene una relación con el sustituido, esta relación es la que constituye el interés, «como condición de la sustitución procesal» que es distinto «del interés en cuanto condición de la acción hecha valer en juicio» que pertenece siempre al sustituido.

2.2. El caso del Derecho Inglés. Análisis crítico.

El derecho inglés se ha caracterizado por su modelo de estructura orgánica *one-tier board*, donde el órgano de administración (*Board of directors*) es quien tiene encomendado, entre otras facultades, la de decisión (y ejecución) del ejercicio de la acción social de responsabilidad de los administradores, aceptándose eso sí, que la Junta General (*General meeting*) de instrucciones al órgano al respecto. En cualquier caso, como regla general, se concibe la decisión de ejercitar la acción contra el administrador como una decisión de gestión (por tanto, del órgano de administración) lo que se justifica en la regla del *proper plaintiff* (la regla del demandante apropiado)⁴⁶.

Los socios (*General meeting*) tienen reconocida la facultad de dar instrucciones al órgano de administración (*Board of Directors*) para que ejercite la acción social⁴⁷. Si el *Board of Directors* no ejercitara la acción habiendo acordado hacerlo, o no interpusiere la demanda cuando así le hubiera instruido para hacerlo el *General Meeting*, se reconoce a cualquier socio⁴⁸ la facultad de ejercitar la *derivative action*⁴⁹. En cualquier caso, esta acción, en el caso del derecho inglés, no es un supuesto que pueda asimilarse a nuestro concepto de sustitución procesal o al de conducción del proceso del derecho alemán, si no que se trata a una legitimación *extraordinaria* - en el sentido más amplio de la expresión -

⁴⁶ La regla del *proper plaintiff* tiene su origen en el caso *Foss v Harbottle* (1843) 2 Hare 461, 67 ER 189, un precedente inglés de primer orden que establece dos principios: el primero, que en cualquier acción en la que se alegue un perjuicio para la sociedad, el demandante apropiado es la propia empresa; y, el segundo, que siempre debe aplicarse la regla de la mayoría (*majority rule principle*) que, en términos generales, implica que un socio no puede ejercitar acciones en nombre de la mayoría si la pretensión judicial se fundamenta en un daño causado a la sociedad por el administrador en el ejercicio de sus funciones, pues, se entiende, la mayoría podría legalmente ratificar el acto del administrador haciendo inútil el ejercicio de esa acción. En base a estas normas se fueron desarrollando por los jueces excepciones que se conocen, no en vano, como *excepciones a la regla de Foss v Harbottle*. Una de ellas fue precisamente el reconocimiento de la *derivative action*. Estas excepciones, por su carácter, se aplicaban de forma restrictiva haciendo prácticamente inviable el ejercicio de la *derivative action*. Esta enorme limitación se corrigió con la promulgación del Company Act 2006 (C.A. de 2006, Secciones de la 260 a 263) que, enmendando la rigidez de la *common law*, reguló las condiciones y requisitos para que el socio pudiera ejercitar la *derivative action*.

⁴⁷ *Vid.*, Art 4(1) Model Articles for Public Companies (Modelos de estatutos para sociedades de capital) <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2008/3229/contents/made>

⁴⁸ No se exigen minorías cualificadas.

⁴⁹ En el derecho inglés se reconoce de forma diferenciada la acción individual que puede ejercitar el socio contra la sociedad o el administrador por los daños que su actuación pudiera ocasionar en su patrimonio personal. Esta distinción, por ejemplo, implica que el socio no podrá ejercitar la acción social (*derivative action*) cuando los daños ocasionados a la sociedad le produzcan un perjuicio reflejo (*Reflective loss*); es decir, en términos comparados, no podrá ejercitar la acción individual si los daños que reclama son, aunque de forma indirecta, la reparación de los suyos (*vid. Johnson v Gore Wood and Co.* 69 2002 2 AC 1 HL).

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

fundamentada en principios de equidad⁵⁰ para corregir la rigidez de la norma del *proper plaintiff* y que finalmente se ha positivizado en la Parte 11 del C.A de 2006.

Esta norma (Parte 11 del C.A de 2006) establece que cualquier socio puede ejercitar la acción por responsabilidad del administrador en beneficio de la sociedad⁵¹, si bien el juez valorará la oportunidad y necesidad de hacerlo. Para ello, tendrá en cuenta una serie de factores que determinarán si es en el mejor interés de la sociedad que se ejercite la acción por los socios⁵²; entre otras cosas, el juez valorará el coste del proceso, el tiempo, el impacto en las relaciones entre los socios, la sociedad y los administradores y si el hecho jurídico que sirve de fundamento a la demanda ha sido, o no, autorizado o ratificado por la mayoría de socios; además, como también ocurre en Alemania, llamará a la sociedad a través del *Board of Directors* como demandada y muy posiblemente se inadmitirá a trámite la demanda si la mayoría de los socios ha aceptado la actuación del administrador⁵³. En definitiva, el juez valorará el *locus standi*⁵⁴ del socio de forma previa a la admisión de la demanda (*action*) y solo podrá determinarse la legitimación del socio, que en este caso sería directa, si aporta un principio de prueba del que pueda inferirse,

⁵⁰ El reconocimiento de la *derivative action*, como excepción a la regla del *proper plaintiff*, buscaba dar una solución en *equidad* a aquellas situaciones cuando, por ejemplo, los administradores infractores formaban parte de los accionistas mayoritarios haciendo prácticamente imposible la defensa de los intereses de la sociedad, como ocurrió en *Smith v. Cardiff Corp.* [1954] 1 Q.B. 210 at 214-15 (Eng.), donde el tribunal reconoció, como excepción, a los socios como *proper plaintiffs*. Este caso es, sin duda, el precursor de la moderna *derivative action*; sin embargo, no fue hasta la promulgación del C.A de 2006 cuando se puede hablar, en puridad, de un régimen normativo. Hasta entonces, como se ha dicho, se trataban de excepciones a la regla general supeditadas al estudio caso por caso. Haciendo ley esta excepción se consiguió un régimen legal específico que, sin duda, simplificó y modernizó la norma. Ello se tradujo en una mayor accesibilidad al ejercicio de la acción en consonancia con la disciplina regulada en los países europeos donde ya se había regulado la *derivative action* de forma directa.

⁵¹ En atención a la Regla 19 de la ley procesal (Civil Procedure Rules) la sociedad debe ser llamada al proceso como demandada, de forma que se le puedan hacer extensivos los efectos de la cosa juzgada.

⁵² C.A. de 2006, Sección 263.

⁵³ C. A. de 2006, Sección 261 y 263(2) y (3).

⁵⁴ El término es más propio del derecho público, pero en el *derecho privado* hace referencia al derecho legal de la persona a interponer una demanda. Viene determinado por la existencia de un *remedy* (la reparación del daño reconocida por el derecho material). Históricamente el *locus standi* se predeterminaba en los *writs* (formulas judiciales que permitían a una persona o entidad realizar o dejar de realizar una acción o acto específico; en el caso de lo judiciales, interponer una demanda) redactados por los jueces y tribunales y que eran absolutamente necesarios para poder acceder como parte a un proceso judicial. Cuando a finales del siglo XIX se lleva a cabo la reestructuración del derecho procesal inglés, se establece una única forma de demanda (*claim form*). Desde ese momento, el derecho de acción vendrá determinado de forma general por la norma material y los requisitos para que pueda exigirse la reparación que en ella se determinen. En el caso que nos ocupa, el derecho del socio viene determinado por los requisitos establecidos en la sección 260 del C.A 2006 y la restauración del orden jurídico y, por lo tanto, el *remedy* (la reparación del daño) deberá ser aquel que satisfaga los intereses de la sociedad: la restauración de su patrimonio (Vid, Sección 260. (1) (b) C.A de 2006).

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

aún sin entrar a conocer el fondo de la cuestión, que existe un interés legítimo para defender el derecho ajeno.

La exposición de estas normas nos muestra que el sistema inglés se centra en la personalidad jurídica de la sociedad, pudiendo los socios intervenir en la defensa de los intereses de esta frente a los administradores, solo cuando pueda confirmarse por el juez, en un trámite procesal previo, que existe un interés legítimo del socio en dicha defensa que se hará depender, en la mayoría de los casos, de cuál sea la posición de la mayoría respecto de la situación. Así, aunque no haya duda de que la Company Act 2006 ha simplificado el ejercicio de la *derivative action* el régimen disciplinado en las normas limita enormemente su ejercicio⁵⁵.

3. Determinación del sustrato de principios básicos sobre los que necesariamente hay que desarrollar nuestra investigación. Principios básicos en nuestra legislación en materia del ejercicio de la acción social de responsabilidad

Con el somero repaso del contenido normativo que hemos expuesto y las notas que se han referenciado de la situación en el derecho inglés y alemán, nos damos cuenta de algunas y muy importantes diferencias que lógicamente merecerán nuestra atención a lo largo de nuestra investigación de las que debemos, ahora, destacar las siguientes ideas que, además, conforman el sustrato de principios básicos sobre los que necesariamente hay que desarrollar nuestra investigación.

Veamos:

Nuestro legislador reconoce a la sociedad como único titular de la acción social.

⁵⁵ Vid., DAVIES, P.L.; Worthington, S; Bartlett, L.C.B; Micheler, E. *Principles of Modern Company Law*. 8ª ed. London: Thomson Sweet & Maxwell Reuters, 2008, pp. 605-626; y KEAY, A. «Assessing and rethinking the statutory scheme for derivative actions under the Companies Act 2006», *Journal of Corporate Law Studies*. 2016, Vol. 16:1, pp. 39-68.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

La conformación de la *voluntad* de pleitear se ha residenciado, no en el órgano de administración como ocurre en Alemania o Inglaterra, sino de forma exclusiva en la Junta general (los socios).

En nuestro ordenamiento, los socios, cuando ejercitan la acción social, no lo hacen como legitimados directos como ocurre en Inglaterra, ni como meros conductores del proceso que pueden ser *expulsados* del proceso por el titular material como ocurre en el Alemania. En la LSC, los socios, siempre que conformen una minoría y cumplan con los requisitos tasados en la ley material, podrán hacer uso del poder de disposición del derecho de la sociedad; es decir, quedan facultados para *expropiar el ejercicio de la acción social*⁵⁶. Por tanto, su interés procesal existe si comparecen en el pleito como minoría y se da el supuesto de inactividad o pasividad de la sociedad en la defensa de sus intereses. Si la minoría entabla la acción, dándose esta situación de inactividad o pasividad, se crearán las condiciones de litispendencia para obtener una sentencia definitiva a la que se verá sometida la sociedad. Es decir, no es necesario que el juez valore otros aspectos como ocurre en el derecho alemán o inglés sobre la conveniencia o necesidad de que se ejercite el derecho por persona ajena; al juez le bastará que los socios sean una minoría y que se dé un supuesto de inactividad.

Es indiscutible que nuestro legislador ha encontrado un equilibrio «entre los intereses directos e individuales de la sociedad, la independencia del órgano de administración y gestión, y la necesidad de exigirles responsabilidad; y, entre los intereses que las mayorías y minorías respectivamente»⁵⁷. Este equilibrio no se deduce en el régimen disciplinado en Alemania o Inglaterra donde la *intervención* de la minoría en la defensa del interés social está limitada extraordinariamente por trabas procesales.

En definitiva, en nuestro ordenamiento, los socios tienen, por comparación, un *poder* verdaderamente amplio para defender el interés social, lo que se nos muestra si tenemos en cuenta, primero, que se ha *usurpado* al órgano de administración de funciones propias de su naturaleza como gestor en la defensa del interés social, residenciando en la Junta

⁵⁶ CHIOVENDA, G. *Instituciones... Tomo II*, op. cit., p. 306.

⁵⁷ GARRIGUES, J. *Comentarios... op. cit.*, pp. 10-11 *apud* Joaquín Garrigues. Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas, Madrid, 1933, pp. 65 y 75.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

General (los socios) ⁵⁸– no en un consejo de supervisión como ocurre en Alemania, o en el mismo órgano de gestión como ocurre en el derecho inglés- la facultad de decidir sobre cuestiones que afectan a la gestión de la sociedad como es, entre otras, «la importante decisión de exigir la responsabilidad de los administradores»⁵⁹; y, segundo, que se ha regulado de forma especialmente sencilla la facultad de la minoría para ejercitar la acción social.

Pues bien, dicho lo anterior, podemos ya presentar el sustrato de principios básicos sobre los que necesariamente hay que desarrollar nuestra investigación; a saber:

- En el ámbito societario, la facultad de decidir si debe o no ejercitarse la acción social recae de forma exclusiva y excluyente en la Junta general;
- El acuerdo de la Junta para el ejercicio de la acción social es la manifestación de la voluntad individual, final y causal de la sociedad de interponer una demanda contra el administrador responsable del daño.
- Esa decisión de la sociedad deberá concretarse en un acuerdo de la Junta general que deberá ser previo al ejercicio de la acción y, además, recogerse en el Acta;
- Se han arbitrado sistemas alternativos de ejercicio de la acción de responsabilidad de los administradores que residencia (los sistemas) igualmente en la minoría (y en los acreedores de la sociedad,) para así equilibrar el juego de intereses económicos que confluyen en toda sociedad, si bien su actuación en el proceso quedará limitada como se estudiará en la parte segunda a la defensa del interés ajeno.

Estas, como decimos, son las premisas que servirán de hilo conductor al estudio que acometemos y las que determinan, obviamente, la división del trabajo de investigación en los capítulos que siguen.

⁵⁸ Por ejemplo, también Bélgica, Dinamarca, Grecia, Portugal, Rumania y Suecia, entre otros, han delegado en la Junta General de socios la facultad de decidir si se debe entablar la acción social. GERNER-BEUERLE, Carsten, Philipp PAECH y Edmund Philipp SCHUSTER. «*Study on directors' duties and liability*». [en línea]. Londres: LSE Enterprise, 2021 [consultado el 10 de noviembre de 2021]. Disponible en: <http://eprints.lse.ac.uk/id/eprint/50438>.

⁵⁹ GARRIGUES, J. *Comentarios...op. cit.*, p. 167 y p.174.

**CAPÍTULO SEGUNDO.- EL ACUERDO DE LA JUNTA
APROBANDO EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL DE
RESPONSABILIDAD. ART. 238 LSC. PERSPECTIVA PROCESAL**

SUMARIO:

1. Planteamiento
2. El acuerdo de la Junta de ejercitar la acción social de responsabilidad. - Problemática procesal.
 - 2.1. La voluntariedad y voluntad final en los actos procesales. -Su análisis y trascendencia en nuestra investigación.
 - 2.2. El Acta de la Junta como prueba documental, exclusiva y excluyente, de la voluntad final de la sociedad de interponer la acción social de responsabilidad
 - 2.3. La impugnación probatoria del Acta. - Problemática y vías de impugnación.

1. Planteamiento.

Si desde el punto de vista mercantilista tiene trascendencia que la decisión de ejercitar la acción social de responsabilidad se residencie en la Junta general⁶⁰, no es menor su trascendencia si enfocamos la cuestión, como es nuestro caso, desde el punto de vista del procesalista porque, como veremos en las páginas que siguen, se establece con esas normas un régimen realmente especial dentro de nuestro sistema procesal.

Para el estudio de este régimen, como es obvio, la interpretación del Art. 238 LSC que disciplina la acción social de responsabilidad tiene que hacerse de acuerdo con los criterios que están establecidos en el Ordenamiento Jurídico y, en concreto, con lo que se recoge en el Art. 3 del Código Civil⁶¹, pero, al mismo tiempo, dado que la norma que estudiamos es de clara naturaleza procesal, pues no solo desarrolla sus efectos en el proceso, sino que está inequívoca y exclusivamente dirigida al Juez⁶², debemos interpretarla, también, de acuerdo con los criterios hermenéuticos derivados de los Art 4. bis y 5 de la LOPJ⁶³.

Pues bien, si aplicamos esos criterios a lo dispuesto en el Art. 238 LSC, nos daremos cuenta de que esta norma es, prácticamente igual que la del Art. 80 de la derogada LSA de 1951, lo que quiere decir que en estos setenta años no se ha debido producir ninguna discusión doctrinal ni jurisprudencial que ponga en duda (al menos el legislador no lo ha hecho) la necesidad de que el acuerdo para poder entablar la acción de responsabilidad se tome en Junta general antes del ejercicio de la acción. Igualmente, la doctrina y

⁶⁰ Art. 160. LSC

⁶¹ El Art. 3 C.C consagra los criterios de interpretación literal, sistemático y teleológico cuando dice que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

⁶² *Vid.*, PRIETO-CASTRO, L. *Derecho Procesal Civil. Vol. I*. Revista de Derecho Privado, 1968, pp 239-243. El autor explica que «Es procesal civil el precepto que forma parte del ordenamiento jurídico de protección de los derechos, y sustantivo (material) el que regula o se refiere de algún modo al objeto del proceso...» (...) « el derecho procesal regula la admisibilidad de la tutela jurídica solicitada y el derecho material establece si la misma es o no fundada (..) en consecuencia no cabe discutir que la normas sobre la acción, sobre la prueba y sobre la cosa juzgada son procesales, aunque se encuentren en leyes materiales..»

⁶³ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. En CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín con Víctor MORENO CATENA. *El Derecho Procesal*. En: *Introducción al derecho procesal*. 11ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 29–30.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

jurisprudencia dan por supuesto - no se ha planteado el caso contrario y si se ha planteado no se ha hecho cuestión de ello - que el acuerdo debe tomarse de forma previa y que es imprescindible para el ejercicio de la acción. Esta unanimidad doctrinal y jurisprudencial, o esa falta de polémica, se produce porque los términos en los que está concebida la norma, su espíritu y el sentido propio de las palabras que utiliza, ni siquiera la interpretación de esta dentro del sistema procesal, han determinado la admisión de discusión alguna al respecto⁶⁴.

El Art. 238. LSC dice textual «La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, (...)». Quiere esto decir que antes de ejercitar la acción de responsabilidad (de poner la demanda) es necesario que la Junta tome un acuerdo en tal sentido. Por tanto, tiene que ser la sociedad quien decida interponer la acción social, decisión que *funcionalmente* se ha residenciado por la Ley, de forma exclusiva y excluyente, en la Junta general (Art. 160 LSC)⁶⁵. Ahora bien, para nosotros, lo importante es que la Ley, además, exige que esa voluntad conste en Acta (Art. 202 LSC).

En términos procesales -que son los que nos interesan en este trabajo- podemos decir, avanzando lo que se explicará más adelante, se le ha dado al Acta un valor probatorio

⁶⁴ Una consulta a las obras más importantes dedicadas a la responsabilidad de los administradores, aunque sea desde la estricta perspectiva mercantil, nos muestra por la claridad con la que se aborda la cuestión, esta falta de polémica; por ejemplo, *vid.* GARRIGUES, J. *Comentarios...op. cit* pp. 156 y ss; LARA, Rafael. «La acción social de responsabilidad por la sociedad». En: ROJO, Ángel y BELTRÁN, Emilio (Dir.). *La Responsabilidad ... op. cit.* pp 107-112; GARCÍA, E. «Capítulo Artículo 238. Acción social de responsabilidad», pp. 3305-3324. En: GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ (Dir): *Comentario de la ley de Sociedades de Capital. Tomo III. La junta general. La administración de la sociedad.* 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021; ROJO, Ángel. *Capítulo 38. "El ejercicio por la sociedad de la acción social de responsabilidad contra los administradores"*. Obra colectiva Fernando Rodríguez Artigas, Gaudencio Esteban Velasco / coord. por Javier Juste Mencía, Cristóbal Espín Gutiérrez; Fernando Rodríguez Artigas (hom.), Gaudencio Esteban Velasco (hom.), Vol. 1, Tomo 1, 2017, pp. 1121-1167. En el mismo sentido, también la doctrina jurisprudencial, siendo suficiente, por lo conciso, señalar la STS de 1 de diciembre de 1993 (ECLI: ES:TS:1993:17971) que se refiere al acuerdo como «requisito indispensable del procedimiento»; también, *vid.* SJMER nº 1 de Oviedo nº 145/2019 de 11 de diciembre (ECLI: ES:JMO:2019:4979) que refiere que «la existencia de ese acuerdo es requisito de procedibilidad de la ulterior demanda»

⁶⁵ La STS nº 1374/2007, 5 de enero de 2007 (ECLI: ES:TS:2007:95) define el acuerdo como «(...)la expresión de la voluntad mayoritaria (imputable a la sociedad) obtenida mediante la suma de declaraciones individuales paralelas, emitidas en las condiciones y forma que establece la Ley».

excepcional⁶⁶. El Acta aparece, así como una presunción *iuris tantum* de la *voluntad individual final* y *causal* (*voluntariedad* y *voluntad final*) de la sociedad de pleitear en un sentido concreto. La exigencia de que el acuerdo conste en Acta excluye, como veremos más adelante, la utilización de cualesquiera otros medios de prueba, hasta el punto de que procesalmente es el único medio eficaz y útil de acreditar la voluntad individual de la sociedad de ejercitar la acción frente al administrador⁶⁷.

2. El acuerdo de la Junta de ejercitar la acción social de responsabilidad. - Problemática procesal.

2.1. La voluntariedad y voluntad final en los actos procesales. - Su análisis y trascendencia en nuestra investigación.

Estamos diciendo que el objeto del acuerdo de la Junta, desde el punto de vista procesal – si simplificamos la cuestión – no es sino el decidir si se interpone una demanda judicial (*entablar la acción*). La interposición de cualquier demanda es, no hay duda, el acto procesal más importante del proceso y exige no solo que reúna los requisitos que en derecho se imponen para cualquier acto jurídico sino aquellos otros específicos procesales de tal acto. Entre esos requisitos destacan, sin duda, la *voluntad* del acto en su doble vertiente según la Teoría General del Derecho: es decir, el acto de demandar debe ser manifestación de la *voluntariedad en sentido estricto* y de la *voluntad final* del autor del acto.

Curiosamente, el caso que estudiamos es uno de los pocos en el Ordenamiento Jurídico donde se manifiesta en toda su entidad el viejo problema de la *voluntad* y *voluntariedad*

⁶⁶ En la misma STS: «el acta no es más (ni menos) que un instrumento de constancia, por elementales razones de seguridad y prueba, de la adopción anterior de unos acuerdos»

⁶⁷ La doctrina mercantil se ha planteado si el acuerdo previo (parece se equipara el Acta donde consta al acuerdo) es un presupuesto sustantivo o procesal. Centrando la polémica, ROJO, Á. (en *El ejercicio... op. cit.*, pp. 1132 y 1133) dice que «la respuesta determinará si se trata de un presupuesto absoluto e insubsanable»; por ejemplo, «si lo es sustantivo y a la demanda no se acompaña la certificación del acuerdo», dice el autor que «el tribunal deberá inadmitirla a trámite» pero si, al contrario, «se tratara de un presupuesto procesal, el defecto sería subsanable y el juez en la audiencia previa (Art. 414 LEC) procedería a admitir la aportación de la certificación del acuerdo de ratificación de la existencia de responsabilidad adoptado por la junta general de socios después de haber sido presentada la demanda». Sobre el tema concluye ROJO que se trata de un «*presupuesto inexcusable*, que tiene que producirse antes de que la acción se ejercite y que no es subsanable mediante la ratificación por parte de la propia junta»; en un sentido diferente y minoritario *vid.*, las conclusiones a las que llega el SJPI de Madrid nº 7 de 27 de julio de 1999 (EDJ 1999/79761) que conceptúa el acuerdo previo de la Junta como un requisito «formal o procesal y, por tanto, subsanable».

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

de los actos jurídicos procesales, poco tratado por la doctrina y quizá ignorado de forma consciente por nuestro legislador procesal, pero que se estudió en profundidad por RENDENTI⁶⁸ a mediados del siglo pasado con ocasión del análisis del régimen jurídico de la nulidad o anulabilidad de los actos procesales. Conviene que nos detengamos y analicemos brevemente ahora aquella doctrina, que se nos muestra, en nuestra opinión, esencial para comprender la entidad procesal del acuerdo de la Junta y del Acta que lo recoge forzosamente (*vid.*, Art. 202 LSC).

El Derecho, en general, exige que la proyección al exterior del pensamiento sea voluntaria: es lo que se llama *voluntariedad del acto*. Distinto de la voluntariedad es la *voluntad final* o *causal*, que consiste en que el agente, además, haya previsto los efectos que, de esa exteriorización del pensamiento se derivan por Ley⁶⁹.

En el derecho privado, los actos jurídicos que carezcan de este último requisito son nulos. Sin embargo, en el ámbito procesal no se ha regulado un mecanismo para deducir la nulidad o anulabilidad de la falta de voluntad final o causal de los actos procesales y, consecuentemente, no existe *a priori* un tratamiento procesal del requisito de la voluntad dispositiva del derecho que, siempre en términos generales, se presume de la existencia de la voluntariedad del acto y, en consecuencia, esencialmente, de criterios formales: en el caso de las partes que pretenden iniciar un procedimiento, de la capacidad procesal del demandante (Art. 6 LEC), los requisitos formales para la comparecencia en juicio y representación (Art. 7 LEC) y la postulación y, en el caso del juez, la jurisdicción y competencia objetiva y funcional⁷⁰.

En definitiva, nuestra Ley acepta –[salvo en los casos que el acto se produzca por o ante Tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional, se realice bajo violencia o intimidación, se prescinda de normas más esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión, se realice sin

⁶⁸ RENDENTI, Enrico «Gli atti processuali», En *Diritto Processuale Civile. Nozioni e Regole Generali* Vol. 1. Milano, 1957. Hemos utilizado RENDENTI, E. *Derecho procesal civil*. Trad. SENTÍS MELENDO. S.; AYERRA REDIN, M. Buenos Aires: Ejea, 1957, pp 198-238.

⁶⁹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V en *Introducción*.... (con Víctor Moreno Catena) *op. cit.*, pp. 272-273.

⁷⁰ GÓMEZ ORBANEJA, E.; HERCE QUEMADA, V. *Derecho Procesal Civil. 2 vols. Tomo I. Parte General*. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones, 1969. p. 152-159 y pp. 160-169.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como obligatoria, se celebren vistas sin la preceptiva intervención del Letrado de la Administración de Justicia o, cuando se resolvieran mediante diligencias de ordenación o decreto cuestiones que, conforme a la ley, hayan de ser resueltas por medio de providencia, auto o sentencia (Art. 225 LEC y Art 238 LOPJ) - que el acto de la parte que reúna los requisitos formales será válido⁷¹; validez que se hace depender, como estamos diciendo, esencialmente de la voluntariedad; de tal manera que si se realiza el acto en la forma prescrita por la ley procesal se tendrá por válido al entenderse que, siendo así, es voluntario⁷².

El problema es que, por razones de seguridad y garantía a los litigantes⁷³, en nuestro ordenamiento prima la forma en los actos procesales sobre la voluntad causal, a lo que CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. se refiere diciendo, en términos generales, que en el «Derecho Procesal no existe la voluntad dispositiva», con lo que en realidad está señalando que «el problema de la causa tiene un tratamiento distinto y se confunde con lo que llamamos interés procesal o necesidad de tutela jurídica»⁷⁴.

Empero, no puede negarse que existen algunos actos en los que indiscutiblemente la voluntad final del sujeto adquiere mayor relevancia como son los actos de disposición del proceso⁷⁵. No nos adentraremos en la cuestión de si son o no verdaderos negocios

⁷¹ Consecuentemente el que no lo reúna sería nulo, si bien como explica CORTÉS DOMÍNGUEZ, V el principio de conservación de los actos procesales (Art. 242 y 243 LOPJ y 230 y 231 LEC) «según el tratamiento de la Teoría General del Derecho cumple la misma función que en el resto del ordenamiento de dar seguridad jurídica lo que impone que se conserve la validez de los actos procesales cuando la nulidad de los mismos acarrea o puede acarrear mayores perjuicios», CORTÉS DOMÍNGUEZ, V en *Introducción...* (con Víctor Moreno Catena) *op.cit.*, pp. 281 y ss.

⁷² CHIOVENDA, G. señalaba que «los actos procesales deben someterse a determinadas condiciones (...) que se llaman formas procesales en sentido estricto» En: CHIOVENDA, Giuseppe (Instituciones de Derecho Procesal Civil. Tomo III. Traducido por Emilio GÓMEZ ORBANEJA. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1954, pp 115-120; en sentido contrario, PIETRO CASTRO, L (En: Derecho ...*op. cit.*, pp. 418-423) refiere que inversamente sería peligroso un exagerado formalismo.

⁷³ En definitiva, se trata de reconocer que sería imposible un proceso en el que cada acto procesal pudiera invalidarse en atención a la causa. REDENTI, E. *op.cit* p. 214.

⁷⁴ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V en *Introducción...* (con Víctor Moreno Catena) *op. cit.*, pp. 272-273

⁷⁵ Vid, HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús Miguel. *La nueva regulación de la nulidad procesal. El sistema de ineficacia de la LOPJ*, Ed. Fórum 1995, pp 100-111. En su estudio sobre la voluntad y forma en los actos procesales, el autor explica que «no es posible excluir totalmente del derecho procesal la consideración de la voluntad como requisito respecto a aquellos actos de parte que de una u otra manera vinculan al juez en su actuación, como son, por ejemplo la renuncia, el desistimiento, y la transacción, pero la doctrina civil de los vicios de la voluntad, no debe tratar de aplicarse a cada acto procesal pues no crearía más que problemas.(...)».«Esta consideración selectiva de la voluntad, característica del proceso, hace que la forma adquiera una importancia fundamental, pues lo que se regulan son las actuaciones de los distintos sujetos procesales y, más aún, el modo en que estas actuaciones deben producirse.» El autor, cita a

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

jurídicos, polémica además en cierta forma superada⁷⁶, pero sí queremos poner de manifiesto que estos actos que se calificaban como de *iniciación* (demanda) y de *conclusión* (en estos no se incluirían los de decisión que pertenecen al juez, sino los de extinción que corresponden a las partes: renuncia, desistimiento, allanamiento y, entendemos debería incluirse, la transacción judicial⁷⁷) son actos en los que la voluntad del sujeto adquiere especial relevancia en el proceso justamente porque lo inicia (Art. 399 y 437 LEC) o lo termina (cuando se renuncia o transa el ejercicio de la acción, se desiste, o el demandado se allana⁷⁸); es decir, son actos en los que se manifiesta de forma clara el *poder dispositivo del derecho*⁷⁹ (Art 24 y 117.1 CE) o dicho de otra forma, son actos procesales que crean y determinan el poder-deber del juez de dictar la sentencia.

Estas consideraciones nos servirán de base para comprender el contenido procesal que tienen los Art. 202 y 238 ambos de la LSC y, en ese sentido, en nuestra opinión, el

RENDENTI (Derecho procesal civil. Trad. Sentís Melendo y Ayerra Redin, Ed EJEA. Buenos Aires, 1957.T.I, p.190), cita que recogemos aquí por su claridad: «Parece pues que el requisito de voluntariedad esté normalmente absorbido en los requisitos de forma y no pueda ya ser objeto de una investigación separada acerca de su existencia. El hacer de él un elemento constitutivo distinto de los demás, no tiene más que una importancia meramente teórica en relación con la “ratio formae”. Por otra parte, es preciso admitir que la intervención del procurador con el apoderamiento correspondiente, y del abogado como director de la litis, transforman la voluntad en un dato remoto, de influencia práctica escasa en la mayoría de los casos».

⁷⁶ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V en *Introducción...* (con Víctor Moreno Catena) *op.cit.*, pp. 263 y ss. Dice el autor que «el acto procesal conforma el proceso y hace posible también una relación o situación procesal, deduciendo de esta un derecho, una carga o una facultad procesal».

⁷⁷ Se sigue aquí la clasificación de GÓMEZ ORBANEJA, E. *Derecho... op. cit.*, p. 162 y también de GOLDSCHMIDT, J. (en *Derecho Procesal Civil*. Barcelona: Labor, Col. Enciclopedia de Ciencias Jurídicas y Sociales. Sección Ciencias Jurídicas, 1936, pp. 227-229). Este último incluye la transacción en los actos que denomina constitutivos, diferenciándolos de los de postulación que quedaban, según el autor, reducidos a los actos de alegación y prueba.

⁷⁸ Art. 19, 20 y 21 LEC

⁷⁹ Por ejemplo, *vid.*, STS 1044/2007 de 7 de diciembre (FJ 3º) donde se explica la diferencia conceptual en el ámbito de la disposición del proceso de los llamados principios de demanda (rogación) y de aportación de parte. Dice textual «(...) El principio dispositivo, (...), significa que, en el campo del proceso civil, las partes disponen del objeto del proceso, en el sentido de ejercitarlo o renunciarlo a su voluntad. Comenzando, respecto al demandante, con la libertad de accionar y en cuanto a la elección de oportunidad del momento de realizarlo, limitado en el orden temporal a la prescripción de la acción y, asimismo, iniciado el proceso con el poder de disposición sobre la pretensión, renunciándola o transigiendo; y en cuanto al demandado con la libertad de comparecer o no y de allanarse o transigir la pretensión adversa. En íntima relación con tal principio, pero con independencia o al menos autonomía, figuran los [principios] de justicia rogada y de aportación de parte, el primero en cuanto que el actor determina la iniciación del proceso ("*ne procedat iudex ex officio*" y "*nemo iudex sine actore*") y puede desistir. En cuanto al de aportación de parte, significa la asunción por cada parte de los elementos de alegación, petición y prueba que vinculan al Juez dentro del margen de la pretensión y de su oposición» (...) «Quiere ello decir, que son distintos los actos dispositivos de aquellos que vincularán al juez solo dentro de la pretensión ya dispuesta». Esta diferencia, justificaría, en nuestra opinión, la exigencia de acreditar la voluntad en los primeros como ocurre, no hay duda, en el Art. 19.2 LEC.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

requisito legal del acuerdo previo de la Junta, junto a la obligación legal de que conste en Acta para entablar la acción social es un caso muy concreto y excepcional en el que el legislador, teniendo presente la naturaleza jurídica de la sociedad y los intereses privados y públicos en juego, se ha ocupado expresamente de exigir una prueba y, además, específica, para acreditar en el proceso la voluntad final y causal del sujeto demandante de realizar el acto jurídico de interponer la demanda⁸⁰; en definitiva, de acreditar que es voluntad de la sociedad ser parte de un proceso en pretensión de la tutela de sus intereses legítimos. Se refería a ello CHIOVENDA cuando decía que «puede suceder que el fin que un acto procesal se proponga pueda alcanzarse de otras maneras; pero la ley, al escoger una con preferencia a las otras, atribuye a ese carácter de formalidad y considera como inexistentes, a los efectos jurídicos, los otros modos, de suerte que en este caso no cabe servirse de otro posible para conseguir el objetivo propuesto»⁸¹. Subsumiendo nuestro caso a esta enseñanza, podemos ir avanzando que nuestro legislador ha atribuido al Acta de la Junta, de forma exclusiva y excluyente, el efecto de acreditar la voluntariedad (también la voluntad) del acto de demandar de la sociedad en el ejercicio de la acción de responsabilidad de los Administradores.

Así, el sistema elegido por el legislador mercantil es, sin duda, excepcional porque en la legislación procesal *normalmente*, tal como hemos dicho, no exige prueba alguna concreta y determinada de la existencia de la voluntad final y causal de interponer una demanda, pero en este caso concreto la Ley (Arts. 202 y 238 LSC) ha escogido una forma con preferencia a las otras, atribuyéndole carácter de formalidad lo que se traduce en que, en este caso, *no quepa servirse de otro posible modo de prueba para conseguir el objetivo propuesto*.

Quizá, dentro de esta excepcionalidad, haya que citar y estudiar brevemente el caso regulado en el Art. 45.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), que por su similitud y porque sin duda, siendo una norma procesal, en este tema, también, como decimos, es excepcional, nos puede ayudar

⁸⁰ También para transigir y renunciar al ejercicio de la acción como actos dispositivos procesales. *Vid., Infra Capítulo Nueve.*

⁸¹ CHIOVENDA, G. *Instituciones... op. cit., Tomo II*, p.119.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

a comprender mejor el alcance del Art. 238 LSC en su aplicación conjunta con el Art. 202 del mismo cuerpo legal.

Veamos.

Dicho artículo exige en el recurso contencioso-administrativo como condición para acreditar la capacidad procesal de las personas jurídicas (las corporaciones, instituciones y sociedades mercantiles) que se acompañe el documento o documentos que «acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones de las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado»⁸².

Al respecto, RODRÍGUEZ- ZAPATA explica que este requisito es una carga procesal «que expresa una exigencia mayor que la presentación de un simple poder de representación que solo acredita que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta de la representada»⁸³, pues el Art. 45.2.d) exige «justificar que la decisión de litigar, la de ejercitar la acción, ha sido tomada por el órgano de la persona jurídica a quien las normas reguladoras de esta atribuyan tal facultad»⁸⁴. Esto es, debe quedar acreditada documentalmente la voluntad de la entidad de ser parte en el proceso. Asimismo, explica el autor que «es obvia la trascendencia que la acreditación de este extremo tiene para la válida constitución de la relación jurídico procesal advirtiéndose de la posibilidad de ser objeto de subsanación», pues, en definitiva, dice, «se trata de acreditar la decisión de litigar de una persona jurídica, que habrá de ser tomada por el órgano a quien las normas reguladoras de esta atribuyan tal facultad, con el fin de evitar el riesgo de iniciar un litigio no querido o que jurídicamente no quepa afirmar como querido por la entidad que figure como recurrente»⁸⁵.

⁸² RODRÍGUEZ-ZAPATA, Jorge. *Fundamentos del contencioso administrativo*. Madrid: Ed. Técnos. Col. Práctica jurídica, 2019, p. 116.

⁸³ *Ibid.* p. 117.

⁸⁴ *Idem.*

⁸⁵ *Ibid.*, p. 117.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Lo dicho nos muestra claramente el ámbito de regulación del Art. 45.2 LJCA que alcanza, siendo una norma puramente procesal, los requisitos formales necesarios y habilitantes para que se tenga por presentado el escrito solicitando la interposición del recurso. Si nos fijamos bien, el artículo que estamos estudiando distingue entre los documentos que acreditan la representación del compareciente [(Art. 45.2. a) documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo Juzgado o Tribunal, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión a los autos)] y los documentos que acreditan la voluntad de la sociedad de litigar [(Art. 45.2.d) El documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado)]. Y si bien la falta de presentación del documento en el que se acredite este último extremo puede ser subsanada, se entiende que dicha voluntad debe existir con anterioridad la interposición del recurso⁸⁶.

Pues bien, no hay duda de que la cuestión regulada en el Art. 238 de LSC en su aplicación conjunta con el Art. 202 del mismo cuerpo legal es esencialmente la misma si bien, en nuestro caso, la LSC nos dice expresamente qué documento ha de presentarse, el Acta que recoja el acuerdo de la Junta, y cuándo debe tomarse dicho acuerdo, de forma previa a entablar la acción. De ello se deduce que la demanda interpuesta por la sociedad si no se ha acordado previamente por la Junta general entablar la acción y no queda recogido ese acuerdo en el Acta carecerá del *elemento habilitante* para el ejercicio judicial del derecho; en otras palabras, sin el acuerdo de la Junta y sin el Acta donde conste (Art. 202 LSC) no podrá afirmarse jurídicamente que existe la voluntad final y causal de la sociedad de interponer la demanda⁸⁷.

Como se ve, se puede afirmar que, aunque sea para muy concretas acciones, el legislador se ha ocupado *excepcionalmente* de regular un mecanismo que permita tener certeza de

⁸⁶ *Idem.*

⁸⁷ Sobre el posible tratamiento procesal del Acta como documento remitimos al lector a *Infra. Capítulo Cuarto, Apartado 1.2.*

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

la voluntad de la persona jurídica de pleitear de forma que, como explica RODRÍGUEZ-ZAPATA, *no quepa afirmar como no querido el litigio por la entidad que figure como demandante o recurrente*⁸⁸.

Es obvio que para el legislador procesal es imprescindible que quien interponga la demanda realmente quiera hacerlo, porque la demanda, en sí misma, es el acto jurídico, voluntario y dispositivo del derecho quizá más importante del proceso, pues lo inicia y da vida. Pero, tras una evolución lógica impuesta por la práctica de todos los días, no requiere en la generalidad de los casos la certeza de que exista esa voluntad, sino que basta con que exista una *probabilidad* de la voluntad final y causal de interponer la demanda, que se deduce del acto mismo de demandar y, más concretamente, como bien es sabido, del acto de apoderar al procurador⁸⁹; así, si este ostenta un poder de pleitear del demandante e interpone una demanda firmada por letrado que también ha sido nombrado por el demandante, la Ley entiende que ese acto demuestra por sí mismo, sin necesidad de más prueba, *la voluntad final y causal* del demandante de interponer esa demanda y ejercitar la acción que en ella quede identificada.

Ahora bien, lo que mantenemos aquí es que para la LSC esa voluntad final de interponer una demanda no se deduce de igual forma en el caso de que el actor sea una persona jurídica que ejercita la acción social de responsabilidad de los administradores⁹⁰, pues, vemos cómo no basta que el órgano de administración apodere a un procurador y que la demanda vaya firmada por un letrado nombrado por aquel (lo que sería suficiente para cualquier otra demanda que interpusiera la sociedad), sino que para interponer esta demanda, e incluso, en nuestra opinión, para poder apoderar eficazmente al procurador que haya de representar procesalmente a la sociedad en el ejercicio de la acción social de responsabilidad de los administradores, la LSC exige que la voluntad causal y final de ejercitar la acción por la sociedad se conforme de forma previa y quede recogida formalmente y de forma inequívoca en el Acta de la Junta. Porque, en definitiva, aunque

⁸⁸ *Ibid.*, RODRÍGUEZ-ZAPATA, J. *op. cit.*, p. 117.

⁸⁹ Art. 25 LEC en relación con los artículos 24, 26 y 23 del mismo cuerpo legal.

⁹⁰ También, como hemos dicho, cuanto la sociedad interponga el recurso contencioso administrativo. Art. 45.2 LJCA.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

sea una obviedad decirlo, entablar la acción social (ejercitar la acción) es un acto jurídico que requiere la voluntad del demandante, y el demandante, en este caso, solo manifiesta externamente esa voluntad, según la LSC, a través del acuerdo de la Junta si consta en Acta.

Vemos, por tanto, como los Art. 238 y Art. 202 ambos de la LSC se han ocupado expresamente de regular los actos procesales de iniciación del proceso (la demanda), reglamentando cómo y cuándo debe conformarse la voluntad social final y causal de interponer la demanda por el ejercicio de la acción social y el medio de prueba de dicha voluntad⁹¹.

Todo ello nos permite concluir, ofreciendo nuestra explicación, que el Art. 238 LSC, en su aplicación conjunta con el Art. 202 LSC, exige que la voluntad de la sociedad de realizar el acto procesal de demandar (e incluso de apoderar) no pueda deducirse en el proceso por el ejercicio de la acción social (tampoco en el recurso contencioso-administrativo) de la *voluntariedad del acto* en los términos generales del derecho procesal (capacidad y representación), sino que solo se tendrá por acreditada y, más relevante aún, por eficaz, si junto a la demanda se aporta el Acta que recoja (donde conste) el acuerdo por mayoría favorable al ejercicio de la acción; ello sí permitirá acreditar la eficacia de la postulación y la voluntad de la sociedad de demandar.

Es decir, en el caso de la acción social, la existencia de la voluntad final y causal de la sociedad de ejercitar la acción y su prueba, son requisitos para la eficacia del acto de la demanda; en otras palabras, se trata de un presupuesto procesal regulado para el ejercicio de la acción como lo es, también, como se ha visto para la interposición del recurso contencioso-administrativo⁹².

⁹¹ CHIOVENDA, G. *Instituciones... Tomo III., op cit.*, p. 119.

⁹² Por una vía distinta se entiende que esto es así pues no hay discusión sobre la necesidad el Acta.

2.2 El Acta de la Junta como prueba documental, exclusiva y excluyente, de la voluntad final de la sociedad de interponer la acción social de responsabilidad.

Lo examinado hasta ahora, nos permite concluir que la Ley exige explícitamente que la voluntad final de la sociedad de demandar en un sentido concreto esté reflejada y manifestada en un acuerdo de Junta que conste en Acta (Art. 202 LSC) y, en su caso - siempre que se requiera la presencia del notario por los administradores o lo soliciten socios que representen, al menos, el uno por ciento del capital social en la sociedad anónima o el cinco por ciento en la sociedad de responsabilidad limitada - en un Acta notarial (Art. 203 LSC).

En los términos expuestos por la norma, por todo lo explicado hasta ahora, no hay duda de que el Acta, ya sea del presidente o lo sea notarial, es el *medio probatorio* que permite determinar la existencia y constancia de la voluntad de la sociedad de pleitear en los términos en los que haya sido adoptado el acuerdo, tanto en lo que se refiere a que se ha tomado el acuerdo siguiendo los requisitos para su validez formal, como lo que se refiere a su contenido (la acción que debe ejercitarse).

Así, aunque el Acta del presidente (o la notarial) no es constitutiva del acuerdo⁹³, la falta del documento (Acta) tiene consecuencias jurídicas negativas para la sociedad, no solo porque sin el Acta no quedaría aprobado el acuerdo careciendo por tanto de fuerza ejecutiva⁹⁴ sino, porque, en el caso que nos ocupa, una demanda que se presentara sin el

⁹³ *Vid.*, CAMPINS VARGAS, A. El acta de la Junta: un comentario al Art. 202 LSC [en línea]. 2018 [consulta: enero de 2022]. Disponible en: <https://almacenederecho.org/acta-la-junta-comentario-al-art-202-lsc>. La autora resume la doctrina y jurisprudencia así como la resoluciones del RRDGRN y recuerda que «el acta de la Junta no es elemento constitutivo del acuerdo, sino medio de prueba del mismo, de aquí que tenga un carácter “ad provisionem” y no “ad solemnizatem”»; es decir, «El acta de la junta es un documento testimonial en el que se recoge por escrito la existencia de la junta y su válida formación, así como todo lo allí acontecido, especialmente los acuerdos adoptados y los requisitos a los que están sujetos la validez y la eficacia de estos». Vid., en contra, la STS 381/2003, 11 de abril 2003 (ECLI: ES:TS:2003:2564) que dice que «lo requerido por el Art. 134.1 L.S.A. no es más que "el acuerdo", y en ningún lugar de la L.S.A. se considera forma constitutiva del mismo el que conste por escrito, ni que, sin el cumplimiento de esa forma, no puede probarse por ningún otro medio su existencia». Esta sentencia - por la temporalidad de la resolución - no pudo tener en cuenta la exigencia del Art. 202 LSC que recoge la obligación señalada en el Art 54 de la LSL de 1995, requiriéndose desde este momento para todas las sociedades y de forma general, que todos los acuerdos sociales consten en Acta.

⁹⁴ El Art. 202. 3 LSC dispone que «Los acuerdos sociales podrán ejecutarse a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten», quiere ello decir, que el órgano de administración como

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

documento que acredite la existencia de un acuerdo favorable al ejercicio de la acción por la sociedad (voluntad social) impediría al juez poder *enjuiciar* la existencia del acto jurídico *habilitante* o, como estamos planteando y se explicará de seguido, impedirá la admisión a trámite de la demanda, no solo como dice ROJO⁹⁵ porque el «acuerdo sirve en términos de prosperabilidad de la pretensión como presupuesto inexcusable» que también, sino porque el acuerdo aprobado en el Acta es el elemento *habilitante* que acredita la voluntad de la sociedad de pleitear; siendo así, ya veremos con qué límites y cómo, el tema admite un tratamiento procesal.

De la misma forma, en nuestra opinión, una demanda que se presentara por procurador sin haberse llegado al acuerdo por la Junta de entablar la acción⁹⁶ haría decaer la preceptiva representación en sus diversas clases (en este caso, la del procurador como representante de la parte) conforme a los Art. 416.1. 1º LEC y Art. 23, 25 y 26 del mismo cuerpo legal.

El rigor formal exigido por la ley permite plantearse así la cuestión. Todo ello será objeto de estudio y análisis en el Capítulo Cuarto al que nos remitimos.

Por ahora, es suficiente decir que cuando la LSC exige que el acuerdo sea previo a la demanda y que ese acuerdo conste en Acta - un documento- no hay duda de que estamos ante una norma de naturaleza procesal no solamente reguladora de requisitos formales para la admisión a trámite de la demanda, sino de naturaleza probatoria particular⁹⁷ [que regula el medio para acreditar una determinada situación jurídica que, en este caso, es la

representante de la sociedad no podrá ejecutar el acuerdo, interponer la demanda, en tanto no se haya aprobado la misma.

⁹⁵ ROJO, Á., *La responsabilidad...op. cit.*, p. 1131-1133.

⁹⁶ En este caso, sí sería suficiente la mera existencia del acuerdo si bien el notario solo podrá tener por acreditado el mismo si consta en el Acta, por tanto, aunque teóricamente sea posible apoderar al procurador con la mera toma del acuerdo, en la práctica será muy difícil que se permita tal apoderación a los efectos que tratamos aquí si no se ha aprobado previa y formalmente el Acta de la Junta.

⁹⁷ Explica CORTÉS DOMÍNGUEZ, V que aunque la LEC «sustrajo las normas de la prueba de la ley material no ocurrió lo mismo con la prueba de documentos que se ha mantenido de forma general en la ley material, ello no obstante no le quita o no previene la naturaleza procesal pues en definitiva regulan de forma directa o indirecta la actividad del juez y la actividad de las partes en el proceso»; las «normas probatorias son (siempre) procesales por cuanto determinan los requisitos de admisibilidad, la práctica, el valor y la eficacia de la prueba que se desarrollan en el proceso o para el proceso» en CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN con VÍCTOR MORENO CATENA. *El Derecho Procesal*. En: Parte General. 11ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 202-203; también CARNELUTTI, F. *Sistema... I, op. cit.*, p. 675.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

voluntad de la sociedad de ejercitar la acción social (de pedir la tutela concreta al juez)] que se distingue de las normas generales de la prueba contenidas en la LEC en que no está destinada en el proceso a acreditar la generalidad de las relaciones jurídicas entre el administrador y la sociedad sino a **acreditar específicamente que es la voluntad de la sociedad ejercitar la acción social en un caso determinado.**

Esta norma procesal probatoria particular, en definitiva, impone limitaciones en el medio de prueba del hecho⁹⁸; es decir, el legislador asigna - normalmente por razones de seguridad - en el tráfico jurídico una determinada formalidad documental a un acto jurídico⁹⁹ de forma «que la función de la norma particular es regular un determinado derecho poniendo limitaciones en los medios de prueba»¹⁰⁰. No se trata tanto de «establecer una mecánica valorativa más eficaz¹⁰¹» sino «simple y exclusivamente se pretende imponer en el tráfico jurídico una determinada formalidad documental a un acto jurídico¹⁰²», en definitiva, se trataría de «asegurar la simpleza y rapidez del procedimiento¹⁰³» y con ello, se entiende, la tutela judicial efectiva.

Siendo así, la exigencia legal de que el acuerdo de la Junta conste en Acta impide, desde nuestro punto de vista, probar el hecho jurídico de la voluntad de la sociedad de pleitear contra el administrador a través de otros medios. Así, por cuestiones de orden público y procesal, no podría considerarse útil, tampoco válida a los efectos pretendidos, la prueba testifical de los socios que convertiría la actividad probatoria en una nueva Junta o, en el mejor de los supuestos, en una ratificación del acuerdo que haría perder además su carácter de previo que es, como se viene advirtiendo, un elemento esencial.

⁹⁸ CHIOVENDA, G. Instituciones... Tomo III, op, cit., p. 119.

⁹⁹ *Ibid.*, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. en *Parte General...* (con Víctor Moreno Catena) op. cit., p. 203. Explica el autor que las normas generales de prueba no están dadas debido a una determinada relación jurídica sino debido a la generalidad de las relaciones jurídicas, contrariamente las normas particulares de prueba, cuya función es simplemente regular un determinado derecho o situación jurídica, están dadas precisamente para que pueda darse un determinado acto jurídico.

¹⁰⁰ *Idem.*

¹⁰¹ *Idem.*

¹⁰² *Idem.*

¹⁰³ *Idem.*

2.3 La impugnación probatoria del Acta. - Problemática y vías de impugnación.

Si el Acta tiene, como estamos diciendo, esta relevancia en el proceso por el ejercicio de la acción social, debemos referirnos ahora a su validez e impugnabilidad.

Cuando el acuerdo queda recogido en un Acta notarial (Art 203 LSC) estamos en presencia de un documento público que, en consecuencia, como tal, hará prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella (Art. 319 LEC), y que su impugnación, obviando ahora la fundamentada en la falsedad, solo es posible, dice el Art. 320 LEC, en cuanto a su autenticidad con el cotejo con el original.

En el caso de que el Acta sea aprobada por la Junta o por el presidente (Art. 202 LSC), la cuestión es distinta, pues en este caso estaríamos ante un documento privado que hará prueba plena de la autenticidad de su autoría (Art. 326 LEC) si es que no se impugna. En cualquier caso, la impugnación, por cuestiones lógicas y de orden procesal, puede englobar la impugnación no solo de la autoría, sino del contenido¹⁰⁴, por ejemplo, porque lo recogido en el Acta no corresponde con la realidad de lo acaecido en la Junta habiéndose alterado el resultado de la votación, la descripción del hecho antijurídico que identificaría la acción, o incluso la identificación del administrador responsable que motivó el acuerdo favorable.

Siendo así, debemos detenernos en estas cuestiones, pues pueden plantear problemas importantes en la práctica jurídica y en la consecución del proceso. Valoraremos estas cuestiones, no ya referidas a la impugnación del acuerdo, sino cuando se alega la validez del acuerdo como excepción propia y excluyente por el administrador demandado.

¹⁰⁴ Vid, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. En *Parte General* (con Víctor, con Moreno Catena), *op. cit.*, pp. 266 y ss.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Veamos:

Si lo que se alega, como motivo de impugnación es que el Acta no reúne los requisitos formales y se cuestiona la propia validez de la reunión por haberse vulnerado algún requisito de forma esencial para tenerla por correctamente ejecutada – por ejemplo, porque se han producido vicios de convocatoria, o no se ha formado correctamente la lista de asistentes o la convocatoria no se ha realizado por quien tiene facultad para ello, o no hubiera suficiente quórum para celebración de la Junta –la vía adecuada, si se hubiera ya iniciado el proceso por el ejercicio de la acción social, no es la impugnación del documento regulada en el Art.326 LEC, sino que habrá de utilizarse la vía imperativa de la Ley a través de la acción de impugnación de la Junta que supondría, si se estimase, que ninguno de los acuerdos que se hubieran adoptado sería válido al no ser legal la reunión¹⁰⁵.

Dicha acción, de conformidad con el Art. 205 LSC deberá ejercitarse en el plazo de un año estando legitimados los administradores, socios y terceros y, dado su carácter constitutivo, tendría un efecto prejudicial en el proceso por el ejercicio de la acción social de responsabilidad lo que significa, a su vez, que mientras no se produzca esta impugnación judicial (en los plazos legalmente establecidos y en la forma antedicha), se habrá de aceptar y estimar la validez de los acuerdos sociales adoptados cuya nulidad, o validez, insistimos, solo puede plantearse, y resolverse judicialmente en un proceso concreto o en su caso formulándose reconvencción¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Vid, DAMIÁN MORENO, Juan y ARIZA COLMENAREJO, M^a Jesús. Impugnación de Acuerdo de la Sociedades Anónimas, Doctrina y Jurisprudencia. COLEX, 2000. También, DIEZ- PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. «Especialidades procesales en la Ley de sociedades anónimas». Revista de Derecho Procesal, n^o 3 1990, p. 421- 452.

¹⁰⁶ ÁLVAREZ SÁNCHEZ de MOVELLÁN, Pedro. Estudio sobre el Proceso de Impugnación de acuerdos Sociales, adaptado a la Ley de 31/2014 de 3 de diciembre por la que se modifica la Ley de Sociedad de capital para la mejora del gobierno corporativo 89. Dykinson, 2015. pp 88 -108. Téngase en cuenta que la postura de juzgados y tribunales respecto a la impugnabilidad del acuerdo de no aprobación de una propuesta - por ejemplo la que rechaza el ejercicio de la acción social - es que debe tratarse como un supuesto de inexistencia del acuerdo por lo que, si no hay acuerdo, la acción impugnatoria carecería, *ab initio*, de objeto, no teniendo sentido que se pretendiese suscitar litigios que no estuviesen llamados a cumplir ningún resultado práctico; *vid*, SJMER n^o 6 de Madrid 554/2014, 27 de octubre (ES:JMM:2014:3624) y SAP Madrid de 7 noviembre de 2013 (EDJ 2013/291220)

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

En ese caso, como a quién afectaría la impugnación del acuerdo y su posible estimación es al administrador demandado, que por aplicación de la Ley (Art 238.3 LSC) ya no es administrador al haber sido destituido¹⁰⁷ por el mismo acuerdo que pretende impugnar, se nos plantea una cuestión de gran importancia, a saber, cuál es su lugar en el proceso de impugnación. El asunto, como se ve, es importante y puede plantear dudas.

Un examen de la doctrina científica nos permite deducir que el administrador destituido debería aquí asimilarse *al tercero con interés legítimo*¹⁰⁸, no solo porque el acuerdo afecte a la esfera de sus derechos personales en general sino, también, porque el acuerdo afectaría negativamente a una situación jurídica societaria que con la impugnación se quiere corregir: que se le restituya como administrador de la sociedad, lo que, sin duda, entra de lleno en el ámbito de los intereses de la sociedad¹⁰⁹. BAENA mantiene que «la

¹⁰⁷ El cese no es sino la consecuencia de la pérdida de confianza, así lo explicaba GARRIGUES, J. en *Comentarios...Tomo II*, op. cit., p. 176; también, en el mismo sentido, vid. ARROYO, I., y BOET, E. Art. 134 LSA de 1989, en AA.VV. *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, (Dir. Arroyo, I.; Embid, J. M., y Górriz, C.), vol. II, 2.^a ed. Madrid, (2009), p. 1561.

¹⁰⁸ Por ejemplo, DAMIÁN MORENO, J. y ARIZA COLMENAREJO, M.J. *Impugnación...op. cit.*, pp. 56-59 y 65, señalan que «teniendo en cuenta las especiales características de este proceso, no hay motivo para negarles legitimación a estos terceros a fin de que puedan impugnar un acuerdo por la sencilla razón de que la cuestión acerca de si la sentencia afecta o no al derecho del que se presenta como agraviado no puede ser objeto de decisión en este procedimiento»; vid., también ALVAREZ SÁNCHEZ de MOVELLÁN, P. *op. cit.*, pp.162-166, cuando dice que «esta legitimación del tercero parece estar condicionada a la protección del interés social como medio necesario para la satisfacción o salvaguarda del propio interés personal».; también, GÓMEZ ORBANEJA.E. en *Las acciones de impugnación en la Ley de Sociedades Anónimas*. Revista de Derecho Procesal, 1951 n° 4, pp 561 -562; Vid, también, la STS n° 73/2018, de 14 de febrero (ES:TS:2018:410). La Sala explica que «El concepto de interés legítimo, recogido en el Art. 24 de la Constitución, es más amplio que el de interés directo y excede del interés que tienen los socios, quienes lo sean tras la adopción del acuerdo o quienes lo eran en ese momento y perdieron esa condición con posterioridad. Cualquier persona que justifique que el acuerdo le afecta directa o indirectamente, pero de forma perjudicial, está legitimada para impugnar el acuerdo social».

¹⁰⁹ Vid, LUCAS MARTIN, Elisa. P y VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, Blanca en El contenido del acuerdo de la Junta general sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital. Cuadernos de Derecho y Comercio. 2013, n° 59, pp 243-245. Las autoras muestran sus dudas respecto a la legitimación del administrador afectado por el acuerdo favorable al ejercicio de la acción social para ejercitar la acción de impugnación, por ejemplo, porque, dicen, sería difícil justificarla (la legitimación) si lo que intenta es impugnar su cese. También, dicen, que, si se excluyera el efecto del cese en el acuerdo, aunque el administrador seguiría siéndolo, la cuestión sería que el ejercicio de la acción vendría motivado no por la defensa del interés de la sociedad, sino por el propio, lo que no se compadece con el mandato de la norma. Asimismo, dicen las autoras (ibid. pp. 241-242) que la teoría general sobre el fundamento de la legitimación activa de los administradores para la impugnación de acuerdos sociales presenta aquí dificultades porque este (el acuerdo favorable al ejercicio de la acción social) se adopta en defensa del interés social y, por ello, es representativo de este. Dicen que, en este caso, «sería contradictorio considerar que la impugnación de dicho acuerdo por el administrador afectado viniera justificada por la defensa del interés de la sociedad, por lo que es notorio que en la impugnación latería la defensa de su propio interés», empero, mantienen las autoras que a esta tesis podrían objetarse algunas consideraciones en atención al concreto acuerdo que hubiera adoptado la Junta general. Por ejemplo, dicen, que puesto que «el acuerdo válido de la Junta general es un presupuesto inexcusable

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

necesaria proscripción de los acuerdos antijurídicos debería llevarnos a facilitar la legitimación activa para su impugnación, postura que también se ve apoyada por el hecho de que el legislador no distinga sobre el momento en que se debe ser administrador¹¹⁰». Dice que esta «legitimación es especialmente necesaria para el caso de impugnaciones ya en curso, pues si se vinculara la legitimación al cargo bastaría con destituir al administrador para evitar la prosecución de la demanda de impugnación»¹¹¹ si bien puntualiza que, dados «los riesgos que esta tesis extensiva»¹¹² tendría «en manos de administradores interesados en perjudicar a la sociedad, hace necesario observar la legitimación de los que han dejado de ser administradores a través del prisma del interés legítimo»¹¹³. En definitiva, concluye el autor – a nuestro modo de ver correctamente- que no puede gozar de legitimación «el antiguo administrador que no demuestre su legítimo interés en el acuerdo que impugna y sí aquel a quien el acuerdo pueda depararle consecuencias adversas, como su responsabilidad»¹¹⁴.

para el éxito de la acción social de responsabilidad y que un acuerdo que adoleciera de vicios impediría a la acción prosperar, ello convierte el acuerdo (nulo o anulable) en uno contrario al interés social, porque se produciría la circunstancia de que la demanda de responsabilidad sería desestimada y la sociedad se vería obligada a incurrir en unos costes elevados —honorarios de abogados para su defensa, aranceles del procurador para su representación, etc.—, a los que habría que sumar las costas a las que fuera condenada una vez finalizado el procedimiento y desestimada la acción». En nuestra opinión, este último argumento de las autoras no puede sostenerse como favorable a la legitimación del administrador, si nos damos cuenta de que carecería de sentido que el administrador actuara aquí para conseguir un acuerdo válido que permitiera el éxito de la acción social contra él. En nuestra opinión, el administrador afectado impugnará el acuerdo si quiere evitar que se interponga la demanda, que esta se admita a trámite o para hacer decaer la acción por infundada a través de una excepción propia y excluyente y su interés en ello es doble, por un lado, se trata de resolver una situación societaria que ha devenido por un acuerdo nulo o anulable que de declararse nulo, en conformidad con el concepto general de nulidad, declararía viciada su destitución lo que entra de lleno en los intereses de la sociedad y, de otro, evitar la demanda de responsabilidad que se le ha puesto o que se le quiere poner, lo que entra de lleno en sus intereses personales. En nuestra opinión, son estos los dos fundamentos que permitirían mantener la legitimación del administrador afectado por el acuerdo para impugnar su validez. Los factores para evitar demandas de impugnación por el administrador destituido infundas que solo persigan, por ejemplo, retrasar la demanda por su responsabilidad se corrigen por las propias limitaciones de la norma para impugnar el acuerdo (Art. 204 LSC), la condena en costas y la posible reclamación de daños y perjuicios al administrador que de tal impugnación se pudiera derivar.

¹¹⁰ Vid, BAENA BAENA, Pedro Jesús. El nuevo régimen jurídico español de la legitimación activa y pasiva para la impugnación de acuerdos de las sociedades de capital. Revista de Derecho, nº 20, 2016, pp. 144.

¹¹¹ *Idem.*

¹¹² *Idem.*

¹¹³ *Idem.*

¹¹⁴ *Ibid.*, pp. 144- 145. Dice el autor que ello se entiende mejor si tenemos presente que «La legitimación de los terceros que acrediten un interés legítimo se reconocía ya en el Art. 117.1 LSA de 1989 y en el modificado Art. 206.1 de la LSC, pero solo para la impugnación de acuerdos pretendidamente nulos. La ampliación de la legitimación de tales terceros a todo tipo de acuerdos antijurídicos producida con la reforma introducida por la LSC en el año 2014 debe ser entendida como el resultado de la extensión de la idea del carácter benéfico de la finalidad perseguida: la proscripción de los acuerdos antijurídicos».

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Aplicada la doctrina señalada a nuestro caso, puede mantenerse que el administrador destituido por el acuerdo de la Junta que aprueba el ejercicio de la acción social contra él está legitimado para impugnar el acuerdo ; que no será admisible la impugnación del documento por motivos formales, o de contenido, que no sea a través de la acción separada de impugnación¹¹⁵ y que si se impugna la Junta por el administrador con posterioridad a la interposición de la demanda de responsabilidad podrá hacerse a través de la reconvención Art. 406 LEC¹¹⁶.

Pues bien, llegados a este punto, se nos muestran dos cuestiones en las que nos detendremos brevemente:

La primera se refiere al hecho de que la acción de impugnación de la que hablamos podría haberse sometido en los estatutos a una cláusula arbitral lo que puede plantear alguna complicación para el administrador que pretenda impugnar la Junta como excepción propia y excluyente iniciado el proceso contra él en base a que el acuerdo del que se sirve la acción social es nulo lo que, de ser cierto, haría decaer la acción de responsabilidad contra él.

La cuestión, en realidad ha sido resuelta. Bien es sabido que la doctrina jurisprudencial, afianzada desde la STS nº 355/1998, de 18 de abril, reflejó un importante cambio al declarar que no quedaban excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral, la nulidad de la junta de accionistas y la impugnación de los acuerdos sociales. La cuestión aquí, llegados al punto y en el supuesto estricto que hemos planteado como estudio (que el administrador se defienda de la demanda interpuesta contra él impugnando el acuerdo o que lo haya hecho antes, justamente para impedir el ejercicio de la acción) , es que el

¹¹⁵ Por ejemplo, *vid.*, la STS nº 732/2014 Sala 1ª de 26 de diciembre de 2014 que mantienen este criterio, por lo que parece que no se podrá cuestionar la validez de un acuerdo que no haya sido impugnado siguiendo el proceso especial para ello.

¹¹⁶ Esta reconvención solo será posible si la acción social se sigue en un procedimiento ordinario (Art. 118 LSA y 249.3 LEC) pues, pese a lo dispuesto en el Art. 438.2 LEC, si lo ponemos, como es necesario, en relación con lo que se dispone en el Art. 249.1, 3º LEC, no se deduce de tales normas procesales la posibilidad de reconvenir en este sentido en el caso de que la acción social se siga por el trámite del juicio verbal. En este último caso, entendemos que habrá de iniciarse un proceso autónomo que podrá tener efectos prejudiciales si se ha iniciado con anterioridad o suspensivos -conforme al Art. 43 LEC -si se ha iniciado con posterioridad al ejercicio de la acción social y que podrá, si se dan los requisitos del Art. 78.1 LEC, acumularse.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

ex administrador no es, aunque sea obvio decirlo, administrador de la sociedad sino un tercero; si es así, debe señalarse que es un criterio uniforme de la doctrina que el tercero no está vinculado a la cláusula arbitral (siempre que el administrador no sea, además, un socio¹¹⁷) justamente cuando, por efecto legal, se le cesó de su cargo al acordar la mayoría el ejercicio de la acción, por tanto, este ex administrador - que ahora es un tercero- no está, en puridad, vinculado por la cláusula arbitral estatutaria pudiendo acudir a la jurisdicción como medio de tutela y ello incluso si pidiera su restitución como administrador (aunque sea solo por efecto del concepto general de nulidad que establece que todo lo que se deriva de un acuerdo nulo queda igualmente viciado) pues se hace aquí más evidente que nunca la teoría de derecho de la capacidad jurídica y relación obligacional.

La segunda cuestión, se deduce de los requisitos de la reconvencción regulada en el Art. 406 LEC, pues la demanda reconvenccional se hará valer frente al demandante, la sociedad. En el supuesto que estamos estudiando, la reconvencción no plantea problemas, pues la acción de impugnación se dirige siempre contra la sociedad, pero podría plantear problemas en el caso de que la acción se hubiera ejercitado por la minoría en sustitución procesal. En ese caso, nuestro criterio, por todo aquello que se estudiará en la Segunda Parte de esta tesis a la que remitimos al lector, es que el exadministrador no podrá ejercitar la acción de impugnación por la vía de reconvencción, ni podrán acumularse los procedimientos.

La razón, aunque tengamos ahora que adelantar conclusiones y conceptualizaciones, es que la posición de la minoría como *sustituto procesal* (en ejercicio de la acción social) lo es para la defensa de un interés muy concreto, el de la sociedad a verse resarcida económicamente de los daños patrimoniales sufridos por la actuación antijurídica del administrador; es decir, su legitimación y condición de parte no le atribuye legitimación pasiva para soportar el ejercicio de la impugnación del acuerdo de la Junta. La expropiación del poder dispositivo, como veremos, es limitada y no alcanza, en modo alguno, ni siquiera en los límites de la economía procesal, su legitimación pasiva para soportar en sustitución procesal y por reconvencción la acción de impugnación.

¹¹⁷ Aquí las normas de abuso del derecho entran en juego.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

En el caso de que la impugnación de la autenticidad del documento se haga respecto al contenido entendemos que la vía adecuada, además de la impugnación en los términos explicados, sería la vía penal¹¹⁸ a través de la querrela por falsedad documental (Art. 395 Código Penal) lo que, en el proceso civil, supondría la suspensión del proceso de conformidad con el Art.40 LEC que si bien por regla general dispone la no suspensión, sí acepta en el apartado 4 la suspensión tan pronto se acredite que se sigue causa criminal por la posible existencia de un delito de falsedad de alguno de los documentos aportados si, a juicio del tribunal, el documento pudiera ser decisivo para resolver sobre el fondo del asunto. En nuestra opinión, esta última condición, la de que el documento sea decisivo para resolver sobre el fondo del asunto, debe interpretarse como que sea decisivo para la acción en términos generales; esto es, el documento debe ser decisivo para habilitar el ejercicio mismo de la acción. Y, no hay duda, tal y como se ha explicado en este capítulo, que el acuerdo aquí es decisivo.

¹¹⁸ Vid., la STS nº 23/2016, 3 de febrero (ES:TS:2016:91) y SAP de Asturias 897/2021, 13 de octubre de 2021.

**CAPÍTULO TERCERO.- ANÁLISIS PROCESAL DE LA
NECESIDAD DE CONCRECIÓN DEL CONTENIDO DEL
ACUERDO**

1. Planteamiento
2. La necesidad de concreción del acuerdo social
3. Criterios procesales para la determinación del grado de concreción del acuerdo. -
La identificación de la acción procesal de responsabilidad societaria
 - 3.1. Consideraciones de carácter general.
 - 3.2. Identificación de la acción de responsabilidad de los administradores.
 - 3.2.1. Identificación de los sujetos
 - 3.2.2. La identificación de la *causa petendi*.
 - 3.2.3. Identificación del *petitum*.
4. Las consecuencias de la necesaria correlación entre el acuerdo concreto de la Junta y el objeto de la demanda.

1. Planteamiento.

Si partimos de nuestras conclusiones en el capítulo que precede y el acuerdo de la Junta es la exteriorización formal de la voluntad final y causal de la sociedad de ejercitar la acción social de responsabilidad y el Acta de la Junta es el medio de prueba exclusivo y excluyente de la misma, la conclusión inmediata, si queremos hacerlo con rigor jurídico, deber ser que fuera de los términos concretos del acuerdo no existe voluntad causal y final de la sociedad de interponer acción procesal alguna.

Pero no solo es eso, porque esta formulación nos obliga también a afirmar la necesaria correlación que debe existir entre el contenido del acuerdo y el objeto de la demanda, entendida esta como manifestación procesal del ejercicio de la acción que se entable; y, si avanzamos solo un poco más en la formulación de esta tesis, nos vemos obligados a admitir que la concreción necesaria del acuerdo, y en el grado en que esta se manifieste, vendrán determinados por el grado de concreción que la Ley procesal exija para poder afirmar, no solo que se ejercita una acción social de responsabilidad, sino que se ejercita la acción social querida por la sociedad; en definitiva, que existe la voluntad de pleitear tal como se ha hecho.

La cuestión no está exenta de dificultad y polémica y por eso es necesario que nos detengamos en ella. En las páginas que siguen desarrollaremos esta tesis y alcanzaremos las conclusiones adecuadas.

2. La necesidad de concreción del acuerdo social.

Debemos decir que, a diferencia de lo que ocurre con los requisitos formales de quorum y convocatoria regulados rigurosamente en el Capítulo VII de la LSC, para la adopción del acuerdo por la Junta general, la literalidad de las normas (*vid.*, Art. 160 y 238 LSC) no parece *a priori* lo suficientemente explícita en cuanto al contenido que deba tener para que sea eficaz a los efectos legales procesales pretendidos y que hemos avanzado.

En esta supuesta falta de claridad de las normas se ha querido ver una laguna de Derecho. Acudiendo a la doctrina mercantil, vemos que algunos autores mantienen que sería suficiente que la Junta por mayoría expresara la voluntad de la sociedad de ejercitar la acción lo que permitiría un acuerdo *en blanco* en los términos tan amplios y genéricos como se desee, al que después debería darle contenido el órgano de administración como representante de la sociedad¹¹⁹.

Otros, posición mayoritaria, mantienen que es necesario que en el acuerdo se identifique al menos a la persona responsable del daño (el administrador) y defienden que, solo si la Junta *ampliara* el contenido a otras cuestiones, el órgano de representación quedaría obligado a ejecutar el acuerdo en los términos acordados y hasta donde se hubieran definido por la Junta¹²⁰.

Un tercer sector mantiene que en el acuerdo debe indicarse al menos, la conducta o conductas antijurídicas constitutivas del derecho subjetivo cuya tutela pretende la sociedad, las personas responsables de esas conductas y los daños que pretenden se reparen¹²¹. SANCHEZ- CALERO GUILARTE, por ejemplo, a propósito de la SAP de

¹¹⁹ *Vid.* ALFARO AGUILA-REAL, Jesús. ¿Qué pasa cuando la Junta acuerda exigir la responsabilidad, pero no describe las conductas de los administradores que considera incumplimientos de sus deberes? *Almacén de Derecho* [en línea]. 2017 [consultado el 7 de enero de 2022]. Disponible en: <https://derechomercantilesparana.blogspot.com/2017/03/que-pasa-cuando-la-junta-acuerda-exigir.html>.

¹²⁰ Por ejemplo, ROJO, A. (En: *El ejercicio... op. cit.*, p. 1142) dice que si el acuerdo se amplía en el sentido de incluir un contenido más concreto de la acción a ejercitar – lo que califica de ampliación de potestativa – sí condicionaría el contenido de la demanda obligando al órgano representante a ejecutar el acuerdo en los términos acordados. *Vid.*, también, ALFARO AGUILA-REAL, J. (*Idem*) que, por ejemplo, admite que si se le diera contenido al acuerdo más expreso quedarían el representante (el órgano de administración) obligado a ejecutarlo en los términos acordados.

¹²¹ VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, Blanca, El contenido del acuerdo de la Junta general sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 65(2016), pp. 119-142.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Almería (Sección 3ª) de 7 de julio de 2011¹²² dice que «para actuar contra los administradores no vale cualquier acuerdo, sino uno que tenga un contenido preciso con respecto a los hechos supuestamente lesivos que motivan el acuerdo y la posterior demanda. Que en esta se invoquen hechos ajenos a los tomados en cuestión por la sociedad motiva la falta de un presupuesto esencial de la acción social y determina la consiguiente falta de legitimación activa de la sociedad¹²³».

En cualquier caso, como se ve, podemos intuir ya que lo común a todas estas posturas es la necesidad de que la demanda que finalmente se interponga sea coincidente con aquello que se consideren elementos y contenido esencial del acuerdo de la Junta¹²⁴; es justamente ese contenido el que someteremos a examen.

Para el estudio de la cuestión, qué y cuál es el contenido del acuerdo, porque no hemos podido confirmar que exista un consenso entre la doctrina científica más allá del expuesto, analizaremos el tema desde el punto de vista de la doctrina jurisprudencial. Concretamente nos referiremos ahora a la STS de la Sala 1ª n.º 732/2014 de 26 de diciembre de 2014¹²⁵ (Caso Colonial) que, ya veremos con qué límites, da una respuesta a esta polémica indicando cuál es el contenido mínimo que debe reunir el acuerdo y, en concreto, si son o no admisibles los acuerdos genéricos o sin identificar concretamente contra qué administradores se ejercita la acción y por qué concretas conductas. Debe decirse que esta resolución ha sido estudiada por la doctrina en numerosas ocasiones¹²⁶. Además, los criterios que se asientan en esta sentencia han sido prontamente acogido por

¹²² SAP de Almería n.º 111/2011 de 7 de Julio (ES:APAL:2011:420)

¹²³ En SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. «Sobre el contenido del acuerdo de entablar la acción social de responsabilidad». *Juan SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE Blog* [en línea]. 19 de octubre de 2011 [consultado el 17 de diciembre de 2021]. Disponible en: <http://jsanchezcalero.com/sobre-el-contenido-del-acuerdo-de-entablar-la-accion-social-de-responsabilidad/>

¹²⁴ A ello se refiere, en general, la doctrina señalada sobre la base de que teniendo la minoría legitimación para el ejercicio de la acción, no puede aceptarse que esta tenga, por ejemplo, en el caso de existir un acuerdo previo de la Junta, más libertad que la sociedad a la hora de configurar el objeto de la demanda; *vid.*, en contra CALBACHO LOSADA, F. *El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima*, Valencia: Tirant lo Blanch, Col. Biblioteca Jurídica Cuatrecasas. Serie de Tratados y Comentarios. 1ª Ed, 1999, pp. 167 y 260. El autor considera que entablada la acción por la sociedad frente a todos los administradores señalados en el acuerdo, si los socios consideran que la misma debería dirigirse también frente a otros, «podrán ejercitar la acción subsidiariamente contra los administradores contra los que la sociedad no la haya entablado, pudiendo en su caso solicitar la acumulación de los autos».

¹²⁵ STS n.º 732/2014 de 26 de diciembre.

¹²⁶ Por todos, y por lo exhaustivo del estudio, *vid.*, ROJO, Á. *El ejercicio... op. cit.*, pp. 1136 y ss.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

los Juzgados de lo Mercantil y la Audiencias Provinciales ante quienes se ha planteado la cuestión¹²⁷; aun así, consideramos necesario detenernos, aunque sea brevemente, en lo que se dice para su posterior estudio desde el que es nuestro punto de vista:

Los hechos eran que la Junta había acordado, y así se había recogido en el Acta, «interponer las acciones sociales de responsabilidad, por los cuantiosos daños causados a la sociedad, por la compra de activos por la Compañía para reinversión del precio de los compradores en acciones de la misma, vinculados o no al aumento de capital de 29 de junio de 2006; por la adquisición de acciones de Riofisa, S.A, y por la compra de acciones propias realizadas entre los meses de marzo a diciembre de 2007, ambos inclusive, habilitando al Consejo de Administración para el ejercicio de las acciones sociales de responsabilidad contra los administradores responsables en los términos más adecuados para la defensa del interés social. En este sentido la acción social no se ejerce frente a ninguno de los actuales miembros del Consejo de Administración».

La sociedad interpuso demanda contra dos de los administradores y con relación a los daños ocasionados a la sociedad con las operaciones sobre acciones propias realizadas en el periodo comprendido entre marzo de 2007 y marzo de 2008 incumpliendo los deberes propios inherentes al cargo de administrador y, concretamente, el deber de administración diligente.

Tanto el Juzgado de lo Mercantil como la Audiencia Provincial desestimaron la demanda, si bien lo relevante, según nuestro criterio, es que para la Audiencia Provincial el acuerdo de la Junta que adoptó el acuerdo favorable al ejercicio de la

¹²⁷ Vid, por ejemplo, SAP de Albacete nº 270/2021, 19 de abril; SAP de Asturias nº 1092/2020, 16 de junio; SAP de Madrid de 11 de enero de 2019; SJMER nº 3 de Madrid de 17 de septiembre de 2018; SJMER nº 1 de Santander nº 358/2017 de 29 de diciembre; SAP de Baleares nº 191/2016 de 30 de junio; SJMER nº 2 de Palma nº 273/2016 de 1 de septiembre; STS nº397/2016, 18 de noviembre; En contra, la SJMER nº 1 de Girona nº 172/2016, 1 de junio de 2016 donde el Juzgado opina que deben tenerse en cuenta otras circunstancias a la hora de analizar si el contenido es suficiente refiriéndose a que el criterio del TS, en ese momento, no es fuente del derecho y no vincula a los jueces. Antes del Caso colonial, la posición de los jueces al respecto era menos expresa pero en cierta manera avanzaba el criterio del TS, por ejemplo, la SAP de Navarra (Sección 3ª), de 18 de febrero de 2005 declaró nulo el acuerdo de la Junta general de «ejercitar contra los miembros del anterior Consejo de Administración las acciones de responsabilidad civil que aconsejen y consideren los Servicios Jurídicos». Señalaba la sentencia que «la decisión de ejercer la acción social de responsabilidad corresponde a la Junta general, la cual ha de tomarse en estado puro, es decir, sin condicionamiento alguno, previa deliberación y votación de la asamblea».

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

acción era *defectuoso* ya que no se especificaba contra qué administradores se ejercitaba la acción y no concretaba la conducta antijurídica que se imputaba a estos administradores. Entendió la Audiencia que el acuerdo se limitaba a indicar unos hechos sin explicar el motivo o razón por los que resultaban antijurídicos. Asimismo, entendió que tampoco se especifica qué daño se había ocasionado a la sociedad. En definitiva, la motivación de la AP fue esencialmente que faltaba uno de los presupuestos básicos para que pudiera prosperar la acción, al carecer el acuerdo de la Junta, que debía habilitar para el ejercicio de la acción, de una «precisión suficiente de los elementos esenciales sobre los que se pretendía sustentar el ejercicio de la acción social».

El Tribunal Supremo, haciendo un exhaustivo examen del acuerdo y la pretensión ejercitada en la demanda, llega a distinta conclusión y resuelve que la mención *compra de acciones propias realizadas entre los meses de marzo a diciembre de 2007* identificaba suficientemente respecto a qué conducta debía exigirse responsabilidad, « “sin que fuera necesario un grado de especificación tan grande que detalle todas las razones” (en definitiva, la prueba) “de la ilicitud de la conducta o de su falta de justificación”»; concluyendo que era «suficiente a los efectos pretendidos por la ley si el acuerdo identifica la conducta sobre la que se pretende ejercitar la acción de responsabilidad por los daños que ocasionó a la sociedad».

En cuanto a la necesidad o no de identificar a los administradores en el acuerdo, dice la sentencia que sí han de identificarse, pero, que, en el caso concreto, dicha identificación se había alcanzado al haber situado el hecho antijurídico en un espacio de tiempo concreto lo que, a su vez, dejaba hecha, implícita pero válidamente, la identificación, pues se excluía de esta a los administradores que en el momento de adoptarse el acuerdo social seguían siendo administradores.

Concluye la Sala que «desde esta perspectiva no puede imputarse al acuerdo un defecto que inhabilite» (se entiende a la sociedad) «para el ejercicio de la acción social de responsabilidad»; y sigue diciendo, que «el hecho de que solo se hubiera demandado a dos de los administradores y no a todos guarda relación con la prosperabilidad de la acción y sus consecuencias, sobre todo si se concluye que la conducta era imputable al Consejo, y por ello son responsables solidarios todos sus

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

miembros, tanto los demandados como los no demandados». Termina el Tribunal Supremo afirmando que «sería irrelevante que la acción de responsabilidad se hubiera ejercitado solo respecto de una de las tres conductas mencionadas en el acuerdo»¹²⁸.

El Tribunal Supremo, las Audiencias Provinciales y Jueces de lo mercantil parecen estar apuntalando la cuestión del contenido del acuerdo en dos sentidos: el primero, que para que el acuerdo pueda servir a su fin *habilitante* (veremos más adelante la extensión de esta expresión) debe concretarse la conducta sobre la que se pretende ejercitar la acción (el acto antijurídico cometido por el administrador) y el sujeto activo del acto (el administrador incumplidor¹²⁹); y el segundo, que, al menos, el hecho antijurídico que se identifique en ese acuerdo de la Junta deberá ser idéntico al hecho jurídico en el que fundamente la pretensión en la demanda; dicho de otra forma, debe existir una correlación entre el contenido del acuerdo y el objeto de la demanda. La extensión y límites de esa correlación se analizará por su importancia de forma separada en el apartado cuatro de este Capítulo.

Partiendo de este criterio, y si lo tratamos desde un punto de vista estrictamente procesal, podemos decir, y esta es nuestra opinión, que la Junta deberá dar al contenido del acuerdo los mismos elementos necesarios de identificación que servirían en la demanda para identificar el objeto del proceso que se entablará: el elemento subjetivo, la causa de pedir y el objeto; en definitiva, no se trataría de otra cosa que identificar en el acuerdo de la Junta *la acción*. Ello, desde nuestro criterio, se hace evidente si se tienen en cuenta lo siguiente:

- a) En primer lugar, la literalidad de las normas. Recordemos que el Art. 160.b) LSC dice que es competencia de la Junta acordar el ejercicio de la acción social de responsabilidad de los administradores; por su parte, el Art. 238 LSC dice que para que la sociedad pueda *entablar la acción* será necesario un acuerdo previo de la

¹²⁸ Se refiere la Sala a lo dispuesto en la SAP de Madrid nº 397/2016, 18 de noviembre.

¹²⁹ Vid., ROJO, Á. en *El ejercicio.... op. cit.*, pp. 1135-1140 cuando trata de forma muy clarificadora los requisitos para la identificación de los administradores en el acuerdo de la Junta por el ejercicio de la acción social.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Junta. La acción a la que se refieren estos artículos es la pretensión procesal del derecho subjetivo a través del acto jurídico de la demanda¹³⁰. Por eso, cuando se residencia en la Junta la competencia para decidir si la sociedad debe ejercitar la acción contra el administrador, partiendo de la base que el ejercicio de la acción es solo posible a través del acto procesal de la demanda, en nuestra opinión, ello significa que para que pueda decirse que se ha cumplido con el requisito legal del acuerdo favorable previo, la Junta deberá no solo manifestar que es voluntad de la sociedad pleitear sino que deberá concretar en qué términos quiere pleitear; dicho de otra forma, debe concretar qué demanda debe entablarse por la sociedad, lo que es tanto como decir que en el acuerdo se deberá *identificar* la acción que debe ejercitarse.

- b) A la misma conclusión llegaríamos si recordamos la doctrina procesal asentada en orden a la identificación de las acciones y en lo que profundizaremos más adelante. Siguiendo ahora a CHIOVENDA¹³¹, y teniendo en cuenta que estaríamos ante una pretensión declarativa de condena al resarcimiento del daño, en esta labor de identificación deberá concretarse frente a qué sujeto autor del daño se dirigirá la pretensión procesal y la tutela que se le pedirá al juez. Por eso, además de la identificación del administrador responsable, lo que no parece discutirse doctrinalmente, es preciso identificar, también, qué voluntad de la ley queremos que el juez actúe, para lo que necesariamente habrá de determinarse la actuación antijurídica del administrador (hecho) que constituye el incumplimiento en la relación obligacional, que es la única que puede originar el derecho patrimonial de la sociedad al resarcimiento y la correlativa obligación del administrador de resarcirlo; esto es, en términos procesales, se trataría de identificar la *causa petendi*. Esta será la única manera de que la acción que se acuerde ejercitar por la Junta, y finalmente se ejercite, pueda distinguirse de otras posibles acciones contra ese administrador u otros administradores, a los efectos procesales de la litispendencia, cosa juzgada, acumulación de acciones, prohibición de *mutatio*

¹³⁰ La doctrina, en general, no ha dudado ni un solo momento en que cuando la norma dice *entablar* está dando al mandato legal un contenido procesal innegable. Por ejemplo, vid, LARA, R ...*op cit.*, p.111. Dice el autor «el artículo 238 LSC solo se refiere al ejercicio judicial de la acción de responsabilidad y no a la reclamación extrajudicial para interrumpir el plazo de prescripción (...)»

¹³¹ CHIOVENDA, G. *Instituciones... Tomo I, op. cit.*, pp. 412-431.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

*libellis*¹³² e incluso en los casos de renuncia a la acción. Por consiguiente, no sería suficiente un acuerdo en blanco o que no hiciera esta *identificación concreta* de la acción.

- c) En tercer lugar, esta tesis es acertada si, como no puede ser de otra manera, partimos de lo que hoy día es una obviedad procesal: la demanda es un acto jurídico a través del cual la parte pretende la tutela de su derecho.

Siendo los derechos subjetivos, por lo general dispositivos, la demanda, en sí misma, es un acto dispositivo movido por la exclusiva voluntad de actor. En este orden de cosas, sintetizaba el tema GÓMEZ ORBANEJA diciendo «que nadie puede ser obligado en contra de su voluntad a proponer su acción, lo que conlleva que, una vez propuesta (...), el actor es libre de renunciar a mantenerla; de desistir su ejercicio y, análogamente, el demandado es libre de defenderse o no, incluso de reconocer la pretensión de su adversario, allanándose a la demanda y con ello a las pretensiones del actor»¹³³.

Pues bien, si partimos de esta premisa y tenemos en cuenta que el acuerdo societario es el acto jurídico donde se conforma la voluntad social de pretender el derecho subjetivo, hay que concluir que el objeto de la demanda, en definitiva, la pretensión, deberá ser coincidente con lo que se haya acordado en Junta y se haya recogido en el Acta. En otras palabras, la voluntad de la ley que se pide al juez que actúe con la demanda deberá ser coincidente con la exteriorización de la voluntad de la sociedad efectuada en el acuerdo, por lo que es evidente que en el acuerdo se deberá identificar la pretensión material objeto de la acción que es, a su vez, objeto de la demanda; o lo que es lo mismo, deberá recoger la concreta pretensión del derecho material que se quiere ejercitar: la acción.

- d) A la misma conclusión se llegaría si examináramos la cuestión, ciertamente similar, como es la del derecho del socio a impugnar los acuerdos de la Junta, que utilizamos, en nuestra exposición ahora, por analogía y comparación.

De la lectura de las normas de la LSC podemos deducir las circunstancias en las que un acuerdo tomado por la mayoría podría producir la lesión del interés

¹³² CORTÉS DOMÍNGUEZ, V en *Parte General* (con Víctor Moreno Catena) ...*op. cit.*, pp. 148 y ss. DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio «*El inicio del proceso: la demanda*» p.55. En: Andrés DE LA OLIVA SANTOS, Ignacio DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ y Jaime VEGA TORRES. Curso de derecho procesal civil II, 4º Ed, Ramón Aceres, 2021.

¹³³ GÓMEZ ORBANEJA, E. *Derecho...*, Tomo I., *op. cit.*, p. 191.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

social¹³⁴. Dicha lesión ocurriría, por ejemplo, si el acuerdo se toma en beneficio de uno o varios socios o de terceros causando un daño patrimonial a la sociedad y cuando, aun no habiendo daño, el acuerdo se impone de manera abusiva por la mayoría, lo que ocurriría en los casos en los que, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría, en interés propio de esta y en detrimento injustificado de los demás socios¹³⁵.

Desde nuestro punto de vista, lo relevante sobre este tema es que, en el ejercicio de la acción de impugnación, la carga de la alegación y de la prueba descansa en aquel que impugna (Art. 217.2 LEC)¹³⁶; el socio, legitimado directo para ejercitar la acción de impugnación, deberá convencer al juez de que el acuerdo que impugna es lesivo a la sociedad, podría serlo en el futuro o se ha impuesto de forma abusiva por la mayoría en beneficio de uno o varios socios o terceros, para lo que será necesario (si es que se quiere que la acción prospere) que se constate la desviación del poder de decisión de la mayoría¹³⁷. Este deber/carga de constatar la desviación por el impugnante se comprende fácilmente, si tenemos «en cuenta que los riesgos empresariales no están sujetos a control de los tribunales y que estos no pueden modificar la voluntad de la sociedad»¹³⁸; por eso, no hay duda de que el socio impugnante deberá alegar, si quiere después hacer prueba, en qué sentido es o puede ser lesivo o abusivo el acuerdo; en otras palabras, porque se trata del ejercicio de un derecho potestativo, deberá alegar cuál es el hecho lesivo o abusivo que pretende se extinga por darse la relación de causalidad entre la lesión y el beneficio de uno o varios socios. Porque, como es obvio, si no se alega, el juez no podrá deducir, en un proceso lógico y normal, que el acuerdo impugnado ocasiona un resultado negativo a la sociedad.

¹³⁴ *Vid.*, Art. 204 LSC.

¹³⁵ Por ejemplo, la STS nº 991/2012, 17 de enero (ES:TS:2012:1686) se refiere a este tema cuando dice que «el resultado lesivo debe probarse en cuanto afecte a la Sociedad misma, no bastando su mera alegación. Carga de probar que la STS nº 825/1998, de 18 de septiembre (también SSTS nº 193/2000, de 4 de marzo, y nº 1131/2002, de 29 de noviembre) amplía a la totalidad de los requisitos precisos para la viabilidad de la impugnación, sin que baste la mera alegación». *Vid.*; también, CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *Jurisprudencia Derecho Mercantil*. Anuario de Derecho Civil Núm. LXVI-III, Julio 2013, p. 1491; GARRIGUES, J. *Comentarios... op. cit.*, p. 177 a propósito del estudio del Art. 67 LSA de 1951; y, también, DAMIÁN MORENO, J y ARIZA COLMENAREJO, M.J, *Impugnación... op. cit.*, pp. 37 y ss;

¹³⁶ ÁLVAREZ SÁNCHEZ de MOVELLÁN, P. *op. cit.*, pp. 130 y ss

¹³⁷ *Idem.*

¹³⁸ DAMIÁN MORENO, J y ARIZA COLMENAREJO, M.J, *Impugnación... op. cit.*, p. 47; ÁLVAREZ SÁNCHEZ de MOVELLÁN, P. *Ibid.*, p. 127.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

De ello se colige, llevando estos argumentos a nuestro tema, que el acuerdo de exigencia de responsabilidad deberá expresar cuál es el acto pretendidamente antijurídico por el que se pide la responsabilidad para que el juez pueda valorar, primero, y decidir después, si el acuerdo para el ejercicio de la acción en los términos que se ha acordado es lesivo a la sociedad, podría serlo en el futuro o se ha impuesto de forma abusiva por la mayoría en beneficio de uno o varios socios o terceros y, lo que es más importante, en definitiva, se pueda fundamentar el hecho jurídico que da sustento a la pretensión de impugnación del acuerdo.

- e) Por último, igualmente se deduce la necesidad de un acuerdo concreto, en los términos antedichos, del efecto jurídico de la destitución del administrador afectado por el acuerdo. La destitución legal del administrador se ha justificado por la doctrina en la «ruptura de la relación de confianza depositada por los socios en el administrador»¹³⁹ y es justamente este argumento el que permite concluir la necesidad de concretar qué ha roto esa relación, porque si no, «podríamos estar ante una destitución arbitraria que podría incluso suponer un fraude de ley para la sociedad que se vería privada de la actividad del administrador sin conocer las razones por las se ha perdido la confianza»¹⁴⁰. Es evidente, pues, que el acuerdo favorable a interponer una demanda contra el administrador debe tener un contenido del que pueda deducirse la lesión o abuso que pudiera tener para los intereses de la sociedad entablar la acción de responsabilidad frente a ese administrador, para lo que deberá haberse acordado expresamente no solo la voluntad de ejercitar acciones sino frente a qué administrador y por qué lesión.

Como se ve, nuestras conclusiones no distan de aquellas mercantiles; si bien, en nuestra opinión, una vez se analizado el tema desde la perspectiva estrictamente procesal, se consigue llegar a conclusiones definitivas.

¹³⁹ ROJO, Á. *El ejercicio...* *op. cit.*, p. 1134; también, LARA, Rafael. *op. cit.*, pp. 123- 124 y p. 133.

¹⁴⁰ ROJO, Á. *Loc.cit.*

3. Criterios procesales para la determinación del grado de concreción del acuerdo. La identificación de la acción procesal de responsabilidad societaria.

Lo hasta ahora expuesto, como se ve, nos permite concluir que, enfocada la cuestión desde un punto de vista estrictamente procesal, se mantiene y confirma que el acuerdo societario que estudiamos no puede tener un contenido general o ser un acuerdo en blanco; debe, pues, tener un contenido concreto que, como se ha dicho, consiste en determinar los elementos que servirán después, en la demanda, para identificar su objeto; es decir, **el contenido concreto del acuerdo vendrá dado por la aplicación de los criterios para la identificación de la acción que deba ejercitarse en la demanda.**

Como ya hemos señalado, la doctrina mercantilista, en cuyo análisis no podemos entrar por exceder del contenido y objeto de nuestro trabajo pero al que queda el lector remitido, llega a similares conclusiones e identifica el contenido mínimo del acuerdo con «la conducta activa u omisiva que la Junta general estime reprochable con la identificación de los sujetos responsable y con el daño producido en el patrimonio social»¹⁴¹, si bien, la cuestión se ha explicado esencialmente a través del estudio del derecho de información, la distribución legal de competencias entre la Junta y el consejo de administración¹⁴², o acaso, la legitimación múltiple (*legitimación en cascada*).

Ahora bien, en cuanto al grado de concreción que debe obtenerse, estos argumentos mercantiles, útiles y esenciales para comprender la cuestión, no son, sin embargo, en nuestra opinión suficientes, pues la cuestión de cuál deba ser el contenido mínimo del acuerdo que exige la ley, para que este pueda servir como elemento *habilitante* al ejercicio de la acción social por la sociedad, solo puede explicarse de forma completa y definitiva si se analiza la norma del Art. 238 LSC y 202 LSC desde el punto de vista procesal y en el sentido que estamos exponiendo.

¹⁴¹ ROJO, Á. *Ibid.* p. 1125; también, en el mismo sentido, *vid.* VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, B. *El contenido del acuerdo de la Junta general ...Loc.cit.*

¹⁴² *Vid.*, ROJO, Á. *Ibid.* p. 1126. Dice el autor, que «los Administradores tienen un deber de ejecutar el acuerdo de forma que en realidad no puede entenderse que la Junta autoriza, sino que ordena».

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

En cualquier caso, la conclusión- sea en términos procesales o mercantiles - sobre la exigencia de la Ley de que el acuerdo de la Junta tenga un contenido concreto tampoco será suficiente, porque la pregunta que nos hacíamos y que se ha hecho la doctrina y a la que se está intentando dar respuesta también por los tribunales - limitados siempre por la casuística que se les presenta - es hasta dónde tiene que llegar esta concreción. Para eso, decíamos, debemos enfocar el tema, desde el estudio de la identificación del objeto del proceso; es decir, en los criterios para la identificación de la acción.

Hagamos, pues, este estudio.

3.1. Consideraciones de carácter general.

Sabemos que la acción social tiene como finalidad restaurar el patrimonio de la sociedad; es decir, estamos ante una pretensión indemnizatoria por los daños causados a la sociedad por el administrador en el ejercicio de sus funciones que se ejercita a través de la denominada acción social de responsabilidad de los Administradores.

Se trata, pues, de una acción con finalidad indemnizatoria, cuyo supuesto de hecho, condiciones y reglas de atribución de responsabilidad orgánica más importantes están determinadas y trazadas completamente por el Derecho de sociedades, cuya tutela judicial está encomendada a la competencia exclusiva de los tribunales mercantiles (Art. 86 LOPJ) y que tiene un plazo de prescripción de 4 años (Art. 241 bis LSC, antes Art. 949 C. Com)¹⁴³.

Los requisitos legales materiales para que pueda prosperar la acción social de responsabilidad son, según expone la doctrina jurisprudencial los siguientes:

- a) un comportamiento activo o pasivo desplegado por los administradores;
- b) que el mismo sea imputable al órgano de administración en cuanto tal;

¹⁴³ Vid, STS nº 14/2018, de 12 de Enero, también, la SJMER nº 2 de Palma 194/2016 de 30 de mayo que recuerda que desde la de STS de 20 de julio de 2001, la Sala del Tribunal Supremo dejó fijada la doctrina en el sentido de que el plazo aplicable a la acción de responsabilidad de los administradores, ya se fundara en los Art. 133 a 135 LSA de 1989, ya en su Art. 262.5 o en su D. Transitoria 3ª, era el de cuatro años del Art. 949 C.Com. Esta doctrina que se hizo ley en el Art. 241 bis LSC en su modificación del año 2014.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

c) que la conducta del administrador merezca la calificación de antijurídica, por infringir la Ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal;

d) que la sociedad sufra un daño; y,

e) que exista una relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño

144 .

Se trata, por tanto, de una acción dirigida esencialmente a restaurar el orden jurídico a través del resarcimiento del quebranto patrimonial de la sociedad provocado por la conducta antijurídica del administrador en el ejercicio de sus funciones. Es una acción basada en la existencia de un derecho personal que nace de una relación obligacional entre la sociedad y el administrador; o si se quiere, en términos civilistas - criterio de clasificación válido - es una *acción personal*. Es decir, se fundamenta en un derecho subjetivo (verse restituido) que nace de una relación obligacional (el incumplimiento de las funciones y deberes por parte del administrador para con la sociedad) que ocasiona un daño patrimonial a la sociedad.

En estos términos, el restablecimiento a la situación querida por el Ordenamiento solo será posible si, junto a la declaración de la existencia del derecho de la sociedad a verse resarcida del daño sufrido con ocasión del acto antijurídico cometido por el administrador, se condena al administrador a restituir la situación a la querida por el Ordenamiento; esto es, se condena al administrador a resarcir a la sociedad del quebranto patrimonial que le ha causado. De esta forma, debemos partir del hecho de que al actor (la sociedad) no le bastará, pero de forma más importante, no le bastará al Ordenamiento Jurídico, una demanda en la que se pida una simple declaración judicial de la existencia del derecho, sino que, en los términos que establece la norma en los Art 236 y 238 ambos de la LSC, será necesario que se pida la condena de dar, de hacer o no hacer algo.

Por lo tanto, como acción, ahora desde el punto de vista estrictamente procesal, la social es una acción declarativa de condena fundada en el derecho de obligaciones cuyo contenido esencial viene dado por la existencia de una pretensión material de

¹⁴⁴ Por todas, *vid.*, STS nº 760/2011, 4 de noviembre (ES:TS:2011:8014).

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

resarcimiento que exigirá: la afirmación de un interés jurídico en la obtención de la declaración de la prestación como debida (el resarcimiento del daño sufrido por la actuación antijurídica del administrador), la existencia de «un estado de hecho contrario al derecho que se encuentre en la situación de no satisfacción»¹⁴⁵ (*el hecho antijurídico*); y, la atribución activa y pasiva de esa pretensión a la sociedad y administrador.

Pues bien, decía CHIOVENDA, desde un punto de vista general, que «la identificación de las acciones era la operación con que se comparan entre sí varias acciones con el fin de determinar si son idénticas o distintas»¹⁴⁶. Y en ese contexto, en cuanto a los elementos de la acción -a fin de identificarlas- explicaba el maestro italiano que toda acción consta de tres elementos que se hacen especialmente evidentes cuando se analiza el contenido de la demanda judicial, pues, en definitiva, «el problema de la identificación de las acciones se refiere a las acciones en su ejercicio y puesto que la acción se ejercita con la demanda, identificar una acción significa identificar la demanda que deberá contener lo necesario para individualizarla e identificarla a los efectos, fundamentalmente, de la litispendencia, cosa juzgada y prohibición de *mutatio libelli*»¹⁴⁷, cuestiones todas ellas en absoluto baladíes, pues afectan al núcleo de la actividad jurisdiccional.

Esos elementos son tres: a) los sujetos (activo y pasivo) en cuanto que dos acciones son distintas si no se ejercitan por la misma persona o contra la misma persona; b) el objeto que, explicaba CHIOVENDA, no es otra cosa que «el efecto al cual tiende el poder de obrar»¹⁴⁸, o, si se quiere, lo que se pide (el *petitum*) o la actuación concreta de la ley cuya aplicación se pretende que en las acciones se presenta individualizada en un determinado acto judicial – la declaración, la condena o la constitución, extinción o modificación de una situación; y, c) la *causa petendi*, que es la razón por la que se pide y que no se identifica con el artículo concreto de una ley sino con los hechos, actos y negocios jurídicos que la concretan y de los que surge la voluntad de la ley¹⁴⁹; en definitiva, lo que se conoce doctrinalmente como el *título jurídico* de la pretensión¹⁵⁰ que queda definido

¹⁴⁵ CHIOVENDA, G. *Instituciones... Tomo I. op. cit.*, p. 217.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 412.

¹⁴⁷ *Idem.*

¹⁴⁸ *Idem.*

¹⁴⁹ *Ibid.*, pp. 413-421.

¹⁵⁰ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Thomson Civitas, 2005. pp. 26-32.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

como la «causa de la obtención de un derecho, o, dicho de otra forma, es el conjunto de acaecimientos jurídicos, hechos, actos o negocios jurídicos que se invocan como fundamento de la pretensión procesal»¹⁵¹.

Debemos ahora, pues, aplicar los criterios de identificación anteriores a la acción de responsabilidad de los administradores, estudiando el problema de los sujetos, del objeto y la *causa petendi* con cuyos resultados podremos, sin temor a equivocarnos, determinar el grado de concreción que debe tener el acuerdo de la Junta a los efectos habilitantes que le ha dado la Ley.

De estos, la *causa petendi* suscita ciertas dificultades, lo que no ocurre con el elemento subjetivo que es de fácil identificación en su aspecto activo (la sociedad) y, en principio, aunque lo analizaremos de seguido, en el pasivo (el administrador o administradores de hecho o de derecho), como también lo es la identificación de lo que se pide: la declaración y condena que se deducirá bien de la reparación del daño causado, la restitución de los bienes y/o la devolución a la sociedad del enriquecimiento injusto obtenido por el administrador (Art. 227 LSC). Examinemos todas estas cuestiones:

3.2. Identificación de la acción de responsabilidad de los administradores.

3.2.1. Identificación de los sujetos

La identificación del *sujeto activo*, ya lo hemos dicho, no presenta dificultad alguna que merezca detenernos en ello, pues quien ejercita la acción es la sociedad, representada funcional y procesalmente por su órgano de gestión y representación.

Sin embargo, la determinación del *sujeto pasivo* puede plantear algunos problemas, no tanto porque en la práctica pueda ser difícil, en ocasiones, determinar la identidad personal del administrador (porque existan administradores de hecho y ocultos, o grupos de sociedades cuyo órgano de administración sea a su vez una sociedad, o administradores

¹⁵¹ DAMIÁN MORENO, Juan. Lección: cómo hacer una demanda. *Almacén del Derecho [en línea]*. 16 de marzo de 2016 [consultado el 10 de febrero de 2021]. Disponible en: <https://almacenederecho.org/LECcion-como-hacer-una-demanda/>

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

que sean personas jurídicas, representados orgánicamente a su vez por otro administrador) sino de forma significativa a nuestro estudio, cuando existe un órgano de administración plural, o un conjunto de administradores aunque no formen por ello un órgano colegiado.

La cuestión de la concreción de este elemento en el acuerdo, desde el punto de vista procesal, adquiere relevancia si tenemos en cuenta que la Ley, en su Art. 237 de LSC, obsérvese correctamente, establece el *carácter solidario*¹⁵² de la responsabilidad de todos los miembros del órgano de administración *que hubieran realizado el acto o hubieran adoptado el acuerdo*; dicho de otra forma, la LSC presume la responsabilidad a no ser que prueben que, «no habiendo intervenido en su adopción y ejecución [la del hecho lesivo], desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquel » (Art 237 LSC).

Pues bien, si la responsabilidad solidaria a la que se refiere la norma fuera pura y simple, se produciría el efecto procesal de que la acción quedaría perfectamente identificada en el proceso, incluso si se demandara nada más que uno o alguno, y no a todos, en este caso que analizamos, los miembros del órgano de administración, pues, bien es sabido, la solidaridad, a lo más, implica procesalmente solo un supuesto de litisconsorcio pasivo voluntario, pero nunca necesario. Ahora bien, en tanto que la norma establece la presunción de responsabilidad pero también regula supuestos personales de limitación de esta, en nuestra opinión, debe concluirse lo siguiente:

- a) La Ley no admite la posibilidad de ejercitar la acción contra el órgano de administración; en otras palabras, el órgano no tiene ni puede tener legitimación pasiva. Por tanto, aun cuando la conducta fuera *a priori* imputable al órgano plural o al colegiado- por ejemplo, porque se hubiera llegado a dicho acuerdo por unanimidad- la responsabilidad societaria sería, aunque presumiblemente solidaria, de cada uno de los miembros individualmente considerados, que solo podrán evitarla si prueban, para lo que

¹⁵² La solidaridad de la responsabilidad de los administradores estaba expresamente excluida de la LSA de 1951 aunque se hacía referencia a ella en la LSRL de 1953. Se introdujo en la norma por primera vez, para las Sociedades Anónimas, en la LSA de 1989, quedando regulada definitivamente para todas las sociedades en la modificación de la norma societaria del año 2010.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

deberán ser demandados, que no intervinieron en la adopción del acuerdo o en la ejecución, que desconocían su existencia o que, conociéndola, hicieron todo lo necesario para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquel (el acuerdo). Porque, aunque sea una obviedad decirlo, la solidaridad, en los términos expuestos en la Ley, se refiere o se extiende a la declarada en la sentencia una vez oídos cada uno de los miembros del órgano de administración que hayan sido demandados y solo respecto de aquellos que, habiendo sido demandados, no hayan probado algunas de las causas de exoneración de la responsabilidad enumeradas en la norma. En definitiva, la Ley establece una culpa personal, y la solidaridad se refiere solo a la responsabilidad de indemnizar para aquellos que sean declarados culpables¹⁵³. Por consiguiente, ya lo indica ROJO, el acuerdo, directa e inequívocamente, deberá identificar a los miembros del órgano de administración que hubieran adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo, y en la demanda habrá de identificarse necesariamente, y en todo caso, *nominatim*, a cada uno de los administradores del órgano de administración conforme se exige en los Art. 399 y 155 LEC¹⁵⁴. Dicho esto, y por esto, sería posible que en el acuerdo dicha identificación se haga señalando como responsable a los miembros del Consejo de Administración pues, obviamente, por lo explicado, se deduciría que se refiere no al Consejo sino a todos sus miembros, pero, sin embargo, esa identificación no sería válida en la demanda; en la demanda se deberán identificar, como estamos diciendo, *nominatim* a cada uno de los demandados.

- b) Aunque desde el punto de vista de la teoría general de la identificación de las acciones, la acción quedaría válidamente identificada cuando fuera demandado nada más que uno o alguno y no todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo, lo cierto es que el Art. 237 LSC solo puede concebirse en el sentido de que la demanda por el ejercicio de la acción social habrá de interponerse contra todos los administradores que hayan sido identificados en el acuerdo como responsables del daño o acto lesivo, y solo contra estos; no porque se dé un

¹⁵³ Vid., GARRIGUES, J. *Comentarios... op. cit.*, pp. 170-171.

¹⁵⁴ ROJO, Á. *La responsabilidad... op. cit.*, pp. 1135-1140.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

litisconsorcio pasivo necesario, sino porque, si no se demandara a todos los designados como responsables en el acuerdo podría darse un efecto no querido por la Ley como es el de que se dicten sentencias contradictorias en diferente procedimientos. Es decir, cuando la ley faculta a los administradores a *probar su falta de culpa* (prueba que solo puede desarrollarse en el proceso) en puridad lo que nos está diciendo la norma es que los efectos de cosa juzgada no se extenderán a aquellos administradores que no fueron demandados y que no tuvieron la oportunidad de probar que no se les podía atribuir el daño. Además, no solo eso, sino que, si no se demandara a todos los administradores identificados en el acuerdo, el juez no podrá concluir que la demanda interpuesta es la querida por la sociedad; o, si se quiere, desde un punto de vista menos procesal y más mercantil, el órgano de representación no habrá ejecutado correctamente la voluntad social expresada en el acuerdo de la Junta.

3.2.2. La identificación de la causa petendi

En lo que se refiere a la *causa petendi* la doctrina procesal mayoritaria de nuestro país viene considerando, y la jurisprudencia lo ha acogido a través del estudio de las excepciones procesales, que está integrada, fundamentalmente (aunque se discuta aun cual es el más importante¹⁵⁵), por dos elementos: *el elemento fáctico* (o conjunto de hechos o actos jurídicos) y *el elemento jurídico* (el título o razón de pedir) que se deduce de la subsunción de los hechos y actos jurídicos alegados al supuesto de hecho recogido en la norma jurídica que confiere el efecto jurídico – derecho- que el actor pretende. La identificación de la acción por estos dos elementos se fundamenta en: el principio de

¹⁵⁵ Bien es sabido que son dos las teorías, la de la individualización y la de sustanciación, con las que trata de responder cuál de los dos elementos, el fáctico o jurídico, es decisivo para identificar el objeto del proceso. DE LA OLIVA. (En *Objeto... op. cit.*, pp. 56 -57) dice que en realidad la cuestión debe resolverse en atención a la clase de problemas que el objeto procesal deba resolver; también, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V en *Parte General* (con Víctor Moreno Catena) ... *op. cit.*, p.150, señala la dificultad de dar una solución unitaria y comparte con DE LA OLIVA, que la solución solo puede alcanzarse caso por caso. Sin embargo, dice el autor que *la sistematización de las pretensiones procesales* permite deducir la fundamentación esencial de la pretensión. Y en este caso, cuando se trata de acciones o pretensiones de condena nacidas del derecho de obligaciones tal identificación solo se consigue con la alegación de la relación jurídica y la del hecho. La jurisprudencia del Tribunal Supremo tradicionalmente ha seguido la doctrina de la sustanciación, *vid.* STS 918/2006, de 27 septiembre (ES:TS:2006:5728)

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

seguridad jurídica; la escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos; y, el principio de economía procesal.

Este es justamente el sentido y finalidad que tienen las normas de los Arts. 399 y 400 LEC en los que, en su necesaria interpretación con el Art. 218.1 LEC, convergen, en realidad, estas teorías procesales de la *sustanciación* y de la *individualización* de la acción, conciliando un único mecanismo para identificar correctamente la *causa petendi*, que permite satisfacer y, consecuentemente, aplicar adecuadamente la identificación del objeto de la demanda a la decisión sobre las excepciones de litispendencia, cosa juzgada, *mutatio libelli* y acumulación impropia de acciones¹⁵⁶.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. lo explica diciendo que los Arts. 399 y 400 LEC, quizá haciendo una diferenciación exagerada y artificial (la califica el autor de *severa*) entre el hecho y la relación jurídica (los hechos y los fundamentos de Derecho o jurídicos)¹⁵⁷, recogen justamente la idea de que la petición al juez para que actúe la voluntad de la ley no solo está integrada por hechos, sino que lo está por todo aquello que es fundamentación de lo que se pide. Así, en esta fundamentación es obvio, dice el autor, «deben incluirse los hechos, pero también actos y relaciones jurídicas, situaciones e incluso las posiciones de los intervinientes en el proceso»¹⁵⁸, pues, explica, «no hay derecho que pueda reclamarse que no provenga de la existencia de una relación o situación jurídica en la que se haya intervenido: e igualmente no hay relación jurídica que no dependa de hechos concretos de la vida. Por tanto, la causa petendi pasa necesariamente por la exposición de unos fundamentos que son jurídicos y consecuentemente fácticos en sentido amplio»¹⁵⁹.

Quiere esto decir, que la interpretación de estos artículos es correcta si se comprende que exigen al demandante que enuncie los hechos y también la relación de estos con la norma material de la que se deba deducir la actuación de la ley al caso, de forma que el juez pueda concluir si existe o no el derecho que se pide.

¹⁵⁶ Vid, DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ, I «El inicio del proceso: la demanda» En: *Curso de derecho procesal...* (con Andrés de la Oliva Santos y Jaime Vega Torre), *op. cit.*, p. 51-56.

¹⁵⁷ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V en *Parte General* (con Víctor Moreno Catena) ...*op cit.*, p.149.

¹⁵⁸ *Idem.*

¹⁵⁹ *Idem.*

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

El objeto de la demanda así entendido tiene unos límites externos cuyo estudio nos dará una idea precisa del contenido que tiene, en nuestro caso, la *causa petendi* de la acción social que es la que debe quedar, como se ha dicho, identificada en el acuerdo de la Junta:

a)

El primer límite es que *causa petendi* no comprende los argumentos, ni los hechos probatorios, ni los hechos que aun siendo relativos al incumplimiento (porque son alegados y, probados) no tendrían nunca la función previa de delimitar e individualizar el objeto del proceso desde la perspectiva del deber de congruencia de la sentencia o las excepciones de la litispendencia, cosa juzgada, o la prohibición de la modificación de la demanda y la acumulación de acciones. El Tribunal Supremo, de forma reiterada, ha explicado que no todos los hechos de interés para el proceso, a fin de que el juez pueda integrar dicha causa, son necesarios para identificar la acción ejercitada en la demanda, sino solo los jurídicamente relevantes -y suficientes- para diferenciar una *causa petendi* de otra¹⁶⁰; así se ha aludido al *título jurídico* como elemento identificador de la acción siempre que sirva de base al derecho reclamado¹⁶¹; este título lo conforman *el conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora*. Es decir, según el Tribunal Supremo, se trata de identificar el hecho constitutivo que produce el efecto recogido en la norma objetiva. Este hecho debe ser necesariamente jurídico en el sentido de que el derecho objetivo le liga un efecto que es jurídico precisamente en cuanto dispuesto por él.

Si aplicamos la doctrina jurisprudencial al supuesto estudiado, con las evidentes dificultades que presenta la materia en un plano teórico, se puede concluir, que el hecho jurídico que delimita la *causa petendi* de la acción social viene determinado por el acto u omisión, con relevancia jurídica, que haya causado el daño patrimonial a la sociedad cuya reparación se pretende, siempre que se haya realizado [el acto] por el administrador en el

¹⁶⁰ Vid, por todas, la STS nº 606/2000, de 19 junio (ES:TS:2000:5010) «La "causa petendi" comprende el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión. Se trata de acontecimientos (hechos históricos) de la vida social, concretos, de interés para el proceso, y que, además, desarrollen una función individualizadora de la pretensión., No se comprenden las normas o principios jurídicos, los argumentos, los medios de prueba, ni los hechos que aun siendo constitutivos (porque alegados, y en su caso probados, son presupuesto de la estimación de la pretensión) no tienen la función previa de delimitar e individualizar el objeto del proceso, en la perspectiva de la congruencia, litispendencia, cosa juzgada y acumulación....»

¹⁶¹ Vid, por todas, STS nº 771/2011, 27 de octubre (ES:TS:2011:6845).

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

ejercicio de sus funciones descritas en la norma (el acto antijurídico imputable al administrador contrario a la ley o los estatutos, negligente o desleal).

En definitiva, se trata de diferenciar entre lo que constituye el hecho o acto jurídico (el acto antijurídico) del que nace el derecho subjetivo cuya tutela se pretende a través del ejercicio de la acción social, de lo que es o puede ser, en el caso concreto, su prueba, con la que se pretende convencer al juez de la veracidad del hecho o acto alegado. Así, los motivos de la ilicitud de la conducta o de su falta de justificación, en definitiva del incumplimiento, constituyen, en realidad, la prueba del hecho antijurídico alegado y están encaminados como tales a convencer al juez de la veracidad del hecho antijurídico alegado como causa o razón de pedir; por eso, nos parece acertada la decisión del Tribunal Supremo cuando decía en la sentencia del caso Colonial¹⁶² que no es «necesario un grado de especificación tan grande que detalle todas las **razones** de la ilicitud de la conducta o de su falta de justificación», pues, tal y como lo entendemos, con ello, el Tribunal Supremo se está refiriendo a la prueba. En conclusión, sería suficiente, a los efectos pretendidos por la Ley, si el acuerdo identifica la conducta sobre la que se pretende ejercitar la acción de responsabilidad por los daños que ocasionó a la sociedad.

b)

También es un límite de la *causa petendi* la alegación normativa (fundamentos legales o calificación jurídica). Por eso, tampoco alcanza al contenido del acuerdo lo que entraría en la órbita del *iura novit curia*. Pues, si el órgano judicial no se ve vinculado en su actuación por las *alegaciones normativas* que puedan hacer las partes, es claro que esas no pueden ser un componente identificador de la *causa petendi* de la acción que se ejercita ni, por consiguiente, un elemento esencial del acuerdo.

El Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han explicado en numerosas ocasiones que el *componente jurídico* que conforma la causa de pedir no limita la facultad del juez de aplicar a esas alegaciones jurídicas y fácticas las normas jurídicas que conoce (que tiene el deber de conocer) y que estime que encajan en su supuesto de hecho¹⁶³. Este

¹⁶² Vid. *Supra* Apartado 2.

¹⁶³ Por todas, STS nº 211/2010, de 30 marzo (ES:TS:2010:1866)

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

límite, de hecho, lo encontramos en el Art. 218 LEC, que dispone que el juez ha de resolver conforme a normas aplicables al caso, pero sin acudir a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer en el proceso. En definitiva, la *calificación normativa* del hecho en la demanda como tal no vincula al juez que solo se ve limitado por los fundamentos de hecho y derecho (*el título jurídico*) en el sentido que se ha expuesto. No obstante, debe señalarse, que en ocasiones la distinción entre el componente jurídico de la causa de pedir y las normas aplicables no siempre es clara, sobre todo en los derechos nacidos de las relaciones obligaciones donde hecho y norma muchas veces se confunden como pasa justamente en el caso concreto que estudiamos.

Lo importante aquí es tener presente que el juez o tribunal pueden decidir en base a normas distintas a las alegadas, porque «conoce el derecho», pero no podrá alterar la fundamentación jurídica, pues, el principio de congruencia y, esencialmente, el dispositivo, impediría al juez acudir a hechos o actos extraños al proceso; por lo tanto, el juez debe juzgar conforme a lo alegado y probado por las partes, de acuerdo a las normas aplicables al caso pero sin acudir a fundamentos fácticos y/o jurídicos distintos de los que las partes hayan querido hacerse valer. Bien es sabido que nuestra actual jurisprudencia admite la posibilidad de un cambio en la *calificación jurídica* de los hechos en los supuestos de error o imprecisión de la parte, si bien este cambio debe extraerse de los propios hechos alegados y conformados, en cuanto han podido ser objeto de discusión, sin alterar los términos del debate y siempre que no cause indefensión a cualquiera de los litigantes.

En consecuencia, tal como hemos dicho, la alegación y calificación normativa es irrelevante a los efectos de la identificación de la *causa petendi* de la acción social y, por lo tanto, no es un elemento de concreción de la acción y, por eso mismo, será irrelevante a la hora de concretar el contenido del acuerdo de la Junta.

A los efectos de confirmar la bondad de esta doctrina, podemos plantearnos el siguiente supuesto:

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

¿Es la *calificación* como negligente o desleal del hecho alegado como fundamento de la acción -ejemplo que utilizaremos para acotar la casuística- un requisito de identificación de la acción social y, por tanto, un elemento que debe quedar determinado en el acuerdo?

Acudiremos al método del ejemplo para explicar el límite planteado y delimitado:

Si la Sociedad (X) interpone demanda frente al Administrador (A) por el acto antijurídico (I) que es, a la vez, constitutivo de una negligencia y un acto desleal¹⁶⁴ y el demandante (la sociedad) lo califica en la demanda como acto negligente, si la demanda fuera desestimada por no darse los presupuestos de la acción ¿podría la minoría interponer una demanda contra el administrador (A) fundamentada en la misma *causa petendi* (I) pero calificando el hecho de desleal? ¿Es esta una acción diferente?

En nuestra opinión no hay duda de que la respuesta debe ser en sentido negativo, fundamentalmente por los efectos de la preclusión del Art. 400 LEC que impedirían tanto a la minoría como a la sociedad ejercitar dicha acción en cuanto, citamos textualmente los términos de la norma, «cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior»; de forma, lo dice claramente la norma citada, que «a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste»¹⁶⁵.

Es decir, atendiendo a la preclusión en el sentido expuesto, si la sociedad o el sustituto procesal (la minoría) interpusieran una demanda que solo se distinguiera de la anterior en la calificación legal de la fundamentación

¹⁶⁴ El supuesto es perfectamente válido pues la pretendida distinción que se hace en la LSC de los hechos desleales y negligentes no es siempre un reflejo de la realidad societaria.

¹⁶⁵ A ello debe añadirse la *identidad subjetiva procesal* existente entre el sustituto y el sustituido a lo que nos referimos en *Infra, Capítulo Octavo*.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

jurídica se darían de inmediato los efectos de la cosa juzgada o en su caso litispendencia (Art. 416.1. 2ª y 222 LEC)¹⁶⁶.

Este ejemplo nos permite concluir que la calificación del hecho antijurídico no es un elemento esencial de la demanda y, por lo tanto, tampoco lo es del contenido del acuerdo a los efectos de identificación de la acción; en otras palabras, la calificación jurídica del hecho no identifica a la acción y no entra dentro de los límites de identificación y concreción de la acción que estamos analizando.

Todo lo dicho, nos permite concluir que, tratándose de una acción declarativa de condena basada en un derecho nacido de las obligaciones cuyo contenido esencial viene dado por la existencia de una pretensión material de resarcimiento, será suficiente para identificar la acción en el acuerdo si se refleja en este la existencia de **un estado de hecho contrario al derecho que se encuentre en situación de no satisfacción**, lo que se conseguirá delimitando el hecho antijurídico del que se deduce el incumplimiento del administrador sin necesidad de detallar las razones del incumplimiento o de calificarlo jurídicamente.

¹⁶⁶ A distinta solución, si lo hemos interpretado bien, llega ROJO, A. (en: *El ejercicio... op. cit.*, p.1141, nota al pie nº 30) que, en el análisis de un supuesto muy similar, considera que, si la Junta acuerda el ejercicio de la acción, identificando unos hechos concretos que califica de negligentes, la minoría podría ejercitar la acción fundamentada en los mismos hechos si los identifica y califica como un acto desleal. Considera el autor que no podría oponerse la excepción de litispendencia dado que ambos procesos tendrían un objeto distinto pues «no coincidirán ni las partes, ni la causa petendi, por más que los hechos alegados fueran los mismos». Identifica el autor, si no nos equivocamos, aquí la *causa petendi* con la clasificación legal del hecho. Si es así, no podemos compartir con el profesor ROJO su conclusiones: primero, porque la parte sí coincide, pues la minoría actúa en el proceso por el ejercicio de la acción social como sustituto procesal lo que implica una identidad subjetiva; y, segundo, porque si los hechos son los mismos y nacen de la misma relación jurídica cómo se califiquen no los modifica: la *causa petendi* sería la misma; se trata, a nuestro parecer, de no perder de vista que si se admitieran ambos procesos se estaría resolviendo el mismo conflicto, pudiendo dar lugar a sentencias contradictorias o al enriquecimiento injusto de la sociedad que habiendo sufrido un daño del que se indemniza doblemente. No obstante, en nuestra opinión, la calificación del hecho sí tiene un tratamiento especial previo si la acción se ejercita por la minoría en el supuesto regulado en el Art. 239.II LSC, porque en ese supuesto, la calificación del hecho en la demanda podría ser objeto de tratamiento procesal, pues si la minoría no alegara que el ejercicio de la acción está fundamentada en una infracción del deber de lealtad, no podrá, por el juego de los efectos de la preclusión, acreditarlo después, lo que significa que *ab initio* se conocería que esa minoría no está legitimada (vid. *Infra, Capítulo Quinto*). Se daría aquí el supuesto de no afirmación de la legitimación lo que, según MORENO CATENA, permite un tratamiento procesal de la legitimación (MORENO CATENA, V. *Parte General...* (con Valentín Cortés Domínguez) *op. cit.*, p. 101).

3.2.3. *Identificación del petitum.*

Dado que se trata, como se ha explicado, de una acción declarativa de condena, el último de los elementos identificadores de la acción - elemento esencial del contenido del acuerdo- es el *petitum* que consistirá, en nuestro caso, en la petición de declaración de la responsabilidad del administrador y la condena a indemnizar los daños causados. Este elemento en el acuerdo y en la demanda debe ser concreto, o, al menos, determinable, y debe especificar si lo que se pide es la restitución al patrimonio de la sociedad de bienes concretos o determinados, o la devolución y reintegro en el patrimonio de la sociedad del enriquecimiento injusto.

En definitiva, se deberá determinar en el acuerdo de la Junta qué efecto de la Ley se pretende, pues este, a su vez, determinará la concreta tutela que se pide en la demanda y, por tanto, la acción que se ejercita.

Aunque la identificación de este elemento de la acción no plantea demasiados problemas, sí queremos detenernos en dos cuestiones que podrían tener relevancia procesal:

a)

La primera es que nada impide acumular diferentes peticiones en el ejercicio de una acción¹⁶⁷. Ello nos lleva a lo dispuesto en el Art. 227 LSC que dice que la infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.

En la Jornadas de Magistrados Especialistas de Mercantil celebradas en el 2015¹⁶⁸ se concluyó que «la acción de enriquecimiento no es una acción autónoma, sino que se trata de un efecto o de una penalidad mediante la que se trata de reforzar la virtualidad del deber de lealtad, adicional a la estricta obligación de reparar el daño causado a la sociedad cuando se ejercite la acción social de responsabilidad y cuya petición se somete a los

¹⁶⁷ Art. 399.5 LEC.

¹⁶⁸ Vid, PRIETO GARCIA-NIETO, I; GABALDON CODESIDO, J. Conclusiones Jornadas de Magistrados Especialistas de Mercantil. Pamplona, 4, 5 y 6 de noviembre de 2015. En: *Audiencia Provincial de Navarra*. Disponible en <http://asociacionaspac.com/wp-content/uploads/2014/03/2015>. pp. 12 y ss.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

requisitos de legitimación, de prescripción» y, de forma más relevante, consideramos debería especificarse, a los efectos de la preclusión; pues si no puede ejercitarse de forma autónoma, sino junto a la acción social que es una acción indemnizatoria, se deduce que la sociedad, tal como veremos más adelante, deberá concretar en el acuerdo de Junta si su pretensión, además del resarcimiento indemnizatorio que es objeto típico de la acción, alcanza también a pretensión de esta penalidad adicional.

b)

La segunda cuestión es que el Art. 219 LEC permite que se dicten sentencias de condena con reserva de liquidación, siempre que se fijen claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que esta consista en una simple operación aritmética.

La importancia de esta norma, y su trascendencia en el estudio del contenido concreto que debe tener el acuerdo de Junta es que, aunque se deberá concretar cuál es el daño que se ha causado a la sociedad, no será necesario cuantificar el mismo en el acuerdo, como tampoco lo es hacerlo en la demanda; no obstante, sí será necesario, al menos en el acuerdo y en la demanda, delimitar las bases y criterios de la liquidación. En cualquier caso y al respecto, y cierto que se trata de una declaración *obiter dicta*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 380/2012, 5 de diciembre ya decía que resultaría «paradójico que la acción social de responsabilidad tienda a reconstituir el patrimonio social por el daño causado al mismo y (que) del acuerdo no pueda establecerse cuál es el daño que se supone causado que precisamente sirve de fundamento a la acción, lo que supone que quedaría integrado por la decisión del consejo de administración. Ello supondría la adopción de un acuerdo sin precisar los elementos esenciales sobre los que se pretende sustentar el ejercicio de la acción social, y la ausencia de un presupuesto básico para la prosperabilidad de la acción.»¹⁶⁹

¹⁶⁹ SAP de Madrid nº 380/2012, 5 de diciembre (ES:APM:2012:20812)

4. Las consecuencias de la necesaria correlación entre el acuerdo concreto de la Junta y el objeto de la demanda.

Si partimos de cuanto llevamos expuesto, podemos ya concluir que la demanda que finalmente se interponga, no puede ser otra cosa que un fiel reflejo de la voluntad de la sociedad en el sentido expresado en el acuerdo y recogido en el Acta de la Junta; y que, a su vez, se debe adoptar y concretar en función de lo que necesariamente se ha de ejecutar interponiendo la demanda. Podríamos decir que, en este supuesto, el acuerdo no tiene sentido sin la demanda, como la demanda no tiene sentido sin el acuerdo; por lo que vienen a ser como las dos caras de la misma moneda. Dicho de otra forma, la demanda que se ejercite por la sociedad deberá ser coincidente con la voluntad expresada por la sociedad conformada por la Junta y recogida en el Acta con los límites explicados.

Porque, si es cierto que el acuerdo debe ser concreto, y lo es en base a unos elementos que justamente son los que identifican la acción procesal, la cuestión sobre la correlación entre el acuerdo y la demanda queda limitada a este contenido esencial con los límites que hemos explicado, de tal forma que la demanda deberá estar fundamentada jurídicamente: en el acto antijurídico que se haya identificado en el acuerdo (en términos procesales, *la causa petendi*); deberá interponerse contra todos los administradores identificados en el acuerdo (elemento subjetivo de la acción); y deberá pedir aquello que la Junta haya identificado como suficiente para resarcirse del daño (el *petitum*).

Si la Junta ampliara el contenido del acuerdo a otras cuestiones que no sean las que hemos detectado como esenciales - por ejemplo, porque se haya calificado el hecho, o haya aludido a hechos probatorios del acto antijurídico-, desde la perspectiva procesal que hemos analizado, no existe, según nuestro criterio, ningún impedimento para que dichos hechos o calificaciones sean modificadas u omitidos en la demanda sin que ello suponga la vulneración del requisito de correlación que defendemos; si se quiere, en términos más mercantiles, no implicará una infracción del deber de órgano de representación de ejecutar el acuerdo en los términos acordados por la Junta; en definitiva, el deber (del representante) lo es de ejercitar la acción acordada que, como tantas veces se ha dicho ya, se identifica en los tres elementos analizados y con los límites explicados. Por tanto, todo aquello que no forme parte de estos elementos que identifican la acción queda, en nuestra

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

opinión, al margen del requisito de correlación. Utilizaremos de nuevo un ejemplo para ilustrar esta conclusión:

La sociedad (S) en Junta acuerda el ejercicio de la acción social fundamentada en una actuación desleal del administrador (A) por haber transmitido por donación en 2019 unos activos importantes (X) a una sociedad (L) de la que (A) es accionista mayoritario. Más tarde, el abogado, a quien se ha encargado la defensa de los intereses de la sociedad, advierte que la transmisión de los activos (X) efectivamente se realizó a la sociedad (L) pero se transmitieron a título oneroso si bien a un precio muy beneficioso para (L) pero muy dañino, por estar fuera del mercado, para el patrimonio de (S) que pierde con esta transmisión un activo importante de la sociedad.

Si tenemos en cuenta todo lo dicho hasta ahora y lo aplicamos a este supuesto, lo relevante para identificar esta acción es la actuación desleal del administrador cuando transmitió los activos (X) a la sociedad (L) enriqueciéndose injustamente. Ahora bien, que dicho acto desleal se acredite en vez de por una donación que no ocurrió por una compraventa que sí, no altera la causa de pedir que, como se ve, viene determinada por la transmisión *desleal* hecha por (A) del activo (X) en el año 2019 de la sociedad (S) a la sociedad (L) de la que (A) es socio mayoritario produciendo un daño a (S) y un enriquecimiento injusto a (A). Por tanto, en este supuesto, el acuerdo de la Junta sería suficiente y, además, se cumpliría con el requisito de coincidencia y correlación entre el acuerdo y la demanda, aunque el acuerdo se refiera a una donación y finalmente se interpusiera una demanda en la que se calificara el acto desleal como una compraventa¹⁷⁰.

¹⁷⁰ En contra solo parcialmente y con ciertos matices, ALFARO AGUILA-REAL, J. (en ALFARO ÁGUILA- REAL, Jesús. *¿Qué pasa cuando... op. cit.*) explica que «(...) por ejemplo si el acuerdo social describe las conductas dañosas o señala contra qué administradores debe dirigirse la acción y la mayoría decide ejercitar la acción social por esas conductas habría que entender precluida la posibilidad de ejercicio de la acción social de responsabilidad por conductas dañosas distintas de las detalladas en el acuerdo social o contra administradores no nombrados en el acuerdo, pues hay que entender que la fundamentación del acuerdo social fue relevante en la formación de la voluntad de los socios que participaron en el acuerdo. Pues es perfectamente posible que los socios hubieran votado de una manera diferente si en la propuesta de acuerdo se hubieran alegado otras conductas para justificar el ejercicio de la acción social de responsabilidad por lo que se estaría traicionando dicho acuerdo si, posteriormente, los administradores, exigieran la responsabilidad de los administradores demandados basándose en conductas de las que no se dijo nada en el acuerdo de la Junta».

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

En lo referente a los sujetos, debemos concluir que todos los administradores identificados como responsables (culpables del hecho antijurídico) en el acuerdo - aun cuando no lo hayan sido identificados nominalmente, pero siempre que su identificación en la demanda no implique un acto de discrecionalidad del órgano representante- deberán ser demandados. Y no porque deba apreciarse en este particular caso un litisconsorcio pasivo necesario (que no existirá) sino porque la demanda que debe ser un reflejo de la voluntad de la sociedad habrá de ser coincidente con dicha voluntad expresada en el acuerdo. Ello, no solo evitaría posibles abusos en el ámbito societario que han sido señalados por la doctrina mercantil, por ejemplo, que se acordara entablar la acción contra un administrador para destituirlo sin intención alguna de ejercitar la acción contra él¹⁷¹, sino, también, evitaría los efectos negativos, ahora sí, procesales que se deducirían justamente de la no necesidad de litisconsorcio pasivo en las obligaciones solidarias, pues los identificados en el acuerdo como responsables del acto antijurídico que no fueran demandados, de conformidad con el Art. 222.4 LEC en su aplicación conjunta con el Art. 222.3 del mismo cuerpo legal, no se verían alcanzados por la extensión de los efectos materiales o prejudiciales de la cosa juzgada (no se daría la necesaria identidad subjetiva de la acción) lo que, en el caso de iniciarse otro procedimiento contra otro administrador (por ejemplo contra uno que se hubiera identificado en el acuerdo pero contra quien no se hubiera entablado la primera demanda) - aunque la demanda estuviera fundamentada en el mismo título jurídico, es decir, la misma causa de pedir y aunque la sociedad quedara *habilitada* en este segundo proceso por el mismo acuerdo de la Junta- se daría una falta de identidad subjetiva que precluiría la extensión subjetiva de la cosa juzgada que podría dar lugar a sentencias contradictorias¹⁷². Pero es que, además, en este caso, la exigencia

¹⁷¹ ROJO, Á. *El ejercicio ...op. cit.*, pp.1135-1140.

¹⁷² Esta doctrina que niega la ampliación de la cosa prejudicial ha encontrado excepciones. A este respecto, TAPIA FERNÁNDEZ explica, en relación con el viejo problema de las sentencias contradictorias en el ejercicio de las obligaciones solidarias que, aunque por regla general, existe un rechazo a la extensión de la cosa juzgada o una eficacia refleja de la sentencia que no sean las expresamente recogidas en el Art. 222.3, la doctrina jurisprudencial ha apreciado la cosa juzgada prejudicial en casos en los que no habiendo identidad subjetiva sí la había jurídica, por ejemplo, cita la autora, las SSTs 1 de diciembre de 1997 y de 12 de junio de 2008, donde se explica que: «El hecho de que los objetos de dos procesos difieran o no sean plenamente coincidentes no es óbice para extender al segundo pleito lo resuelto en el primero respecto a cuestiones o puntos concretos controvertidos que constan como debatidos, aunque tan solo con carácter prejudicial, y no impide que el órgano judicial del segundo pleito decida sin sujeción en todo lo restante que constituye la litis (...). La sentencia firme, con independencia de la cosa juzgada, produce efectos indirectos, entre ellos el de constituir en un ulterior proceso un medio de prueba de los hechos en aquella contemplados y valorados, en el caso de que sean determinantes del fallo». En definitiva, dice, «se trata de

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

legal de que todos los identificados como responsables en el acuerdo sean también demandados, en nuestra opinión, se deduce claramente de la literalidad del Art 237 LSC, pues lo que nos dice la norma es que se presume a todos los miembros del órgano de administración identificados en el acuerdo como responsables solidarios a no ser que *prueben algunas de la causas exonerantes enumeradas en la ley*; y claro, la prueba, bien ese sabido, es un acto procesal que exclusivamente puede desarrollarse en el proceso y por quien sea parte en el mismo, por consiguiente, lo que nos dice la norma es que todos -si los identificados como responsables del acto antijurídico en el acuerdo son varios- deberán ser demandados.

En nuestra opinión, si la tesis que mantenemos es correcta, solo si la correlación entre la acción identificada en el acuerdo y el objeto de la demanda es total en los elementos que hemos señalado como esenciales, podrá decirse que se ha ejecutado la voluntad social individual y causal de ejercitar la acción social; en otras palabras, solo si la correlación es total podrá acreditarse que es la voluntad de la sociedad ejercitar la acción que es objeto de la demanda interpuesta.

Todo lo dicho, nos permite concluir que el acuerdo de la Junta con el contenido explicado es un requisito *habilitante* para el ejercicio de la acción social. Es decir, el órgano de representación habrá cumplido con su deber de ejecutar el acuerdo si la demanda que finalmente se entabla tiene por objeto la acción identificada en el acuerdo. Si no fuera así deberá concluirse que no existe la necesaria voluntad de la sociedad para ejercitar la acción; por eso, decimos el acuerdo de la Junta no es un elemento de la acción social sino un requisito *habilitante* para su ejercicio procesal; es decir, sin acuerdo previo de la Junta no es posible el ejercicio de la acción social por la sociedad.

proteger el principio de seguridad jurídica y el derecho a una tutela judicial efectiva que reconoce el Art. 24.1 CE. Siendo así, lo único que afecta al deudor en la solidaridad es el pago». (TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel Capítulo II. Delimitación de lo juzgado. En: *La cosa Juzgada. Estudio de jurisprudencia civil*. 2010, pp. 23-186, *passim*.)

**CAPÍTULO CUARTO.- ANÁLISIS Y TRATAMIENTO PROCESAL
DEL ACTA DE LA JUNTA COMO DOCUMENTO.**

SUMARIO:

1. Planteamiento
2. Supuestos de caso
 - 2.1. Inexistencia de acuerdo o la no aportación documental del mismo con el Acta. - Normas aplicables. – Referencia a la LJCA y otras normas procesales recogidas en la LEC.
 - 2.2. Tratamiento procesal en los supuestos de falta de correlación entre el acuerdo y la demanda.
 - 2.3. Tratamiento jurisprudencial actual. - Crítica

1. Planteamiento.

Cuando en páginas anteriores hemos hablado de la proyección del acuerdo en el proceso, centrábamos nuestra atención en dos aspectos fundamentales: de un parte, afirmábamos que la voluntad de la sociedad de interponer la demanda solo puede acreditarse por el acuerdo de la Junta como manifestación de la voluntad final y causal de la sociedad de exigir responsabilidad a alguno o a todos sus administradores a través de la demanda en el proceso por ejercicio de la acción social; de otra, explicábamos que el Acta de la Junta, como tal documento, es el único medio probatorio para acreditar en el proceso la existencia de un acuerdo favorable al ejercicio de la acción; en otras palabras, el acuerdo de la Junta que conste en Acta no tiene más proyección en el proceso que esa.

Esto no quiere decir que no tenga trascendencia o esta sea menor. Todo lo contrario, porque ello nos presenta no pocas cuestiones de tipo procesal o procedimental que en nuestra investigación debemos resolver en orden, precisamente, al tratamiento y trascendencia procesales que debemos dar a los siguientes supuestos: los primeros, serán los supuestos en los que no exista acuerdo de la Junta o, aun existiendo ese acuerdo, no se haya aportado al proceso el Acta; los segundos, serán los supuestos en los que aportándose al proceso, el Acta no contiene los requisitos mínimos que hemos estudiado anteriormente o, reuniéndolos, existe una clara discordancia de aquellos con el objeto de la demanda.

En las páginas que siguen trataremos estas cuestiones dándole la solución adecuada según nuestra opinión. En cualquier caso, debemos indicar ahora que la solución a esos problemas procesales o procedimentales no la vamos a encontrar en las normas de la LSC, que, como cuerpo legal de derecho material, puede contener normas procesales, pero nunca normas de carácter procedimental que, bien es sabido, están reservadas a los cuerpos legislativos procesales, principalmente la LEC. Por consiguiente, habrá que estar a las normas especiales, si es que la hay, o en su caso a las normas de carácter general de dicho cuerpo legal, para encontrar la solución procedimental a las cuestiones que nos

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

hemos planteado más arriba. Y lo que vemos, es importante subrayarlo, es que nuestra LEC, lógicamente, no hace un tratamiento especial o especializado del proceso para exigir la responsabilidad de los administradores societarios, por lo que, como avanzábamos, será obligado acudir a las normas de carácter general, a las instituciones generales o conceptos procesales para posibilitar la *aplicación analógica* de normas procesales que regulen instituciones u otra clase de procesos en lo que podamos observar soluciones parecidas o similares del legislador, lo que permite poder acudir, además de a la propia LEC, a otras leyes de regulación procesal de otros procesos jurisdiccionales distintos al proceso civil.

En este orden de cosas, para aclarar las cuestiones que ahora nos plantearemos, nos servirá saber que, la exigencia impuesta por la norma mercantil de acreditar exclusivamente la existencia de un acuerdo favorable al ejercicio de la acción social a través del documento del Acta de la Junta hace del proceso para el ejercicio de la acción social por la sociedad uno de *base documental* (Art. 266 LEC) en el sentido de que la aportación del documento (el Acta) es un presupuesto de procedibilidad. Como, también, nos servirá tener en cuenta el supuesto contemplado -ya analizado- del Art. 45 de la LJCA, que tantas similitudes tiene con nuestro tema.

2. Supuestos de estudio.

2.1. Inexistencia de acuerdo de la Junta o la no aportación documental en la demanda del mismo con el Acta. -Normas aplicables. Referencia a la LJCA y otras normas procesales recogidas en la LEC.

La LSC nada dice acerca de las consecuencias jurídicas que se producen en los casos en los que se interponga una demanda ejercitando la acción de responsabilidad social y no exista un acuerdo previo, o, existiendo este, no se acompañe con la demanda el Acta donde haya quedado constatado el acuerdo, o, si queremos hacer más distinciones, en la que no se recoja el acuerdo que efectivamente se tomó. No solo debemos, en ese caso, como hemos adelantado en el párrafo anterior, acudir a las normas generales procesales recogidas en la LEC, sino que debemos acudir a otras leyes procesales para sacar, por

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

analogía, las consecuencias a la vista de lo que en ellas se pueda establecer para casos que sean de similar identidad y naturaleza.

En este orden de cosas, y, en primer lugar, es imprescindible analizar, aunque sea de forma somera, lo que se establece para un caso similar en la LJCA.

Si nos fijamos en el Art. 45.2. LJCA se establecen los requisitos para la interposición del recurso contencioso-administrativo. Esta norma puede, sin duda, tratarse como un supuesto análogo, sobre el que, además, tenemos la enorme ventaja de que el Tribunal Supremo ha podido pronunciarse reiteradamente.

El Art. 45.2 LJCA, como vimos en su momento, establece que deberán acompañarse al escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo los documentos «que acrediten la representación del compareciente, la legitimación del actor cuando la ostente por habérsela transmitido otro por herencia o por cualquier otro título, la copia o traslado de la disposición o del acto expreso que se recurran, o indicación del expediente en que haya recaído el acto o el periódico oficial en que la disposición se haya publicado» y, en el caso de que el objeto del recurso fuera la inactividad de la Administración o una vía de hecho, «se mencionará el órgano o dependencia al que se atribuya una u otra, en su caso, el expediente en que tuvieron origen, o cualesquiera otros datos que sirvan para identificar suficientemente el objeto del recurso», y, por último, «deberá aportarse el documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado».

Las distintas facultades de representación y gestión del órgano de administración de la sociedad de capital con las que actúa en el proceso explican por qué la norma procesal del Art. 45.2 LJCA exige que se acredite por la recurrente no solo que reúne los requisitos de comparecencia en juicio (Art. 7 LEC), es decir, que la sociedad esté válidamente representada, sino también que se acredite documentalmente su voluntad de *litigar*, es decir, que la decisión de promover el recurso ha sido adoptada por el órgano que tiene

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

atribuida tal competencia en los asuntos societarios¹⁷³. Por tanto, el documento al que se refiere el apartado d) del Art. 45.2 se distingue del referido en el apartado a) en que lo que con él pretende el legislador es que se acredite documentalmente - de ahí que trate de un proceso de *base documental* - la voluntad del órgano social de interponer el recurso.

RODRÍGUEZ-ZAPATA sintetiza la cuestión diciendo que «la justicia es rogada en el ámbito del orden de la jurisdicción contencioso-administrativa, por ello lo primero que ha de comprobarse es que la persona jurídica interesada ha solicitado realmente la tutela judicial, lo que a su vez precisa que tome el correspondiente acuerdo dirigido a tal fin, y que lo tome no cualquiera, ni cualquier órgano de la misma, sino aquel al que la persona jurídica ha atribuido tal decisión, ya que en otro caso se abre la posibilidad, el riesgo, de iniciación de un litigio no querido, o que jurídicamente no quepa afirmar como querido, por la entidad que figure como recurrente»¹⁷⁴.

La cuestión - que dado los términos de la Ley no admite mucha discusión- ha quedado reducida, en el ámbito del recurso contencioso-administrativo -con total acuerdo de la doctrina jurisprudencial-, a que la falta de aportación del documento es subsanable de conformidad con el Art. 138 LJCA, si bien se matiza que lo subsanable, en estos casos, es la aportación del documento del que se deduzca la voluntad de la sociedad de recurrir pero no la voluntad en sí misma de interponer el recurso, que deberá haberse conformado de forma previa al ejercicio de la acción; en este caso, de forma previa a la interposición del recurso.

Las sentencias que mejor relacionan la casuística a la que nos referimos son la STS Sección 3ª del TS nº 909/2018 de 1 de junio de 2018 (FJ 4º) y la STS de 3 de abril de 2014 (Rec. 1865/2011)¹⁷⁵.

¹⁷³ STS (Sala Tercera, sección 3) de 17 de diciembre de 2014.

¹⁷⁴ RODRÍGUEZ ZAPATA, J. *op. cit.*, p.117.

¹⁷⁵ *Idem*.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

En la primera, el Tribunal Supremo da por cumplido el requisito del Art. 45.2 d) LJCA porque se aportó, junto al escrito de interposición del recurso, el poder otorgado por los administradores mancomunados en favor del procurador. Posteriormente, en el trámite de conclusiones, se aportó una certificación expedida por estos mismos administradores acreditativa de que ambos, en su condición de administradores mancomunados de la sociedad recurrente, adoptaron el acuerdo de interponer el recurso constando en el procedimiento la escritura de nombramiento como administradores mancomunados y los Estatutos de la sociedad en los que se les otorgan facultades para entablar acciones en nombre de dicha sociedad, todo ello llevó al Tribunal Supremo a concluir que, aunque se aportó el documento en un momento posterior a la interposición del recurso, tal defecto procesal debería tenerse por subsanado y por cumplida la exigencia prevista en la Ley.

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo da por cumplido el requisito del Art. 45.2 d) LJCA porque, aunque se hizo con posterioridad a la interposición del recurso, se presentó una certificación del administrador único en la que se ponía de manifiesto que en la Junta general celebrada con anterioridad a la interposición del recurso se había acordado por unanimidad interponer recurso contencioso- administrativo contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento. La Sala entendió que lo que se subsanaba era, en realidad, la falta de aportación del documento acreditativo de la voluntad de litigar y no la voluntad misma que, en este caso, tal y como se acreditaba con la certificación, se había conformado con anterioridad a la presentación del recurso.

Pues bien, si volvemos ahora a la acción social, desde esta perspectiva de la LJCA, vemos como la cuestión es, en esencia, la misma. La única diferencia, que no es menor, es que el legislador, en lo que se refiere al ejercicio de la acción social, ha concretado, ya lo dijimos: a) qué tipo de documento es necesario aportar: el Acta en la que se recoja el acuerdo de la Junta; b) quién puede expresar y conformar la voluntad social de pleitear: la Junta; y, c) cuándo debe conformarse dicha voluntad: siempre de forma previa al ejercicio de la acción¹⁷⁶.

¹⁷⁶ La falta de regulación expresa respecto al documento que debiera acreditar la voluntad social de recurrir que se detecta en la LJCA, sin duda, permite, en principio, un tratamiento procesal quizá más laxo al que se deduce, como se verá, en el proceso por el ejercicio de la acción social. Ello se debe a que el juez no está atado por la clase de documento probatorio concreto que se exige, ni por el tiempo de realización de éste, o en su forma y contenido. Por eso, se pueden observar en la doctrina interpretaciones extensivas: Vid,

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

A la vista de todo ello, no hay duda de que la LSC ha establecido el *documental* como medio de prueba exclusivo y excluyente para acreditar la voluntad final y causal de la sociedad de interponer la demanda por el ejercicio de la acción social. Ello significa, tal como dijimos en su momento, que no basta que en el proceso se produzcan o se desarrollen actos de voluntariedad típicos procesales para deducir dicha voluntad. En otras palabras, si se interpone la demanda sin aportar el Acta (del presidente o notarial) jurídicamente no podrá afirmarse como querido el pleito iniciado por la entidad que figura como demandante; esto es, faltará la voluntad causal de la sociedad de ejercitar la acción social.

Pues bien, si esto es cierto, con todo lo llevamos dicho, podemos cuestionarnos qué sucede cuando no se cumple tal requisito; o, formulado de otra forma, ¿cuál es el tratamiento procesal que la Ley da a la falta de demostración documental *in limine litis* de esa voluntad final de ejercitar la acción social?

Para tratar el problema adecuadamente, debemos tener en cuenta que el tratamiento procesal debería ser el mismo tanto en el supuesto que la no presentación de Acta de la Junta sea el resultado de la inexistencia del acuerdo previo o, en su caso, de un olvido o defecto procesal cometido por la representación de la sociedad. Lo importante es comprender que sea cual sea el origen del defecto, la existencia misma de este pone en marcha, siempre, el mismo tratamiento procesal.

Determinar cuál sea ese tratamiento nos lleva a las siguientes afirmaciones:

Primera: la exigencia de que el acuerdo de la Junta y, por tanto, de la voluntad social para entablar la acción deba acreditarse con un documento (el Acta, Art. 202 LSC)

Tribunal Supremo (STS nº 759/2017, de 4 de mayo) que ha llegado a aceptar que el administrador único de una sociedad de capital pueda interponer un recurso contencioso-administrativo solo justificando tal condición; vid, también, el análisis de GÓMEZ FERNÁNDEZ, D. «¿En verdad se necesita acuerdo para interponer recurso contencioso si hay administrador único?» *Almacén del Derecho* [en línea]. 16 de julio de 2020 [consulta: el 17 de febrero de 2021]. Disponible en: <https://almacendederecho.org/en-verdad-se-necesita-acuerdo-para-interponer-recurso-contencioso-si-hay-administrador-unico>

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

permite, en atención a los Arts. 266.4º, 403 y 269.2 todos de la LEC, un tratamiento procesal de la *voluntad causal de la sociedad de entablar la acción* previo al juicio.

Veamos:

Si como hemos dicho el Acta, un documento, es el medio para probar el hecho jurídico de la existencia del acuerdo de la Junta y, por tanto, de la voluntad social de interponer la demanda, se deberá aportar siempre con la demanda si no se quieren sufrir los efectos preclusivos que se deducen de los Art. 264 y ss LEC; si, además, el acuerdo tiene que ser previo a entablar la acción, lo que impide que pueda ser tomado en un momento posterior a la presentación de la demanda, se puede concluir que el proceso por el ejercicio de la acción social por la sociedad es *uno de base documental* (ex, Art. 266.4º LEC) por lo que, en caso de que no se aportara el Acta junto a la demanda, de conformidad los Art. 266.4º y 269.2 ambos de la LEC aplicados conjuntamente, se debería producir, inexorablemente, la inadmisión a trámite de la demanda. En definitiva, lo que mantenemos aquí es que el acuerdo recogido en el Acta es un requisito de procedibilidad (*habilitante*). Ello, desde nuestro punto de vista, no resultaría desproporcionado o rigorista, o contrario al derecho de acceso al proceso, todo lo contrario, esta formalidad permitirá tener la certeza de que la iniciación del pleito es querida por la entidad que aparece como demandante¹⁷⁷.

Segunda. Sabiendo que en Derecho Procesal uno de los parámetros que determinan no solo la actuación de los jueces, sino también la de las partes, es que en ningún caso se produzca indefensión (Art. 24 CE), creemos que el mandato de legislador mercantil debe ser atemperado en su aplicación, para lo que sería necesario que el órgano judicial, de oficio y una vez oída las partes, pusiera de manifiesto al actor la existencia de tal óbice procesal y le diera un plazo para subsanarlo, pues de no darse ese plazo, entonces sí

¹⁷⁷ En definitiva, el acta en este proceso es un requisito legal de naturaleza procesal. Vid, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. «Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva» Cuadernos de derecho público, N° 10, 2000, pp 13-38. Se trataría de la situación en la que «una pretensión aparentemente fundada no llegue a ser examinada en cuanto al fondo porque falte algún requisito procesal establecido por la ley, con lo que el justiciable obtendrá una resolución meramente procesal o, como suele decir el TC, una resolución de inadmisión de la pretensión formulada»; *Ibid.*, p. 24.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

podríamos hablar de una lesión del derecho de acceso a la jurisdicción y de las garantías procesales y los derechos de defensa¹⁷⁸.

Desde nuestro punto de vista, la cuestión podría resolverse en el trámite de la audiencia previa (Art. 416). La norma, como sabemos, enumera las excepciones procesales que, de no subsanarse, podrían impedir la válida prosecución y finalización del proceso mediante sentencia sobre el fondo. La enumeración de excepciones debe entenderse, según nuestro criterio, *numerus apertus* pues textualmente dice el apartado 1 que «descartado el acuerdo entre las partes, el tribunal resolverá, del modo previsto en los artículos siguientes, sobre cualesquiera circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo y, en especial, 1.^a Falta de capacidad de los litigantes o de representación en sus diversas clases; 2.^a Cosa juzgada o litispendencia; 3.^a Falta del debido litisconsorcio; 4.^a Inadecuación del procedimiento; 5.^a Defecto legal en el modo de proponer la demanda o, en su caso, la reconvención, por falta de claridad o precisión en la determinación de las partes o de la petición que se deduzca».

Pues bien, si ponemos este artículo en relación con el Art. 425 LEC para la resolución de circunstancias alegadas que no se hallen comprendidas expresamente en el Art. 416 LEC y cuya resolución, dice la norma, se acomodará a las reglas establecidas en los preceptos del Art. 416 al 424 LEC para las análogas, en nuestra opinión, puede defenderse el examen de la cuestión de la falta de voluntad social para interposición de la demanda -

¹⁷⁸ Así parece estar decidiéndose para otras acciones como son la acción en defensa de la comunidad de propietarios en los supuestos de acción de cesación de actividades prohibidas por los estatutos que resulten dañosas para la finca (Art. 7.2 LPH) y de reclamación de cuotas impagadas (art. 21 LPH). Por ejemplo, *vid.* las interesantísimas reflexiones de MAGRO SERVET, Vicente a propósito de subsanabilidad de la falta de aportación con la demanda del acuerdo de la Junta de propietarios autorizando al presidente ejercer acciones judiciales que sí ha podido estudiarse por el jueces y tribunales en numerosas ocasiones. Dice el autor que del estudio jurisprudencial parece concluirse que el requisito es sin duda habilitante, pero también que es posible la subsanación en caso de que el acuerdo exista, en *Acerca de la subsanabilidad de la falta de aportación con la demanda del acuerdo de la Junta autorizando al presidente ejercer acciones judiciales*, ELDERECHO.COM, 14-03-2017 <https://elderecho.com/acerca-de-la-subsanabilidad-de-la-falta-de-aportacion-con-la-demanda-del-acuerdo-de-la-Junta-autorizando-al-presidente-ejercer-acciones-judiciales>, publicado en la Revista de Derecho Inmobiliario", el 1 de febrero de 2017. Manual práctico de aplicación de la LEC/22000 en las comunidades de propietarios. SEPIN, 2001. También, como se ha visto, en lo que se refiere el recurso contencioso-administrativo. En este sentido la doctrina jurisprudencial ha interpretado el Art. 138 LJCA en el sentido de que el recurrente debe ser requerido para la subsanación del defecto. En cualquier caso, debe señalarse que, aunque esta doctrina viene distinguiendo dos situaciones: la situación en la que se declara de oficio el defecto y en el que se alega por la parte recurrida, en ambos casos, se ha concluido, deberá darse un plazo para subsanar el error.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

deducida de la inexistencia del acuerdo (y, por lo tanto, del Acta) o de la falta de aportación del Acta – como un supuesto análogo (no igual) al regulado en los Art. 416.1. 1º y Art. 418 LEC para el supuesto de falta de capacidad de los litigantes o de representación en sus diversas clases.

Si es así, la falta de presentación del Acta sería tratada como un defecto procesal subsanable, pero siempre, naturalmente, que existiera el acuerdo y que se hubiera adoptado con anterioridad a la interposición de la demanda. La subsanación se produciría aportando, en el tiempo concedido por el órgano judicial, el Acta aprobada del presidente (o notarial) de la Junta celebrada con anterioridad a la presentación de la demanda que constate la toma del acuerdo de interponer la acción social. El efecto preclusivo que se impone en la subsanación determinaría que, en el caso de no subsanarse el defecto procesal, el juez pondría fin al proceso.

Asimismo, y en rigor, siendo cierto lo que dijimos de que sin el acuerdo de la Junta no podría tenerse al procurador apoderado eficazmente para el ejercicio de la acción social, la cuestión podría resolverse directamente en aplicación de los Art. 416.1. 1ª y 418 ambos de la LEC, lo que igualmente admitiría la subsanación y en el caso de que no exista acuerdo de la Junta, el fin del proceso (ex Art. 418.2 LEC).

No se nos *escapa* que la no admisión a trámite de la demanda, por no subsanarse el defecto procesal de falta de presentación del Acta, puede encerrar la posibilidad de dar cobertura a posibles actuaciones fraudulentas del propio órgano de administración (que sencillamente no ha cumplido y actuado la voluntad societaria de ejercitar a acción), riesgo que es menor, en cuanto que, en ese caso, la minoría podría ejercitar la acción social de responsabilidad en sustitución (Art.239 LSC).

2.2. Tratamiento procesal en los supuestos de falta de correlación entre el acuerdo y la demanda.

No hay duda, según hemos visto, que la función del Acta es la de acreditar en el proceso qué acción es la que la sociedad quiere ejercitar y qué efecto de la ley quiere que se aplique; siendo así, si el objeto de la demanda que se interpone no es coincidente con la acción identificada en el acuerdo de la Junta, y recogida en el Acta, es obvio que ni el Acta ni el acuerdo podrán servir como el elemento o acto que pruebe que la voluntad de la sociedad actuar en el proceso es o coincide con lo que se está actuando.

En nuestra opinión, esta cuestión puede ser tratada procesalmente como un supuesto del Art. 416.1. 5º LEC (defecto en el modo de proponer la demanda) en aplicación conjunta con el Art. 424 y 425 ambos de la LEC. Así, si se presenta el Acta que informa del acuerdo de la Junta y la demanda que se interpone no es coincidente con su contenido, podríamos sostener que existe un claro defecto legal en el modo de proponer la demanda por cuanto esta no es, tal como quiere la Ley, la manifestación al exterior de la voluntad social reflejada en el acuerdo; esto es: el defecto jurídico es que no puede mantenerse que la sociedad quiera sostener ese proceso concreto.

Si el demandado alegare en la contestación esta falta de coincidencia, o se apreciará de oficio, el tribunal admitirá en el acto de la audiencia las aclaraciones o precisiones oportunas, decretando el sobreseimiento si, tras la audiencia, se puede determinar que las pretensiones del actor no son coincidentes con la pretensión que la sociedad ha manifestado (en el acuerdo) que es su voluntad ejercitar procesalmente.

En nuestra opinión, la valoración por el juez sobre la coincidencia entre el objeto de la demanda delimitado en el acuerdo y el objeto de la demanda interpuesta no entrañaría mayores consideraciones que las que se exigen al juez cuando se suscitan las excepciones procesales sobre la cosa juzgada o la litispendencia (*vid*, Artículos 416.1. 2ª y 421 ambos de la LEC); en estos casos, para que el juez pueda apreciar la pendencia de otro juicio o la existencia de una resolución firme sobre objeto idéntico, se necesita una valoración de

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

la acción ejercitada y, en su caso, de la acción declarada o pendiente de enjuiciar. En el caso que proponemos para su tratamiento análogo, igualmente exigiría del juez una valoración de la acción ejercitada (en los elementos y con los requisitos y límites expuestos) y de la que se hubiera delimitado en el acuerdo de la Junta para poder apreciar si la causa de pedir en la demanda es coincidente con la acción que la Junta ha acordado ejercitar. Esta valoración, además, permitiría fijar con precisión el objeto de la demanda que, no lo olvidemos, es uno de los fines de la audiencia previa y que permitiría conforme al Art. 426 LEC a las partes formular las aclaraciones sobre las alegaciones que se hubieran formulado y rectificar extremos. Naturalmente, fuera de los casos que sean meridianamente claros, parece lógico que el Juez admita la demanda a trámite y que la cuestión se resuelva de forma previa en la sentencia con el sentido que expondremos más adelante.

2.3.Tratamiento jurisprudencial actual. Crítica.

Salvo error por nuestra parte, la doctrina jurisprudencial que ha tenido ocasión de pronunciarse, aunque sea tangencialmente, sobre la necesidad de que exista correlación entre la acción identificada en el acuerdo de la Junta y el objeto de la demanda no ha apostado por darle un tratamiento procesal como el que proponemos; y, si bien los juzgados y tribunales califican la finalidad del acuerdo como *habilitante* y funcionalmente como de *procedibilidad* para el ejercicio de la acción, no se deduce claramente, al menos no nos lo parece a nosotros, que el tratamiento que se le esté dando sea procesal; antes todo lo contrario, se colige de la casuística que el acuerdo aparece, en el ejercicio de la acción por la sociedad, como un elemento que determina la condición de parte legítima de la sociedad, por tanto, de fondo¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Por ejemplo, en la SAP de Baleares nº 191/2016, 30 de junio se cuestiona en el proceso si el deudor, la sociedad concursada, tenía o no legitimación para ejercitar acción social o la legitimación correspondía solo a la administración concursal. Cierto que para el caso de que la acción social se ejercite en el curso de un proceso concursal, el tema deja de ser polémico con la reciente modificación de la ley (Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, TRLC) que niega cualquier otra legitimación para el ejercicio de la acción que no sea la del administrador concursal. En cualquier caso, nos parece interesante referirnos a esta resolución, porque de ella se deduce el tratamiento de fondo que se le dá a la existencia del acuerdo como acto del que se deduce la legitimación. Brevemente: el debate se centró en si la sociedad tenía o no legitimación en aplicación del Art. 48.2 de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal en su redacción previa a la reforma de la Ley 38/2011 de 10 de

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

La escasa caustica sobre el tema realmente no nos deja avanzar más, pero si nos muestra que juzgados y tribunales, así como la doctrina, están tratando la existencia misma del acuerdo, su contenido y la necesaria correlación del acuerdo con la acción finalmente ejercitada por la sociedad, como un elemento que determinaría la condición de parte legítima de la sociedad.

Si ello es cierto, en nuestra opinión sería un error que esta postura se consolidara o que al menos no se revisara en los términos que proponemos, pues la legitimación de la sociedad para ejercitar la acción como titular del derecho subjetivo no se deduce de la existencia de ningún acuerdo de la Junta en el que se manifieste la voluntad de pleitear en un sentido concreto sino, según las normas más elementales del proceso, de la titularidad de la sociedad de la relación jurídica u objeto litigioso que se pretende y ejercita con su demanda y que necesariamente existe antes del acuerdo; el acuerdo, solo (que no es poco) recoge la voluntad de pleitear en un sentido concreto, pero no constituye el derecho al resarcimiento; por eso, es posible, incluso si el acuerdo contiene todos los elementos de identificación del acción y la demanda interpuesta coincide plenamente con el contenido del acuerdo, que el juez declare la falta de legitimación activa de la sociedad para ejercitar la acción, por ejemplo, porque el derecho pertenece en exclusiva a una sociedad del grupo y no a la demandante, o porque no se hayan producidos daños a la sociedad sino a un socio. Cuestiones estas que puede el demandado discutir. La legitimación activa, como la

octubre. La Sala centró la cuestión en la existencia de una posible doble legitimación activa: la de los administradores concursales, que no precisaría del acuerdo de la Junta, y la del deudor (la sociedad concursada) que, según el tribunal, sí precisaba del previo acuerdo. El tribunal concluyó - para lo que se sirvió de la fundamentación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2014 (Caso Colonial) - que «la concursada adolecía de falta de legitimación activa» al no existir el acuerdo de la Junta. Es decir, se nos muestra en esta resolución que se equipara la existencia del acuerdo con el acto legitimante lo que exigiría un tratamiento en el fondo. *vid.* también, en el mismo sentido la SAP de Baleares nº 29/2018 de 15 de febrero y la SAP de Madrid nº 11/2019 de 11 de enero que igualmente estudian el requisito del acuerdo previo como una cuestión de legitimación. Fuera ya del procedimiento concursal, *vid.* la SJMER de Barcelona nº 9 50/2018 de 6 de febrero señala que el acuerdo de la Junta es y debe ser tratado como «un requisito de procedibilidad y de obligado cumplimiento», sin embargo, de ello deduce, en nuestra opinión erróneamente, que su «ausencia determina la falta de legitimación activa del actor no pudiendo el administrador ni el liquidador, por su propia iniciativa y riesgo, ejercitar este tipo de acción». Igualmente la doctrina, por ejemplo, SÁNCHEZ- CALERO GUILIARTE, J. a propósito de la SAP de Almería (Sección 3ª) de 7 de julio de 2011 (SÁNCHEZ- CALERO GUILIARTE, J. *op .cit.*,) señala la correcta decisión del juez de desestimar la demanda en un caso en el que acuerdo de la Junta no tenía un contenido preciso con respecto a los hechos supuestamente lesivos que motivan el acuerdo y la posterior demanda, sin embargo, ello le lleva, igualmente, a concluir que, en ese caso, se produciría una *falta de legitimación activa*.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

pasiva, efectivamente es un tema que afecta al fondo y como tal tiene que ser tratado (Art. 10 LEC)

Lo esencial, desde nuestro punto de vista, es que el acuerdo de la Junta en el que la sociedad manifiesta su voluntad de pleitear en un sentido concreto y, por todo lo dicho, el Acta donde quede recogido dicho acuerdo, en modo alguno fundamentan esa relación jurídica que legitima a la sociedad para exigir la tutela del derecho; el acuerdo, en el sentido explicado, no delimita ni acredita la titularidad del derecho subjetivo que se pretende; pero es que, además, no puede hacerlo; tampoco condiciona, menos aún hace prueba de la relación jurídica entre la pretensión hecha valer y la parte que la alega, pues esta, no nace de la voluntad de pleitear en un sentido concreto conformada por la Junta, sino de que efectivamente pueda deducirse la relación jurídica del actor con la pretensión de los hechos; en otras palabras, el interés legítimo en la tutela pretendida en modo alguno viene determinado por la exteriorización de la voluntad de pleitear. Porque, si fuera así, si la legitimación de la sociedad en el ejercicio de la acción social viniera determinada por la expresión de la sociedad de su voluntad de interponer una demanda, mucho nos tememos que, sin darnos cuenta, nos estaríamos replanteando de nuevo la extensión y límites de la *legitimación ad processum* y *ad causam* que ya se explicó y delimitó por la doctrina durante el siglo XX y ha quedado recogida de forma clara en la LEC.

En definitiva, el acuerdo previo de la Junta para el ejercicio de la acción social es otra cosa y sirve para otra cosa; el acuerdo de la Junta es lo que venimos diciendo, nada más y nada menos que la manifestación individual, final y causal de la sociedad de su voluntad de pretender un derecho concreto que nace de la situación jurídica de quebranto del ordenamiento que se pide al juez que corrija afirmando que es suyo; y es, por tanto, un elemento necesario no de la acción sino de su ejercicio procesal; de forma que: si no existe el acuerdo, no se aporta el Acta que hace prueba de su existencia, o aportándose el Acta la demanda el objeto de la demanda no es coincidente con la voluntad expresada en el acuerdo dentro de los límites explicados, no podrá establecerse por el juez que la sociedad quiere demandar en el sentido que lo hace y no podrá tenerse por constituida válidamente la relación jurídico procesal entre el juez y la parte por carecer el acto de la demanda de la necesaria voluntad; dicho de otra forma, porque jurídicamente no se puede afirmar que se quiere iniciar el litigio por la sociedad.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

**SEGUNDA PARTE: LA ACCIÓN SOCIAL EJERCITADA
POR LOS SOCIOS. ART. 239**

CAPÍTULO QUINTO.- CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA PROCESAL DE MINORÍA.

1. Planteamiento y delimitación de nuestro estudio
2. Naturaleza jurídica procesal de la minoría en el proceso por el ejercicio de la acción social.
 - 2.1. Cuestiones previas que considerar.
 - 2.2. La condición de parte legítima de la minoría como sustituto procesal.
 - 2.2.1. I. Brevísimas consideraciones en relación con el concepto de sustitución procesal
 - 2.2.2. II. La sustitución procesal como base conceptual del ejercicio de la acción social por la minoría en la legislación mercantil societaria.
 - 2.2.3. III. Examen del Art. 10 LEC y su referencia necesaria al art. 239 LSC
 - 2.2.4. IV. La referencia del art. 10 LEC a la Ley material (Art. 239 LSC)- Sustitución procesal y la acción subrogatoria
 - 2.3. La trascendencia y alcance de la intervención de la minoría por sustitución.
 - 2.3.1. I.- La posibilidad de que concurran en un mismo proceso el ejercicio de la acción por la sociedad y por la minoría
 - 2.3.2. II.- La perención de la acción para la sociedad.
 - 2.4. Examen de los posibles efectos en nuestro estudio de la doctrina científica y jurisprudencial elaboradas al hilo del ejercicio de las acciones de exclusión del socio y de impugnación de los acuerdos sociales.
 - 2.5. Conclusiones
3. Hechos que determinan la transmisión del poder de disposición a la minoría.
 - 3.1. Que la acción no se entable por la sociedad en el plazo de un mes desde que fue aprobada por la Junta. Problemática procesal.
 - 3.2. Que el acuerdo de Junta hubiera rechazado la interposición de la demanda contra el administrador. Acuerdo contrario a la exigencia de la responsabilidad- Notas sobre el “interés procesal”.
 - 3.3. Que los administradores no convoquen la Junta para la aprobación de la acción de responsabilidad o la convocatoria sea defectuosa
 - 3.4. El supuesto de la acción de deslealtad

1. Planteamiento y delimitación de nuestro estudio.

En los capítulos anteriores hemos analizado la acción de responsabilidad de los administradores cuando la ejercita la sociedad. En los capítulos de esta Parte analizaremos, desde nuestra perspectiva, las condiciones y requisitos para el ejercicio de esta acción por los socios. Para ello debemos delimitar *ab initio* cual es el objeto concreto de estudio.

La referencia legislativa a la facultad de los socios de resarcirse por la actuación antijurídica del administrador de la sociedad viene regulada en el Art. 236 LSC (Ex Art. 79 LSA de 1951) cuando dice, citamos textual, que «los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa».

Este artículo debe ponerse en relación con los Arts. 238, 239 y 241 LSC (*ex.*, Art. 80 y 81 Ley de 1951) que explicitan en qué circunstancias responden los administradores frente a los socios y la sociedad, y cuándo quedan estos (los socios) facultados para el ejercicio de la acción social.

El Art. 241 LSC (*ex art.* 81 LSA de 1951) reconoce la responsabilidad de los administradores frente a los socios cuando sus actos lesionen directamente los intereses de estos. Se trata de la *acción individual* que, en esencia, requiere que la lesión patrimonial que fundamente la demanda lo sea de los intereses directos de los socios y se ejercite pidiendo por estos la restauración de su patrimonio; es decir, el Art 241 LSC reconoce a los socios una *acción directa* contra el administrador para defender su patrimonio¹⁸⁰. Como ya dejamos delimitado desde un principio, esta acción no es el objeto

¹⁸⁰ Sobre la acción individual queda remitido el lector a la extensísima doctrina mercantil, entre otros, *vid.* ESTEBAN VELASCO, G. «La acción individual de responsabilidad», pp. 189–300. En: ROJO, A.; BELTRÁN, E. (dir); CAMPUZANO, A.B. (coord.) *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*. 6ª Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

de nuestro estudio, pues excede claramente del mismo que se ha centrado en el de los casos de actuación antijurídica de los administradores exclusivamente perjudiciales para la sociedad. Por tanto, a nosotros nos interesa, de entre estas normas, el estudio del Art 239 LSC que se refiere a la acción que pueden ejercitar los socios en cuanto reúnan la cualidad de *minoría* y la ejerciten en *defensa del interés social* pidiendo la restauración del patrimonio de la sociedad.

Como se expuso en el Capítulo primero, el antecedente legislativo de esta facultad lo encontramos en la LSA de 1951 (*ex.*, Art. 79 y 80 LSA de 1951) que fue objeto de las modificaciones y adiciones que señalamos en su momento. Hoy su regulación, se ha dicho ya, se encuentra en el Art. 239 LSC que bajo el título *Legitimación de la minoría* establece, en una primera aproximación, dos requisitos o condiciones para que los socios pueda ejercitar la acción de la sociedad: el primero, que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la Junta general a tal fin [un 5% del capital social, reducida a un 3% en el caso de las sociedades cotizadas (Art. 495.2.a. y 519.3 ambos de la LSC)], y, segundo, que se dé alguna de las siguientes situaciones de inactividad o pasividad de la sociedad: que la sociedad no entablare la acción dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo; que este (el acuerdo) hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad; o, que los administradores no convocasen la Junta general solicitada a tal fin (el de acordar entablar la acción) por los socios. Finalmente, con motivo de la modificación legislativa de la LSC del año 2014 se introdujo un último supuesto recogido en el párrafo segundo de Art. 239.1 que faculta a la minoría a ejercitar *directamente* la acción social cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad. En este último supuesto, ya lo vemos, no se exige *a priori* la inactividad de la sociedad, pero sí la *pasividad* en cuanto que la minoría habría sido capaz de entablar la acción antes que la sociedad en un caso que, desde el punto de vista del derecho material, sin duda, es esencial para el devenir de la sociedad. A ello nos referiremos en su momento.

Fijadas estas premisas, en este capítulo abordaremos y examinaremos, desde la perspectiva estrictamente procesal que es la que nos ocupa, la naturaleza jurídica de la *minoría*, que, con la sola lectura de los textos legales, vemos que *reemplaza* en el ejercicio

de la acción social al concepto de socio o participe, para, en apartados posteriores, estudiar la posición en el proceso de esta minoría como parte legítima y las condiciones y requisitos que los socios, en cuanto minoría, deben reunir para comparecer válidamente en el juicio por el ejercicio de la acción de responsabilidad de los administradores. Asimismo, en capítulos posteriores, examinaremos las consecuencias procesales que para la sociedad y los socios tiene que la acción social, en definitiva, los intereses legítimos de la sociedad se defiendan procesalmente por esta minoría ¹⁸¹.

2 Naturaleza jurídica procesal de la minoría en el proceso por el ejercicio de la acción social.

2.1. Cuestiones previas que considerar.

Una correcta aproximación al estudio de la cuestión nos exige, aunque sea de forma sucinta, referirnos al *contexto legislativo procesal* en el que se formuló por primera vez en nuestro ordenamiento la *facultad* de los socios para ejercitar la acción social (*vid.*, Art. 80 LSA de 1951), porque, en aquel momento, la distinción entre lo que eran requisitos procesales suficientes para constituir un proceso válido, y lo que eran requisitos materiales subjetivos que permitían la aplicación de la norma al caso concreto, y cuál debía ser su tratamiento en el proceso, no era una cuestión en modo alguno resuelta, principalmente, por la falta de regulación legislativa que diferenciara ambos conceptos pero, también, por la atribución jurisprudencial de efectos procesales para la constitución formal de la litis a lo que hoy entendemos como legitimación¹⁸². Ello no fue óbice para que nuestro ordenamiento asumiera y, además, se aplicaran por los jueces, las teorías de la *sustitución procesal* importadas desde Alemania e Italia a nuestro país por importantes autores¹⁸³.

¹⁸¹ *Vid.*, *Infra* Capítulos Séptimo, Octavo y Noveno.

¹⁸² GÓMEZ ORBANEJA, E. *Derecho... Tomo I* (1969) pp. 127-141.

¹⁸³ *Vid.*, GÓMEZ ORBANEJA, E. *Ibid.*, pp. 134-137 que esencialmente sigue los estudios de CHIOVENDA a su vez importados de las enseñanzas de HELLWING y WACH; también, PRIETO CASTRO, L. en *Derecho... Vol. I* (1968), *op. cit.*, pp. 314 y ss que se refiere a ella como «desplazamiento de la legitimación»; y ALCALÁ-ZAMORA, N. en sus anotaciones al Manual Derecho Procesal Civil de GOLDSCHMIDT, J. *op. cit.* (1936) pp. 115-117, que apunta que su existencia (la sustitución) se reduce (en el ordenamiento español) a la de unos cuantos casos en los que cabe ver que «una parte actúe en nombre propio, pero respecto de un derecho ajeno». El autor enumera los siguientes supuestos, a saber: «a) la actuación del marido en relación con los procesos relativos a los bienes dotales, de conformidad con el

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Estas teorías se aplicaron por los tribunales, por ejemplo, en la conocida y citada STS de 6 de noviembre de 1941 que, aunque para un caso completamente diferente al que nos ocupa y, además, algo *barroco* en cuanto a los hechos se refiere, nos interesa destacar aquí, en primer lugar, por lo temprana (véase que se dictó diez años antes de la promulgación de la LSA de 1951), y, en segundo lugar, porque, distanciándose expresamente de los supuestos de representación, aplicó los criterios y teorías de la *sustitución procesal* refiriéndose a ella como «la actuación en juicio por un derecho ajeno siendo parte el sustituto (...)»; explicaba el Tribunal Supremo entonces que era posible actuar por sustitución porque se reconocía la facultad implícitamente, entre otros preceptos, en el Art. 503 LECA (1881) que, en su apartado dos, establecía que a toda demanda o contestación debería acompañarse necesariamente el documento o documentos que acreditaran «el carácter con que el litigante se presenta en juicio en el caso de tener la representación legal de alguna persona o corporación o cuando el derecho que se reclame provenga de habérselo otro transmitido por herencia o por cualquier otro título»¹⁸⁴. Además, decía el Tribunal que «el incumplimiento de este precepto (...) había que apreciarse de oficio (...) porque los jueces no pueden resolver una relación jurídica a la que falten condiciones de validez, como son aquellas en que el sujeto pasivo de la acción procesal no figure en el pleito por haberse pretendido o intentado su sustitución indebidamente».

Este contexto, nos parece a nosotros, permite plantearse que el legislador, en mayor o menor medida, cuando redactó el Art. 80 LSA de 1951, permitiendo que un tercero, el socio, pudiera ejercitar la acción de la sociedad, solo pudo concebir tal situación (la facultad del socio) ora en un supuesto de representación ora en uno de *sustitución procesal* según la conceptualización de estas instituciones procesales a mediados del siglo pasado.

antiguo artículo 1357 CC; b) el acreedor que, en virtud del artículo 1111 CC, ejercita los derechos y acciones de su deudor; c) los síndicos de los concursos y de las quiebras, de conformidad con los ya derogados artículos 1218 y 1366 LECA 1881; y d) el administrador del abintestato (artículo 1008 CC)».

¹⁸⁴ Art. 503 LECA 1881

2.2. La condición de parte legítima de la minoría como sustituto procesal.

2.2.1. I. Brevísimas consideraciones en relación con el concepto de sustitución procesal.

Debemos decir sin tardanza que, obviamente, no es objeto de esta tesis estudiar el origen o desarrollo, ni siquiera en nuestro ordenamiento, de la sustitución procesal como institución o supuesto de legitimación extraordinaria - bien es sabido que es una institución cuestionada y cuestionable a la que, además, no se ha prestado mucha atención entre nuestra doctrina procesal – si no de explicar que el legislador de 1951 trasladó la doctrina de esta institución a la LSA de forma que, desde entonces y más evidentemente desde que se promulgara la vigente LEC en el año 2000 – evidencia que iremos desengranando a lo largo de este capítulo- puede mantenerse que cuando la minoría actúa en el proceso por el ejercicio de la acción de responsabilidad lo hace en base a la legitimación extraordinaria recogida en el párrafo segundo del Art. 10 LEC¹⁸⁵, con cuya redacción se hizo norma aquello que la doctrina procesal, en términos generales, concebía como *sustitución procesal*, a saber: los casos en los que la Ley permite la pretensión de un derecho en el proceso por quien no puede afirmar la titularidad del mismo o no puede afirmar un interés propio o, en palabras de MONTERO AROCA los casos «cuando la Ley permite hacer valer, en nombre propio, derechos subjetivos que afirma son de otros¹⁸⁶».

En cualquier caso, nos parece suficiente para nuestro propósito referimos ahora, aunque sea sucintamente, a las enseñanzas de CHIOVENDA¹⁸⁷ cuando reformuló el concepto

¹⁸⁵ El antecedente lo encontramos en el Art. 6 del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil elaborado por los Profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas, publicado en 1972. El texto que se le debe esencialmente a PRIETO CASTRO L. proponía: «*Legitimación*. -I. Serán considerados partes legítimas en juicio, a todos los efectos, quienes comparezcan y actúen en calidad de titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. II. Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular. III. Asimismo, cualquier comunero será parte legítima para ejercitar los derechos que correspondan a la comunidad y en beneficio de la misma».

¹⁸⁶ MONTERO AROCA, J. *De la legitimación en el proceso Civil*. Barcelona: Bosch, 2007, p. 330 y ss.

¹⁸⁷ Aunque por ahora sea suficiente referirse a las tesis de CHIOVENDA, la comprensión del concepto de sustitución procesal no es posible sin tener en cuenta la monografía de GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano 1942, obra a la que recurriremos a lo largo de este trabajo.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

alemán de la sustitución procesal (*Prozeßstandschafter*) utilizando como ejemplo, según deducimos, el recurrido supuesto de la acción subrogatoria (Ex. Art 1111 CC¹⁸⁸) y en el ámbito del estudio de la *legitimación* precisamente distinguiéndolo y separándolo del supuesto de *representación*¹⁸⁹. CHIOVENDA conceptualizó entonces la sustitución procesal como un supuesto anómalo en la legitimación en el que un sujeto, en nombre propio, podía hacer valer en el juicio un derecho ajeno consiguiendo que el juez, actuando la Ley, dictara una sentencia sobre el fondo que resolvería de forma definitiva el conflicto del sustituido, aunque no hubiera sido parte del proceso¹⁹⁰. Explicaba el maestro italiano que la eficacia de la actuación del sustituto en el proceso era de carácter material como producto de «la **expropiación** del ejercicio de la acción contra el titular de esta (...) subordinada a la hipótesis de que el titular no obre»¹⁹¹. Pues, bien, de esa manera, la extensión, límites y efectos procesales y materiales de esta facultad del sustituto, ya lo avanzamos, vendrán determinados y habrá de buscarlos en cada caso concreto en la norma de los cuerpos normativos materiales¹⁹².

Hoy, con mayor o menor análisis y siendo la sustitución procesal, como decíamos, una institución cuestionada y cuestionable incluso en lo que a la terminológica se refiere¹⁹³, en lo que sí coincide la doctrina que se ha ocupado de estos temas es fundamentalmente:

¹⁸⁸ La acción subrogatoria ha servido a algunos autores no solo de ejemplo paradigmático de la sustitución procesal sino como la situación jurídica en la que necesariamente se deberían reflejar todas aquellas situaciones que pretendan concebirse como casos de sustitución procesal. Una aproximación a la doctrina tradicional y la de principios y mediados del siglo pasado así lo atestigua, por ejemplo, *Vid*, CHIOVENDA, G. *Instituciones... Tomo II, op. cit.*, pp 308; GÓMEZ ORBANEJA, E. *Derecho... op. cit.* p.135; PRIETO-CASTRO, L. *op. cit.*, pp 314). Lo mismo ocurre, entre la doctrina moderna posterior a la LEC de 2000, por ejemplo, *vid* MORENO CATENA, V. *Parte General... (con Valentín Cortés Domínguez) op. cit.*, p. 97 y ss; MONTERO AROCA, J. *Ibidem.*, p 355; o, NIEVA FENOLL, J. *op. cit. pp.* 90 y ss; DE LA OLIVA SANTOS, A. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, DE LA OLIVA SANTOS, A, Ignacio Díez – Picazo Giménez, Jaime Vegas Torres y Julio Banacloche Palao, Civitas, 2001, p. 96. En contra, *vid*, SÁNCHEZ LÓPEZ, Bárbara. Acción subrogatoria y sustitución procesal (Análisis y prospectivas). Marcial Pons, 2017. p. 133 y ss.

¹⁸⁹ CHIOVENDA, G. *Instituciones... Tomo II, op. cit.*, p. 304-305; también, NIEVA FENOLL, J. *op. cit.*, pp. 48 -49 y MONTERO AROCA, J. *De la Legitimación... op. cit.*, pp. 119 y ss.

¹⁹⁰ *Vid*, CHIOVENDA, G. *Instituciones ... Tomo II op. cit.*, p. 306 y 307; también, MONTERO AROCA, J. *op. cit.*, p 333.

¹⁹¹ CHIOVENDA, G. *Instituciones... Tomo II, op. cit.*, p 307. Pero, obsérvese que ejercitar el poder de disposición de un derecho ajeno, a través de la acción procesal, no es ni mucho menos, como ya se puso de manifiesto por GARBAGNATI, (*op. cit.*, pp. 218 y ss) ejercitar el derecho ajeno. De ahí que, como veremos, la actuación procesal de la minoría no beneficia al socio minorista, sino a la sociedad.

¹⁹² MONTERO AROCA, J. *La legitimación...op. cit.*, p 334 y 335. DE LA OLIVA SANTOS, A. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, *op. cit.*, p. 96.

¹⁹³ Así se desprende de estudios monográficos de NIEVA FENOLL, J. *op. cit.*, p.35 y pp. 55 y ss; CABAÑAS GARCÍA, J. C. *op. cit.*, p. 25; también, MONTERO AROCA, J., *Ibid.*, pp. 331 y ss.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

primero, en que su reconocimiento y regulación legal se encuentra en el Art. 10 LEC¹⁹⁴; y, *segundo*, en definirla, en términos generales, como una situación procesal en la que un persona defiende en un pleito un derecho subjetivo del que no es titular, consiguiendo que se restaure el orden jurídico cuando se aprecia un desinterés o dificultad del titular de defender ante la jurisdicción su derecho como parte legítima, y con el que ese tercero que ejercita la acción tiene algún tipo de relación¹⁹⁵.

2.2.2. II. La sustitución procesal como base conceptual del ejercicio de la acción social por la minoría en la legislación mercantil societaria.

Al objeto de nuestro estudio, ahora, nos interesa destacar algo que consideramos muy concluyente, porque, en efecto, si nos damos cuenta, las importantísimas reformas de las normas procesales que se llevaron a cabo en el año 2000 - que, a lo que ahora nos importa, regularon legalmente la sustitución procesal y la diferenciaron de la representación en juicio¹⁹⁶ -, en modo alguno han determinado, motivado ni activado la revisión del viejo

¹⁹⁴ MONTERO AROCA, J. *Ibid.*, pp. 335 y ss.

¹⁹⁵ Vid. la definición de la que se parte en este estudio en *Memento de Derecho Procesal* (2021). (p. MPCÍ nº 3642) que, citamos textual, dice: «Si bien, como regla general, son considerados como partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso, esta previsión se exceptúa en los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular de aquellos (LEC Art.10). En los supuestos de legitimación por sustitución, se atribuye la misma, no al sujeto de la relación deducida, sino a otra persona, pudiendo esta reclamar procesalmente en nombre propio un derecho ajeno, no en nombre e interés ajeno, pues en este último caso estaríamos en presencia del supuesto típico de la representación ordinaria. El mecanismo de la legitimación por sustitución -o desplazamiento de la legitimación - entraña el ejercicio, en nombre propio, de una acción por persona distinta del titular de la misma y por subrogación en la posición jurídica de este».

¹⁹⁶ Nos referimos claro está, en primer lugar, a las normas que regulan los elementos formales necesarios para establecer la relación jurídico procesal, entre los que se incluye la representación (capacidad para ser parte y procesal reguladas en los Art. 6 y 7 LEC) y las que determinan cuál sea el tratamiento procesal para corregir los defectos de los que adolezca que, justamente porque sirven para constituir la relación jurídica procesal, admiten su apreciación de oficio (Art.9 LEC). En esencia, estos artículos establecen un régimen de control y corrección *prima facie* de los defectos que pudieran existir en la válida constitución de la relación jurídica procesal, que debe quedar formal y válidamente establecida para que pueda comenzar la actividad jurisdiccional dándole un tratamiento procesal específico a estas cuestiones en Audiencia Previa (Art. 418 LEC) o en la vista del juicio verbal (Art. 443.2 y 3 LEC). En segundo lugar, diferenciadas de las primeras, las normas contenidas en los artículos Art. 10 y 11 LEC que regulan la condición de parte legítima y que imponen a las partes la carga, que no el deber, de afirmar (pretender) el derecho y la excepción que hacen valer (Art. 399.3 y 402 LEC) y, en su caso, de aportar los documentos en los que fundamenten su pretensión (Art. 265.1. 1º y 399.3 LEC). De esta manera, son los escritos iniciales (demanda y contestación), realizados en los términos regulados en la LEC, los que dan comienzo a la litispendencia (se produce la apertura de la actividad jurisdiccional) con el efecto inmediato de la *mutatio libelli* (Art. 410 y ss LEC), y en los que, por lo tanto, se establecen las condiciones jurídicas en las que el juez debe dictar la sentencia sobre el fondo (Art. 400, Arts. 270 y 271 todos de la LEC).

Veáse que fuera de los supuestos del Art. 10 LEC, no existe legitimación en el proceso civil que no sea la reconocida expresamente. Por ejemplo, el caso conceptualizado como legitimación representativa en el proceso para la defensa de intereses colectivos o difusos (MORENO CATENA, V. en *Parte General* (con

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

texto de la Ley de 1951- tampoco de las ulteriores redacciones de los Arts. 134 LSA de 1989 y Art. 69.1 LSRL de 1995 - en lo que se refiere al núcleo de la situación que se produce cuando la minoría ejercita la acción social de responsabilidad de los administradores societarios. Todo lo contrario, el legislador mercantil sistematizó, en su momento como texto refundido (en la LSC del año 2010 y lo mantuvo cuando se modificó la norma en 2014¹⁹⁷) de forma separada y autónoma y además intitulada como la *Legitimación de la minoría* las condiciones y requisitos para el ejercicio de la acción social (Art. 239 LSC¹⁹⁸) por la minoría; es decir, no creyó, es evidente, que tras la reforma procesal del año 2000, hubiera que modificar aquella regulación más antigua, porque es claro que para el legislador mercantil la transposición a la LEC de la doctrina científica procesal sobre la legitimación, la sustitución procesal (si se quiere la legitimación indirecta o extraordinaria en el párrafo segundo del Art. 10 LEC) y las teorías doctrinales de la representación (Art. 7 y 6), se acomodaban perfectamente, sin necesidad de modificación alguna sustancial en la ley material, al régimen diseñado desde siempre por el legislador mercantil para el ejercicio por la minoría de la acción social.

Así, podemos concluir que lo que el legislador mercantil entendió, desde el principio fue que esa llamada, ahora, minoría podía ser parte legítima (en contraposición con un representante ordinario o extraordinario) para iniciar y tramitar un proceso exigiendo la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad.

Por esto, como explicaremos ahora, para nosotros, hechas ley esas doctrinas científicas procesales, en el sentido que fueron acogidas por la norma, la naturaleza jurídica de la minoría, en definitiva, su condición de parte legítima en el proceso por el ejercicio de la

Valentín Cortés Domínguez) ... *op. cit.*, p. 93 y ss); o la que se reconoce para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres del (Art. 11 y 11 bis LEC); o cuando se exige la intervención del Ministerio Fiscal por razones de interés general. En realidad, puede decirse que fuera de estos supuestos especiales regulados por la LEC, no hay nada. Por eso, entendemos, que quedará en el ámbito de párrafo segundo del Art. 10 LEC todos aquellos supuestos de creación jurisprudencial como lo es el relativo a la comparecencia en juicio de la comunidad de bienes (*Ibid.*, MORENO CATENA, V. p. 97). Al respecto, señala CABAÑAS GARCÍA, J.C. (*op. cit.*, pp. 53-54) que «las cosas resultan más simples en realidad en cuanto que debe entenderse que el Art. 10 LEC sanciona las dos clases de legitimación procesal -directa e indirecta- cada una dotada de un título habilitante distinto según el grado de conexión del demandante con el objeto en litigio (...)»; *Ibid.*, MORENO CATENA, V. p 93 y ss.

¹⁹⁷ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

¹⁹⁸ El Art. 239 LSC se reformó por última vez en 2014, en vigor desde 24 de diciembre de 2014 (*vid, Supra Capítulo Primero*) sin que se haya revisado posteriormente.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

acción social, solo puede concebirse y analizarse interpretando y aplicando estas normas procesales que, haciéndose eco de las opiniones doctrinales mayoritarias, acogieron la doctrina científica de la condición de *parte procesal legítima*¹⁹⁹ como elemento del título jurídico que conformaría, a partir de entonces, en nuestro derecho procesal moderno, junto a la fundamentación de hecho y de derecho, los presupuestos de la acción concreta ejercitada, consolidándose, de esta manera, la cuestión de la legitimación procesal como un problema de fondo que solo puede decidirse con certeza al final de un proceso en la sentencia definitiva (Art. 10 LEC).

Es decir, se hizo ley lo que tanto esfuerzo requirió a la doctrina procesal de la última mitad del siglo XIX y la primera del XX conceptualizar: la atribución subjetiva de la acción, en definitiva y de forma general, el poder de disposición del derecho subjetivo en el proceso civil se reconocerá, a los efectos de constituir la relación jurídica procesal, a quien comparezca, según lo establecido en la Ley, *afirmando* la pretensión de un derecho legítimo (Art. 24 CE)²⁰⁰.

¹⁹⁹ Estas doctrinas tuvieron su desarrollo gracias a la distinción nítida de la relación jurídico procesal de la relación jurídico-material; en España fueron sintetizadas magníficamente por GÓMEZ ORBANEJA, E. cuando diferenciaba la legitimación *ad processum* de la legitimación *ad causam* y los efectos procesales y materiales de estas en el proceso (GÓMEZ ORBANEJA, E. *Derecho procesal... op. cit.*, p. 139); *vid.* también, por todas, la STS de 16 de Mayo de 2000, que transcribimos por su claridad: «no cabe confundir ambas formas de legitimación, pues mientras la legitimación *ad processum* hace referencia a la capacidad procesal coincidente con la capacidad de obrar en general, la legitimación *ad causam* obliga a establecer si, efectivamente, guarda coherencia jurídica la posición subjetiva que se invoca en relación con las peticiones que se deducen, por lo que puede determinarse con carácter previo a la resolución del fondo del asunto».

²⁰⁰ MORENO CATENA, V. en *Parte General* (con Valentín Cortés Domínguez) ...*op. cit.*, pp. 93- 97. En cualquier caso, la literalidad de la norma (nos referimos claro está al Art. 10 LEC) no muestra, sin necesidad de someterla al examen en las teorías de la acción, llegar a esta conclusión, porque si se ve el Art. 10 LEC no dice que serán considerados partes legítimas quienes *sean* titulares de la relación jurídica u objeto litigioso, sino que dice que lo serán quienes *comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso*. Esto es, tendrán la condición de parte procesal legítima quienes se presenten (se afirmen) como tales en el proceso. La cuestión de si son o no efectivamente los titulares de la relación y/o poseen el poder de disposición del derecho que hacen valer, es una cuestión de fondo que solo podrá establecerse definitivamente en la sentencia y que, por orden lógico de ésta, se deberá hacer en un pronunciamiento previo. Naturalmente, para llegar a estas conclusiones hubo que superar no pocos problemas teóricos y dogmáticos del moderno derecho procesal en el que sobresale la distinción de la relación material que se pone en juicio de la procesal que se crea, entre el Estado y las partes y estas entre sí, y, además, la determinación de lo que fuera el llamado derecho de acción procesal, distinguido y distinto del de pretensión material. Un desarrollo ciertamente claro de este estudio puede verse en la obra de GARBAGNATI, *Loc. cit.* Como es lógico en ello no podemos entrar, pues son conceptos ya asimilados por la doctrina y por nuestra legislación y, que además no son el objeto de nuestro estudio. Cabe, no obstante recordar en este momento, y no es baladí, que esta manifestación del principio dispositivo, como éste en su conjunto, quedó formalmente referenciado en la Exposición de Motivos de la LEC del año 2000 cuando señala que la ley «sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias, con la vista puesta, no solo en que, como regla, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que

2.2.3. III. Examen del Art. 10 LEC y su referencia necesaria al Art. 239 LSC.

Pues bien, todo lo dicho hasta ahora lo que nos permite es enfocar procesalmente el estudio de la minoría como parte legítima procesal cuando se trata de exigir responsabilidad social a los administradores societarios. Y, en ese sentido, nos permite determinar que las normas de la LEC, que anunciábamos anteriormente, son las que debemos tener en cuenta para nuestro estudio, a los efectos de delimitar los problemas que ha sido fácil confundir en nuestro campo de investigación, para darles así tratamiento procesal adecuado.

Es evidente que, dentro de este contexto legislativo, lo que nos interesa es fundamentalmente el examen del Art. 10 LEC que, como sabemos, establece por primera vez en nuestra legislación, y de forma separada a las normas que regulan los elementos formales, que la *condición de parte legítima* se da válidamente, desde un punto de vista procesal (en el sentido de poder iniciar el proceso y la litispendencia), cuando quien comparezca y actúe en el juicio lo haga: bien *como titular de la relación jurídica u objeto litigioso*, en otras palabras, cuando afirme ser titular de la relación jurídica de la que nace el derecho subjetivo cuya tutela pretende (tiene el poder de disposición)²⁰¹; o, bien, excepcionalmente, cuando afirme que la Ley le atribuye esa facultad *de disponer del derecho ajeno* (apartado segundo del Art. 10 LEC que dice textual «Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular»).

De esta forma, si lo *normal* es que la acción la ejercite quien tiene una legitimación ordinaria (puede afirmar una vinculación directa con el derecho subjetivo que se pretende), de conformidad con el apartado segundo del Art. 10 LEC, concurriendo una serie de circunstancias que no pueden ser sino excepcionales y deben *quedar legalmente*

corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso, sino en que las cargas procesales atribuidas a estos sujetos y su lógica diligencia para obtener la tutela judicial que piden, pueden y deben configurar razonablemente el trabajo del órgano jurisdiccional, en beneficio de todos. Este poder se fundamenta en la naturaleza privada del derecho subjetivo deducido en el proceso, en la titularidad particular del mismo, en la autonomía de la voluntad de los ciudadanos y, en definitiva, en la libertad».

²⁰¹GÓMEZ OBANEJA, E. *Derecho procesal...op. cit.*, p. 129-130.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

*establecidas y delimitadas*²⁰², es posible que un tercero pueda ejercitar la acción en condiciones tales que pueda ser examinada en el fondo; esto es, su comparecencia como parte, tiene el efecto de crear un deber-poder del órgano jurisdiccional de entrar en el fondo de la cuestión y resolver el conflicto, declarando (y condenando) la existencia del derecho del titular de la relación jurídica que no ha sido parte en el proceso²⁰³.

En este sentido, lo relevante, en uno u otro caso, es que la parte procesal comparece (con uno u otro desenvolvimiento procesal) haciendo uso del *poder de disposición* ínsito en el derecho subjetivo cuya tutela se pide, sin el cual, explicaba GÓMEZ ORBANEJA «la sentencia sería ineficaz para producir cualquier efecto jurídico en la esfera del titular del derecho, esencialmente porque como es de sobra conocido, los actos realizados sin poder de disposición, también los procesales en virtud de la vigencia del principio dispositivo, son ineficaces»²⁰⁴.

Pero, dado el tenor del apartado segundo del Art. 10 LEC, se hace evidente que esta norma engloba un conjunto de supuestos muy diversos que hace muy complicado establecer un régimen general aplicable a todos los casos de sustitución. Por ejemplo, desde sus primeras formulaciones - también después de promulgarse la LEC en el año 2000- la doctrina más relevante ha incluido en la *lista* de supuestos de legitimación extraordinaria acciones, en nuestra opinión, tan heterogéneas y dispares como la acción subrogatoria o usufructos con poder de disposición para reclamar derechos reales; de hecho, existen dificultades de tipo conceptual para referirse a la legitimación del apartado segundo del Art. 10 LEC, no solo respecto a cómo ha de referirse a ella (sustitución, legitimación indirecta o extraordinaria) sino también cuales son los requisitos y efectos procesal comunes.

²⁰² La doctrina procesal mayoritaria entiende que los casos de sustitución procesal deben estar legalmente delimitados no admitiéndose los supuestos de sustitución convencional: NIEVAL FENOLL, J. *op. cit.*, p. 43; MONTERO AROCA, J. *De la legitimación... op. cit.*, p. 334.

²⁰³ En nuestro caso, siempre en una primera aproximación, y si nos damos cuenta de que la Ley regula separadamente la acción individual (Art. 241 LSC), se nos muestra en este segundo apartado del Art. 10 LEC el caso que faculta a la minoría a ejercitar un derecho que le es claramente ajeno.

²⁰⁴ GÓMEZ ORBANEJA, E. *El derecho... op. cit.*, p. 154. Explica el autor que esencialmente la legitimación extraordinaria es la que reúne dos puntos: la atribución por una disposición material del poder de conducción del proceso (el poder de disponer del derecho ajeno), y que esa atribución legal se haga a persona distinta de su titular; en el mismo sentido, *vid*, GARBAGNATI, *op. cit.*, p. 206.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Pero, siendo indudable la dificultad que existe en torno al estudio general de la legitimación *extraordinaria*, vemos que de forma mayoritaria la doctrina entiende que el apartado segundo del Art. 10 LEC recoge todos aquellos supuestos que no son los *normales*; podría decirse que se trata de un inciso que daría cobijo a todos aquellos supuestos en los que no existe esa coincidencia *ordinaria* entre la titularidad del derecho y la pretensión y que, en términos generales, se caracterizan, como hemos venido diciendo, porque quien ejercita la acción, la pretensión judicial, no es titular de la relación jurídica pero tampoco es un representante de su titular; en otras palabras, se trata de un tercero, *a priori*, ajeno al derecho hecho valer (el que se haya concretado en la demanda) que puede pretender en nombre propio, válida y eficazmente, la restauración del orden jurídico afectando a la esfera jurídica de su titular.

En este contexto, no es extraño que un sector amplio de la doctrina incluya entre los requisitos para que se dé la sustitución la necesidad de una relación *negocial* entre el titular del derecho hecho valer y el sustituto que lo hace valer, al punto de que la inactividad de la sustituido se dice, debe ocasionar un perjuicio al tercero²⁰⁵. A ello nos

²⁰⁵ Vid., NIEVA FENOLL, J. *op. cit.*, p. 44. Define el autor la sustitución procesal como «la institución jurídica en virtud de la cual un sujeto defiende ante la jurisdicción intereses ajenos con el objeto de que la pasividad del titular en la defensa de dichos intereses no perjudique una relación negocial previa que pose con dicho titular». Señala que es un elemento esencial de la sustitución «la ajenidad total del sujeto en cuanto a los intereses que reclama ...», y explica que el trasfondo material del fenómeno sería el siguiente: «como primer elemento hallaríamos el desinterés o la dificultad para defender ante la Jurisdicción un derecho por parte de su legítimo titular. El segundo elemento sería que esa inacción procesal del derecho debería perjudicar a un tercero. En tercer lugar, para guardar la coherencia del ordenamiento jurídico, es preciso que el tercero tenga una relación negocial directa con el titular del derecho puesto de que lo contrario el ordenamiento estaría permitiendo que cualquier, sin justificación posible, estuviera ejercitando derecho de otro, lo que obviamente no resulta de recibido en un Estado en el que todos los ciudadanos son iguales y poseen la libre disposición de su patrimonio».

Por su parte, GARCÍA CABAÑAS, J.C. dice que «el legitimado indirecto actúa siempre para la satisfacción de un interés propio: Este es otro de los requisitos esenciales, e insoslayables. El legitimado indirecto interpone la acción porque a través de ella intenta obtener alguna clase de ventaja personal, de orden patrimonial o no, ya con su sola presencia en el pleito, y también, en frecuentes ocasiones, a través del resultado de una sentencia favorable a la posición del titular material. Se trata de un interés que puede medirse tanto en términos *sustanciales*, como en términos del llamado *interés en accionar* (el *interesse ad agere* de la doctrina italiana) basado en la necesidad de acudir al auxilio de los tribunales de justicia. Ambos intereses concurren, como pasa también en la legitimación directa» (GARCÍA CABAÑAS, J.C. *op. cit.*, pp. 27 y 28); también dice el autor, «El interés sustancial del legitimado indirecto, aunque guarda efectiva conexión con la relación material deducida en juicio, se explica desde otros dos planos: Por la relación jurídica que le une directamente con el titular material y los correspondientes *derechos subjetivos o intereses legítimos* que, según los casos, se desprenden de ella. Este interés sustancial emerge en las modalidades de cotitularidad y prejudicialidad de relaciones; En virtud del título de representatividad social que le concede el ordenamiento: como acontece en las entidades para la tutela de intereses colectivos y difusos, lo que les faculta para servirse de la interposición de estos procesos, como medio para satisfacer su fin institucional. Su naturaleza empalma aquí con la figura típica del *interés legítimo*, entendido como aprovechamiento de

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

referiremos en las páginas que siguen, si bien podemos ya adelantar que, salvo error por nuestra parte, esta afirmación se desarrolla esencialmente bajo la premisa de que la acción subrogatoria es el espejo en el que deben analizarse el resto de los supuestos.

Desde nuestro punto de vista, si tenemos en cuenta que es una opinión prácticamente unánime que estos supuestos son excepcionales y que solo deben admitirse si han sido *regulados expresamente por la ley*, no puede mantenerse desde un punto de vista estrictamente procesal que el Art. 10 apartado segundo LEC exija una relación negocial alguna o que sea necesario que el sustituto deba sufrir un daño directo o indirecto por la inactividad del sustituido. Desde nuestro punto de vista, según el tenor de la Ley, la parte procesal compareciente estará legitimada en el proceso para pretender un derecho ajeno si reúne los requisitos que establezca la *ley material* con el alcance, extensión y efectos que se deduzcan de esta regulación y materialmente del derecho.

Siendo así, vemos que no es en la LEC sino en la ley material donde encontraremos cuales son los requisitos, elementos, condiciones e incluso plazos que deben satisfacerse para que el tercero pueda ejercitar la acción de otro, (pueda adquirir la condición de parte legítima) lo que determinará en cada caso, el alcance, contenido y efectos que se deducen de la sustitución en el proceso.

**2.2.4. IV. La referencia del Art. 10 LEC a la ley material (Art. 239 LSC). -
Sustitución procesal y la acción subrogatoria.**

Adelantando ahora algunas consideraciones, en nuestro caso, como la minoría no es la titular de la relación jurídica u objeto litigio (no es ella la que sufre un daño en su patrimonio ni tiene una relación jurídica con el administrador responsable), como tampoco su posición se compadece con la de un representante de la sociedad (Art. 7 LEC) pues actúa en nombre propio, necesariamente se debe concluir que actuará en el proceso

una situación de ventaja o beneficio, procurado por su actuación procesal. Diríamos pues que los supuestos de legitimación indirecta, rescatando una idea del Prof. FAIRÉN, acarrearán de suyo una satisfacción procesal "compleja" de intereses sustanciales, que se definen por su naturaleza (derecho subjetivo, o interés legítimo) y contenido, en los términos señalados por cada una de las normas que los prevén» (CABAÑAS GARCÍA. J.C *Ibid.*, p. 148).

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

legitimada por el párrafo segundo del Art. 10 LEC; y, siendo así, la Ley a la que se refiere ese párrafo segundo del Art. 10 LEC, en nuestro caso, es la LSC, concretamente en la norma del Art. 239.

Si subsumimos lo que puede ser la definición general de la sustitución procesal que hemos asimilado de la conceptualización dada prácticamente unánime de la doctrina en el texto del Art. 239 LSC, podemos decir sin temor a equivocarnos que, en nuestro caso, se dan todos los elementos de ella:

*El socio o socios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la Junta general (**un sujeto, que no actúa como representante del titular del derecho si no que lo hace en nombre propio**) podrán entablar la acción de responsabilidad (podrá **hacer valer procesalmente el derecho de la sociedad en un juicio interponiendo la demanda**) en defensa del interés social (consiguiendo que el juez, actuando la ley, dicte una sentencia sobre el fondo que resuelva de forma definitiva el conflicto de la sociedad sustituida) cuando los administradores no convocasen la Junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando este hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad (**esto es, en situaciones en las que la sociedad no haga uso de su poder de disposición: quede inactiva en la defensa judicial de su derecho**).*

Esta conclusión a la que hemos llegado no queda, bajo nuestro punto de vista, como hemos dicho antes, cuestionada por aquella posición doctrinal que no ha hecho distinciones entre la acción subrogatoria y la acción social. Porque, en efecto, y nos referiremos a ello a lo largo de la tesis, hay que advertir que conceptualizar el ejercicio de la acción social por la minoría como un caso de sustitución procesal no solo planteó dudas cuando aún no se había legislado distinguiendo de forma clara la representación de la

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

legitimación²⁰⁶; sino que, en cierto modo, aun hoy, siguen existiendo reticencias al respecto, si bien, nos parece a nosotros, estas no tienen como antaño su origen en las dificultades que presentaba el concepto de la legitimación y parte procesal, sino que más bien se coligen justamente de las notables diferencias que, desde un punto de vista material, existen entre lo que supone la acción subrogatoria y la acción social. De hecho, para algunos autores, estas diferencias - que esencialmente se refieren al interés personal y directo del sustituto en el derecho que se hace valer en la acción subrogatoria (Art. 1111 CC) y el que se hace valer por la minoría en la acción social - han sido determinantes para concluir que la legitimación de la minoría en el proceso es una *situación de representación*²⁰⁷ o de alargamiento de la legitimación procesal ordinaria lo que les ha llevado, asimismo, a conclusiones, en nuestra opinión equivocadas, sobre cuestiones procesales que iremos analizando a la largo de este estudio²⁰⁸.

No es objeto de nuestra tesis y excede de su ámbito estudiar las diferencias existentes desde un punto de vista material entre ambas acciones, pero, si queremos avanzar, lo que además nos ayudará a explicar y analizar los efectos que se deducen en el proceso

²⁰⁶ Por ejemplo, estas dificultades se observan en el análisis que hace GARRIGUES, J. (En *op. cit.*, pp. 182 y ss) en el que, anunciando las dificultades de orden técnico que tiene la cuestión, pues la acción ejercitada por la sociedad y la minoría persiguen los mismos intereses (los de la sociedad), y calificando la acción que ejercitarían los socios como *defectiva*, señala que no puede permitirse la simultaneidad de las acciones de la sociedad y socios. De esta forma, el autor explicaba que solo si la sociedad no ejercita la acción podrían los accionistas minoritarios asumir la defensa del interés abandonado por la mayoría. Sin embargo, dicen, que puesto que la acción sería la misma que podría haber ejercitado la sociedad en este caso los accionistas actúan como representantes de la sociedad. Creemos, sin embargo, salvo error en nuestra interpretación, que no se refiere el autor a la representación procesal. Lo deducimos de aquello que concluye al tratar de los efectos de la sentencia (*Ibid.* p 187 y ss). Parece entonces que se desmarca de la representación procesal cuando dice que «los accionistas actúan para remediar la conducta pasiva de la sociedad» sugiriendo entonces que la cuestión de la falta de identidad de los litigantes (uno sería la sociedad y otro los socios) «se solventa por los vínculos de solidaridad existentes entre unos y otra». El autor, posiblemente, llega a estas conclusiones justamente porque al analizar la acción ejercitada por los acreedores sí encuentra una completa similitud con el Art. 1111 CC, similitud que falta en el supuesto de la acción social ejercitada por la minoría al no encontrarse en esta un interés directo de los socios en el ejercicio de la acción.

²⁰⁷ Expresamente rechazada por ARROYO, I., y BOET, E. *op. cit.*, p. 1566. En cualquier caso, la doctrina de referencia sobre la diferencia entre representación y sustitución debe buscarse en GARBAGNATI, *op. cit.*, pp. 175 y ss.

²⁰⁸ Por ejemplo, GANDÍA PÉREZ, E. (2017). *La renuncia al ejercicio de la acción social de responsabilidad* (Doctor). Universidad Autónoma de Madrid. p 353 y ss, nota al pie 1047, citamos textual dice que «Quedan definidas, así, las posibles interacciones entre la legitimación principal de la sociedad y la extraordinaria de la minoría: en los supuestos de negligencia, si el proceso lo inicia la sociedad, la minoría solo podrá intervenir como «coadyuvante» —intervención adhesiva simple— y si lo inicia la minoría, la sociedad podrá hacerlo en calidad de auténtico litisconsorte; por el contrario, en los casos de deslealtad, la legitimación de ambos «sujetos» concurre desde el principio, por lo que la intervención de cualquiera de ellos en el proceso iniciado por el otro será siempre de carácter litisconsorcial».

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

derivados del ámbito de la legitimación de la minoría (por ejemplo, cuestiones tan importantes como las que se refieren a la intervención del sustituido en el proceso iniciado por el sustituto, los efectos de la cosa juzgada o la litispendencia) pensamos que, aunque sea brevemente, debemos explicar las razones por las que, en nuestra opinión, dichas diferencias no desvirtúan la naturaleza procesal como sustituto de la minoría en el ejercicio de la acción social. Las razones que nos parecen más evidentes son:

- i) La primera, que por obvia no debería ser menos válida, es que en nuestro ordenamiento la acción subrogatoria no es en exclusiva el único supuesto de sustitución procesal aunque haya sido el que de forma generaliza y repetitiva la doctrina ha tenido presente para explicar la relación del sustituto y sustituido en los procesos; de hecho, desde sus primeras formulaciones, se ha comprendido que la sustitución procesal alcanza a distintas situaciones jurídicas²⁰⁹, realmente a situaciones jurídicas muy dispares. Esto es, nos parece a nosotros, suficiente para mantener que no es necesario que el caso del ejercicio de la acción social por la minoría encaje *como anillo al dedo* en el supuesto de subrogación del Art. 1.111 CC para poder determinar que se trata de un supuesto de sustitución procesal reconocido en el apartado segundo del Art. 10 LEC.
- ii) La segunda razón es que ni la doctrina científica ni jurisprudencial han terminado de conceptualizar de forma definitiva la sustitución procesal por lo que realmente carecemos de un concepto *unánime* que pueda permitirnos integrar el supuesto de la legitimación de la minoría en él o rechazarlo; a ello se suma el vacío existente en el estudio específico desde la perspectiva procesal de la acción que estudiamos²¹⁰; de hecho, al mayor consenso que se ha llegado por la doctrina

²⁰⁹ Por ejemplo, y es típico en cualquier monografía sobre la sustitución procesal presentar una lista de supuestos, por ejemplo, GARBAGNATI, *op. cit.*, p.205; CHIOVENDA, G. *Instituciones... Tomo II*. p. 307 y ss; también, MONTERO AROCA, J. *De la legitimación ... op. cit.*, pp. 355-364; y, NIEVA FENOLL, J. *op. cit.*, pp 84-93.

²¹⁰ Son pocos los autores que han incluido la acción social ejercitada por la minoría como un supuesto del apartado dos del Art. 10 LEC. Véase, por ejemplo, CABAÑAS GARCÍA, J.C. (*op. cit.*, p. 122) lo incluye aunque lo han hecho sin mayor argumentación; MONTERO AROCA, J. (En: *De la legitimación... op. cit.*, p. 361) despacha la cuestión haciendo referencia a la SAP Guipúzcoa de 5 de noviembre de 2003 que califica (la sentencia) la acción ejercitada por la minoría como una variante de la acción subrogatoria.; NIEVA FENOLL, J en su monográfico sobre la sustitución procesal solo admite como auténtico supuesto de sustitución procesal aquel de los acreedores que ejercitan la acción social de responsabilidad excluyendo de la *lista* el supuesto de la acción social ejercitada por los socios. Ello se debe a que para el autor la relación

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

científica procesal es que la sustitución procesal es una situación extraordinaria de las que recoge el apartado segundo del Art. 10 LEC que permite la tutela del derecho de una forma excepcional porque así lo *consiente* la norma material, y que esencialmente consiste en que un tercero, *a priori*, ajeno al derecho subjetivo que se hace valer en el juicio puede pedir su tutela en beneficio de su titular material consiguiendo válidamente conformar un proceso que es eficaz para la tutela de tal derecho. Por tanto, es este obviamente el concepto al que tenemos que acogernos.

iii) La tercera razón, que sigue a las anteriores pero en un plano más técnico es que, de conformidad con el Art. 10 LEC y lo que la legitimación significa en el proceso, lo esencial para que se dé un supuesto de sustitución procesal (si se quiere en términos más generales, un supuesto de legitimación extraordinaria o indirecto, en definitiva un supuesto de legitimación que no venga determinado por la titularidad de la relación jurídica u objeto litigioso) es que el tercero haga uso del poder de disposición ínsito en el derecho subjetivo de otro, pues solo si se tiene este poder puede la sentencia tener efectos en la esfera jurídica del sustituido.

Que en el caso de la acción subrogatoria se justifique la sustitución procesal en el hecho de que el demandante tiene un derecho contra el deudor sustituido (situación que no se da entre la minoría y las sociedad), y, que, consecuentemente lo ejercite para proteger, aunque sea de forma *oblicua*²¹¹, un interés propio, directo o particular (*realizar cuanto se le debe* aunque sea a través de hacer efectiva la responsabilidad universal del deudor²¹²) - interés que no puede apreciarse en la minoría (que actúa en beneficio de la sociedad y solo le afecta indirectamente la sentencia²¹³) - no desvirtúa el hecho de que en ambas acciones el compareciente (el tercero) dispone en nombre propio del poder ínsito en el derecho patrimonial de otro porque la ley le faculta para ello.

negocial entre sustituto y sustituido debe ser evidente. El caso de los acreedores, esta relación se hace evidente porque son acreedores de la sociedad a la que sustituyen. Sin duda, un hecho que la acerca a la acción subrogatoria (NIEVA FENOLL, J. *Ibid.*, p.63-91).

²¹¹ Vid, STS nº 1127/2002 de 19 de noviembre (ES:TS:2002:7674)

²¹² El Artículo 1111C.C dice textual: «Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho».

²¹³ Aunque la cuestión sigue en cierta manera siendo objeto de debate, debe aquí señalarse el estudio de HUERTA VIESCA, M. I. (Acción Social de responsabilidad de los administradores por los socios y desistimiento (Comentario a la STS 1ª, 30/11/2000). *Revista De Derecho Mercantil*, 243, pp. 295–304) que entra en cuestiones de orden procesal para explicar la falta de interés de la minoría en la acción que ejercita.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Es justamente la facultad de disposición del derecho ajeno para entablar acción y la facultad de poder iniciar y seguir un proceso hasta la sentencia lo que permite subsumir ambas acciones en el supuesto del apartado segundo del Art. 10 LEC. La trascendencia que pueda tener dicha facultad en la esfera jurídica material o procesal para el sustituto y sustituido, como puede ser el resarcimiento patrimonial por vía de la efectividad de la responsabilidad universal, realización directa o indirecta de la deuda o derecho, satisfacción exclusiva del sustituido solo con efectos indirectos en el sustituto y no necesariamente patrimoniales sino más bien intrínsecamente personales, la posibilidad de que el sustituido intervenga en el pleito para oponerse como demandante para negar la existencia del tal deuda, dependerán de cómo se haya concebido normativamente este supuesto especial y las consecuencias que dicha solución hayan de tener para la paz del orden jurídico. Así lo dice expresamente la LEC cuando en el apartado 2 del Art. 10 dice *cuando la ley lo permita*.

En definitiva, desde nuestro punto de vista, el apartado segundo del Art 10 LEC recoge cualquier supuesto jurídico en el que, incluso si el titular del derecho no lo quiere y además no comparece en el juicio, el orden jurídico se restaura y el conflicto se resuelve definitivamente produciéndose efectos directos en la esfera jurídico patrimonial de ese titular porque un tercero, que no le representa en el pleito sino que actúa en nombre propio, facultado legalmente para ello (porque así lo dice la ley material), hace uso del poder disposición del derecho ajeno (ejercita la acción del sustituido), desencadenando con el ejercicio procesal los mismos efectos queridos por la ley material si la acción se hubiera ejercitado por su titular; en definitiva, se restablece el orden y la paz con dicho ejercicio.

Por tanto, desde este punto de vista, el supuesto de la acción social ejercitada por la minoría encaja en el supuesto de la sustitución procesal siendo lo dicho, en nuestra opinión, suficiente para concluir con rigor que el estudio de la legitimación de la minoría por el ejercicio de la acción social (su condición como parte procesal legítima) tal y como se enuncia en la LSC, debe hacerse, en el contexto del párrafo segundo del Art. 10 LEC, como un supuesto de sustitución procesal.

2.3. La trascendencia y alcance de la intervención de la minoría por sustitución.

Llegados a este punto, podemos comprobar que afirmar que cuando la acción social se ejercita por la minoría estamos efectivamente ante un supuesto de la legitimación extraordinaria del apartado segundo del Art. 10 LEC no es suficiente y, en cierta manera, tampoco es una afirmación nueva porque lo cierto es que una remisión a manuales y a los estudios de la acción de responsabilidad, incluso desde la perspectiva mercantil, nos hacen llegar a esta conclusión²¹⁴. Lo que para nosotros es importante es que esta doctrina *saca* de esta aserción, según nuestra opinión, conclusiones precipitadas y equivocadas de lo que ello implica en el proceso que son a las que pretendemos dar respuesta en este momento.

Por eso, si queremos dar respuestas, debemos saber cuál es el contenido y alcance de esta facultad de la minoría y qué efectos procesales concretos y específicos se deducen de ello en el proceso. En definitiva, lo que nos proponemos es analizar, examinar y justificar que cuando la minoría ejercita la acción (entabla la demanda), siempre que reúna los requisitos establecidos en la ley (se haya producido un supuesto de inactividad o pasividad en la sociedad y conformen, el socio o socios, una minoría), adquiere la condición de parte legítima procesal **por expropiación del poder de disposición del derecho material que se pone en juego en el proceso** (resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados a la sociedad por el administrador) de lo que se deducirán importantísimas consecuencias procesales que serán señaladas y estudiadas a lo largo de la tesis.

²¹⁴ Por todos, JUSTE MENCÍA, J. *op. cit.*, pp. 145 y ss, si bien debe señalarse que esta doctrina se limita a identificar la acción como una ejercitada en subrogación sin mayor análisis.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Para hacer este estudio, analizaremos dos cuestiones que, aunque solo tratan el tema de forma indirecta o tangencial, se nos muestran relevantes sobre todo dada la escasa casuística, y, por tanto, la consiguiente falta de un criterio jurisprudencial sobre el tema concreto que estamos tratando. Las cuestiones a conocer son: a) la primera, la que se refiere a la posición de la doctrina jurisprudencial respecto a la posibilidad de que concurran en un mismo proceso la sociedad y la minoría ejercitando la acción social de responsabilidad de los Administradores; esta cuestión se ha conceptualizado por esta doctrina como *conurrencia de acciones*; y, b) la segunda, se refiere a cuál sea la posición de esta doctrina respecto a la posible *caducidad* (perención) de la acción social cuando la sociedad queda inactiva tras el acuerdo favorable al ejercicio de la acción por la Junta.

Este estudio, como se verá, nos permitirá extraer a modo de conclusión cuales sean las ideas de base consolidadas en la doctrina y nos permitirá concluir lo que venimos avanzando: que la facultad de la minoría para ejercitar la acción de responsabilidad de los administradores tiene su fundamento en la expropiación del poder de disposición de la acción de la sociedad.

En cuanto a las razones por las que consideramos que esta cuestión debe estudiarse esencialmente a través del examen de la doctrina jurisprudencial (a pesar de la poca casuística), debería ser suficiente decir que, salvo error u omisión por nuestra parte, existe una falta de estudio doctrinal en profundidad del tema desde la perspectiva estrictamente procesal²¹⁵ que, en nuestra opinión, es el único enfoque apropiado, si nos damos cuenta de que la legitimación, desde la perspectiva estudiada, es esencialmente un concepto procesal como lo es la naturaleza de las normas que estudiamos .

²¹⁵ Solo MONTERO AROCA. J *De la legitimación ... op. cit.*, p. 362 y CABAÑAS GARCÍA, J.C. *op. cit.*, pp. 121 y 122, entre la doctrina procesal que ha tratado estos temas tras ser promulgada la LEC de 2000, han incluido entre los supuestos típicos de sustitución procesal este de la acción ejercitada por la minoría; CABAÑAS GARCÍA (*Idem*) dice que «el interés sustancial que sostiene la acción del legitimado subsidiario es la buena marcha de la entidad, recuperable o facilitada por la exacción de los daños ilícitamente producidos a la sociedad,» por eso, dice que estas acciones (Art 134.4 y 134.5 LSA , hoy Art. 239 LSC) «pertenecen al ancho territorio de las *subrogatorias*, y en cuanto tal, son expresión de legitimación indirecta».

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Hagamos pues este estudio:

2.3.1. La posibilidad de que concurren en un mismo proceso el ejercicio de la acción por la sociedad y por la minoría.

En cuanto al primero de los asuntos debemos hacernos eco de cierta doctrina jurisprudencial que, en una primera aproximación, parecería que no se compadece con el efecto expropiatorio de la acción social por la minoría que estamos defendiendo en esta tesis, sino, muy al contrario, parecería sostener que existe dos acciones diferentes que pueden ejercitarse de forma concurrente por la sociedad y la minoría.

La sentencia en cuestión es la del Tribunal Supremo nº 1115/2000, Sala 1ª, de lo Civil, de 30 de noviembre de 2000²¹⁶ que, aunque ha sido citada y estudiada por la doctrina en numerosas ocasiones²¹⁷, someteremos a examen para explicar por qué, desde nuestro punto de vista, no puede asumirse el criterio que en ella se defiende. Este estudio lo haremos sin detenernos más de lo necesario en el hecho de que, en este caso, los socios que ejercitaron la acción en concurrencia con la sociedad no conformaban una minoría sino, aunque pueda parecer paradójico, una mayoría del capital social. Y no nos detendremos en este tema, porque, desde el punto de vista procesal, según el tenor de las normas, en modo alguno se justifica un distinto tratamiento para este caso; a ello se refiere HUERTA VIESCA cuando, según nuestro criterio, acertadamente, señala que el Art.134 LSA de 1989 (hoy, Art. 239 LSC) «no atribuye ninguna acción social de responsabilidad de los Administradores a los socios mayoritarios»²¹⁸.

²¹⁶ STS nº 1115/2000 de 30 de noviembre (ES:TS:2000:8789).

²¹⁷ Es, sin duda, una resolución de obligada lectura en el estudio de la acción social. Por todos, Vid, JUSTE MENCÍA, J. *op. cit.*, p. 162; HUERTA VIESCA, M.I. *op. cit.*, pp. 295-303.

²¹⁸HUERTA VIESCA, M.I. (*Ibid.* p. 296); en contra, JUSTE MENCÍA, J. (*Idem*) considera que, aunque el interés de los socios sea indirecto debe ser posible establecer una gradación en el carácter indirecto de lo interés de los socios. Para el autor, si lo hemos interpretado bien, en realidad la legitimación de la Junta y la de los accionistas es concurrente desde el momento en el que transcurre un mes desde el acuerdo positivo. Considera el autor que no debe mantenerse la absoluta imposibilidad de vuelta atrás en el orden de los

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Hecho este apunte, pasamos a examinar la cuestión.

El *tema* comienza cuando la sociedad demandante desiste del proceso entablado por el ejercicio de la acción de responsabilidad de los administradores. Los socios (una mayoría del capital social) solicitan, en su condición de coadyuvantes, la continuación del juicio. El demandado planteó entonces la falta de legitimación activa de estos socios, excepción que fue rechazada porque la Audiencia Provincial concibió el desistimiento de la sociedad como «una clara situación de inhibición de la Junta General suficiente para conferir a los accionistas coadyuvantes la legitimación correspondiente para poder obtener una sentencia sobre el fondo». Recurrida la Sentencia ante el Tribunal Supremo, la Sala consideró que se trataba de un supuesto del Art. 134 LSA (hoy Art. 239 TRLSC) que confería a los accionistas la «titularidad legitimadora necesaria en defensa tanto de sus propios derechos como de los societarios generales»; decía el Tribunal Supremo que el artículo en cuestión no debía interpretarse en sentido restrictivo pues «situaciones como la de autos justificaban una interpretación abierta y conveniente al tráfico societario». Bajo esta premisa, el Tribunal Supremo llega a la conclusión y resuelve que se debía admitir «el ejercicio en el mismo pleito de la acción que corresponde a la Junta (la sociedad) y la que se atribuye a los socios mayoritarios, pues se trataría de una acumulación de acciones que autorizaba el Art. 156 la LECA(1881)»²¹⁹

Pues, bien, además de por la imprecisa terminología elegida por la Sala y la confusa redacción, la Sentencia, desde nuestro punto de vista, es del todo criticable; y en lo que aquí interesa, consideramos que es esencial destacar lo siguiente:

legitimados ni la imposibilidad de la concurrencia de los accionistas con la propia sociedad como demandante principal.

²¹⁹ Artículo 156 de la LECA 1881 reza: «Podrán acumularse y ejercitarse simultáneamente las acciones que uno tenga contra varios individuos, o varios contra uno, siempre que nazcan de un mismo título o se funden en una misma causa de pedir».

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Tanto si el desistimiento de la sociedad se produjo antes de la contestación a la demanda como si fue después, cuando, tras el desistimiento, el Tribunal aceptó la condición de parte legítima de la mayoría (los socios) lo hizo necesariamente sobre la premisa de que, en el momento en que se estableció la litispendencia, la Sociedad y los socios eran a la vez cotitulares (litisconsortes) del derecho que se hacía valer, o en el mejor de los casos, que existiendo un único derecho podían disponer de él a la vez. Este criterio no es correcto, pues, aun cuando pudiera mantenerse que los socios podían ser coadyuvantes en el pleito interpuesto por la sociedad - lo que ya avanzamos aquí no es posible²²⁰ - lo que es innegable es que, en el momento en que los socios comparecieron en el pleito, no tenían el poder de disposición del derecho de la sociedad que había sido ejercitado ya por esta. Cuando desistió la sociedad, el juez, no podía *integrar* (quizá sea un término más apropiado, corregir) la falta de condición de parte legítima de los socios en un momento posterior, pues haciéndolo amparó un cambio de demanda en su aspecto subjetivo y, por tanto, se vulneró el derecho a la tutela efectiva. Así, el error de la Sala, en nuestra opinión, está en apreciar la necesidad de hacer una interpretación abierta del Art. 134 LSL (Art. 239 LSC) cuando claramente, porque regula una *anomalía* jurídica procesal, exige una interpretación cerrada y literal.

También, la Sala yerra porque no parece tener en cuenta la naturaleza del derecho pretendido por la sociedad y por los socios. Nos explicamos: el derecho que se ejercita por la sociedad (o la minoría) es un derecho que nace de las obligaciones no cumplidas y persigue el resarcimiento patrimonial de la sociedad o, dicho de otra forma, la sentencia que se dicte lo será para restaurar el patrimonio de la sociedad, nunca el del socio que no tiene ningún interés - tan siquiera indirecto- en la cuestión que se somete a debate judicial. El interés de la minoría no persigue, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en la acción subrogatoria, dar efectividad a la responsabilidad universal de su deudor, pues la sociedad, obviamente, nada le debe en relación con esta acción; su interés no es ese, ni tan si quiere se parece a ese; el interés con que actúa en el proceso, según el tenor de la ley, es simple y llanamente el de defender el patrimonio de la sociedad. Por tanto, faltando cualquier interés directo, siquiera oblicuo o indirecto de la minoría en la acción que

²²⁰ Vid, *Infra* Capítulo Séptimo.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

ejercita más allá del que estamos concretando (defender el patrimonio social), difícilmente puede sostenerse que existen dos acciones que puedan acumularse²²¹.

El tercer error, es que la Sala no tienen en cuenta los principios de la *perpetuatio legitimationis* o la prohibición de la *mutatio libellis*, en los que descansa el derecho a tutela efectiva, lo que le hace llegar a la errónea conclusión de que ha de admitirse en el mismo pleito el ejercicio de la acción por sociedad y minoría, entendiendo que se trata de una acumulación de acciones que autorizaba el Art. 156 LEC (1881)²²².

Además, nos parece a nosotros, si se observa bien, a pesar de lo que se mantiene por alguno sector de la doctrina, esta sentencia, en realidad, no permite establecer criterios que sirvan para comprender o esclarecer el alcance de la legitimación de la minoría en el ejercicio de la acción social pues, en realidad, no versa sobre tal cosa, sino que lo hace sobre la posibilidad de integrar de oficio la legitimación de las partes; porque si se observa bien, lo que se colige de una lectura detenida de la resolución es que la solución dada por la Sala (corregir la falta de legitimación de la minoría) se razona precisamente bajo la

²²¹ Vid HUERTA VIESCA, M.I (*op. cit.*, p. 296) concluye en su estudio crítico que la Ley no admite un ejercicio simultaneo de acciones. Explica que la primera legitimación, de la sociedad, excluye a la segunda, de los socios, y a la tercera, la de los acreedores, y la segunda, por tanto, excluye a la tercera; en definitiva, se trata de comprender que se está ante una única acción con diversos legitimados en cascada. Así, cuando la acción se ejercita por la Sociedad, los accionistas, sean minoritarios o mayoritarios, carecen de acción social y con ello se evita la división de la contingencia de la causa. Concluye la autora que no puede hablarse de coadyuvancia porque, diferenciándola aquí de la legislación alemana (nos remitimos al Cap. 1 de nuestra tesis) «sencillamente la legislación española ha optado por la interdicción de la simultaneidad de una acción social de responsabilidad ejercitada por la sociedad y otra ejercitada por los socios, por tanto, cuando a la legitimación *ha saltado de un estrato a otro de la cascada no hay vuelta atrás*» (*Ibid.* p.298). En definitiva, explica, es esencial tener en cuenta que «cuando el legislador ha querido que los accionistas puedan intervenir como coadyuvantes en un litigio en materia de sociedades de forma expresa, como ocurre en el caso del Art. 117.4 LSA (hoy, 204 y ss LSC), lo ha hecho, no pudiendo enmendársele la plana» (*Idem*). Sobre esta cuestión nos referiremos más adelante, si bien, podemos avanzar aquí que esta diferenciación, en nuestra opinión es correcta, pues esencialmente, como se verá, la Ley se ha ocupado de señalar aquellos supuestos en los que la acción , como ejercicio de un derecho potestativo, pertenece no solo a sociedad sino también a los accionistas como es el caso tanto de la acción de impugnación de acuerdos a la que se refiere la autora como lo es , como se verá, el de la acción para la exclusión del socio (Art. 352 LSC) . Vid, en contra, JUSTE MENCÍA, J. *op. cit.*, p. 151. Dice el autor que de no admitirse esta concurrencia «dejaría en manos de los administradores un mecanismo sencillo para dilatar notablemente el plazo de ejercicio de la acción de responsabilidad (...) la facilidad con la que la ley otorga la legitimación a los accionistas permite apostar por una interpretación favorable al directo acceso de los accionistas a la vía judicial, subsidiaria de la intentada en el seno de la Junta general que posteriormente se impugna En general, la identidad de razón entre la negativa a convocar y otras maniobras que pueden conducir al mismo resultado (...) han de abrir la puerta al ejercicio de la acción».

²²² Art. 71 y ss LEC.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

premisa de que la minoría puede ejercitar la acción en concurrencia con la sociedad, por eso, concluye, sería posible integrar de oficio la demanda; esto es, en nuestra opinión, en realidad, esta sentencia carece de un mínimo análisis procesal de cómo puede darse o explicarse tal concurrencia. Desde nuestro punto de vista, poco o nada aporta a la cuestión de estudio que nos ocupa ahora o al que nos ocupará más adelante cuando tratemos la cuestión del desistimiento de la acción por la sociedad.

En cualquier caso, si estuviéramos en un error en nuestro análisis, de lo que no hay duda, tal y como se deduce de la doctrina jurisprudencial posterior, es que, no solo no se habría consolidado esta tesis, sino que se habría visto superada. Así se deduce, por ejemplo, cuando se ha examinado el caso en el que se declara responsable al administrador tanto frente a la sociedad como frente a los accionistas. El Tribunal Supremo ha dicho (citamos textual el examen del tercer motivo del recurso en la STS nº 150/2007 de 21 de febrero²²³): que «mientras la legitimación de la sociedad para el ejercicio de la acción de responsabilidad es directa, la de los socios, en cambio (...) **es indirecta o por sustitución**, de modo que solo pueden ejercitarse cuando la sociedad no la ejercita o no quiera ejercitarla, y siempre para reintegrar el patrimonio de la sociedad», y sigue, «(...) porque ciertamente el párrafo tercero del Art. 80 LSA de 1951 (Art. 134.4 LSA de 1989²²⁴) no autorizaba un ejercicio conjunto de la acción social de responsabilidad por la sociedad y por sus accionistas, sino que facultaba a éstos para ejercitarla únicamente cuando la sociedad no lo hiciese dentro del plazo de tres meses a contar desde el acuerdo o cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la exigencia de responsabilidad»²²⁵.

²²³ STS nº 150/2007 de 21 de febrero (ES:TS:2007:1170)

²²⁴ Art. 239 LSC.

²²⁵ El estudio de la jurisprudencia denominada menor muestra que este criterio es el que se sigue cogiendo, por ejemplo, y por todas, *vid.*, la SAP de Girona 1261/2020, de 11 de noviembre que señala que el Art. 239 de la LSC: «(...) regula un supuesto de legitimación extraordinaria o por sustitución de la sociedad para el ejercicio de la acción social de responsabilidad de los administradores por los socios (...). En principio, la legitimación para el ejercicio de la acción social corresponde a la propia sociedad (...). La legitimación extraordinaria o por sustitución de la minoría se activa cuando la sociedad se resiste a adoptar el acuerdo para el ejercicio de la acción o, después de adoptado, a su ejecución. Una vez confirmada esa pasividad a través de la concurrencia de alguna de las situaciones allí contempladas, el legislador concede a los socios indicados la posibilidad de "entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social"». *vid.* también, anterior, la SAP de Madrid 380/2012, 5 de diciembre (ES:APM:2012:20812)

2.3.2. *La perención de la acción para la sociedad cuando la acción se ejercita en sustitución procesal por la minoría.*

Este examen que niega la posible concurrencia de acciones por sí solo nos permitiría ya concluir – porque además es el criterio asimilado de forma mayoritaria por la doctrina mercantil, aunque de ello no se saquen procesalmente mayores conclusiones- que solo hay una acción que se ejercita bien por la sociedad, bien por la minoría, pero nunca de forma concurrente; es decir, siguiendo la terminología mercantil, la acción de la minoría es subsidiaria²²⁶ y ello, a nuestro modo de ver y desde una perspectiva procesal, por sí solo, como decimos, nos haría concluir que la legitimación de la minoría se deduce y produce en el proceso por el ejercicio de la acción social de responsabilidad por expropiación del poder de disposición del derecho material a la sociedad, pues solo así puede realmente afirmarse que la minoría ejercita la acción social (de la sociedad).

Sin embargo, de esta aserción, la doctrina -esencialmente la mercantil- ha sacado conclusiones sobre los efectos que de ello se deducen en el proceso, desde nuestro punto de vista, irreconciliables con esta premisa. Por eso creemos necesario acudir también al estudio de la cuestión desde la perspectiva de la perención de la acción para la sociedad, porque, a nuestro modo de ver, avanzando aquí nuestra tesis, si la acción no perece para sociedad cuando transcurre el plazo de un mes desde que se acuerda el ejercicio de la acción, pero no se admite el ejercicio concurrente de la acción por socios y sociedad; si, además, la reintegración del patrimonio lo es en el patrimonio de la sociedad ya ejercite la acción por la sociedad ya lo hagan los socios; si del tenor de la norma no puede deducirse interés directo u oblicuo del socio en el ejercicio de la acción (la existencia de una acción directa); y, la minoría actúa en el proceso en nombre propio y no en representación de la sociedad, la única explicación plausible es que la legitimación con la que actúa la minoría en el proceso, a la que la doctrina jurisprudencial se refiere como un

²²⁶ JUSTE MENCIA, J. *op. cit.*, p. 145.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

caso de *sustitución procesal* y la mercantil como una acción *subsidiaria*, ocurre por la expropiación total del poder de disposición del derecho de la sociedad.

Sobre la perención, en una primera aproximación, bastaría referirse al hecho de que desde la reforma de la LSC en 2014 es evidente que la acción de responsabilidad de los Administradores no perece para la sociedad cuando esta queda inactiva tras acordarse el ejercicio de la acción, aunque transcurriera el plazo de un mes. Conviene señalar aquí que el Art. 241 LSC²²⁷ indica que «La acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse», por lo que parece claro que, dentro de ese plazo de prescripción, la sociedad *tiene* la acción, mientras no sea ejercitada por la minoría. La norma citada fue rápidamente aplicada por jueces y tribunales lo que, además, ha permitido avanzar en el análisis de otras cuestiones; por ejemplo, como ocurre en la SJMER nº 2 de Palma nº 194/2016 de 30 de mayo²²⁸ cuando el juez se adentra en el estudio de la legitimación de la minoría cuando analiza la *caducidad* de la acción. Se explica en la sentencia que «la legitimación no *caduca* y la situación legitimante de la sociedad no desaparece, sin perjuicio de que a opción del legislador se pueda limitar la legitimación al titular del derecho o interés jurídico afectado o reconocer, en los términos que crea conveniente, una legitimación extraordinaria que permitirá en este caso sustituir a la sociedad en el ejercicio de la acción, lo que no implica que la excluya de antemano (el énfasis en negrita es nuestro)».

Pues bien, llegados a este punto consideramos que es posible afirmar, sin temor a equivocarnos que, para tribunales y juzgados, en líneas generales, la naturaleza procesal

²²⁷ El Texto añadido, publicado el 4 de diciembre de 2014, en vigor a partir del 24 del mismo mes y año. En realidad la norma no hacía sino recoger la doctrina jurisprudencial, entre otras por ejemplo, la STS, 20 de Julio de 2001; STS nº 398/2002, 25 de Abril; STS 578/2002, 7 de Junio de 2002 ; STS 263/2007, 5 de Marzo de 2007 STS 5 de marzo de 2007, ; STS 951/2007, 25 de Septiembre de 2007 ;STS 1145/2008, 27 de Noviembre de 2008; STS 228/2008, 25 de Marzo de 2008 ; STS 1176/2008, 4 de Diciembre de 2008; STS 206/2010, 15 de Abril de 2010 La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de diciembre de 2012, posteriormente confirmada por la Sentencia nº 732/2014 de Tribunal Supremo, Sala 1ª, de lo Civil de 26 de diciembre de 2014.

²²⁸ SJMER nº 2 de Palma nº 194/2016 de 30 de mayo.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

de la minoría debe concebirse sobre la base de los siguientes criterios que, por lo expuesto, damos por suficientemente consolidados:

- La legitimación procesal de la minoría en el ejercicio de la acción social es un supuesto extraordinario de los del apartado segundo del Art. 10 LEC.
- No es posible la concurrencia de acciones sociales ejercitadas por sociedad o minoría. Solo existe una acción social que es titularidad de la sociedad; es decir, no existen tantas acciones como sujetos tienen reconocida legalmente legitimación para el ejercicio de la acción social.
- La acción no perece para la sociedad si permanece inactiva²²⁹ tras la toma de decisiones en relación con el ejercicio de la acción; esta inactividad o *pasividad* de la sociedad, a lo más, concede a los socios la facultad de entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social y con ello la de *realizar* el proceso hasta que se dicte una sentencia en la que se declare el derecho de la sociedad y se condene al administrador a indemnizarla. Si la minoría ejercita la acción, no es que esta caduque para la sociedad, es que la acción perece y se extingue, porque al entablarse la demanda por la minoría, la sociedad pierde, desde ese momento, el poder de disposición sobre el derecho material.

2.4.Examen de los posibles efectos en nuestro estudio de la doctrina científica y jurisprudencial elaboradas al hilo del ejercicio de las acciones de exclusión del socio y de impugnación de los acuerdos sociales.

Cuanto llevamos analizado, se ha puesto en entredicho, de forma relativamente reciente, cuando cierta doctrina ha *reanalizado* la caducidad de la acción social al hilo del estudio de otros supuestos en los que la LSC, también, reconoce a los socios legitimación para el

²²⁹ En el supuesto de estudio, aquel que se refiere al transcurso de un plazo de un mes para que nazca la facultad de la minoría para entablar la acción, la doctrina y jurisprudencia parece haber consolidado la cuestión concluyendo que se trata de un plazo de espera y no de caducidad. Vid, el interesantísimo estudio de QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús. *La acción social de responsabilidad contra los Administradores: el acuerdo y legitimación para ejercitarla, comentario la Sentencia 380/2012 de 5 de diciembre AP Madrid sección 28*. Revista del Derecho mercantil nº 290, octubre-diciembre 2013, pp. 437-454.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

ejercicio judicial de derechos societarios. Nos referimos al ejercicio de la acción de exclusión de socio (Art. 352 LSC) y el de impugnación de acuerdos sociales (Art. 204 y ss LSC) que someteremos ahora a estudio.

El hecho motivante de estas reflexiones es la STS núm. 440/2016 de 29 de junio²³⁰ en la que se analiza el derecho de exclusión de los socios regulado en el Art. 352 LSC y en la que se declara por la Sala que la acción *caduca* para la sociedad por el transcurso del plazo de un mes a contar desde la fecha de adopción del acuerdo de exclusión.

A raíz de esta resolución, muy posiblemente por la falta de casuística concreta al caso que analizamos y porque la LSC ciertamente ha redactado de forma muy similar las normas de los Art. 352 y 239, se han planteado por la doctrina científica, esencialmente la mercantil, propuestas interpretativas - fundamentalmente basadas en la necesidad de un análisis en paralelo de los Art. 239 y 352 ambos de la LSC - que llevan a conclusiones o premisas muy diferentes a las que estamos defendiendo²³¹.

²³⁰STS nº 440/2016 de 29 de junio (ES:TS: 2016:3142).

²³¹ Por ejemplo, SÁNCHEZ- CALERO GUILARTE, Juan. Acción de exclusión, legitimación subsidiaria del socio y caducidad del plazo. *Juan Sánchez - Calero Guilarte BLOG* [en línea]. 16 de septiembre de 2016 [consultado el 10 de febrero de 2022]. Disponible en: <http://jsanchezcalero.com/accion-de-exclusion-legitimacion-subsidiaria-del-socio-y-caducidad-del-plazo/> dice que «(...) Es relevante cuestionar si los argumentos que conducen a la resolución adoptada por el TS en relación con la exclusión del socio pudieran ser igualmente aplicables en otras situaciones en las que también cabe reprochar a la propia Ley la falta de una adecuada solución a la hora de fijar el plazo para el ejercicio de la acción reconocida a socios o a la minoría en virtud de una legitimación subsidiaria. El caso más notorio es el de la acción social de responsabilidad»; *vid.*, también, ALFARO AGUILA-REAL, Jesús. Exclusión de socios: el plazo de un mes del art. 352.3 LSC. *Almacén del Derecho* [en línea]. 20 de julio de 2016 [consultado el 2 de febrero de 2022]. Disponible en: <https://almacendederecho.org/exclusion-socios-plazo-mes-del-art-352-3-lsc>. Salvo error en nuestra interpretación, al hilo de su aplicación a otras acciones, dice que el plazo de un mes previsto en el Art. 352.3 LSC es solo el plazo durante el cual la legitimación es exclusiva de la sociedad (de espera) y, por lo tanto, el período de tiempo durante el cual los socios no pueden presentar la demanda de exclusión. De ello deduce que es posible la aplicación de la doctrina de la caducidad en la acción de exclusión a la acción social pues existe claramente un «paralelismo de la norma [Art. 352 LSC] con lo previsto en materia de responsabilidad de los administradores (Art. 239 LSC)»; también, recientemente, GANDÍA PÉREZ, E. (*op. cit.*, p. 344) tras un análisis en paralelo de las dos normas (Art. 352 y 239 ambas de la LSC), advirtiendo las similitudes que se le atribuyen (se refiere a la sentencia que examinamos), concluye que en la acción social se produce «una ampliación legal de la legitimación para ejercitar la acción social, de forma que el ejercicio de la acción social por la minoría no priva de legitimación a la sociedad». Dice el autor que de ello se deduce que «la legitimación de la minoría vendría, simplemente, a sumarse a la de la sociedad que, pese a ello, mantendría la posibilidad de acudir a los tribunales para reclamar el resarcimiento del daño sufrido como titular del derecho lesionado». En el cuándo a la doctrina jurisprudencial denominada menor, *vid.*, por ejemplo, la SAP de Baleares 53/2017 de 20 de febrero de 2017 (ES:APIB:2017:43) que, aunque de manera tangencial y ciertamente de pasada, comparan ambas acciones; también, SJMER nº 2 de Palma nº 194/2016 de 30 de mayo.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Como puede intuirse, la cuestión no está exenta de dificultad y polémica y por eso consideramos oportuno detenernos en el análisis de estas normas y de la sentencia de la que parten y tienen origen estos planteamientos.

En cualquier caso, antes de entrar en este estudio y de sacar las conclusiones adecuadas, debemos hacer ahora un inciso en nuestra exposición en lo que se refiere a la legitimación de la minoría para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, para así tener claros los elementos de comparación.

Remitiéndonos a lo dicho hasta ahora, es suficiente con señalar que hasta que se ejercite la acción por la minoría es evidente que la sociedad no deja de tener el poder de disposición del derecho al resarcimiento frente al administrador; si se quiere, es obvio que potencialmente reúne los requisitos para ser parte legítima en el proceso; o, dicho en otras palabras, está *legitimada* desde un punto de vista material. Lo que decimos nosotros, y es esencial tener presente en esta parte de nuestro estudio, es que, desde la perspectiva procesal, tal y como se ha concebido la norma, cuando la minoría hace uso del poder de disposición (interpone la demanda) sustituyendo procesalmente a la sociedad, atendiendo a la naturaleza del derecho que se hace valer en esta acción concreta (un derecho subjetivo que nace de las obligaciones) la sociedad no podrá acceder al proceso porque, una vez interpuesta la demanda por la minoría, la sociedad no tendrá- pues le habrá sido expropiado- el poder de disponer de su derecho subjetivo; en otras palabras, su derecho se habrá pretendido eficazmente por quien la Ley ha legitimado para ello y el ordenamiento y la paz jurídica se restaurará válidamente con la sentencia que se dicte en ese proceso²³². Expresado lo anterior en términos que se refieren concretamente a la tesis procesal de la legitimación: el ejercicio de la acción por la minoría no está fundamentado en una relación jurídico material directa (ni indirecta) con el derecho pretendido, sino en la facultad que la Ley le reconoce para hacer uso del poder de disposición del derecho ajeno y defender un interés, también, ajeno en el proceso; es decir, en la facultad de ejercitar la acción de la sociedad que le confiera la Ley.

²³² Ello explica, por ejemplo, que si la minoría, sustituto procesal, desiste del proceso (deja de hacer *uso* de ese poder; desiste de ser sustituto) antes de que el demandado sea emplazado para contestar a la demanda o citado para juicio, sobreviene -siempre que exista un acuerdo de la Junta favorable al ejercicio de la acción – que la sociedad, como titular del derecho subjetivo que no se habría pretendido procesalmente (pues se ha desistido de su pretensión) podrá ejercitar la acción (*Vid.*, Art. 20.2 y 3 LEC).

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

El análisis crítico y comparativo de la acción social entablada por la minoría y la acción de exclusión del socio que nos proponemos hacer en base al estudio de la *caducidad* de la acción para la sociedad por el transcurso del mes contado desde que se toma el acuerdo nos permitirá reafirmar y justificar, esperamos de forma definitiva, nuestra tesis.

Hagamos, pues, este estudio.

El pleito que inicia el proceso versaba sobre el derecho de exclusión de los socios regulado en el Art. 352 LSC que reconoce legitimación de cualquier socio que hubiera votado positivamente por la exclusión para exigirla judicialmente cuando la sociedad no lo hubiera hecho dentro del plazo de un mes marcado por la Ley.

El Juzgado de lo Mercantil de Girona, en la Sentencia el 29 de abril de 2011, desestimó la demanda de los socios al considerar que la acción estaba *caducada*, manteniéndose en los criterios de la STS de 9 de abril de 2003²³³. Apelada la sentencia por el socio, la Audiencia Provincial consideró, sin embargo, que el Art. 352.3 LSC, en realidad, no establece ningún plazo de caducidad, por lo que el plazo de ejercicio de la acción de exclusión a instancia del socio debería ser el del Art. 947 CCom. A este respecto, la Audiencia Provincial decía que el precepto del Art. 352 LSC era idéntico a la regulación que se efectúa para la legitimación de los socios en el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores establecida en el Art. 239 LSC (se refiere al supuesto regulado por la norma cuando la sociedad no ejercita la acción en el plazo de un mes contado desde que se toma el acuerdo)²³⁴. Recurrida la sentencia, el Tribunal Supremo confirma la sentencia de primera instancia concluyendo que para la sociedad la acción caducaría por el transcurso de un mes y con ello, claro está, *desaparecía* su

²³³ STS nº 351/2003/, 9 de abril de 2003 (ES:TS:2003:2485).

²³⁴ Citamos textual «(...) no es imprescindible o necesario para la buena marcha de la sociedad que se ejercite la acción judicial de exclusión en un breve plazo de tiempo, pues mientras no se ejercite, la sociedad puede funcionar con normalidad y ejercitada la misma, los efectos de la sentencia, en caso de estimarse, tienen efectos ex nunc, por lo que no afectaría en absoluto al funcionamiento de la sociedad, simplemente a partir de la decisión de la sentencia el socio quedaría excluido de la sociedad. Al contrario, la no exigencia del ejercicio de la acción en el plazo tan corto de tiempo de un mes podría permitir llegar a un acuerdo entre los socios y desistir de la acción de exclusión, pues la salida de un socio de una sociedad, sobre todo si su participación es relevante, puede conllevar la disolución de la misma»

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

legitimación procesal; esta caducidad legitimaría seguidamente y de *forma sucesiva*, a cualquier socio que hubiera votado a favor del acuerdo que, en todo caso, debería ejercitarla en el mismo plazo de un mes, aunque con distinto *dies a quo*. En el caso de que ni la sociedad ni los socios ejercitaran la acción en esos plazos, el acuerdo adoptado en la Junta perdería su eficacia; es decir, en este caso, transcurrido el plazo de un mes, no se podría acreditar la voluntad de la sociedad de pretender procesalmente la exclusión del socio lo que impediría el ejercicio del derecho de exclusión. En definitiva, lo que la Sala concluye es que, en el caso de la acción de exclusión, la inactividad de la sociedad hace perecer su legitimación a pretender la exclusión del socio, pretensión que podría entonces seguirse por la minoría.

La justificación que se da para mantener el criterio de caducidad es, citamos textualmente, «la impropiedad de fijar un largo plazo que permita que cuestiones fundamentales para la correcta marcha de la sociedad, como la de exclusión de un socio, queden en el régimen de transitoriedad e indefinición, en contraste con la celeridad que exige el tráfico jurídico y con su seguridad». Dice la Sala que se trata de dar eficacia a un acuerdo social de expulsión de un socio que debe seguir, en lo que a los plazos se refiere, el mismo espíritu restrictivo que el legislador muestra en la fijación de plazos para impugnar acuerdos sociales²³⁵.

Pues bien, desde una perspectiva estrictamente procesal y según nuestro criterio, contrariamente a lo que se propone por cierta doctrina, trasladar estas conclusiones - en nuestra opinión acertadas para la acción de exclusión con los matices que hemos hecho en nota y haremos más adelante- a la acción social no es posible. Explicamos por qué:

En la acción de exclusión del socio, el derecho que se hace valer por la sociedad o por el socio es, no hay duda, un *derecho potestativo* si entendemos que lo que se pide al juez es

²³⁵ Obsérvese, en cualquier caso, el manejo inapropiado, según nuestro criterio, que hace la Sala (STS núm. 440/2016 de 29 de junio) del término caducidad. El texto de la Ley no habla de caducidad, sino de una distinta legitimación para el ejercicio del mismo derecho, lo que nos traslada al término *perención* que significa que para la sociedad perece la posibilidad de ejercitar su derecho procesalmente. Y obsérvese igualmente cómo la norma no establece ninguna clase de término de caducidad de la acción para el socio que actúa en el lugar de la sociedad. solo desde esta creación legislativa cabría igualmente hablar de caducidad de la acción de la sociedad.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

modificar una situación jurídica - la de ser socio -y que una vez se modifique o extinga, según se declare por el juez, afectará a todos: la sociedad y los socios; porque la Ley no puede permitir que dicha situación exista (o deje de existir) para unos y no para otros²³⁶. Así, contra la sentencia que modifica o extingue la situación - se trata aquí de la eficacia constitutiva de la sentencia²³⁷ - nada puede hacer la sociedad u otros socios porque les afecta, aunque no hayan sido parte del proceso. Por eso, porque se ejercita aquí un derecho potestativo y porque los efectos de la sentencia que se dicte alcanzarán a la sociedad y socios aunque no hayan sido parte del proceso, al contrario de lo que decía la sentencia casada de la Audiencia Provincial²³⁸ y explicaba el Juzgado²³⁹, la acción de exclusión no es asimilable a la acción social sino a la acción de impugnación de acuerdos sociales.

Pues bien, conviene ahora recordar aquello que dijimos sobre la acción de impugnación de acuerdos sociales (Art. 206 LSC). Decíamos entonces que socios y administradores ostentan por igual y al tiempo (el derecho potestativo a la modificación es de varios a la vez, pero no conjunto) *legitimación directa* para impugnar el acuerdo: en el caso del administrador porque tiene la obligación de defender los intereses de la sociedad; y, en el caso del socio, por la facultad reconocida en el Art. 93.c) LSC²⁴⁰. Los efectos de la sentencia que se dicte -la sentencia constitutiva- alcanzarán a todos los *titulares* del derecho (Art. 222 LEC)²⁴¹. Así, se trata de una situación de *litisconsorcio necesario impropio*²⁴²: *impropio* porque siendo todos titulares al tiempo (a la vez) del derecho no tendrían que actuar conjuntamente ya que cada uno tiene un derecho propio y, por lo tanto, una acción, pero *necesario* porque para evitar posibles sentencias contradictorias,

²³⁶ Vid, STS nº 776/2007, 9 de Julio de 2007 y STS nº 345/2013, 27 de mayo de 2013 (ES:TS:2013:2888); también, vid, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. en *Parte General...* (con Víctor Moreno Catena) ... *op. cit.*, pp. 333 y 334. DE LA OLIVA SANTOS «La cosa juzgada civil», *Curso de derecho procesal...* (con Ignacio Díez – Picazo Giménez y Jaime Vegas Torres) *op. cit.* p. 304—308.

²³⁷ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. en *Parte General...* (con Víctor Moreno Catena) ... *op. cit.*, pp. 333 y 334.

²³⁸ SAP de Girona de 10 de enero de 2014 (ES:APGI:2014:39)

²³⁹ SJMER nº 1 de Girona, 23 de septiembre de 2013.

²⁴⁰ DAMIÁN MORENO, J., y ARIZA COLMENAREJO, M. J. *Impugnación...* *op. cit.*, pp. 52-56.

²⁴¹ *Ibid.*, p.73 y ss. En definitiva, nuestro legislador se ha ocupado de hacer ley para ciertos casos cuál debe ser el alcance subjetivo de la sentencia en el caso del ejercicio de derechos potestativos, por ejemplo, el Art 222.3. III LEC expresamente se refiere a la acción de impugnación de acciones; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. en *Parte general.* (con Víctor Moreno Catena) ... *op. cit.*, pp. 333 y 334. DE LA OLIVA SANTOS «La cosa Juzgada civil», *Curso de derecho procesal...* (con Ignacio Díez – Picazo Giménez y Jaime Vegas Torres) *op. cit.* p. 304—308.

²⁴² Vid, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V *El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, 1976, nº 2-3. pp.369-422

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

si lo ejercitan, deberán ejercitarlo conjuntamente²⁴³. De igual manera, los efectos de la sentencia al ser constitutivos se extienden a todos los socios, los actores en el proceso y los que no lo son, estos últimos y en este caso, porque son también titulares del derecho (Art. 222.3, tercero LEC). En definitiva, la situación jurídica se resuelve para todos, aunque solo pida uno.

En el caso de la acción de exclusión del socio²⁴⁴ se ejercita, como hemos dicho, igualmente un *derecho potestativo* pues lo que se le pide al juez y se provoca con la acción judicial, siendo un requisito para que se produzca el efecto de la exclusión²⁴⁵, es que se declare la modificación de una situación jurídica que, en cuanto se exprese, afectará a todos.

Que el socio deba esperar un mes sin que se haya ejercitado la acción por la sociedad para quedar facultado para el ejercicio de la acción, en nuestra opinión, no modifica la naturaleza directa de la legitimación con la que actuaría, pues al tratarse del ejercicio de derechos potestativos, ambos (sociedad y socios) estarían disponiendo de un derecho propio sobre el que tienen poder de disposición, porque, como bien es sabido, la naturaleza del derecho pretendido, en este caso, la potestativa, tiene el efecto de crear tantas acciones diferentes (aunque idénticas) como legitimados reconozca la ley.

²⁴³ GONZÁLEZ GRANDA, Piedad. *El litisconsorcio necesario en el proceso civil*. Granada: Comares, 1996, pp. 202-. La autora (utiliza el término *cuasinecesario*) recuerda que «la legitimación es individual, puesto que el derecho es de varios, pero no conjunta sino separadamente, de tal manera que la legitimación atañe a cada uno de los litisconsortes en particular (y no en común, como en el litisconsorcio necesario)». Señala como supuesto de litisconsorcio cuasinecesario la pretensión de nulidad y anulación de acuerdos sociales de la LSA de 1989 (hoy, Art. 204 y ss LSC) y explica que lo es porque «(...) si bien es cierto que la sentencia ha de extender sus efectos a todos los socios, tampoco lo es menos que a ley no impone la exigencia de que deban deducir la pretensión todos los accionistas disidentes ni tampoco que deban, en todo caso, litigar unidos bajo una sola dirección»; En contra, *vid* CHIOVEDA. G. *Instituciones ... Tomo III*, pp. 423- 425 que explicaba, a propósito de las acciones constitutivas, que el bien que identificar no es el simple efecto jurídico a que se tiende sino el efecto íntimamente unido al hecho de que es remedio o sanción. Decía el autor que la causa de la acción es el hecho constitutivo del derecho al cambio jurídico, por tanto, la voluntad de impugnar que se refiere a una causa, no se refiere a otra, de lo que se deduce que rechazada una acción de impugnación puede proponerse la misma impugnación por otra causa. Para el autor el inconveniente de esta reiteración de juicios puede remediarse por el demandado por vía reconvenzional pidiendo una sentencia que declare válido el acto en general.

²⁴⁴Citamos textual el Art. 325. LSC: «cualquier socio que hubiera votado a favor del acuerdo estará legitimado para ejercitar la acción de exclusión en nombre de la sociedad cuando esta no lo hubiera hecho en el plazo de un mes a contar desde la fecha de adopción del acuerdo de exclusión».

²⁴⁵ La norma establece que la exclusión de un socio con participación igual o superior al veinticinco por ciento en el capital social requerirá, además del acuerdo de la Junta general, resolución judicial firme, siempre que el socio no se conforme con la exclusión acordada.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Es este caso, al establecer un plazo de espera, el legislador ha disciplinado para esta acción el requisito de la caducidad (perención) de la acción para la sociedad para que pueda *nacer* el derecho para el socio²⁴⁶. Consideramos que esta opción del legislador obedece a criterios de oportunidad para evitar el dictado de posibles sentencias contradictorias o el engorroso y lento trámite de la acumulación de procesos. Esta opción nos parece realmente útil para agilizar la solución de una situación de enorme trascendencia e importancia para la marcha de la sociedad como es esta. En definitiva, es nuestra opinión, el legislador ha resuelto el *problema del litisconsorcio necesario impropio o cuasinecesario* exigiendo que el derecho se extinga para uno para que pueda nacer para el otro.

Pues bien, atendiendo a la naturaleza del derecho que se hace valer en el juicio, si nos fijamos ahora en la acción social del Art. 239 LSC, se nos muestra claramente por qué no pueden aplicarse los criterios de caducidad de la acción de exclusión al caso de la acción social.

La minoría en el ejercicio de la acción social hace valer en el juicio un *derecho subjetivo* de la sociedad que nace del derecho de las obligaciones solicitando al juez una sentencia declarativa de condena que no afecta a su esfera jurídica (ni a la de los demás socios) sino a la de la sociedad y solo a la de esta. Esto es, no se trata aquí del ejercicio de un derecho potestativo a ningún cambio por lo que la sociedad y los socios no tiene acciones idénticas y la sentencia que se dice no tiene ni puede tener efectos constitutivos sino declarativos (y de condena) que afectarán solo a la sociedad en cuanto que es su patrimonio el que se ve afectado por ella. Y justamente por esto, se nos muestra que la minoría, al ejercitar la acción de la sociedad, lo hace por expropiación del poder de disposición (pide la tutela) del derecho de la sociedad; si no fuera así, sería imposible afirmar que solo hay una acción, que no pueden concurrir el ejercicio de la acción por la sociedad y socios y que la acción no perece para la sociedad. Lo esencial es comprender que la distinta naturaleza del derecho que se pretende en la acción de exclusión del socio y la acción social explica

²⁴⁶ Véase que tanto la sociedad como el socio están sometidos a un mismo plazo de caducidad aunque con distinto *dies a quo*.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

para el primer caso, el ejercicio de una acción directa por socios y sociedad (acciones idénticas pero propias) y en el segundo, el ejercicio de una acción por sustitución procesal.

Lo que es definitivo para nosotros de este estudio es que, aun cuando la redacción de las normas (Art. 352.3 y 239.1 LSC) pudiera parecernos idéntica o parecida, si atendemos a la naturaleza del derecho hecho valer sobre el que indiscutiblemente se construye la legitimación como condición de la acción, el criterio de la Sala para sostener la caducidad del plazo para el ejercicio de la acción de exclusión del socio no puede ser analógicamente aplicable al supuesto de la acción social ejercitada por la minoría.

El lector se habrá percatado que hemos omitido es este análisis que la norma en el Art. 352 LSC dice que el socio o socios podrán ejercitar la acción *en nombre de la sociedad*; y claro, *no se nos escapa* que esta puntualización no se hace en la norma que regula la impugnación de acuerdos sociales a la que nos hemos referido en nuestro estudio.

Esta diferencia, lógicamente, nos lleva a preguntarnos si, en realidad, no estaríamos ante un supuesto de representación (*extraordinaria*) en el que el socio actuaría en el proceso como representante legal de la sociedad.

En nuestra opinión, la incorporación de esta locución en la norma (nos referimos claro está a la que dice que la acción se ejercite *en nombre de la sociedad*) - si atendemos, como hemos dicho, a la naturaleza del derecho hecho valer en el proceso, único elemento ortodoxo para el estudio de la legitimación - debe interpretarse en los términos que pasamos a exponer:

Si se explica esta locución en el sentido de que el socio debe ejercitar la acción en representación de la sociedad, necesariamente ello ocurriría procesalmente en un supuesto extraordinario del Art. 7 LEC. Pues bien, además de las dificultades que ello plantearía desde el punto de la literalidad de estas normas (también la del Art. 233 LSC)²⁴⁷, el problema que se nos plantearía es que, a pesar de la que norma dice que el

²⁴⁷ En la sociedad de capital la representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

socio *estará legitimado* no estaría *legitimado* para ejercitar ninguna acción, pues si actúa como un representante de la sociedad, quien ejercitaría la acción sería la sociedad representada por el socio. Sería la legitimación de la sociedad (la titularidad de su derecho) la que se sometería a jurisdicción; y, claro está, la ley no dice tal cosa.

La incertidumbre que plantea la literalidad de la norma nos parece a nosotros, solo puede resolverse si se examina qué efecto se quiere conseguir cuando se anuncian, primero, los requisitos necesarios para que se dé la legitimación (procesal) del socio, y, acto seguido, se *exige* a ese socio que ejercite la acción *en nombre de la sociedad*.

En nuestra opinión, lo que se infiere de esta dicotomía es que el legislador quiere regular un mecanismo que asegure que los efectos de la cosa juzgada en la sentencia que se dicte cuando la acción se ejercite por un socio contra otro alcancen a la sociedad a pesar de que lo dispuesto en el Art. 222 LEC, pues, si nos damos, en una primera aproximación, el tenor de esta norma parecería excluir el alcance de los efectos de la cosa juzgada a la sociedad si no ha sido parte. Pero ¿es esto cierto? En realidad, no. Porque si volvemos a lo esencial, es decir, si atendemos a la naturaleza del derecho pretendido, si el socio ejercita la acción de exclusión, todos (socios que votaron a favor o en contra, los que no votaron y la sociedad que ha quedado inactiva) se verán alcanzados por el efecto constitutivo de la sentencia²⁴⁸. Vemos pues, que el problema en realidad no era tal.

Si, además, hacemos una interpretación correcta de la norma (Art. 3 CC), se nos muestra claramente que debe prevalecer en este caso la locución *estará legitimado* frente a la del *en nombre de*, pues la legitimación es un instituto conceptualizado en el proceso (Art. 10 LEC), mientras que la locución *en nombre de* no tiene, *a priori*, ningún significado procesal concreto²⁴⁹.

²⁴⁸ Puede también sostenerse que el Art. 222.3 párrafo tercero LEC debe ser aplicado por analógica por tratarse igualmente de la sentencia que se dicta en un proceso por el ejercicio de un derecho potestativo.

²⁴⁹ Por ejemplo, en la LEC se utiliza para referirse a diversas cuestiones, que generalmente se refieren a actuaciones procesales muy concretas cuando se permite llevarlas a cabo actuaciones por personas distintas al titular del derecho que es parte en el proceso sin que ello afecte o modifique su legitimación: por ejemplo, los arts. 16, 25, 51, 309, 544, 654, 748, 749, 769 y 770, todos de la LEC.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Lo dicho, nos permite concluir que el Art 352 LSC ha regulado un mecanismo para asegurar que los efectos de la sentencia alcancen a la sociedad en los casos que la acción de exclusión se ejercite por el socio cuando, en definitiva, atendiendo a la naturaleza del derecho pretendido - que bien es sabido es el elemento definitivo para clasificar la acción de los que se deducen los efectos de la sentencia - y los criterios de interpretación señalados, los efectos de la sentencia, constitutivos, siempre alcanzarán a la sociedad.

2.5. Conclusiones.

Lo dicho hasta ahora nos permite ya exponer, junto a las bases interpretativas consolidadas que ha sido ya presentadas, nuestra conclusión:

- La minoría en el proceso por el ejercicio de la acción social actúa como un sustituto procesal en el ámbito regulado del párrafo segundo del Art. 10 LEC.
- No existen tantas acciones como legitimados reconoce la ley para el ejercicio de la acción social de responsabilidad de los administradores; solo existe una acción, la de la sociedad, que subsidiariamente, nunca de forma concurrente, puede ser ejercitada por la minoría.
- La acción social prescribe a los 4 años. El plazo de un mes señalado en la norma para que nazca la facultad de la minoría para el ejercicio de la acción social es un plazo de espera, pasado el cual, la minoría quedará facultada para ejercitar la acción si bien, en este caso, y mientras la acción no se ejercite por la minoría, la sociedad mantiene su poder de disponer de su derecho. En otras palabras, transcurrido el plazo de un mes, la minoría queda facultada para expropiar el poder de disposición, pero la expropiación (y por tanto la perención para la sociedad) solo se producirá si se interpone la demanda por esa minoría.
- La legitimación procesal de la minoría se deduce en el proceso de la expropiación del poder de disposición del derecho de la sociedad debiendo señalarse, aunque nos repitamos, que no se trata aquí de la expropiación del derecho - que siempre es de la sociedad- sino de la expropiación del poder de disposición procesal del mismo.

Las consecuencias de ello se estudiarán en los siguientes capítulos.

3 Hechos que permitirían la expropiación del poder de disposición a la minoría.

En esta parte de nuestro trabajo no nos interesa tanto profundizar en el estudio de cada uno de esos casos de inactividad de la sociedad en la defensa directa de sus intereses, tarea propia de los mercantilistas, sino en tratarlos procesalmente como el supuesto o supuestos legitimantes para que pueda darse la sustitución procesal de la minoría.

Baste ahora recordar que en todo caso de sustitución procesal el juez deberá apreciar un doble estadio de legitimación *ad causam*: el que se refiere al derecho que se exige en el proceso (en este caso, el resarcimiento de los daños producidos a la sociedad por la actuación ilegal o ilegítima de los administradores); y el que posibilita que, por ley, se produzca la *expropiación del poder de disposición* de tal derecho que pasa del titular normal (la sociedad) al sustituto que lo ejercita en nombre propio pero por interés de aquel. De esa manera, la acción ejercitada por el sustituto sería rechazada no solo por la inexistencia, por ejemplo, del daño, sino previamente por la inexistencia de la inactividad de la sociedad o por la inexistencia de minoría en el sentido que le da el LSC. Porque, como decíamos antes, la legitimación del sustituto tiene siempre el carácter de la subsidiaridad, y debe, en consecuencia, examinarse por el Juez de forma previa (ya veremos más adelante si con un tratamiento procesal de forma), pues de nada vale examinar la responsabilidad de los administradores si quien pide la sentencia no está legitimado para ello por no tener el poder de disposición del derecho que se pretende.

Entrando ya en el análisis de los hechos que permitirían la expropiación del poder de disposición a la minoría, conforme establece el Art. 239 LSC son tres los supuestos

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

conceptualizados como situaciones de *inactividad* de la sociedad en la defensa de sus intereses que facultarán a la minoría para el ejercicio de la acción social en sustitución procesal de la sociedad. Digamos, en cualquier caso, que en el supuesto de que la acción social de responsabilidad se fundamente en la infracción del deber de lealtad no es necesario que se dé ninguno de estos supuestos. Analizaremos primero los tres supuestos *generales* (que legitimarían a la minoría en la acción la responsabilidad derivada de los deberes generales de los administradores) y haremos de forma separada las consideraciones oportunas para el caso de la acción fundamentada en la infracción del deber de lealtad.

3.1. Que la acción no se entable por la sociedad en el plazo de un mes contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo. Problemática procesal.

Este supuesto es el típico de *inactividad*: la sociedad ha manifestado expresamente su voluntad de ejercitar la acción y no lo ha hecho²⁵⁰.

El plazo de un mes, lo hemos visto, es *de espera* y no de caducidad; dicho de otra forma, tiene que transcurrir al menos un mes para que *ocurra* la situación habilitante de *inactividad* de la sociedad en la defensa de sus propios intereses.

Para comprender los efectos de este requisito, nos tenemos que remitir a la Parte Primera de nuestra tesis cuando estudiábamos la naturaleza procesal del acuerdo de la Junta como expresión y manifestación al exterior de la voluntad social de ejercitar la acción. Decíamos entonces que el Acuerdo debía tener un contenido concreto.

Pues bien, este contenido, con los límites expuestos y explicados en su momento, es el que delimitará la acción que puede ejercitar el sustituto procesal; dicho con otras palabras,

²⁵⁰ A los efectos de nuestro estudio, estrictamente procesal - salvo posible acciones legales o civiles que pudieran suspender el proceso por ser prejudiciales- es indiferente si esto se debe a la culpa o dolo del administrador; lo relevante es que ha transcurrido un mes desde que se acordó el ejercicio de la acción y no se ha interpuesto la demanda por la sociedad.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

la minoría deberá ejercitar la acción social en los términos acordados por la Junta y con los límites a los que aludimos en su momento. Y debe hacerlo así, no porque estemos ante un caso de representación, sino porque siendo sustituto procesal, en el sentido delimitado y explicado, solo puede ejercitar la acción que puede expropiar y, claro está, esa acción, en este supuesto, es la que la sociedad quiere y ha delimitado en el Acuerdo.

Al igual que ocurría cuando estudiamos la acción ejercitada por la sociedad, nada dice la Ley acerca de cuáles sean las consecuencias jurídicas en los casos en los que se interponga una demanda ejercitando la acción de responsabilidad social por el socio (minoría) si no existe un acuerdo previo, o, existiendo este, no se acompaña con la demanda el Acta donde haya quedado recogido. En aquel momento acudimos no solo a las normas generales procesales recogidas en la LEC, sino a la LJCA, a cuyo estudio nos remitimos²⁵¹, debiendo subrayar ahora las consecuencias que ello tendría en el caso que nos ocupa.

Cuando los socios interponen la demanda por el ejercicio de la acción social cuando la sociedad hubiera tomado el acuerdo pero no hubiera entablado la acción dentro del plazo del mes, su condición de parte legítima, desde un punto de vista procesal, vendrá delimitada por cuatro elementos: el primero, el plazo de espera; el segundo, la existencia de un acuerdo de la Junta favorable al ejercicio de la acción; el tercero, conformar una minoría; y el cuarto, que esa minoría interponga la demanda querida por la sociedad²⁵².

En cuanto al primer y segundo requisito, en nuestra opinión no plantean mayores problemas, porque si tenemos en cuenta aquellas conclusiones a las que llegábamos cuando se hizo el estudio del Acta de la Junta que recoge el acuerdo favorable al ejercicio del acción en la Parte Primera de la tesis, se nos muestra claramente que la única forma válida y eficaz de acreditar en el proceso que ha transcurrido el plazo de un mes y que existe un acuerdo favorable al ejercicio de la acción social es aportando junto a la demanda el Acta. Ello nos permite concluir que podría darse a la falta de aportación

²⁵¹ *Vid., Supra Capítulo Segundo, Apartado 2.*

²⁵² SAP de Madrid nº 11/2019, 11 de enero (ES:APM:2019:195)

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

documental del acuerdo un tratamiento procesal igual al que propusimos en su momento, porque, igualmente, en este caso, nos parece a nosotros, la Ley ha establecido qué documento se ha de aportar, haciendo del proceso uno de base documental.

Siendo así, el tratamiento procesal deberá ser el mismo tanto en el supuesto que la no presentación del Acta de la Junta se deba a la inexistencia del acuerdo previo o, en su caso, a un olvido o defecto cometido por la minoría al presentar la demanda. Lo importante es comprender que sea cual sea el origen del defecto, la existencia misma de este pone en marcha, siempre, el mismo tratamiento procesal.

De esta forma, en atención a los Arts. 266.4º, 403 y 269.2 de la LEC, como explicamos en su momento, atemperada la aplicación de las normas para que no produzca indefensión, en el caso de que no se presentara el Acta junto a la demanda se debería producir inexorablemente la inadmisión a trámite de la misma.

En lo que se refiere al tercer requisito señalado: que los socios demandantes conformen una minoría; por necesidades de la exposición nos debemos remitir y queda el lector remitido a cuanto se dirá en el Capítulo Sexto.

Finalmente, el cuarto requisito habilitante: que la minoría ejercite exactamente la acción que la sociedad hubiera podido (querido) ejercitar y que haya quedada recogida en el Acta, implica, en esencia, que esa minoría deberá alegar, si quiere después probar, que ejercita la acción querida por la sociedad. Ya vimos en su momento como la cuestión podía ser objeto de un tratamiento procesal en la Audiencia Previa. Consideramos que los mismos argumentos se aplican a este caso; de esta forma, en nuestra opinión, será necesario que la minoría aporte el Acta en la que se recoja el acuerdo de la Junta, no solo para acreditar que ha transcurrido el plazo habilitante y que existe un acuerdo favorable al ejercicio de la acción, sino también para acreditar que ejercita la acción que es voluntad de la sociedad entablar, pues solo así, en este caso, podrá sustituir procesalmente a la sociedad.

Por lo tanto, no bastará, tal como dijimos en su momento, que en el proceso se produzcan o se desarrollen actos de voluntariedad típicos procesales para deducir cual es la voluntad

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

de la sociedad que la minoría sustituye, pues como se nos está mostrando, si se interpone la demanda por esa minoría sin aportar el Acta del presidente (o notarial) jurídicamente no podrá afirmarse como querido el pleito y no podrá, en el caso que nos ocupa, afirmarse la minoría como un sustituto procesal; faltaría aquí el elemento necesario para poder determinar que se ha expropiado el poder de disposición del derecho que la sociedad quiere hacer valer. Por lo tanto, en el caso de la minoría, el acuerdo recogido en el Acta es un requisito de procedibilidad. Si no se aportara junto a la demanda el Acta, de conformidad con el Art. Art. 266.4º LEC y Art. 269.2 LEC, se deberá inadmitir a trámite.

En lo que se refiere a la falta de correlación entre el acuerdo de la Junta (la acción determinada) y la demanda, ya dijimos que, si el objeto de la demanda que se interpone no es coincidente con la acción identificada en el acuerdo de la Junta, y recogida en el Acta, es obvio que ni el Acta ni el acuerdo podrán servir como el elemento o acto que pruebe que la voluntad de la sociedad coincide con lo que se está actuando, en este caso en sustitución procesal. En el caso que nos ocupa, el documento, el Acta, delimita y acredita el alcance de la disposición de poder que la minoría expropia.

La falta de correlación, como ya se analizó, puede tener también aquí un tratamiento procesal dentro del Art. 416.1. 5º LEC (defecto en el modo de proponer la demanda) en aplicación conjunta con el Art. 424 y 425 LEC, de forma que si se presenta la demanda y el objeto de la misma no es coincidente con la acción delimitada en el acuerdo de la Junta podría apreciarse un defecto legal en el modo de proponer la demanda que se justificaría, en este caso, porque no puede mantenerse que la minoría sustituye procesalmente a la sociedad en el ejercicio de la acción querida por esta; no existiría el presupuesto habilitante del acuerdo.

Como ya dijimos, la valoración por el juez sobre la correlación entre la acción delimitada en el acuerdo y el objeto de la demanda interpuesta no entrañaría mayores consideraciones que las que se exigirían al juez cuando se suscitan las excepciones procesales de la cosa juzgada o la litispendencia (Artículos 416.1. 2ª y 421 ambos de la LEC).

3.2. Que el acuerdo de Junta hubiera rechazado la interposición de la demanda contra el administrador. Acuerdo contrario a la exigencia de la responsabilidad. Notas sobre el *interés procesal* y Problemática Procesal.

Antes de entrar a valorar este supuesto debemos dejar aquí ya apuntado cual es la posición y tesis de juzgados y tribunales respecto de la impugnabilidad del acuerdo de no aprobación de una propuesta como esta. Dice esta doctrina que ello debe tratarse como un supuesto de inexistencia del acuerdo; en definitiva, si no hay acuerdo, la acción impugnatoria carecería, *ab initio*, de objeto, no teniendo sentido que se susciten litigios que no están llamados a cumplir ningún resultado práctico²⁵³. Ello nos permite aquí rechazar de plano que pueda plantearse por el demandado en el proceso por el ejercicio de la acción social la excepción propia y excluyente de la inexistencia del acuerdo para evitar el ejercicio de la acción. El acuerdo, tal y como se está diciendo, existe, aunque sea contrario al ejercicio.

La diferencia esencial con el supuesto anterior es que la Junta manifiesta un interés contrario al ejercicio de la acción. Esto es, se exterioriza por la sociedad su voluntad de no ejercitar la acción – siguiendo la literalidad de la norma, se habrá acordado **no exigir la responsabilidad**- no porque se renuncie a su ejercicio, sino, por ejemplo, porque se quiere profundizar en el estudio de los pros y contras que a los intereses de la sociedad tendría iniciar un pleito contra su administrador, o simplemente porque se quiere *primero* negociar con él. Lo relevante aquí es que la sociedad estará manifestando que creyéndose²⁵⁴ acreedora y sin renunciar a su derecho al ejercicio de la acción, no es su voluntad exigir, en ese momento, responsabilidad al administrador.

Este acuerdo, recogido en el Acta, tiene aquí la finalidad de acreditar en el proceso la facultad de la minoría para el ejercicio de la acción y, cómo se va intuyendo, lo que nos muestra este análisis es que, en realidad, no hay posición ni manifestación de la Junta con **trascendencia procesal** respecto del ejercicio de la acción de responsabilidad de los

²⁵³ Vid. SJMER nº 6 de Madrid nº 554/2014, 27 de octubre y SAP de Madrid de 7 noviembre de 2013 (EDJ 2013/291220).

²⁵⁴ Obviamente nos referimos aquí a una declaración en un plano interno societario, pues la declaración legal de la existencia o no del derecho solo puede hacerla el Juez.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

administradores si en el Acta no queda explícitamente recogida cual es la posición de la Junta²⁵⁵. Si esto que decimos es cierto, la consecuencia lógica es que será necesario que se haya debatido y acordado qué acción es la que no se quiere ejercitar; en definitiva, deberá existir un acuerdo de la Junta contrario al ejercicio de una acción concreta que igualmente quede identificada en el sentido y con los límites que ya han sido explicados.

Esto nos muestra una cuestión en modo alguno baladí pues, claramente, la norma estaría permitiendo a la minoría *soslayar* la voluntad de la mayoría. Esto ha suscitado muchas cuestiones desde el punto de vista mercantil en las que no nos podemos adentrar por exceder del ámbito de estudio quedando el lector remitido a estos estudios²⁵⁶. Desde una perspectiva estrictamente procesal, sin embargo, la cuestión tiene menor trascendencia. Es, en realidad, más simple, porque, si se ve, la remisión del párrafo segundo del Art. 10 LEC al Art. 239 LSC explica que el interés de orden público que justificaría la sustitución en este supuesto ha quedado reconducido por la norma mercantil al simple hecho de que la minoría adjunte a la demanda el Acta en la que se recoja el acuerdo contrario a la exigencia de responsabilidad.

Así, se nos muestra aquí una cuestión de enorme relevancia en nuestro estudio cual es la subsunción del interés legítimo de la minoría para el ejercicio de la acción a la existencia de un documento. Para la mejor comprensión de esta cuestión analizaremos el tema desde la perspectiva comparada. En concreto, nos referiremos a las jurisdicciones que estudiamos en la primera parte de esta tesis, el derecho alemán e inglés. Este estudio nos mostrará el alcance y trascendencia procesal de esta opción del legislador de lo que se extraerán las conclusiones oportunas.

Veamos:

Comenzando primero con el derecho inglés, vimos en su momento que la C.A de 2006 regula expresamente un trámite procesal previo para establecer *prima facie* la utilidad material, en definitiva, el interés legítimo que pudiera tener que el socio ejercite una

²⁵⁵ JUSTE MENCÍA, J. *op. cit.*, p. 156.

²⁵⁶ Por ejemplo, ha servido para rechazar cualquier necesidad de un acuerdo concreto, *Vid.*, ALFARO ÁGUILA -REAL, J. *¿Qué pasa cuando la Junta...?... Loc.Cit.*

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

acción que claramente no es voluntad de la sociedad ejercitar. Así, se centraba el problema en determinar si se podía justificar un interés (de orden público) suficiente para que un socio ejercitara la acción.

Para comprender el alcance de esta cuestión, debemos aquí hacer un inciso para dejar señalado que en el derecho inglés el derecho procesal y material evolucionaron de la mano²⁵⁷. Las normas procesales se fueron perfilando por los jueces según se creaba el derecho (la conocida como *common law*²⁵⁸). Ahora bien, como pasara en nuestro ordenamiento, y siendo una consecuencia lógica de la evolución de la ciencia jurídica, se detectó la existencia de un verdadero régimen procesal²⁵⁹. En el derecho inglés, con todos sus matices, esta distinción se hace norma cuando se abolen las *writs*²⁶⁰ y se regula una única *form of action*²⁶¹. Ahora bien, justamente por estas idiosincrasias, en el derecho inglés continuará existiendo una carga procesal del demandante de presentar al juez una

²⁵⁷ En Inglaterra los juristas, históricamente, se han formado en la práctica. Su formación se concentraba recurrentemente en los planteamientos de procedimiento y de las pruebas de las que dependía el éxito y la admisibilidad misma del ejercicio de una acción. Estas fueron las condiciones bajo las cuales fueron debatidas las categorías del derecho inglés.

²⁵⁸ DAVID, René y John E. BRIERLEY. *Major legal Systems in the world today*. 3ª ed. London: Stevens & Sons, 1985, pp.-308-391; también, *vid.* MERRYMAN, John Henry y Rogelio PÉREZ-PERDOMO. *The Civil Law tradition*. 3ª ed. California: Standford University Press, 2006, pp.1-5.

²⁵⁹ En nuestro caso, esta visión unitaria de la acción (entendida en términos generales como aquella en la que el primer concepto que debe tenerse en cuenta es el derecho del que la acción sería una simple prolongación), bien es sabido entró en crisis como resultado de la célebre polémica mantenida entre WINDSCHEID y MUTHER, durante los años 1856 y 1857. WINDSCHEID (*Die actio des römischen Civilrechts von Standpunkte des heutigen Rechts*, 1956, *passim* si bien especialmente pp 5 y ss) mantenía que la *actio* del Derecho romano tenía un significado bien distinto del término «acción» (*Klage*) y muy parecido al de «pretensión material» (*Anspruch*) o facultad de reclamar al deudor el cumplimiento de la obligación. Esta afirmación abrió la vía de lo que habría de ser la ruptura definitiva entre los conceptos de acción y derecho sustantivo que debemos a MUTHER (*Zur lehre von del Römischen actio*, 1857, pp.40-50) para quien la acción no era una pretensión material sino un auténtico derecho subjetivo que debería dirigirse para realizarse frente al Juez. En definitiva, con su obra quedarán diferenciados, el «derecho de acción» y «derecho subjetivo material». El derecho de acción se tendría frente al Estado y el segundo frente a un particular y tendría, por ello, naturaleza privada. Estas conclusiones terminaron con las teorías monistas o unitarias de la acción y dieron comienzo a las concepciones dualistas donde la acción se encuentra diferenciada del derecho sustantivo privado que le subyace.

²⁶⁰ Se trataba de un sistema procesal conformado por distintas *fórmulas* que permitían solicitar la tutela jurisdiccional de los derechos. Si existía el *writ* para la protección de un derecho el demandante podía recibir la tutela jurisdiccional; ello se explicaba coloquialmente con la frase "*no writ, no right*" (sin forma no hay tutela). En definitiva, era imprescindible para acceder a la tutela judicial la correcta elección de una de estas fórmulas (*writs*) diseñadas por los jueces según se hacía el *common law* (en términos comparados, la norma material) a través de sus decisiones, de ahí la íntima vinculación de los presupuestos materiales y procesales.

²⁶¹ Durante el siglo XIX, se aprobaron varias leyes que simplificaban el proceso y acceso a la justicia que fueron, poco a poco, dejando sin efecto los *writs*, si bien no fue hasta que se promulgó el *Common Law Procedure Act de 1852 (15 y 16 Vic., c. 76)* que se suprimieron totalmente haciéndose necesario -y por primera vez posible- percibir el derecho sustantivo que subyacía a las distintas acciones.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

prueba preliminar (previa) de que efectivamente se tiene un derecho material para poder acceder a la justicia²⁶², es decir, la pretensión judicial del derecho tiene siempre una naturaleza intrínseca al derecho sustantivo al que hace de referencia y que lo determina; en términos comparados, podríamos decir que se trataría de un concepto más próximo al de la acción en sentido concreto en su concepción menos atenuada. Por ello, aunque tras la abolición de las *writs* se detecta en el ordenamiento jurídico inglés una tendencia a la sistematización del derecho procesal, lo cierto es que la evolución fue y sigue siendo lenta lo que se nos muestra en las numerosas ocasiones en las que se regulan trámites previos de acceso al proceso, algo que nuestro ordenamiento contempla en muy contadas ocasiones y casi en exclusiva referenciados a procesos que pueden calificarse de documentarios.

Pues bien, de todo ello el caso de la *derivative action* es un ejemplo. El régimen legal prescrito por la norma, como se expuso en su momento, requiere al demandante (socio) justificar *prima facie* que existe un interés de orden público para el ejercicio de la acción la sociedad²⁶³. La sistemática del este acto procesal así como los requisitos y factores que debe tener en cuenta el juez para admitir o no a trámite la demanda vienen regulados en los Art. 260 y 261 del C.A de 2006²⁶⁴.

²⁶² BUCKLAND, W. W. y Arnold D.McNAIR. *Roman Law and Common Law*. 2ª ed. Revisado por F. LAWSON. Cambridge: Cambridge University Press, 1952. p. 409.

²⁶³ El juez tiene poderes amplios para decidir si es en el mejor interés de la sociedad que se inicie el pleito. DAVIS, Paul L. *Principles of Modern Company law*. 8ª ed. Sweet & Maxwell, 2008. ISBN 9780421949003. p.614

²⁶⁴ Los requisitos de dicho trámite se han explicado recientemente en la sentencia *Saatchi v Gajjar and Another* [2019] 3472 EWHC. Señala la resolución qué factores deberá el juez tener en cuenta para admitir o no la demanda a trámite; en definitiva, se explica que el juez deberá examinar si hay indicios de que el socio está actuando de buena fe al ejercitar la acción, y/o si en realidad lo que pretende es conseguir un efecto favorable a sus propios intereses que no necesariamente son los de la sociedad. La decisión se hace depender de hechos particulares de cada caso si bien, se señala en la resolución judicial que existen una serie de factores objetivos a tener en cuenta que se resumen como sigue: el demandante (socio) al interponer la demanda que correspondía a la sociedad lo hace de buena fe; el ejercicio del derecho no tiene un impacto negativo en la actividad de la sociedad (en el caso enjuiciado el demandante era administrador y el único cliente de la Compañía); no es posible resolver el conflicto ejercitando otro tipo de acciones menos invasivas (por ejemplo, la acción individual, la acción de reclamación por enriquecimiento injusto en virtud del Art. 994 del CA de 2006, o una petición de liquidación de una empresa en virtud de la Ley de Insolvencia de 1986). Teniendo todo ello en cuenta, se concluye que la acción ejercitada contra un director por hechos acontecidos durante un período en el que tenía el control total de la empresa, justificaban el ejercicio de la *derivative action* tal y como se pretendía por el socio pues solo de esta forma se podía obtener la tutela del derecho de la sociedad. Otro factor que se tuvo en cuenta a la hora de admitir la demanda fue que el ejercicio de la acción no creaba un peligro para sociedad en relación con gastos o costas procesales que no pudiera asumirse por ésta. En este caso, se tuvo en cuenta que se había acordado entre el socio demandante y la sociedad que esta solo pagaría las costas legales en caso de que la demanda tuviera éxito. En base a estos criterios, el tribunal autorizó al socio a continuar con la acción.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

En lo que se refiere al derecho alemán, vimos en su momento que en la norma material se establecían ciertos requisitos de naturaleza procesal, para que la minoría pudiera quedar *legitimada* para el ejercicio de la acción. Igual que ocurre en el derecho inglés, la norma alemana exige que se acredite por el socio un beneficio objetivo para la sociedad en la prosecución del proceso. Como vimos, el juez examinará -en un trámite procesal previo de admisión de la demanda - la conveniencia de que la acción de la sociedad se ejercite por persona distinta a esta debiendo sopesar para ello el derecho de los socios a defender los intereses de la sociedad (indirectamente los suyos), con la negativa del órgano de supervisión de ejercitar la acción en representación de la sociedad y el riesgo de que se interponga la acción en abuso del derecho²⁶⁵.

Desde una perspectiva procesal se trata, en definitiva, de que, en el trámite procesal previo a la demanda, los socios deberán justificar que existe un beneficio objetivo (un interés legítimo) para que **los intereses de la sociedad se defiendan en el proceso por un tercero a pesar de la negativa de sociedad a hacerlo.**

Pues bien, la exposición de estas normas nos muestra, por comparación (Art. 239 LSC), que nuestro legislador optó por regular los requisitos necesarios para la *derivative action* de otra forma. Vemos, pues, que nuestra norma solo exige al socio, el sustituto procesal, en el caso que estamos tratando, acreditar que existe un acuerdo contrario al ejercicio de la acción. Dicho de otra forma, las condiciones para el ejercicio de la acción se han limitado en nuestro ordenamiento para este supuesto a dos: ser una minoría y acreditar que existe un acuerdo contrario a exigir la responsabilidad. Se interprete como se interprete, lo importante es ver que nuestro legislador ha establecido que ese *interés legítimo* se deduzca en el proceso si la minoría alega y aporta, es este caso concreto, junto a la demanda, el Acta de la Junta del que se colija el acuerdo por el que se decide por mayoría no exigir judicialmente la responsabilidad al administrador.

²⁶⁵ En este caso, el juez solo admitirá a trámite la demanda si entre otras cuestiones, se acredita que se pidió por los socios a la sociedad que interpusiera la demanda y no lo hizo en un plazo razonable y si de la fundamentación de la petición se puede inferir que la sociedad sufriría una pérdida patrimonial por la contravención de las normas legales o estatutarias por el consejo director sino se restaura el orden.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Por tanto, si no se alegara por la minoría la existencia del acuerdo o no se justificará su existencia, aportando el Acta - único documento admisible para acreditar el hecho habilitante- el juez podrá deducir en un juicio lógico que no existe tal interés legítimo en el ejercicio de la acción en sustitución procesal. Las consecuencias que eso tiene el proceso serán estudiadas más adelante.

Para cerrar este apartado, todas aquellas cuestiones procesales expuestas y resueltas para el caso de que exista un acuerdo favorable al ejercicio de la acción social, y se produzca la falta de aportación en el juicio del Acta, deben tener, en el supuesto que hemos estudiado ahora, el mismo tratamiento procesal y en el sentido explicado, por lo que nos remitimos a cuanto se dijo en su momento y se ha señalado en el apartado anterior.

Creemos, no obstante, que es interesante exponer, aunque sea brevemente, los factores que actúan como correctores en nuestro ordenamiento para evitar demandas fraudulentas:

El primero lo encontramos en el hecho de que la minoría, como sustituto procesal, deberá ejercitar solo la acción que la sociedad haya rechazado ejercitar, por eso decíamos es esencial que ese acuerdo tuviera un contenido concreto que debe ser el mismo que cuando la Junta acuerda el ejercicio de la acción social. La única diferencia es que la sociedad, en este caso, no está manifestando su voluntad de ejercitar una acción sino justamente lo contrario.

El segundo factor, que en cierta manera limita, corrige o protege a la sociedad de una posible demanda abusiva de la minoría, lo encontramos en el Art. 239.2 LSC (modificación publicada el 4 de diciembre de 2014) y que (citamos textualmente) dice «en caso de estimación total o parcial de la demanda, la sociedad estará obligada a reembolsar a la parte actora los gastos necesarios en que hubiera incurrido con los límites previstos en el artículo 394 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, salvo que esta haya obtenido el reembolso de estos gastos o el ofrecimiento de reembolso de los gastos haya sido incondicional». Esto es, la sociedad estará obligada a reembolsar el gasto en que hubiera incurrido la minoría cuando la sentencia sea estimatoria de las pretensiones, lo que se explica porque, *a priori*, aunque sea desde un punto de vista

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

objetivo, esta sentencia es beneficiosa para la sociedad, o si se quiere, para ser más precisos, porque la sentencia estimatoria vendrá a decir que efectivamente existía un derecho de la sociedad a la indemnización que, en definitiva, vendría a restaurar el orden jurídico; ello significa, contrariamente, atendiendo a criterios interpretativos (Art. 3 CC), que no lo estará en caso de que se desestime la demanda interpuesta por la minoría, por lo que los gastos correrían a cargo de esta minoría demandante. Consideramos que este factor indudablemente actúa como un *revulsivo* de demandas abusivas.

3.3. Que los administradores no convoquen la Junta solicitada por los socios a fin de aprobar el ejercicio de la acción de responsabilidad. Problemática procesal.

El caso presenta otras complejidades por cuanto, al no haberse convocado la Junta solicitada por los accionistas, no se ha manifestado la voluntad expresa de la sociedad a favor o en contra de ejercitar una acción concreta y no existe, por tanto, un Acta en la que se haya limitado o *dibujado* la acción que la minoría podría ejercitar en sustitución²⁶⁶.

Este supuesto ha servido a la doctrina mercantilista para negar la necesidad de un contenido mínimo del acuerdo.

En nuestra opinión, este supuesto que habilita a la minoría a ejercitar la acción social aun cuando no se haya delimitado por la Junta cual sea la voluntad de la sociedad, no existiendo por tanto límites expresos para la expropiación, no debe llevarnos a negar que, al menos, en los demás supuestos sí deba exigirse procesalmente la concreción de la acción en el acuerdo de la Junta.

²⁶⁶ La posibilidad de que los administradores se nieguen a convocar la Junta a estos efectos o con la finalidad de tratar cualquier otro asunto, ex artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital, ha sido ampliamente debatida por la doctrina mercantil a la que nos remitimos; por ejemplo, JUSTE MENCIA, J., (En: *Los «derechos de minoría», ob. cit.*, pp. 229 a 255) considera que los administradores conservarían la facultad de rechazar la solicitud o modificar algunos de sus puntos, en aquellos casos en los que la convocatoria de la Junta pueda razonablemente dañar el interés social. En cualquier caso, ello es indiferente aquí, porque en lo que al proceso concierne, el hecho es que, sea por las razones que sean, no se ha convocado. El único requisito que la norma exige es que la solicitud de convocatoria lo sea *a tal fin*: el de acordar o rechazar entablar la acción social.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

La explicación, en realidad, se nos muestra cuando tenemos en cuenta cuanto se ha dicho y explicado por comparación con el derecho inglés y alemán, a saber, que nuestro legislador ha optado que la cuestión del *interés procesal* quede delimitada legislativamente, admitiéndose la legitimación de la minoría si se da el supuesto recogido en la norma; en este caso, será suficiente haber solicitado la convocatoria de la Junta al efecto de que se acuerde el ejercicio de la acción.

Al respecto, CABAÑAS GARCÍA explica que en el proceso, cuando el *legitimado indirecto* (en nuestro caso la minoría) «delimita el objeto de la demanda, configurando los términos del debate, se debe (...) presuponer el otorgamiento tácito (a veces ficticio, en cierta forma) de la aquiescencia del titular del derecho material a ese ejercicio del mismo»²⁶⁷; en otras palabras y aplicado al caso que nos ocupa, puede decirse que cuando la minoría ejercita la acción social en este supuesto «se presume que aquello que solicita en la demanda equivale justamente a lo que habría pedido el titular material, mientras no haya constancia de alguna indicación de distinto tenor dada por este último»²⁶⁸. Esto es, en este caso, sería suficiente que la minoría *acreditara* que se ha solicitado la convocatoria de la Junta a tal fin²⁶⁹.

Que de ello pudiera resultar que, en este supuesto, la minoría parece tener más libertad para *configurar* o delimitar la acción no modifica, en nuestra opinión, su tratamiento procesal. Cuestión distinta es que este resultado pueda resultar inadmisibile desde un

²⁶⁷ CABAÑAS GARCÍA, J.C. *op. cit.*, pp. 279-280.

²⁶⁸ *Idem.*

²⁶⁹ En cualquier caso, no se puede perder de vista que, en el campo del derecho procesal, donde predominan las situaciones jurídicas sobre las relaciones jurídicas, la carga juega un papel importantísimo, no existen obligaciones frente a los poderes sino poderes frente a las cargas, posibilidades que nos dan expectativas o perspectivas de actuar o de obtener beneficios o evitar perjuicios. Por eso, en definitiva, cuando la minoría solicita la convocatoria de la Junta para que se debata y acuerde el ejercicio de la acción social de responsabilidad de un administrador concreto por acciones u omisiones también concretas en el ejercicio de su función, el órgano de administración societario no está obligado a nada, pero sí se le abre un abanico de posibilidades de propiciar beneficios o evitar perjuicios, y es evidente que esa solicitud pone al órgano de Administración societario en la situación jurídica de asumir la carga de convocar, permitiendo a la Junta decidir sobre el ejercicio o no de la acción, o sufrir los perjuicios de no convocar, asumiendo las consecuencias de no hacerlo, entre las que está, es obvio, que esa minoría podrá interponer la acción de responsabilidad social, teniendo, digámoslo así, la ventaja procesal de no estar atada a un acuerdo societario concreto, con sus límites y efectos preestablecidos por la propia sociedad, o pedir la convocatoria judicial de acuerdo con lo que se establece en el Art. 169 LSC, con lo que, incluso, el juego de las cargas se amplía para reforzar nuestra tesis de que, en definitiva, el órgano de administración, si no asume sus posibilidades, se aboca a sufrir los perjuicios que se deriven legalmente de su inactividad.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

punto de vista mercantil. En nuestra opinión, la modificación o límites que sean necesarios o se consideren relevantes para evitar este resultado, deben plantearse en la revisión del derecho material, y no del procesal²⁷⁰.

En cualquier caso, como la ley indica que la solicitud de convocatoria debe serlo *a tal fin*²⁷¹ se deduce que la norma exige que esa solicitud de convocatoria se haga concretando qué acción (en los términos examinados y estudiados) es sobre la que debe debatirse; solo así, podrá tenerse la solicitud, necesariamente hecha notarialmente²⁷², como elemento habilitante para el ejercicio de la acción que podrá someterse al mismo tratamiento procesal que hemos señalado para el Acta.

Nos damos cuenta de que imponer la carga a la minoría de delimitar (en el requerimiento notarial) el ejercicio de qué acción es el que quiere se someta a votación no soluciona las objeciones desde la perspectiva material: que la minoría disfruta de *libertad* para configurar el objeto de la demanda. Sin embargo, creemos, que, de esta manera, la minoría tendría que hacer un ejercicio previo para delimitar la demanda concreta que quiere que se ejercite por la sociedad lo que unido a la doctrina de los actos propios exigiría para la admisión a trámite de la demanda, la concurrencia entre la acción que la minoría considera debía ejercitarse contra el administrador según se propone en la solicitud de convocatoria de la Junta y la que finalmente se ejercite. Ello, además, daría a la sociedad cierto margen

²⁷⁰ En definitiva, no es objeto del derecho procesal corregir la norma material sino de ofrecer un cauce para la tutela de los derechos que en su aplicación se crean; es decir, se limita a darle procedibilidad. En este caso concreto a lo más que llega el juego procesal es a exigir que la minoría solicite la Junta (requerimiento notarial) y que acredite que no se ha convocado, eso sí, en los plazos que dice la ley. Vid., SAP de Alicante nº 147/2002, 20 de marzo (ES:APA:2002:1265)

²⁷¹ Desde un punto de vista puede parecer extraña la exigencia si nos damos cuenta de que podría someterse a debate en cualquier momento. Obsérvese que, aunque la competencia para convocar judicialmente la Junta general recae de forma general en el órgano de Administración (Art. 166), es posible que en ciertas ocasiones la minoría puede solicitar que se convoque la Junta general (Art. 168 y 238 ambos de la LSC). En el caso de que el socio ejercite su derecho de solicitud y la Junta no se convoque dentro del plazo legal o estatutariamente, cualquier socio, también la minoría podrá solicitar la convocatoria (Art. 169 LSC), previa audiencia de los administradores, al secretario judicial o Registrador mercantil del domicilio social de conformidad con lo dispuesto en el Art. 170 LSC. Esta opción permite la minoría a obtener un acuerdo expreso con la delimitación del objeto de la demanda según se ha explicado. Pensamos que las buenas prácticas debieran exigir que los socios acudan a este trámite previo lo que pondría a los Administradores ante la obligación de asumir sus cargas jurídicas.

²⁷² JUSTE MENCÍA, J. (*op. cit.* p. 150) recuerda la necesidad de que la solicitud debe hacerse cumpliendo el requisito formal de solicitar la convocatoria mediante requerimiento notarial e incluir, entre las materias que componen el orden del día, la aprobación del acuerdo de iniciar la acción social de responsabilidad contra los administradores.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

de maniobra para corregir cualquier desviación que estuviera originándose en la defensa de sus intereses.

A modo de conclusión, podemos ver que cuando no hay acuerdo de la Junta, porque no se ha celebrado la Junta solicitada, la voluntad de la sociedad se *presume* porque al solicitarse la convocatoria por la minoría– en la que ya hemos dicho deberá concretarse la acción - y ante la inacción de sus administradores, nada habría hecho la mayoría; se trata de una situación en la que puede presumirse que aquello que se solicita en la demanda por el sustituto procesal equivale justamente a lo que habría pedido el titular material, al no existir constancia de alguna indicación de distinto tenor dada por este último²⁷³.

Los factores que actúan como correctores de posibles demandas fraudulentas son los mismos que enumerábamos en el Apartado 3.2 de este Capítulo al que nos remitimos.

3.4. El supuesto de la acción de deslealtad. Problemática Procesal.

Con la modificación de 2014 se introdujo en el apartado segundo del Art. 239.1 LSC un cuarto supuesto que facultaría a la minoría para el ejercicio de la acción social, a saber: el que faculta al socio o los socios que conformen una minoría para ejercitar *directamente* la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad sin necesidad de someter la decisión a la Junta general.

La doctrina mercantil explica que esta elección del legislador se debe a la reforma necesaria y absolutamente profunda de los deberes del administrador (Art. 227 al 230 LSC) siendo un fiel reflejo de la importancia que el legislador ha querido dar al respeto²⁷⁴.

²⁷³ CABAÑÁS GARCÍA, J.C. *op. cit.*, p 279-280.

²⁷⁴ Si se ve, en estos artículos se muestran tres niveles diferenciados de responsabilidad en torno a las actuaciones desleales: el primero es el que se recoge en el Art. 227.1 LSC donde se establece de forma general la obligación de los administradores de «*desempeñar su cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad*», el segundo, sería el Art. 228 en el que se recogen de forma deliberadamente abierta (no en vano se intitula *Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad*) una serie de obligaciones básicas del administrador relativas a su deber de lealtad; y, el tercer nivel correspondería al regulado desde el apartado e) del Art. 228 y hasta el Art. 230 LSC (ambos inclusive) en los que se exponen situaciones más concretas de actos potencialmente desleales.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

De entre las muchas cuestiones que ha suscitado esta opción: por ejemplo, el de si la tipificación expresa del enriquecimiento como injusto supone una acción autónoma de responsabilidad del administrador²⁷⁵, o si el régimen de atribución directa del ejercicio de la acción puede ser ampliada a otras acciones también fundamentadas en la deslealtad del administrador, en concreto aquellas del Art. 232 LSC²⁷⁶, la que a nosotros nos interesa es el alcance del significado que tiene en el proceso que la norma haya facultado a la minoría a ejercitar directamente la acción, porque, en efecto, la doctrina científica y, en cierto modo, la jurisprudencia han calificado el ejercicio de esta acción como directa en contraposición con la calificación de subsidiaria con la que se refieren al ejercicio de la acción social en el resto de los supuestos y, si bien es cierto que no se puede inferir que de ello se deduzca un cambio de criterio en cuanto a que la legitimación extraordinaria de la minoría, debemos detenernos en este punto, por la poca claridad que de tales afirmaciones se desprende.

²⁷⁵ *Vid, Supra Nota (168)*

²⁷⁶ La cuestión no está exenta de polémica. Sin embargo, salvo error, por ahora, una posición mayoritaria de la doctrina mercantil, siendo también el criterio de jueces y tribunales, entiende que la interpretación correcta de la norma es que la atribución directa de legitimación a los socios para ejercitar la acción de responsabilidad por incumplimiento del deber de lealtad tiene un marcado carácter excepcional no siendo posible ampliar dicha posibilidad a las acciones del Art. 232 LSC. *vid* JUSTE MENCÍA, J. *op. cit.*, p. 165 también, *Idem*, “Art. 227. Deber de lealtad”, en Juste Mencía, J. (coord.), *Comentario a la reforma del régimen de sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (sociedades no cotizadas)*, Navarra, Civitas Thomson Reuters, 2014, p. 374; en contra, GARCÍA-VILLARRUBIA se muestra a favor de una interpretación más amplia y de un cambio de criterio (En: *La legitimación activa en la exigencia del deber de lealtad*. 2019, Revista de Derecho Mercantil, n.º 72). Dice el autor que «el artículo 239.1 II LSC guarda silencio sobre las acciones de los artículos 227.2 y 232 LSC porque nada tiene que decir: el régimen de legitimación de la minoría es común a todas esas acciones y tiene como finalidad última conceder a los socios que reúnan el porcentaje necesario para pedir la convocatoria de junta general, la facultad de acudir directamente a los tribunales para ejercitar esas acciones. Por tanto, los artículos 227.2 y 232 LSC se limitan al reconocimiento de las acciones, mientras que su régimen procesal es común al de la acción de responsabilidad y se rige por las normas reguladoras de ésta, entre las que se encuentra el artículo 239.1 II LSC», también, MASSAGUER FUENTES, José (En: “A vueltas con el art. 232 LSC”, en *Almacén de Derecho* [en línea] 3 de mayo de 2018. Disponible en: <https://almacenederecho.org/vueltas-art-232-lsc>) explica que es « preferible una lectura más incisiva del sentido que en este contexto posee en realidad el silencio del Art. 232 LSC sobre la legitimación activa de los socios, como es la que se apoya en una interpretación sistemática y ajustada a la lógica exigencia hermenéutica de dotar a la norma de la efectividad práctica que sea conforme a sus fines. Y, leído el Art. 232 LSC desde esta otra perspectiva, la falta de referencia a la legitimación activa de los socios se revela como pura apariencia: la norma en efecto calla sobre esta cuestión, pero lo hace porque nada ha de decir al respecto puesto que ha sido abordada y resuelta (satisfactoriamente) en el Art. 239.1 II LSC»

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Desde nuestro punto de vista, la acción de la minoría en este caso no debería calificarse como directa si con ello, como parece se dice por algún sector, lo que se está diciendo es que su legitimación es directa.

Si nos damos cuenta, el tenor literal de la norma nos muestra que para lo que la minoría queda facultada es para ejercitar la acción social sin tener que cumplir un plazo de espera, sin necesidad de que exista un acuerdo previo de la junta a favor o en contra de exigir la responsabilidad o solicitar la convocatoria de la Junta a fin de que se debata y vote el ejercicio de la acción social de responsabilidad. Así, la legitimación de la minoría, en este supuesto concreto, sigue siendo una extraordinaria por sustitución procesal (véase que se sigue ejercitando un derecho ajeno en nombre propio) aunque el requisito habilitante sea exclusivamente que fundamente su demanda en la infracción del deber de lealtad. Es decir, en este supuesto, si así lo quiere la minoría, si la sociedad no lo ha hecho antes, podrá expropiar la acción.

Como se ve, los requisitos habilitantes para que se la minoría quede legitimada son, en este caso, solo dos: el primero, conformar una minoría; y, el segundo, que esa minoría, así conceptualizada, ejercite una acción fundamentada en la infracción del deber de lealtad del administrador. Siendo así, vemos que la acción ejercitada por la minoría sería rechazada no solo por la inexistencia, por ejemplo, del daño, sino, previamente, si el juez no puede deducir en un juicio lógico que la demanda se fundamenta en el hecho antijurídico de infracción del deber de lealtad del administrador.

Si se examina bien nuestro tema, en este caso se nos muestra relevante aquella cuestión que tratamos sobre la calificación del hecho a propósito de nuestro estudio del contenido concreto y los elementos de la *causa petendi*²⁷⁷.

Sigue siendo aquí nuestro criterio que la calificación no es - ni puede ser - un elemento de la acción, si bien, en este caso, sí será necesario que la minoría *califique el hecho*

²⁷⁷ Vid., *Supra* Capítulo Tercero, Apartado 3.2.2.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

antijurídico - entendida aquí esa calificación como elemento de la alegación del hecho para poder acreditar después, el hecho habilitante de su legitimación (la existencia de su legítimo interés en defender el derecho ajeno) que, en el ejercicio de la acción en este supuesto, no es otra cosa que la demanda esté fundamentada en la infracción del deber de lealtad por el administrador; es decir, deberá alegar en la demanda, *ab initio*, que ejercita una acción fundamentada en la infracción del deber de lealtad.

Así, si la minoría nada dijera en su demanda, el juez podrá inadmitir la demanda a trámite por tratarse de una cuestión evidente de falta de legitimación²⁷⁸, o, desde otro punto de vista, porque existe un defecto en el modo de proponer la demanda en aplicación del Art. 416.1. 5º juntamente con el Art. 424 y 425 todos de la LEC. El defecto jurídico es que no puede mantenerse que la minoría sustituye procesalmente a la sociedad en el ejercicio de la acción querida por esta por no darse los requisitos para ello impuestos por la ley: fundamentar- lo que solo se puede hacer alegando²⁷⁹ - su demanda en la infracción del deber de lealtad. Consideramos que esta solución evitaría la necesidad de desarrollar el pleito en su integridad cuando es evidente que, si no se alega el hecho legitimante en la demanda, por el juego de las normas preclusivas procesales, la minoría no podrá alegarlo en un momento posterior; pero es que, además, tampoco podrá probar el hecho no alegado y por tanto incontrovertido (Art. 426 LEC).

²⁷⁸ Vid, MORENO CATENA, V. *Parte general*. (con Valentín Cortés Domínguez) ... *op. cit.*, 101-102. Explica el autor que «la legitimación debe merecer (...) un tratamiento procesal propio cuando no se afirma o, (...) cuando aparece negada desde la propia demanda. En estos casos (...) se pone de manifiesto *in limite litis* la falta absoluta de legitimación, hasta el punto de que la evidencia permite apreciarla sin necesidad de que se siga el proceso por todos sus trámites. Entonces la legitimación, sin alterar su naturaleza, recibirá un tratamiento de presupuesto procesal, que podrá ser apreciado de oficio por el juez en la audiencia previa al juicio o a la vista». Continúa explicando el autor que «(...), cuando la legitimación aparece negada en la propia demanda (de forma implícita o explícita), no se afirma en los casos en que sea necesarios» (nos parece a nosotros que el supuesto examinado es uno de ellos)« (...) puede ser denunciada por el demandado y resulta como cuestión procesal, de modo que su apreciación se hará por medio de Auto que pondrá fin al proceso, archivando las actuaciones». Asimismo, si nos damos cuenta, el juego procesal de la preclusión de los actos impediría en este caso corregir la falta de alegación pues claramente siendo un elemento esencial que determina la legitimación, hacer este tipo de alegación en la Audiencia Previa alteraría el fundamento de la demanda expuesto en el escrito (Art. 426 LEC)

²⁷⁹ Dice literalmente la norma «El socio o los socios (...), podrán ejercitar directamente la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad sin necesidad de someter la decisión a la junta general» (las negritas son nuestras) .Es decir, si no fundamentan su demanda en la infracción de dicho deber, no puede ejercitar la acción; y por eso decimos, que deberá alegar para que se tenga por fundada la acción que se ejercita la acción por la infracción del deber de lealtad del administrador.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Si la minoría adujera en su demanda que comparece legitimada porque pretende un derecho nacido de la infracción del deber de lealtad, no cabe, en nuestra opinión tratamiento procesal alguno. En este caso, la cuestión deberá examinarse como una de fondo. En el caso de que el juez desestimara la demanda por no darse el supuesto de legitimación activa en sustitución procesal (pongamos que no se acredita que el hecho es uno antijurídico desleal) la materia (el conflicto) quedaría imprejuizada.

Todo ello plantea no pocas cuestiones desde un punto de vista práctico pues, obviamente, existen zonas grises ya que la pretendida diferenciación legal de los hechos que constituyen acciones desleales no es tal, en realidad, en la vida societaria. La cuestión pues es una que solo puede analizarse caso por caso. Pero en nuestra opinión, justamente ello muestra la necesidad de que la minoría, en este supuesto, califique *ab initio* el hecho antijurídico; si no lo hace, en nuestra opinión, deberá inadmitirse de plano a trámite la demanda.

CAPÍTULO SEXTO.- TRATAMIENTO PROCESAL DEL CARÁCTER O CUALIDAD DE MINORÍA

1. Planteamiento
2. Cualidades procesales de la minoría. Tratamiento procesal. La capacidad.
Problemática.
 - 2.1. Minoría unipersonal
 - 2.2. Minoría plurisubjetiva.
 - 2.3. Una única acción y una sola parte actora. Su carácter o cualidad. La problemática de su subsanación.
3. La actuación procesal de la minoría: la inexistencia de litisconsorcio necesario.
4. La actuación procesal de la minoría. – Especial referencia al desistimiento.
5. Pérdida de la cualidad o carácter de minoría durante el proceso.

1. Planteamiento.

Cuando nos hemos referido a los requisitos habilitantes para el ejercicio de la acción social de responsabilidad por los socios, hemos señalado que uno de ellos, común a todos los supuestos, es que un socio o varios socios conformen la *minoría*.

La *minoría* se establece en la norma como un concepto jurídico que tiene entidad propia al que nos hemos referido como parte procesal y legítima en el proceso para la reclamación de responsabilidad social a los administradores. En el caso que estudiamos se trata, en realidad, de un concepto procesal pues, tal como está configurada en la Ley - en concreto en los artículos que examinamos-, no existe o no tiene virtualidad fuera del proceso; en otras palabras, la *minoría*, desde la perspectiva que estudiamos, solo cabe que exista para demandar a los administradores por daños producidos a la sociedad.

Desde este punto de vista, corresponde ahora examinar cuál sea la *cualidad* de *minoría* en el proceso; entendida la *cualidad* como el conjunto de elementos que hacen del socio o los socios una *minoría* a los efectos queridos por la norma procesal.

Sin embargo, si hacemos un repaso de nuestra legislación, más allá de lo que es expresión de que la *minoría* es un porcentaje del capital social, no hay nada que nos dé pautas de interpretación que puedan ser útiles en nuestro estudio para saber el *qué* y el *cómo* de la *minoría* de la que nos habla el Art. 239 LSC que puede intervenir en el proceso en beneficio de la sociedad. Sin olvidar, es verdad, que sabemos- y no es poco- lo que hemos venido repitiendo en este trabajo: que, en determinadas ocasiones, eso que llamamos *minoría*, puede estar válidamente en el proceso y puede ejercitar en este, en nombre propio, un derecho ajeno (el de la sociedad).

En el capítulo anterior hemos analizado, desde el punto de vista del Derecho Procesal, lo que significa que esa entidad, la *minoría*, teniendo el poder de disposición de un derecho ajeno (de la sociedad), lo ejerce en el proceso; y ahora nos toca comprender y explicar

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

cómo es posible que eso que la Ley llama minoría pueda estar válidamente en el proceso como parte ejercitando el poder de disposición de un derecho de la sociedad; e igualmente nos toca estudiar y determinar cómo debe hacerlo.

Obsérvese, y es importante como factor delimitador, que el concepto de *minoría* que nos da la Ley no impone necesariamente que, digámoslo así, esa minoría sea *plurisubjetiva*, porque lo único realmente relevante es que, sea unipersonal o plurisubjetiva, *posea* una participación que le permita solicitar la convocatoria de la Junta.

Pues bien, con estas consideraciones de carácter general nos adentramos en el estudio de la capacidad procesal de la minoría.

2. Cualidades procesales de la minoría. Tratamiento procesal. La capacidad. Problemática.

En principio, al no determinarse nada en la Ley tenemos que llegar a la conclusión, como se ha dicho, que la minoría puede alcanzarse/conformarse con un único socio o con varios de ellos, tantos como sean necesarios para llegar al porcentaje de representación social querido por la Ley. Por eso podemos hablar de dos tipos de minoría:

2.1. Minoría unipersonal.

Estos son los supuestos en los que la *minoría* se conforma con un único socio. Siendo por necesidad legal los socios (ya hemos explicado cuales) personas, bien físicas o jurídicas (Arts. 12 y 19 LSC, por todos), el socio que componga la minoría tiene *personalidad* y, en su caso, capacidad *de estar en juicio* solo por el hecho de que es persona en el pleno ejercicio de sus derechos.

Ahora bien, como se está diciendo, el socio por el hecho de serlo no *tiene* la acción de responsabilidad social, sino que necesita, además, actuar como *minoría*; así, junto a la cualidad de socio, tendrá que alegar y probar la cualidad de ser o componer una *minoría*

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

social; esto es, que posee una participación de al menos 5% del capital social (3% en el caso de las sociedades cotizadas) sin necesidad del concurso con otras personas²⁸⁰.

Se trata, pues, de una condición legitimante que afecta al fondo (no a la personalidad ni a la capacidad procesal de la persona) y que se tiene que decidir en la sentencia; es decir, es posible que el administrador haya causado un daño a la sociedad, que la sociedad se muestre de cualquier forma inactiva ante este hecho, pero si el socio no conforma una minoría y no actúa como tal, no podrá expropiar la acción; carecería, nos dice la norma, de legitimación.

Pues bien, a pesar de ello, podemos cuestionarnos que, tal como veremos más adelante, quizá mereciera estudiar si debe tener este problema un tratamiento de forma para los casos en los que no se acredite por el socio en la demanda su cualidad de minoría.

2.2. Minoría plurisubjetiva.

Distinto es el problema cuando para conformar la minoría se necesita del concurso de varias personas; es decir, cuando la minoría se conformada por dos o más personas que conjuntamente poseen la participación reglada.

Este concurso de socios, si forma una minoría podrá entablar la acción social si, además, se da alguno de los supuestos que hemos llamado de inactividad o pasividad de la sociedad. Por la importancia conceptual que ello tiene, debe señalarse que la Ley ya no habla de *entablar conjuntamente la acción de responsabilidad en defensa del interés social* (ex, Art. 134 LSA), sino de que los *socios conjuntamente posean* el capital social requerido: esto es, se conformen en minoría. En nuestra opinión, ello permite partir de la idea, como se verá de seguido, de que la ley no regula el ejercicio conjunto de la acción

²⁸⁰ La doctrina moderna en su mayoría admite que esta minoría se conforme también por socios sin derecho a voto por lo que el límite o prohibición de los socios para conformar esta minoría está, por aplicación de la doctrina de los actos propios, en aquellos socios que se hubieran opuesto en la Junta a la exigencia de responsabilidad. e.g. *vid*, JUSTE MENCÍA. J. *op. cit.* pp. 158 – 160.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

por los socios que conformen una minoría, sino que la minoría es, en sí misma, la parte procesal del proceso.

Por eso, cuando la ley impone *una titularidad conjunta* de un determinado derecho, está estableciendo un régimen especialísimo de titularidad jurídica que conviene analizar.

Es evidente que ese *conjunto* de personas, de socios, no tiene personalidad jurídica independiente de la propia, pero, sin embargo, sin que ninguno de ellos por sí mismo cubra el mínimo del porcentaje de capital social exigido, sí pueden estar con plena capacidad en el proceso para ejercitar el derecho de la sociedad.

El caso que estudiamos no es desde luego ninguno de los contemplados en alguno de los puntos que se regulan en el Art. 7 LEC (supuestos que enumeran las personas que pueden comparecer en juicio); tampoco el Art. 233.1 LSC admite que la minoría pueda representar en juicio o fuera de él a la sociedad. Es decir, no estamos antes un caso de representación ordinaria y/o extraordinaria, porque, como se ha dicho, no estamos en presencia de una persona física o jurídica, ni de una masa patrimonial o de entidades sin personalidad, ni de grupos de consumidores o afectados, por los que pueda actuar un representante.

En nuestro caso, se trata de personas - todas ellas con personalidad y capacidad procesal - que solo pueden actuar procesalmente si *conjuntamente* poseen el porcentaje del capital social establecido en la ley y se conforman como minoría antes o al interponer la demanda; en definitiva, aunque la ley parece haber modificado el sentido (en un principio se decía *entablar conjuntamente*²⁸¹ y en la última redacción de la norma, de *poseer conjuntamente*²⁸²), lo cierto es que solo pueden *actuar conjuntamente*. A ello se ha referido la doctrina, aunque en el ámbito del estudio de la acción de impugnación social, como la *legitimación reforzada*²⁸³.

²⁸¹ Art. 134 LSA de 1989 y ex Art. 80 LSA de 1951.

²⁸² Art. 239 LSC.

²⁸³ ÁLVAREZ SÁNCHEZ de MOVELLÁN.P. *op. cit.*, p. 171.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Pues bien, en este punto, debemos acudir a los estudios sobre el litisconsorcio necesario²⁸⁴. Por ejemplo, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. analizó la necesidad de actuación conjunta en el proceso en aquellos casos que VON THUR denominaba *comunidad unitaria*²⁸⁵ (cuando el derecho pertenecía a varios - no por cuotas como en la comunidad de tipo romano - de forma conjunta como en la comunidad germánica). En estos casos todos debían estar en el proceso, ejercitando la acción y llevando a cabo de forma conjunta todos aquellos actos en el proceso que implican disposición del mismo y que no son personalísimos.

En el caso que estudiamos, se crea una comunidad unitaria pues, con las matizaciones que se harán en su momento en cuanto a la existencia de litisconsorcio necesario, el poder de disposición del derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios producidos por los administradores no se confiere a uno u a otro socio, sino a aquellos socios, que, de forma conjunta, alcanzan el porcentaje de participación en la sociedad querido por la Ley, con independencia de lo que cada uno de ellos aporte para cubrir ese porcentaje mínimo. **El poder de disposición no es múltiple, sino único, ejercitado necesariamente de forma conjunta.**

En este caso de pluralidad subjetiva, todos los socios deben tener por sí mismos la personalidad y capacidad procesal para estar en juicio, pero solo si poseen y representan conjuntamente el capital exigido pueden ejercitar la acción de responsabilidad social en condiciones de ser examinada por el juez; en definitiva, lo que prescribe la ley es que necesariamente tienen que actuar conjuntamente para ejercitar la acción de responsabilidad.

2.3. Una única acción y una sola parte actora. Carácter o cualidad de la minoría. La problemática de su subsanación.

²⁸⁴ Vid, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *El litisconsorcio... op. cit.*, pp. 380 y ss y GONZÁLEZ GRANDA, P. *El litisconsorcio, op. cit.*, p. 109 y ss y p. 213.

²⁸⁵ VON THUR, Tratado de las obligaciones (trad. Esp.), 1934, Tomo II, pp. 250 y ss; vid., también VON THUR, Derecho civil. Teoría General del Derecho Civil alemán (trad. Esp.), 1946, pp. 104 y ss.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Es de señalar que en ambos supuestos (unipersonal y plurisubjetiva) no existe sino *una parte actora* (en un supuesto será individual y en el otro plurisubjetiva) que ejercita un solo derecho al resarcimiento contra el administrador societario; por eso, no existe nunca en estos procesos una pluralidad de actores o de partes actoras, sino una sola parte actora, con pluralidad de personas. Como tampoco existe acumulación de acciones, pues solo se conoce una única acción, cuyo titular es la sociedad, pero cuyo poder de disposición se ejercita por un conjunto o una pluralidad de socios que conforman eso que llamamos *minoría* que la sustituye procesalmente en el ejercicio de la acción.

Es fácil colegir de cuanto decimos que aunque la capacidad procesal se resuelve de forma sencilla acudiendo a la personalidad jurídica y capacidad de cada una de las personas que intervienen²⁸⁶ estas no pueden ejercitar la acción si no es partiendo de su condición habilitante de *socio* y de *conformador de la minoría* ante la inactividad social.

Lógicamente, pues, el problema procesal no es tanto, en el tema que estamos estudiando, que los socios tengan la personalidad y la capacidad procesal, sino que tengan, como se establecía en el Art. 533 de la derogada LECA lo que se llamaba el *carácter* con que se reclama²⁸⁷; diríamos ahora, la *cualidad o condición jurídica* con la que litigan y se presentan ante el juez que, en ambos supuestos, es: ser socios y conformar, bien individualmente o de forma conjunta, una minoría de las que exige la Ley²⁸⁸.

Siendo así, en nuestro caso, se aprecia que estamos ante un supuesto de condición legitimante (por tanto, de fondo) pero que presenta un carácter tan absolutamente previo que merecería un tratamiento de forma cuando se deduzca o alegue su inexistencia. Pues de nada sirve seguir todo un proceso si desde el principio sabemos que quien pide no es

²⁸⁶ Vid, Art 6 y 7 ambos de la LEC.

²⁸⁷ El Art. 533.2 LECA 1881, dice textual: «La falta de personalidad del actor por carecer de las cualidades necesarias para comparecer en juicio o por no acreditar el carácter o representación con que reclama».

²⁸⁸ En vigencia de la LECA 1881, la doctrina procesalista llegó a la conclusión de esta del *carácter* no era realmente una cuestión que afectara a la válida constitución del proceso, sino a una cuestión de fondo que, por su carácter previo, debía tener un tratamiento de forma que impidiera el proceso si es que no se subsanaba dentro de los plazos perentorios establecidos en la LEC. Se trataba de las excepciones dilatorias que si se hacían valer por el demandado al contestar la demanda lo que se pedía al juez era que no resolviera la cuestión de fondo, si no que dictara una absolución en la instancia que dejaría la acción imprejuzgada. *vid*, GÓMEZ ORBANEJA. E. *Derecho... Tomo I. op cit.*, pp 124 y ss; también PRIETO CASTRO. L. *op. cit.*, pp 304 y ss

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

socio o siéndolo no actúa como minoría. En definitiva sabríamos *ab initio* que no tiene el poder de disposición del derecho que ejercita²⁸⁹.

Pues bien, precisamente porque la cualidad de socio y de minoría son cuestiones que afectan, como estamos diciendo, al fondo y determinan la admisión de la demanda en la sentencia porque identifican el derecho y la acción que se ejercitan, es absolutamente imprescindible que en la demanda se manifieste de una forma clara e inequívoca que se actúa en calidad de socio y que se hace conformando la minoría exigida por la Ley, ejercitando *conjuntamente* (si son varios) la acción de responsabilidad. Es lo que los procesalistas llaman alegar *el modo en el que se ejercita el derecho* que se pone en juego en el proceso²⁹⁰.

Si se ve, la estructura mínima de la demanda que impone el Art. 399 LEC y la preclusión para la alegación establecida en el Art. 400 LEC determinan la necesidad de alegar esas cualidades legitimantes en la propia demanda; igualmente, las normas de preclusión para presentar los documentos impedirán aportarlos en un momento posterior al de la demanda²⁹¹.

²⁸⁹ Es a lo que se refiere MORENO CATENA. V. cuando analiza el tratamiento procesal de la legitimación. Dice el autor que hay supuestos donde se pone de manifiesto *in limine litis* la falta absoluta de legitimación hasta el punto de que la evidencia permite apreciarla sin necesidad de que se siga el proceso por todos sus trámites. Se refiere el autor a aquellos supuestos en los que la legitimación no se afirma o aparece negada desde la propia demanda. En estos casos la legitimación, sin alterar su naturaleza, dice el autor, sí merece un tratamiento procesal propio. Vid, En *Parte General* (con Valentín Cortés Domínguez) ..., *op. cit.*, p. 101-102.

²⁹⁰ Vid, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. en *Parte general* (con Víctor Moreno Catena) ... *op. cit.*, pp. 147 y ss; Por ejemplo, en un proceso será igualmente válida la afirmación de conformar una minoría por los socios "X" "Y" "Z" cuya participación social representa respectivamente el 2%, 4% y 1% del capital social, que la del socio "A" que representa el 5%; o la de los socios "B" y "C" que representan respectivamente el 2% y 4% del capital social. En cualquiera de estos supuestos, vemos, la suma de la participación en el capital social sería suficiente para reconocer *in limine* al socio o al conjunto de estos la condición de minoría procesal y para identificarlos como parte actora y en la condición en la que actúa (Art. 239 LSC). Al contrario, la afirmación de los socios "H" "I" y "J" cuyas participaciones representan en su conjunto el 4% del capital social no son suficientes para conformar la condición de minoría ni tampoco para constituir la preceptiva alegación del modo y cualidad en el que se ejercita el derecho.

²⁹¹ Los Art. 265 y 270, ambos de la LEC, nos muestran la regla general y preclusiva. En base a esta, el juez no admitirá documentos relativos al fondo del asunto que no hayan sido aportados en los escritos iniciales (o en su caso y si procede, la audiencia previa al juicio) que no sean los enumerados expresamente en el Art. 270 LEC. Se trataría aquí de documentos de fecha posterior a la demanda o a la contestación o, en su caso, a la audiencia previa al juicio, siempre que no se hubiesen podido confeccionar ni obtener con anterioridad a dichos momentos procesales; los documentos, medios o instrumentos anteriores a la demanda o contestación o, en su caso, a la audiencia previa al juicio, cuando la parte que los presente justifique no haber tenido antes conocimiento de su existencia; y los documentos que no fue posible obtener con

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Pues bien, el problema que debemos plantearnos ahora es si la falta de afirmación en la demanda del *carácter o cualidad* con la que se actúa en el proceso, que es lo que ata al juez para dictar la sentencia, y, en su caso, la falta de aportación junto a la demanda de la prueba documental de que se es socio y se conforma una minoría, pueden o no ser subsanadas, y cuál sea la solución procesal a la no subsanación en su caso. Porque debemos entender que, sin esa determinación, no es que no se sepa que acción se ejercita, sino que se ejercita una distinta de la que realmente tiene el socio, o socios, como minoría social, cuando se produce la inactividad social.

Vemos, pues, la posible casuística:

i)

Si quien ejercita la acción es un único socio, que no alega en la demanda que lo es y/ o que tiene una participación en el capital social igual o superior al mínimo establecido por la LSC, permitir a ese demandante, socio o no, alegar en la audiencia previa que comparece como minoría sería, en puridad, admitir un cambio de demanda (*mutatio libellis*) expresamente prohibido por la Ley (vid, Arts. 412 LEC). Como venimos diciendo, es en la demanda y solo en ese momento - como trámite inicial que principia el juicio y determina el poder deber del juez de dictar una sentencia - donde debe determinarse el objeto de debate y cuál debe ser el contenido de la sentencia lo que necesariamente pasa, en este caso, por alegar el modo en el que se ejercita el derecho: por sustitución procesal porque se es socio y se conforma una minoría²⁹². El juez, por lo tanto, queda atado por estas primeras alegaciones que no pueden ser modificadas. Si la parte corrigiera el modo en el que ejercita el derecho, presentándose después de interpuesta la demanda como minoría que actúa legitimada por el Art. 239 LSC y en el ejercicio de la acción social de responsabilidad (en otras, palabras, concretando que la acción que ejercita lo es de la sociedad y no suya, y que en realidad actúa procesalmente con interés

anterioridad por causas que no sean imputables a la parte que los presente y siempre que oportunamente se hubiera hecho designación de los mismos en los escritos iniciales.

²⁹² Es a lo que la doctrina tradicional se refería cuando explicaba que el demandante debía presentar junto a la demanda el documento o documentos que acreditaran el *carácter* con el que interpone la demanda. Vid, GÓMEZ ORBANEJA. E., en *Derecho... Tomo I. op. cit.*, p. 126.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

legítimo en sustitución) se estaría produciendo, no hay duda, un cambio de demanda inadmisibile.

El ejercicio de la acción social por la minoría en sustitución procesal (apartado segundo del Art. 10 LEC) exige, pues, que el socio (o socios) alegue en su demanda que ejercita el derecho precisamente como sustituto procesal por reunir la condición de socio, la de ser minoría y porque se dá, como ya vimos, un supuesto de los denominados de inactividad o pasividad. Este fundamento jurídico (Art. 399 LEC) es esencial en la acción que estudiamos pues es el elemento alegatorio de la legitimación: el *interés o condición* con la que actúa el socio en la defensa de un derecho que no es suyo. Por eso, decimos, no puede modificarse o añadirse en un momento posterior. Dicho de otra forma, el ejercicio de la acción por la minoría impone la alegación y, ahora lo veremos, la acreditación documental del hecho de ser socio y de conformar una minoría en la demanda.

Este caso, realmente, no puede considerarse uno más de los comprendidos en el Art. 420 LEC de integración voluntaria²⁹³ - o solicitada por el Juez- del contradictorio. En páginas siguientes trataremos este problema desde la perspectiva adecuada. Ni tampoco es un caso del Art. 418 LEC, de subsanación o corrección de la capacidad del actor o de su representación, porque los socios minoritarios nunca actúan en representación de la sociedad.

Solo cabría pensar en la posibilidad que nos da el Art. 425 LEC de aplicar por analogía la subsanación que se produce en casos que podríamos llamar similares; y, en este sentido, conviene ahora que nos remitamos a cuanto se dirá con relación a la necesidad de que los socios que conforman la minoría actúen en el proceso en *litisconsorcio*, que por esto mismo que decimos es *necesario*, pues si bien el caso que tratamos no es idéntico al del litisconsorcio necesario, sí que puede observarse una cierta analogía. Nos remitimos

²⁹³ La ley permite la integración de la litis cuando el demandado pone de manifiesto la falta del debido litisconsorcio (pasivo). El demandante podrá integrar la litis dirigiendo escrito de demanda a los sujetos que el demandado considera litisconsortes. Sin embargo, bien es sabido, que aunque excepcionalmente el Tribunal Supremo parece admitirlo en plano teórico, nuestro ordenamiento viene negando la existencia del litisconsorcio activo necesario esencialmente porque no puede obligarse a nadie a demandar ni iniciar un procedimiento judicial sin su libre y pleno consentimiento, negándose cualquier posibilidad de integrar la litis tras haberse interpuesto de la demanda. *Vid.*, GONZÁLEZ GRANDE. P. *op. cit.*, pp.213 -2014.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

ahora y para este estudio a cuanto se dirá en las próximas páginas cuando tratemos el problema de la necesidad de actuación conjunta de todos los que conformen la minoría.

ii)

Similar cuestión se nos presenta cuando aquellos que demandan, y que reúnen el porcentaje mínimo de capital establecido en la LSC, *se afirman* componentes de la minoría, pero realmente no cumplen con las condiciones para ser minoría, bien porque todos o alguno de ellos no son socios en el sentido de poder sustraer el poder (por ejemplo, porque votaron en contra de la exigencia de responsabilidad) bien porque no poseen el porcentaje de capital mínimo establecido por la ley.

La minoría, ya lo hemos dicho es, como decía VON THUR, una *comunidad unitaria*²⁹⁴ en donde los que la constituyen tienen (han expropiado) el poder de disposición del derecho al resarcimiento y, por tanto, tienen la acción. Por eso, esa *comunidad unitaria* tiene que constituirse y conformarse de forma previa a la interposición de la demanda, (o, a lo más, en el mismo momento de la demanda) como se deduce claramente de los términos de la ley que, citamos textualmente, dice «El socio o socios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la Junta general, podrán entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando» (Art. 239 LSC) ; esto es, cuando la ley dice *el socio o socios que posean* y después que *podrán entablar* nos está indicando que esa unión de participaciones se debe constituir de forma previa o en el mismo momento de la demanda. Esto es, debe poseerse la participación en el momento de entablar la demanda pues de otra forma no podrá expropiarse eficaz y válidamente la acción. De ello se colige que todos ellos (si hay varios socios) deben presentar la demanda a la vez, integrándose en una única parte actora y ejercitando todos en mancomún el derecho que le da el ordenamiento jurídico en caso de inactividad de la sociedad²⁹⁵. Eso quiere decir que sin la constitución o formación de esa *comunidad en mancomún* que llamamos minoría, previo o en el momento de entablar la

²⁹⁴ Vid, *Supra Nota* (285).

²⁹⁵ Esta necesidad en realidad nunca ha sido objeto de debate. Ya desde los primeros comentarios doctrinales a la LSA de 1951 se entendía que los accionistas minoritarios «habían de ejercer conjuntamente la acción y como consecuencia de su necesario *litis consortio*, actuar bajo una sola representación procesal y una única defensa letrada. GARRIGUES, J. en *Comentarios... op. cit.*, p 184

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

acción, no es posible que el ordenamiento jurídico le atribuya el poder de disposición del derecho de la sociedad, expropiándosele a ella; no es posible que el ordenamiento jurídico reconozca a la minoría como parte procesal legítima.

Desde esta perspectiva, en el supuesto que analizamos, si todas esas circunstancias negativas e inhabilitantes son evidentes y se deducen de la propia demanda: ¿podríamos concluir que en estos casos hay que inadmitirla a trámite?, o, acaso, ¿deberíamos sopesar dar una solución procesal análoga como hay que hacer cuando la cuestión puede ser subsanada?

Llegados a este punto, hay que recordar lo que decíamos al inicio de este apartado. Dado el juego procesal de la preclusión no solo de alegar sino de presentar los documentos que demuestren las alegaciones (Arts. 399, 286 y 264 y ss, todos de la LEC), no podrían los comparecientes (aquellos que lo hacen como minoría) aportar documentos²⁹⁶ que acrediten o prueben las circunstancias que alegan (las de ser socios y conformar una minoría) con posterioridad a la demanda. Si, además, tenemos en cuenta que la única prueba que puede acreditar tales circunstancias, la de ser socio, es la documental²⁹⁷,

²⁹⁶ GARRIGUES, J. ya apuntaba que «como presupuesto básico de su *ius standi* los accionistas debían justificar esa cualidad de accionistas mediante la demostración de su posesión del número mínimo de acciones que resulte necesario para titular el porcentaje de capital prescrito por la ley. (En: GARRIGUES, J. en *Comentarios... idem*. También, POLO, E. va quizá aún más lejos cuando dice cuando dice que es necesario no solo que la minoría exista en el momento de iniciar judicialmente el ejercicio de la acción, si no que se acredite tal situación mediante el depósito de las acciones o el debido acreditamiento de su titularidad y de que alcanzan el número mínimo a criterio del juez, sin que sin esta demostración pueda bastar con la simple certificación de que le voto de la minoría alcanzó dicho número (POLO, E en «Los Administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima (Artículos 123 a 143 de la Ley de sociedades anónimas». En Comentario al régimen de las sociedades mercantiles. Tomo VI. 1992, Civitas. p. 349)

²⁹⁷ La sociedad solo reputa socio a quien se halle inscrito en el libro de socios (por el régimen establecido en los Art. 104 y 105 LSC y Art. 116 LEC para el libro registro de acciones nominativas de una sociedad anónima) incluso si existe divergencia entre el contenido del libro y la realidad Si es así, en nuestra opinión, este criterio de orden societario debe ser igualmente válido para el juez en lo que se refiere a la habilitación del socio cuando actúa en sustitución procesal de la sociedad. Por tanto, para el juez será suficiente que el socio se presente como tal si lo acredita de esta forma. Cuestión distinta es si el demandado plantea una excepción propia y excluyente porque el libro registro no representa la realidad (Art. 122 LSC o en su caso 116.4 LSC). En nuestra opinión la cuestión deberá resolverse, en este caso, en la sentencia. Ahora bien, como solo el verdadero propietario es quien puede forzar y pedir el cambio en el libro registro, y solo el titular del derecho es quién puede reclamar tal estado, en el caso que nos ocupa, el administrador demandado deberá alegar y acreditar bien que el verdadero propietario ha requerido el cambio (Art. 122 LSC), bien que la titularidad de las acciones o participaciones es litigiosa. Si el verdadero propietario solicitó la corrección del libro con anterioridad a la demanda, podrá el administrador solicitar que se requiera a la sociedad para que aporte el nuevo libro de socios modificado; si tal cambio se pidió por el verdadero socio una vez iniciado el pleito, podrá incorporarse el libro modificado en cualquier momento antes de la sentencia por el

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

podemos concluir que, en aplicación del Art. 266.4º LEC, la falta de acreditación de la circunstancia habilitante para entablar la acción por sustitución en el momento en el que se interponer la demanda se debería resolver de forma previa a la sentencia, no admitiéndose la subsanación; e, incluso permitiría resolver de oficio la inadmisión de la demanda, según MORENO CATENA cuando habla de las situaciones evidentes²⁹⁸.

Pero, es más, no solo podría resolverse a modo de situación evidente – justificado ello en el principio de justicia-, sino que, en nuestra opinión, sería posible - si nos damos cuenta de que el párrafo segundo del Art. 10 LEC nos remite a la ley material en lo que se refiere a las condiciones de la acción (Art. 239 LSC)- deducir que existe una carga *procesal* (Art 217 LEC) para la minoría de alegar y acreditar en la demanda su condición de parte legítima, lo que permitiría defender un tratamiento procesal previo de conformidad con el Art. 403 LEC en su aplicación conjunta con los Art. 266.4º y 269.2 también de la LEC.

En efecto, el Art. 403 - que hay que leer de forma conjunta con el Art. 266.4º - ambos LEC dice en el punto 1, citamos textual: «Las demandas solo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley». Siendo así, si tenemos en cuenta que la ley exige al socio o socios *poseer individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la Junta general* para entablar la acción, que entablar la acción no es otra cosa que interponer una demanda procesal, y que esa condición de socio es solo posible acreditarla a través de la prueba documental²⁹⁹, en nuestra opinión, el Art. 403, en su lectura conjunta con los Art. 266.4º y 269.2 LEC nos está diciendo que existe una carga *procesal* de esta minoría de alegar y acreditar documentalmente en la demanda la cualidad o el carácter de socios /minoría; pero, si avanzamos un poco más, vemos que no será suficiente que se alegue ser la minoría en la

juego del Art. 270 y 286 LEC. Si tal circunstancia no se alegara por el demandado o alegándose no se acreditara, en nuestra opinión entrará en juego la apariencia del derecho y el juez deberá tener por válida la cualidad de la parte que se presenta como socio. En el caso de que existan acciones o participación litigiosas y ello se alegara por el demandado como excepción propia y excluyente para hacer decaer la acción por falta de legitimación de la minoría, consideramos que se daría aquí sí una situación de prejudicialidad civil regulada en el Art. 43 LEC.

En cualquier caso, véase, que en lo que al documento se refiere, igualmente será posible la exhibición de la escritura pública constitutiva de la sociedad en la cual el actor figure como socio fundador, o del libro de registro de asistencia a asambleas en los cuales se encuentre asentado su nombre. *Vid*, Art. 92, 104 y 106 todos de la LSC.

²⁹⁸ MORENO CATENA.V, en *Parte General* (con Valentín Cortés Domínguez) ..., *op. cit.*, p. 101-102.

²⁹⁹ *Vid, Supra Nota (297)*

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

demanda como elemento esencial de la acción, sino que, como venimos diciendo, deberán acreditar que individual o conjuntamente poseen la participación social que exige la ley, lo que solo es posible a través de la prueba documental³⁰⁰; es lo que llamamos la *eficacia documental de la realidad del hecho*. De esta forma, si no se acreditara dicha circunstancia, de conformidad con el Art. 269.2 LEC que reza «No se admitirán las demandas a las que no se acompañen los documentos a que se refiere el artículo 266» se deberá inadmitir a trámite la demanda³⁰¹.

Por todo lo dicho, en nuestra opinión, tal y como se ha regulado la cuestión, puede concluirse que si el socio que se pretende minoría no alega y, de forma más relevante, no aporta junto a la demanda la documentación que acredite tal condición y cualidad, podrá y deberá inadmitirse a trámite la demanda.

Ahora bien, como nuestro derecho procesal exige que en ningún caso se produzca indefensión, o que se impida el acceso a la justicia, debe matizarse esta conclusión en el sentido de que el juez deberá conceder un plazo razonable para oír a la parte actora; y puesto que nuestro ordenamiento no admite la sentencia de fondo de forma anticipada, la decisión del órgano judicial, en su caso, debería ser la de no admitir a trámite la demanda, basándose analógicamente en lo dispuesto en el Art. 403 LEC que establece «que las demandas solo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley». Y, ya lo hemos dicho, en este caso, no poseer la condición procesal de minoría para entablar la acción y, más relevante aun, no acompañar los documentos que la Ley expresamente exige para su admisión debe entenderse como una remisión clara al Art. 403 LEC.

Bajo nuestro punto de vista, en esa audiencia *ad hoc*, solo en casos muy excepcionales, cuya corrección no signifique cambio de demanda, y cuando pueda deducirse claramente

³⁰⁰ *Idem*.

³⁰¹ Es interesante traer aquí las puntualizaciones que sobre el tema hace CABAÑAS GARCÍA, J. Dice el autor que el legitimado indirecto deberá presentar junto a con la demanda «los (...) documentos materiales que demuestren la existencia de una relación sustantiva entre él, y el titular ausente, cuando se trate de legitimación indirecta por efecto perjudicial». En nuestro caso, nos parece a nosotros, de tal aseveración se deduce que deberán presentarse los documentos que acrediten ser socio y conformar una minoría de esa sociedad a la que sustituyen procesalmente. Vid, CABAÑAS GARCÍA. *J op. cit.*, pp. 267-350.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

que tal acreditación existe por medios documentales indirectos obrantes en autos³⁰² o señalados previamente a efectos probatorios, cabría corregir una demanda abocada a ser desestimada.

Para todos los demás casos, desde nuestro punto de vista, la única posibilidad que le quedará a ese socio o socios será desistir de la acción e interponerla correctamente. Porque llegados a este punto, se nos muestra que nos es posible acudir al Art. 425 LEC interpretado junto al Art. 420 LEC que, bien ese sabido, prevé, para la Audiencia Previa, que la resolución de circunstancias alegadas o puestas de manifiesto de oficio, que no se hallen comprendidas en el Art. 416 LEC se puedan acomodar a las reglas establecidas en esos preceptos para las análogas, por cuanto, como se ha dicho, de admitirse la incorporación del hecho legitimante cuando ya ha precluido el momento para hacerlo, implicaría un cambio de demanda. Como tampoco es posible hacerlo, por las mismas razones, a través de la aplicación del Art. 426 LEC.

Dicho esto, consideramos oportuno referirnos a cierta doctrina que mantiene que es posible la subsanación de la falta de *legitimación reforzada* en la acción de impugnación de acuerdos sociales. Y, en nuestra opinión, es necesario referirnos a ella porque dadas las similitudes entre las normas en cuanto que exigen una legitimación reforzada de los socios para ejercitar la acción, podría estarse tentado, como ha ocurrido para otras cuestiones, de asimilar, en este punto, ambas acciones y extender dicha doctrina al supuesto que nos ocupa.

En este momento, conviene referirnos al estudio de ÁLVAREZ SÁNCHEZ de MOVELLÁN al estudiar el tratamiento procesal de la falta de legitimación reforzada de los socios demandantes en la acción de impugnación del acuerdo de la Junta en el que concluye que, en este caso, sí podría aplicarse por analógica lo dispuesto en el Art 420 LEC que regula el archivo de las actuaciones por la no subsanación de la falta del debido

³⁰² Entre otros, se pueden señalar los siguientes ejemplos: cuando queda verificada tal cualidad por la percepción de utilidades o dividendos, o mediante documentos de los que se deduzca cualquier tratamiento *de socio* al que se pretende como tal como pueden ser *intercambios postales* donde la sociedad no contradiga el carácter de accionista, o incluso la convocatoria individual que hace la sociedad para formar la asamblea de accionistas, etc.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

litisconsorcio pues la no aplicación de esta solución (apreciar tal analogía con el Art. 420 LEC) podría implicar la aplicación de la norma con excesivo rigor³⁰³.

Pues bien, en nuestra opinión, tal criterio, que nos parece correcto en los supuestos de ejercicio de la acción de impugnación por el socio, debe rechazarse de plano para el caso de la acción social ejercitada por la minoría.

Para explicar las razones que nos llevan a rechazarlo, acudiremos a la metodología del caso, y examinaremos dos supuestos: UNO, el caso cuando un socio pretende incorporarse al proceso para completar el porcentaje de participación que habilite a la parte demandante en su legitimación en el ejercicio de la acción social para subsanar el error de legitimación; y, DOS, el caso en el que el socio hace lo mismo, pero en el proceso de impugnación de acuerdos sociales.

Pero, aquí debe recordarse algo que ya hemos tratado y que no es baladí: en el supuesto de la impugnación de los acuerdos sociales, todos los socios (con la limitación de que tenga el 1% de capital) tienen un derecho de impugnación; se trata, ya lo dijimos del ejercicio de un derecho potestativo al cambio, en modo tal que la sentencia de anulación del acuerdo produce un cambio jurídico en la situación societaria que afecta a todos ellos (demandantes o no) y a la sociedad. Estamos ante una sentencia constitutiva que produce su eficacia como tal³⁰⁴. Sin embargo, en el caso que ocupa nuestra investigación, el derecho que ejercita la minoría es el del resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por la sociedad - en beneficio *exclusivo* de la sociedad - y, claro, la sentencia que se dicte no es constitutiva, sino declarativa de condena y solo afecta al patrimonio de la sociedad. Ya lo hemos dicho muchas veces, la minoría no ejercita ningún derecho propio del que tenga acción, sino que ejercita judicialmente un derecho de la sociedad. En base a estas diferencias que se nos muestran esenciales, examinemos los supuestos enunciados.

Veamos:

³⁰³ ÁLVAREZ SÁNCHEZ de MOVELLÁN, P. *op. cit.*, p. 17 y p.195.

³⁰⁴ No en vano el Art. 222.3 apartado tercero LEC que, cito textualmente, dice que «Las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado».

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

SUPUESTO UNO: “A” y “B”, socios de la mercantil “M”, presentan una demanda ejercitando la acción social de responsabilidad de los administradores transcurridos dos meses desde que se acordara por la Junta entablar la acción sin haber presentado la sociedad la demanda. Interpuesta la demanda por los socios, se advierte que entre “A” y “B” solo reúnen (poseen) el 4.8 % de la participación reglada. Para no demorar más el asunto, otro socio, “C”, con una participación en el capital social del 5% pide, en aplicación del Art. 420 LEC -acomodado como situación análoga según permite el Art. 425 del mismo cuerpo legal - incorporarse como litisconsorte al proceso como parte demandante junto a “A” y “B” y completar así el porcentaje necesario para conformar la minoría requerida legalmente.

SUPUESTO DOS: “D” socio de la sociedad “N” ejercita la acción impugnación del acuerdo de la Junta. Una vez interpuesta la demanda, se advierte que no tiene el porcentaje necesario (el 1%, Art. 206.1 LSC)). “F”, otro socio minoritario que posee una participación del 1% del capital pide incorporarse como demandante al proceso para completar el porcentaje exigido por la ley.

Establecidos los supuestos de estudio, nos corresponde ahora explicar por qué en el segundo supuesto sí sería posible integrar la *litis* en aplicación del Art. 420 LEC -acomodado como situación análoga según permite el Art. 425 del mismo cuerpo legal- cuando el socio “F” pide incorporarse al proceso iniciado por “D”, pero no cuando lo interesa el socio “C”, en el supuesto del ejercicio de la acción social.

La diferencia entre uno y otro caso gravita en la naturaleza del derecho hecho valer y en el carácter con que actúa ese conjunto de socios en cada uno de los procesos.

Comenzaremos con el análisis del supuesto de integración de la *litis* en el ejercicio de la acción de impugnación de acuerdos. Si se ve, en este caso, se trata del ejercicio de una acción que podría ejercitar cualquier socio y cada socio – si representan el 1% del capital. Cada uno de ellos por sí solo está legitimado directa y personalmente para el ejercicio de la acción. Esto es, los socios que reúnan el porcentaje podrán actuar en el proceso

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

ejercitando un derecho potestativo con legitimación directa de la reglada en el Art. 10 I LEC aun cuando se les exija hacerlo al mismo tiempo y, digamos, con carácter unificado. De esta forma, si el socio “D” entabla la acción (supongamos que reuniendo el 1% exigido) y después “F” quiere hacerlo, suponiendo también que reúne el 1% del capital social, no debería existir impedimento alguno pues el ejercicio de la acción por uno de los socios no crea aquí el efecto de litispendencia, a lo más, dice la ley y para evitar el dictado de sentencias contradictorias, se deberán acumular los procesos. Es decir, si “D” interpone la demanda haciéndose evidente después que no reúne la participación necesaria, “F” podría ejercitar al mismo tiempo su acción, incluso podría acumularla en el mismo proceso a la de “D”. La sentencia que se dice, además, por aplicación del Art. 222.3 párrafo tercero LEC, afectaría a “F” pero también a “D”; en realidad afectará a cualquier otro socio, aunque no posean el 1% de la representación. Vemos pues, que la naturaleza del derecho pretendido, la potestativa, y los efectos legalmente establecidos para este tipo de acciones (Art. 222.3 párrafo tercero LEC), así como la inexistencia de los efectos de litispendencia, hace que sea indiferente exigirle a “F” que interponga una demanda diferente y la acumule a la de “D” que permitirle integrar la *litis*. El resultado es el mismo. Por eso mismo se puede defender aquí que no permitir tal integración voluntaria, aunque sea en la parte demandante, podría implicar la aplicación de la norma con excesivo rigor³⁰⁵.

En el supuesto de estudio que hemos presentado como UNO, la situación es bien distinta, porque la minoría ejercita una acción declarativa de condena de la que es titular la sociedad y, como esperamos haber demostrado en esta tesis, no actúa ni como representante de la sociedad ni como titular directo de la acción (Art. 10 I LEC), sino como sustituto procesal. Esto es, solo si es minoría puede sustituir procesalmente a la sociedad en el ejercicio de la acción pues solo con este carácter queda habilitada para expropiar el poder de disposición. Los efectos de la sentencia que se dicte alcanzarán a la minoría demandante, nunca al resto de los socios, y solo en lo que se refiere a la condena en costas (Art. 239.2 LSC y Art. 394.1 LEC) pues dada la naturaleza del derecho pretendido, la sentencia solo tiene efectos en el patrimonio de la sociedad y solo a esta alcanza la declaración y condena. Pero es que, además, si traernos aquí cuanto se ha

³⁰⁵ ÁLVAREZ SÁNCHEZ de MOVELLÁN, P. *op. cit.*, p. 17 y p.195.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

explicado sobre el tratamiento procesal que debe darse a la legitimación de la minoría, nos damos cuenta de que la demanda presentada por quien no tiene esa cualidad deberá ser inadmitida a trámite lo que elimina cualquier posibilidad de integrar la *litis*.

En cualquier caso, si queremos ser exhaustivos e ignoramos por un momento este tratamiento procesal por el que nos hemos decantado, cabe decir aquí que el ejercicio de la acción social por la minoría en sustitución procesal – aunque los socios que se pretenden en tal cualidad no representen el porcentaje necesario- creará una situación de litispendencia (Art. 410 LEC) que impedirá, obviamente, el ejercicio de la acción por otra minoría o la sociedad. Esta situación de litispendencia – con los efectos de la *perpetuatio iurisdictionis* (*vid*, Art. 411 LEC) y *perpetuatio legitimationis* (Art. 410 en relación con el 413.1 ambos de la LEC) que de ella se deducen - explica por qué no puede admitirse la integración voluntaria: en tanto no se resuelva la cuestión de la legitimación en el pleito iniciado por la pretendida minoría no podrá otra minoría (o la sociedad) ejercitar la acción, porque la litispendencia alcanza, como es lógico, a la cuestión de legitimación. En definitiva, como veremos en el siguiente apartado, la *minoría*, como parte procesal, es la que se refleja en la demanda, la que se alega y no otra. Por tanto, la integración de la minoría como tal es la que se haya configurado en el proceso, no hay otra.

3. La actuación procesal de la minoría: la inexistencia de litisconsorcio necesario.

La doctrina mayoritaria interpretó el requisito de la actuación «conjunta» de los socios de la minoría como un caso de litisconsorcio necesario³⁰⁶.

Sin embargo, esta calificación no parece adecuada. Al margen de las críticas que la negación de la figura del litisconsorcio activo necesario ha recibido por parte de la

³⁰⁶ GARRIGUES, J., *Comentarios... op. cit*; también, p .184; FAIREN GUILLÉN, V. *La responsabilidad civil de los órganos de administración*. Revista de Derecho Privado, 1955 p. 878.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

doctrina procesalista³⁰⁷, lo cierto es que la actuación conjunta de los socios minoritarios tiende, más bien, a excluir la formación de un litisconsorcio, ya que, al imponerse una representación y una defensa únicas, lo que se impide es, precisamente, la presencia de una pluralidad de sujetos en la parte procesal activa.

Al no existir el concepto de *minoría*, a los efectos que estamos estudiando del Art 239 LSC, fuera del proceso, puesto que su esencia es netamente procesal y no trasciende al mundo material, es claro que no podríamos hablar en sentido propio de litisconsorcio necesario de los componentes de tal minoría (nos referimos a esos socios), pues esta se conforma en la misma demanda, no antes, y en el sentido que se deduce de los términos de la demanda. No existe la minoría fuera de los límites de la demanda, porque esta *comunidad unitaria* que conceptualiza a la parte demandante como una unidad, de la que hablábamos antes, se configura y se crea en la propia demanda, de la manera que se configura y con el único objeto de interponer la demanda. Por eso decíamos antes que el concepto de minoría no tiene aplicación fuera del proceso y que solo tiene sentido y esencia en función del proceso del ejercicio de la acción social.

Lo anterior quiere decir que no cabe, por ejemplo, que el demandado pueda excepcionar la falta de litisconsorcio necesario activo, al considerar que como integrante de la parte actora hubiera de haber otros litigantes, además de los que estén, pues la *minoría*, como parte, es la que se refleja en la demanda, la que se alega y no otra.

El demandado podrá cuestionar que los integrantes de la minoría tengan la cualidad de socios, que los porcentajes que realmente tienen alcancen, sumados, el exigido como mínimo por la Ley y un largo etcétera, pero no podrá cuestionar la integración de la minoría tal como se ha configurado en la demanda, pues no hay otra. En otras palabras, o es minoría la que se establece en la demanda o no hay minoría.

³⁰⁷ Esta doctrina se refiere al litisconsorcio como una manifestación de la legitimación plurisubjetiva y critica la negación de tal realidad por la doctrina jurisprudencial pues entiende que la necesidad de que todos aquellos que tienen que actuar conjuntamente -impuesta tal situación por el derecho material- muestra, sin duda, la existencia indudable del litisconsorcio necesario activo. Vid, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Parte General* (con Víctor Moreno Catena) ... *op. cit.*, p. 110.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

En estas circunstancias hablar de litisconsorcio necesario, aunque fuera impropio, creemos que no es posible, pues con esta figura lo que se consigue es *integrar el contradictorio de acuerdo con la titularidad del derecho material puesto en juego*, y, en nuestro caso, la titularidad del poder de disposición del derecho ajeno de la sociedad se integra siempre en la demanda cuando se alega ser minoría, no antes, por lo que no cabe cuestionar la integración que se pueda hacer en la demanda. Solo cabe cuestionar la existencia misma de eso que llamamos minoría.

Cuando la doctrina ha estudiado el litisconsorcio en los casos de las llamadas *comunidades unitarias*³⁰⁸ se refiere a las civiles de tipo germánico, en mancomún, que actúan extraprocesalmente en el mercado y que, por las circunstancias que sean, acuden al Juez; por supuesto que deben estar todos en el proceso, porque todos los que participan en la comunidad son conjuntamente titulares del derecho material que se pone en juego en el proceso, pero tienen vida y existencia plena fuera del proceso y con anterioridad al proceso; de modo que si no están todos, quienes actúan en el proceso no lo harán válidamente, porque el derecho material no es de uno y otro por cuotas, sino de todos conjuntamente. Todos tienen que estar en el proceso, y si no lo están, el demandado puede, lógicamente, acusar la falta de litisconsorcio necesario. Obsérvese que el Art. 12.2 LEC refiere el litisconsorcio necesario al derecho material puesto en juego («lo que sea objeto del juicio», dice la norma), pero no a un derecho absolutamente procesal, como es el de ejercitar judicialmente el poder de disposición de un derecho material ajeno como ocurre en nuestro caso.

Todo lo que decimos nos separa igualmente, en efecto, del concepto de litisconsorcio voluntario, según se regula en el Art. 12 LEC cuando establece que «podrán comparecer en juicio varias personas, como demandantes o como demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir». Porque, aquí no se trata de ejercitar acciones diversas que deban tener un tratamiento procesal único, sino de una única acción, tal como hemos visto, que es de *titularidad conjunta*, de modo que no hay varios demandantes, hay una sola parte demandante formada por una pluralidad de

³⁰⁸ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *El litisconsorcio... op. cit.*, pp. 381-382.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

sujetos, lo que supondría, de no ser por las consideraciones que hemos hecho con anterioridad, que estaríamos en un caso claro de litisconsorcio necesario.

Pero, obsérvese que no se trata de situar el problema en la vieja discusión, ya avanzada, sobre que nuestro ordenamiento niega la existencia del litisconsorcio activo necesario al que trata simplemente como una cuestión de falta de legitimación activa, negándole tratamiento procesal. Porque, en efecto, la legitimación en nuestro ordenamiento, a excepción del litisconsorcio pasivo necesario (Art. 420 LEC), no tiene un tratamiento procesal que no sea en aquellos casos, por ejemplo, donde aparece negada por el actor en la demanda³⁰⁹. Por eso, en nuestro ordenamiento la mera afirmación de la legitimación por el compareciente será suficiente para establecer los términos del debate sentando las condiciones para una resolución sobre el fondo (Art. 24 CE).

Por consiguiente, en este tipo de comunidades unitarias, de *clara naturaleza procesal*, que se conforman y nacen en la demanda, no cabe ni siquiera plantearse la discusión doctrinal a que hacíamos referencia, porque ni siquiera cabe cuestionar la concreta composición subjetiva de la minoría, sino si existe o no en los términos queridos por la Ley; de ahí, la conveniencia de su tratamiento procesal.

4. La actuación procesal de la minoría. Especial referencia al desistimiento.

Si la minoría es la parte actora, aunque pueda ser plurisubjetiva y si este es el caso, los actos procesales que realice en el proceso, deben provenir conjuntamente de todos y cada uno de los componentes de la minoría: la demanda, la proposición de la prueba, las conclusiones, los interrogatorios, los recursos procesales aquellos que requieran la ratificación de la parte a los actos dispositivos llevados a cabo por la defensa letrada y representación procesal, etc.

³⁰⁹ Vid, *Supra Nota* (289).

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Nuestro análisis parte, tal como ha quedado claro, de que no existe en la acción social interpuesta por una minoría plurisubjetiva litisconsorcio necesario; ahora bien, ello no significa que, en el estudio de la actuación procesal conjunta de todos los integrantes de la minoría en el proceso, no deba llegarse a los mismos resultados y conclusiones que llegaríamos si hubiese litisconsorcio necesario, lo que se justifica porque, como sabemos y hemos dicho en varias ocasiones, la minoría ejerce un solo poder de disposición de un derecho ajeno y lo hace en mancomún, por tanto hay una sola parte procesal, no pluralidad de partes actoras; es decir, solo hay una sola parte demandante plurisubjetiva.

En nuestro proceso, que tiene carácter dispositivo, se produce por esto que decimos, el efecto de que todos los actos procesales que suponen una disposición del derecho, empezando por la demanda, deben necesariamente ser de todos y cada uno de los sujetos que integran la parte actora plurisubjetiva, con excepción de aquellos, quizá, que por su carácter personalísimo, son actos individuales y no en mancomún: como es, por ejemplo, la declaración de parte, que no puede ser un acto en mancomún de varios sujetos, sino un acto personal e individual, aunque lo que declare uno afecte a todos. El matiz es sutil, pero no por ello debe desestimarse.

Por tanto, si la demanda debe ser única, con asistencia y representación jurídicas única (lo que no se ha cuestionado o al menos no se ha hecho cuestión de ello), todos los demás actos dispositivos deben realizarse por todos en su conjunto.

Conviene, pues, que hagamos un repaso a las consecuencias procesales que se derivan de esto con un estudio somero de los actos dispositivos más significativos que se producen en el proceso.

Nótese que la disposición del actor en el proceso se produce en distintos momentos procesales, pero fundamentalmente cuando se producen actos de postulación que GOLDSCHMIDT definía como «actos de parte que van dirigidos a conseguir, mediante un influjo psíquico, una decisión del juez de contenido determinado»³¹⁰. Entre ellos destacan, a los efectos que nos interesa en este momento, los actos de petición, de

³¹⁰ GOLDSCHMIDT, J. *op. cit.*, pp. 227 y ss.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

alegación y de producción de prueba. No siendo significativos a tales efectos el caso de los actos de conclusión.

Veamos pues las condiciones y requisitos para que se realicen estos actos en condiciones para que pueda dictarse una sentencia sobre el fondo.

La necesidad de actuar conjuntamente impone, lógicamente, una única representación legal y una única dirección letrada, pues, como hemos visto no existe en estos casos (el de que la minoría se conforme con más de un socio) una pluralidad de partes procesales en la posición actora, sino una actora conformada de forma plurisubjetiva. Ello explica de forma suficiente la necesidad de que la demanda, como arquetipo de acto dispositivo de la parte actora, tenga que ser única y conjunta, produciendo, en consecuencia, efectos idénticos en todos y cada uno de los sujetos que la componen (la parte demandante).

Hay, pues, una única petición conjunta, con una única alegación de hechos y práctica de actos de producción de prueba, porque, además, siendo todos estos actos manifestación del poder dispositivo del actor en el proceso, no pueden llevarse a cabo sino tras la petición conjunta de todos los componentes de la parte actora, pues **de todos conjuntamente es el poder de disposición.**

Junto a la demanda, la LEC entiende que, dentro de los actos de causación, deben considerarse como dispositivos, teniendo un tratamiento especial, la transacción judicial (Art. 19 LEC) y, en lo que se refiere a la parte actora, la renuncia y el desistimiento (Art. 20). A ello nos referiremos en la Parte Tercera a la que nos remitimos³¹¹.

Centrándonos ahora en el **desistimiento**, debe indicarse que este afecta simplemente a lo que es propio del sustituto que, en este caso, es solo, que no es poco, la expropiación del poder de disposición del derecho de la sociedad. Se trata, pues, de un acto que se infiere

³¹¹ El estudio separado de la cuestión se justifica por la literalidad de la norma recogida en el Art. 238.2 LSC que dispone que en cualquier momento la Junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social, omitiendo cualquier referencia al desistimiento. En nuestra opinión, esta deliberada omisión del desistimiento responde sencillamente a que el desistimiento en el proceso tiene como efecto dejar imprevuzgada la cuestión por lo que no se deducirá de este ningún efecto en el plano material

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

para quien puede interponer la demanda, pues deja el derecho material, y su posible reconocimiento judicial, intacto³¹². Siendo así, la minoría, en su cualidad de parte procesal, según Art. 20.2 y 3 LEC³¹³, podrá desistir sin limitación alguna específica.

La cuestión que ello podría plantear es dilucidar que ocurría si el demandado ya emplazado se opusiera al desistimiento (Art. 20.3 LEC); en nuestra opinión, el juez deberá admitir siempre el desistimiento, precisamente, por tratarse de un caso de sustitución procesal. Solo este hecho, nos parece, debería ser suficiente para justificar ante el juez que, en términos objetivos, la minoría que así lo quiere se aparte del juicio. Obsérvese que, con la demanda, la minoría ha expropiado el poder de disposición del derecho y que su desistimiento, en realidad, restaura dicho poder en su titular natural. Por eso, tratándose la sustitución de una situación extraordinaria, si no se advierten actuaciones fraudulentas, en nuestra opinión, este es un caso en el que siempre deberá aceptarse el desistimiento de la minoría, aunque se oponga el demandado. El interés legítimo que pueda tener el administrador en que continúe el pleito, no puede superar, en nuestra opinión, el efecto que el desistimiento tienen el orden jurídico: la restauración del poder de disposición en su titular natural.

En cuanto al carácter plurisubjetivo de la minoría, será necesario que cada uno de los demandantes que conforman la parte desistan, si bien deben entenderse que si uno desiste se entenderá que los demás también si no se manifiesta lo contrario. Si fuera así, no podrá tenerse el proceso por desistido.

5. Pérdida de la cualidad o carácter de minoría durante el proceso.

³¹² Vid, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Parte General* (con Victor Moreno Catena)... *op. cit.*, p. 342. DE LA OLIVA SANTOS, «*Terminación anormal del proceso*». En *Curso de derecho procesal...* (con Ignacio Díez- Picazo Giménez y Jaime Vegas Torres) *op. cit.*, pp.238-241.

³¹³ Vid, Art. 20.2. Dice textual: «El demandante podrá desistir unilateralmente del juicio antes de que el demandado sea emplazado para contestar a la demanda o citado para juicio. También podrá desistir unilateralmente, en cualquier momento, cuando el demandado se encontrare en rebeldía».

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Pudiera darse el caso que en el curso del proceso desaparecieran cualesquiera de las circunstancias que dieron lugar a la posibilidad de constituir la minoría querida por la Ley.

Si la pérdida viene dada por las modificaciones de las cualidades subjetivas de los socios en mancomún deberá estarse a lo dispuesto en la LEC para aquellos casos que se puedan encuadrar en los supuestos de *sucesión procesal*³¹⁴ o de incapacidad sobrevenida³¹⁵, pues en ellos se establecen mecanismos que permiten seguir con la tramitación del proceso, bien con los sucesores, bien a título particular o universal, o bien con los representantes de los personados que hayan podido incurrir en incapacidad.

Otra cosa es cuando la pérdida de la condición de minoría viene impuesta por actos societarios, es decir, aprobados bien por una mayoría de la Junta, que en su momento se negó a tomar el acuerdo de ejercitar la acción social, o por los administradores que, en su momento, propiciaron la inactividad que dio lugar a la sustitución. Dejando a un lado aquellos que se realicen en fraude o de abuso, cuyo tratamiento debe ser penal pudiendo entonces suspender el curso de las actuaciones³¹⁶, consideramos que, en los demás casos, se debe ir por la línea de negar un automatismo que quizá venga impuesto por una lectura precipitada de los Arts. 22 y 413 LEC que se refieren de forma directa a la pérdida del *interés legítimo* como causa determinante del contenido y sentido de la sentencia, aunque la aplicación, en todo caso, de lo dispuesto en el Art. 22 LEC hace que una cuestión de fondo sea tratada como una cuestión de forma.

El *interés legítimo* aquí - el *interés ad agire*³¹⁷ - debe entenderse como aquel que causará un perjuicio al actor si no intervienen los órganos judiciales. Se trata pues de una condición específica de la acción. En nuestro caso, si se ve, no puede haber perjuicio cuando una de las condiciones legitimantes para el ejercicio de la acción social por los socios haya desaparecido, pues difícilmente la minoría puede sufrir perjuicio alguno si deja de intervenir el juez.

³¹⁴ Vid, Arts. 16 LEC

³¹⁵ Vid, Arts. 7 y 8 LEC

³¹⁶ Vid, Art. 40 LEC

³¹⁷ CHIOVENDA, G . *Principii*, p.155.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

La falta de casuística, salvo error por nuestra parte, sobre el tema aplicada a nuestro caso, no permite hacer un estudio o crítica jurisprudencial; situación que, además, se agrava porque la doctrina mercantil parece estar dividida en cómo ha de tratarse la cuestión³¹⁸. Además, tampoco podemos asumir por analogía – dada la distinta naturaleza del derecho pretendido en una y otra acción - la doctrina, más o menos, pacífica sobre la cuestión para el caso de la acción de *impugnación de acuerdos sociales* ejercitada por el socio que ha centrado el tema, en el principio de la *perpetuatio legitimationis*³¹⁹; porque, en efecto, trasladar esta doctrina jurisprudencial a nuestro caso, y hacerlo sin matices, nos parece desproporcionado; aunque consideramos, por ejemplo, aplicable este criterio a la acción social cuando se pretenda evitar abusos a través de mecanismos como la ampliación de capital que, en el caso de la acción social, podría hacer quedar a socios demandantes sin la necesaria representación societaria que justifique su legitimación en el ejercicio de la acción social. Pero, es evidente que ese o cualquier otro mecanismo societario que impliquen fraude de ley no pueden tener recorrido jurídico en el proceso y, en consecuencia, creemos acertado aplicar en toda su extensión la doctrina que mantiene la jurisprudencia citada.

El matiz que debe tenerse en cuenta en la aplicación del principio de la *perpetuatio legitimationis* a este caso sería en siguiente: como venimos manteniendo, el requisito del porcentaje opera como requisito de admisibilidad de la demanda, de hecho, se ha

³¹⁸ Por ejemplo, a favor de la *perpetuatio legitimationis*, se muestran, entre otros, RODRÍGUEZ ARTIGAS con MARÍN de la BARCENA, F. La acción social de responsabilidad en la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital (coord... Guerra Martín) Madrid 2111. pp 180-181; ESTEVAN VELASCO, G. La acción social y la acción individual de responsabilidad de las sociedades de capital en AAVV, La responsabilidad de los Administradores de sociedades de capital. Estudios de derecho Judicial nº 24. Madrid 2000 p. 75). En contra, GARRIGUES, J, *Comentarios...op. cit.* p. 184; SÁNCHEZ CALERO, Administradores en SANCHEZ- CALERO (Dir) Comentario a la ley de sociedades anónimas. Madrid, 1994 p.310 , POLO, E. en «Los Administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima (Artículos 123 a 143 de la Ley de sociedades anónimas)». En Comentario al régimen de las sociedades mercantiles. Tomo VI. 1992, Civitas. p. 349 y JUSTE MENCIA, J. *op. cit.*, p.148 y el mismo autor: en Los derechos de la minoría en la sociedad anónimas, 1955 p.451.

³¹⁹ Vid, por ejemplo, STS nº 473/2010 de 15 de Julio, STS nº 676/2003 de 7 de julio o STS nº 450/2005, de 8 de junio. Todas vienen a poner de relieve que para considerar concurrente la pérdida sobrevenida de interés legítimo en la obtención de la tutela judicial respecto de la pretensión ejercitada en la demanda es preciso algo más que la pérdida de la cualidad que determinaba la legitimación activa al interponerse la demanda. Ese *plus*, entiende la doctrina, ha de ponerse en relación con el abuso del proceso, y se producirá cuando no exista una explicación razonable sobre la ventaja o beneficio legítimo que obtiene la parte actora con la continuación del proceso.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

defendido su tratamiento procesal en este estudio. De forma que constituido el proceso porque existe la minoría nada debe impedir la continuación del proceso hasta la sentencia siempre que no desaparezca, ahora sí, el derecho o interés, esto es el *derecho o interés de la sociedad*: bien porque la Junta renuncie al ejercicio de la acción interpuesta; porque se transe; o, deje de existir de alguna manera el conflicto que la minoría pretender resolver con su *intervención* en el proceso en sustitución del titular material del conflicto.

Esta pérdida del interés no viene determinada por la falta de cualidad o carácter legitimante y habilitante de la minoría demandante, sino por la falta de conflicto jurídico que sustente el proceso.

Por eso, la extensión de este criterio, sin más, a la acción social ejercitada por la minoría, debe en todo caso matizarse sobre el plus relativo al beneficio de seguir con el proceso, con la realidad jurídica en la que se encuentra la minoría, porque el interés legítimo a debatir no es el de la minoría.

En nuestra opinión, el factor que puede utilizarse como corrector no hay que buscarlo en la terminación del proceso fundamentado en la pérdida de interés legítimo de la minoría de difícil justificación atendiendo a la naturaleza de su legitimación, sino en el hecho de que, en estas circunstancias, la sociedad podría renunciar a la acción ya que muy posiblemente no encuentre oposición (Art. 239.2 LSC). Por tanto, en tanto el conflicto exista y la sociedad no actúe en este sentido, debe presumirse que el interés legítimo persiste para esa minoría correctamente cualificada al inicio de la demanda aun cuando desaparezca la cualidad de minoría durante el proceso.

Este mecanismo se compadece con la protección de la minoría de cara a un posible abuso por la mayoría para deslegitimarla; con la protección del interés de la sociedad que podrá ejercitar su derecho de disposición; y con el derecho a un proceso con todas las garantías que respete, además, el principio de la *perpetuatio legitimationis*.

CAPÍTULO SÉPTIMO.- INTERVENCIÓN DE LA SOCIEDAD EN EL PLEITO POR EL EJERCICIO DE LA ACCION SOCIAL ENTABLADO POR LA MINORÍA.

1. Planteamiento y delimitación del estudio.
2. Notas generales sobre la intervención procesal.
3. La intervención voluntaria del sustituido en los casos de sustitución procesal.
Exposición de las tesis doctrinales y jurisprudenciales sobre el tema. Su aplicación a nuestro caso.
 - 3.1. La intervención voluntaria de la sociedad en el caso del ejercicio de la acción de responsabilidad por la minoría: no se justifica desde un punto de vista procesal.
 - 3.1.1. Los elementos de la intervención.
 - *La cualidad de tercero de la sociedad en el pleito iniciado por la minoría*
 - *El interés legítimo y directo del tercero como interviniente: la inexistencia del título necesario para la intervención de la sociedad en el pleito iniciado por la minoría*
 - 3.2. Intervención voluntaria de la sociedad en la parte demandada en el caso del ejercicio de la acción de responsabilidad por la minoría.
4. Intervención provocada
5. La intervención de la minoría en el pleito entablado por la sociedad

1. Planteamiento y delimitación del estudio.

Cuando nos hemos referido con anterioridad a los factores que servirían como correctores para evitar demandas abusivas por parte de la minoría³²⁰ hemos omitido deliberadamente cualquier referencia a la posibilidad de que la *sociedad interviniese procesalmente* en el pleito entablado por esta minoría aunque lo que se nos muestra en una primera aproximación a la doctrina mercantil que se ha referido a la cuestión es que, en términos generales, debería admitirse tal intervención³²¹. Ahora bien, como se expondrá en este capítulo, cuando se profundiza sobre la cuestión desde la perspectiva procesal se advierten enormes dificultades de tipo conceptual que nos llevarán a rechazar esta posibilidad. En este capítulo expondremos estas dificultades y les daremos una respuesta apropiada.

Por razones metodológicas, estudiaremos principalmente el supuesto de la intervención voluntaria de la sociedad como *coadyuvante* de la minoría en el proceso entablado por esta, y después sacaremos las conclusiones oportunas para los supuestos de intervención de la sociedad como *coadyuvante* del demandado; para el caso de la intervención de la minoría en el proceso entablado por la sociedad; y, finalmente, para el caso de la intervención provocada.

2. Notas generales sobre la intervención procesal.

El instituto de la intervención procesal, en los campos de investigación que hemos propuesto más arriba, ha sido siempre materia rodeada de un cierto grado de imprecisión, lo que posiblemente se deba a la falta de interés que la doctrina científica ha mostrado de forma generalizada por este tema muy posiblemente ocasionada por la ausencia de casuística y, porque, en general, tanto la doctrina científica como la jurisprudencial, en términos generales, coincide en cuál sea el sentido y objeto de la intervención procesal sin que se hayan generado grandes debates.

En cualquier caso, el estudio que hacemos ahora no puede llevarse a cabo si no establecemos, aunque sea de forma sucinta, lo que para nosotros es la intervención procesal en sus diversas manifestaciones. Evidentemente, no es objeto de esta tesis, y

³²⁰ Vid, *Supra* Capítulo Quinto, Apartado 3.

³²¹ Por ejemplo, *vid*, por todos, JUSTE MENCÍA, J. *op. cit.*, p. 163 y ss.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

excede de su ámbito, el estudio de esta institución procesal por lo que bastará con señalar y trasladar aquí la conceptualización doctrinal más pacífica de este instituto.

Pues bien, al igual que ocurrió con otras muchas instituciones procesales relativas a la teoría general de las partes, la intervención de los terceros en un proceso ajeno también ha sido una institución de elaboración doctrinal desarrollada, en este caso, en el contexto del estudio de los efectos que las sentencias podían tener en determinadas personas ajenas a un pleito, diferenciando su posición en el proceso del aquella del representante o del sustituto procesal³²².

Tras la promulgación de la Constitución (Art. 24 CE), a propósito, primero de la legitimación en la jurisdicción contencioso-administrativa y, después, en el proceso civil, se admite ya como corolario del derecho fundamental de toda persona a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que pueda producirse indefensión que un tercero pueda intervenir en el proceso de otros³²³.

Promulgada la actual Ley procesal en el año 2000- donde se hacen ley aquellas teorías doctrinales - cuál sea hoy su ámbito de aplicación, sentido y efectos de la intervención procesal solo puede resolverse tal y como se afronta su regulación en el Capítulo II, del

³²² Entre la doctrina tradicional se estudia por WACH, *op. cit.*, p 621; también CHIOVENDA, G. (en *Instituciones...Tomo II, op. cit.*, pp. 290) que conceptualiza al coadyuvante como un tercero que interviene en el proceso por un derecho ajeno distinto al representante de la parte. Para el autor italiano, la única condición para la intervención es que este tercero tenga un interés en la causa. Decía, además, que, aunque se parece al sustituto procesal, se diferenciaba de este en que el coadyuvante no promueve el juicio. Por su parte, GÓMEZ ORBANEJA, E (En: *Derecho... Tomo I. op. cit.*, p.147 y ss) explicaba que el coadyuvante «(...) actúa en nombre propio, pero por un derecho ajeno, y en esto es asimilable al sustituto. Pero a diferencia de este, no es parte principal, sino que actúa junto a, o en lugar de la parte. No pide la actuación de la ley para sí mismo, sino para el coadyuvado y su actuación procesal tiene el mismo efecto que si la llevase a cabo la parte. Lo fundamental es comprender que el coadyuvante no es litisconsorte, no es parte principal (...); En cuanto a los efectos de la cosa juzgada, FAIRÉN GUILLÉN, V [En: *Notas sobre la intervención principal en el proceso civil en estudios de derecho procesal Madrid 1955*, pp. 175 y ss); y en *El Proceso de la Ley de Sociedades Anónimas* (Estudio de los artículos 67 a 70) Barcelona 1971. p.91]] explicaba que «aparece la intervención adhesiva como litisconsorcial, cuando los efectos de la sentencia que recaiga en el proceso principal se extiendan a la relación existente entre el interviniente y la parte contraria»; en el mismo sentido, CHIOVENDA, G. *Principii, op. cit.*, p. 922 y SERRA DOMÍNGUEZ, M. Intervención en el proceso, *Estudio de Derecho procesal*, Esplugues de Llobregat, 1969., pp. 207.

³²³ LÓPEZ-FRAGOSO, Tomás. La intervención de terceros a instancia de parte en el proceso civil español. Madrid: Marcial Pons. 1990. p. 216 y PRIETO-CASTRO, V., El derecho a la tutela jurisdiccional, Ponencia presentada en las Jornadas de Derecho procesal organizadas por el C.G.P.J, Madrid. 1984. p. 26.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Título I del Libro I de la LEC titulado *De la pluralidad de las partes* en dos de sus preceptos, en los Arts. 13 y 14³²⁴ que, en términos generales, diferencian: la **intervención voluntaria** (a la que la norma se refiere como *Intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados*) que puede ser tanto para la parte demandante como la demandada; y la **intervención provocada** (Art. 14 LEC) que se refiere, por cuestiones lógicas de orden jurídico, a la intervención de coadyuvancia en la parte demandada.

Vamos, pues, a exponer de forma muy sucinta los conceptos de esas intervenciones procesales, siguiendo la doctrina procesalista mayoritaria y, prácticamente, unánime³²⁵.

La doctrina procesal moderna coincide en conceptualizar, en general, la intervención como la entrada o incorporación de un tercero a un proceso ya pendiente entre otros litigantes; es decir, se trata de «(.) aquellos supuestos en los que un *tercero*, ajeno al proceso iniciado por el actor contra el demandado, por tanto, un sujeto ajeno a la demanda entra en el proceso existente - como actor o demandado -para defender derechos o intereses propios que son *coincidentes* con el derecho ejercitado por el actor o los defendidos por el demandando»³²⁶.

Si de lo que se habla es de una **intervención voluntaria** (Art. 13 LEC), la doctrina científica y jurisprudencial, de forma mayoritaria y pacífica mantiene que en ella se

³²⁴ El objeto de nuestro estudio no alcanza el examen de lo dispuesto en el Art. 15 LEC que regula un supuesto especial de intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios.

³²⁵ Tanto durante la vigencia de la LECA 1881 como con la nueva LEC, nuestro ordenamiento procesal civil, de forma general, ha negado la posibilidad de intervención principal (consistiría en que el tercero se incorpora al proceso para defender un derecho propio e independiente de las partes iniciales dirigiéndose contra ambas partes, demandante y demandado, y pretendiendo una tutela incompatible con la solicitada por las partes originarias; es decir, el tercero alega que tiene un derecho que, de existir, supondrá la exclusión total o parcial del alegado por el demandante) que ha encontrado *solución* en la acumulación de procesos (Art. 74 y ss LEC); *Vid*, MONTERO AROCA, J. *La intervención ...op. cit.*, pp. 28 y ss, y STS de 8 de mayo de 1990. *Vid*, también, análisis de GONZÁLEZ PILLADO, E.(en *La intervención voluntaria de terceros en el proceso civil*, 2006, pp.146 y ss) a propósito de la regulación de la intervención principal en la nueva LEC. Señala la autora la posibilidad de que se reconozca la intervención principal cuando se aplican de forma conjunta los Art. 13.3 y 407.1 ambos de la LEC. Se trataría de los casos de reconvencción cuando se dirige la demandada contra sujetos no demandantes. La LEC permite este llamamiento si los terceros pueden considerarse litisconsortes voluntarios o necesarios del actor reconvenido por su relación con el objeto de la demanda. Aun así, la autora advierte la enorme dificultad práctica que ello implicaría. (*Ibid.*, p. 155).

³²⁶ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Parte General* (con Víctor Moreno Catena)... *op. cit.*, pp.112-113.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

pueden incluir dos tipos: de un lado, la llamada doctrinalmente *intervención litisconsorcial voluntaria*; y, de otro, la *intervención adhesiva simple*³²⁷.

En la primera de ellas, el tercero interviniente podría haber sido demandante o demandado desde el inicio³²⁸. «Se trata de un supuesto muy específico y concreto que bien podría haberse incluido en el litisconsorcio voluntario (Art. 12 LEC) o en el litisconsorcio cuasi necesario»³²⁹, en donde la legitimación *ab initio* es plural porque corresponde a varias personas, pero no de manera necesariamente conjunta. Como se ve, en este supuesto, el tercero tiene por sí mismo legitimación ordinaria (Art. 10. I LEC) para entablar la acción que se discute *inter alios* porque, en definitiva, el derecho discutido es idéntico al suyo al punto de que es también titular de ese derecho. Esto exigirá al interviniente alegar (y acreditar) la cotitularidad del derecho u obligación. En definitiva, esta intervención tiene como finalidad, dependiendo de la posición que ocupe el interviniente en el proceso, la de evitar (o no) la extensión *directa* de los efectos materiales de la sentencia sin la presencia del interviniente y propiciar que esos efectos se produzcan en un proceso con su intervención.

Quienes sean cotitulares del derecho, claro está, viene determinada por la relación jurídico material de los sujetos con el derecho, sin perjuicio de que la norma procesal ha enumerado los supuestos en los que indiscutiblemente se produce la extensión de los efectos de la sentencia que justificarían la intervención litisconsorcial, como nos muestra, no hay duda, el Art. 222.3 LEC.

Es suficiente decir aquí que en este supuesto, por lo que se ha expuesto, queda justificado que al interviniente se le tenga en el proceso como si fuera parte desde el inicio. Ello supone, por ejemplo, que si el actor demandante originario renunciara a su acción podría continuarse el proceso con el interviniente, o en su caso, si se hubiera adherido al proceso en la parte demandada y el demandado originario se allanara, igualmente el proceso

³²⁷ Vid, ATS de 22 de mayo de 2017.

³²⁸ GONZÁLEZ PILLADO, E. *op. cit.*, p. 174.

³²⁹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Parte General* (con Víctor Moreno Catena) ... *op. cit.*, p.113.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

seguirá (si así lo quiere) contra el interviniente. Asimismo, es una opinión doctrinal unánime que la sentencia que se dicte tiene efectos directos en el interviniente litisconsorcial, porque, en definitiva, si se ve, la pretensión es única³³⁰. La intervención del tercero en este tipo solo implica una amplitud de los sujetos demandantes o demandados, todos ellos con acción ordinaria sobre la pretensión originaria. El pronunciamiento del juez también es único. Lo importante es darse cuenta de que, en este supuesto, la sentencia afectará a todos los *cotitulares* del derecho de forma *directa* incluso si alguno de ellos no participara en el proceso³³¹.

Lo expuesto, avanzando ahora cuestiones que serán objeto de nuestro estudio, evidencia ya ciertas dificultades para trasladar el concepto de intervención litisconsorcial al caso que nos ocupa, esencialmente porque, como se ha explicado en esta tesis, la sociedad y minoría no son cotitulares del derecho que se hace valer en el pleito; no existe un litisconsorcio tan siquiera *cuasi necesario*. La sociedad, ya lo hemos visto, es la única titular del derecho por lo que difícilmente la minoría podrá justificar un interés legítimo para intervenir en el pleito entablado por la sociedad si este derecho ya está siendo defendido por su único titular. Pero no solo eso, porque como veremos ahora, esta conceptualización de la intervención tampoco se reconcilia con la posibilidad de que la sociedad intervenga en el proceso entablado por la minoría en la acción social, pues la sustitución procesal de la minoría implica justamente el ejercicio procesal, por expropiación, del derecho de la sociedad³³².

³³⁰ MONTERO AROCA, J. con GÓMEZ COLOMER J.L, MONTON REDONDE, A. BARONA VILAR, S, Derecho Jurisdiccional II, Procesal Civil, Valencia, 2003 p.88. En definitiva, se trata de que su legitimación (la del tercero) se fundamentaría en este caso en la afirmación de la cotitularidad. Este tercero interviene en el proceso ajeno defendiendo derechos propios, pero ejercerá necesariamente una pretensión idéntica a la ya ejercitada por el demandante. Los ejemplos más típicos son los de los acreedores solidarios cuando uno de ellos se une al proceso en un momento posterior a la demanda; otro supuesto que hemos tratado ya en esta tesis es el del accionista que interviene en el proceso de impugnación de acuerdos societarios para mantener la validez de los mismos.

³³¹ Vid, MONTERO AROCA, *La Intervención...op. cit.*, pp. 249-250.

³³² Debe recordarse ahora el estudio que hacíamos en su momento sobre la llamada concurrencia de acciones. Decíamos entonces que no existía y no era posible que en un mismo pleito minoría y sociedad ejercitaran la misma acción. Tal posibilidad no existe porque la minoría actuaba en el proceso como sustituto y solo si la sociedad no ha ejercitado su acción (*vid.*, *Supra Capítulo Quinto, Apartado 2.3.1*)

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Pero, como veíamos páginas más arriba, hay un segundo tipo de intervención voluntaria, que es la llamada **intervención adhesiva simple**³³³. Este tipo de intervención se ha ido perfilando por la doctrina procesalista en el sentido de que el interviniente aquí no alega la cotitularidad del derecho u obligación alguna; tampoco, alega estar discutiendo un derecho propio y distinto del que es objeto el pleito (intervención principal³³⁴), sino que pide su entrada en el proceso *inter alios*, porque la resolución que recaiga en ese procedimiento le puede producir un efecto **indirecto o reflejo**³³⁵. Se trata aquí de un sujeto que no podría haber sido inicialmente demandante o demandado al no ostentar la titularidad de la relación jurídica en litigio y no estar facultado por ley para sustituir procesalmente a ninguna de las partes; en otras palabras, no tiene la legitimación directa del Art. 10. II LEC ni es un sustituto procesal (Art. 10 párrafo segundo LEC), empero afirma que es titular de una relación jurídica dependiente de la que se está discutiendo³³⁶.

MONTERO AROCA explica este tipo de intervención como aquel supuesto en el que el interviniente afirma la titularidad de otra relación jurídica que es **dependiente** de la primera, de modo que la decisión que se adopte en el proceso creará un hecho constitutivo, modificativo o extintivo de la relación segunda³³⁷; tal situación, dice el autor, presupone la llamada *eficacia refleja* de la cosa juzgada³³⁸ que se basa en las interferencias entre la relación jurídico material deducida en el proceso por las partes iniciales y la relación jurídica de la que afirma ser titular el tercero (normalmente) con una de las partes³³⁹. En definitiva, al intervenir el tercero lo hace para defenderse a sí mismo y su finalidad es,

³³³ El concepto se lo debemos a FARIÉN GUILLÉN, V (*vid.*, *El proceso... op. cit.*, p. 91) si bien no se deduce de su estudio una diferencia clara entre esta intervención litisconsorcial y la adhesiva. Tampoco parece distinguirse por PRIETO CASTRO, L (en *Derecho... Parte I, op. cit.*, p. 329) que la analiza (la litisconsorcial) como *adhesiva titulada especial*.

³³⁴ *Vid.*, *Supra Nota (325)*

³³⁵ GÓMEZ ORBANEJA, E (en *Derecho... Tomo I, op. cit.*, p. 148) se refería a ello como el *título de admisibilidad de la intervención* que, en definitiva, no es otra cosa que el interés legítimo con el que intervendría (el tercero) en el proceso.

³³⁶ Este tipo de intervención se ha ilustrado siempre con aquel supuesto resuelto en la STS de 28 de diciembre de 1906 en la que el tribunal admitió la intervención del notario para sostener la validez de la disposición testamentaria en un pleito entre herederos. Entendió el tribunal que, si el negocio fuera declarado nulo y el demandado se viera privado de su herencia podría posteriormente demandar al notario interviniente. De ello dedujo que, aunque los efectos de cosa juzgada no afectarían al notario pues lógicamente su derecho no se estaba discutiendo en el proceso *inter alios*, lógicamente se deducía un interés directo por parte del notario en la desestimación de la demanda

³³⁷ MONTERO AROCA, J. *La intervención... op. cit.*; p. 173.

³³⁸ *Idem.*

³³⁹ *Idem.*

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

como se ha dicho, evitar que la eficacia refleja de la sentencia le cause un perjuicio³⁴⁰. MONTERO AROCA, conceptualiza la intervención adhesiva simple como «la injerencia de un tercero en un proceso pendiente entre otras personas, con el fin de evitar el perjuicio jurídico, que puede ocasionarle, como consecuencia de los efectos reflejos de la cosa juzgada, la derrota procesal de una de las partes»³⁴¹.

Pues bien, lo dicho, nos muestra que en este tipo de intervención faltaría la titularidad o cotitularidad del interviniente en el que sea el objeto de pleito iniciado por las partes. Es justamente por eso, lo que justifica que el tercero tenga en el proceso *inter alios* unas facultades procesales más reducidas, por estrictas, que las que doctrinalmente se admiten para el interviniente litisconsorcial. En cualquier caso, recuerda GONZÁLEZ PILLADO que aunque la concepción tradicional fue tenerlo (al tercero) como un *mero coadyuvante* la doctrina ha ido admitiendo su condición de parte procesal reconociendo y atribuyéndole todos los derechos procesales inherentes a esta aunque con los límites que se deducirían en el proceso del hecho de que no es el titular del derecho que se discute³⁴²; en definitiva, estos límites se refieren a que no se puede reconocer a este interviniente el poder de disposición sobre la acción ejercitada en el proceso inicial, pues su *legitimación*, la que le hace parte, solo alcanza a la defensa de la posición que le sea favorable³⁴³. Los efectos que se deducen de ello, entre otros, son que no podrá oponerse ni siquiera al desistimiento de la acción por el actor principal, atemperada esta limitación a los casos que dicha disposición impliquen un fraude (Art. 19.1 y 21.1 LEC)³⁴⁴. En definitiva, el interviniente adhesivo simplemente podrá alegar, probar, pero no podrá disponer ni del objeto ni del proceso: no podrá transar, allanarse, menos aún renunciar, ni tan siquiera

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 172.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 174. Obsérvese que cuando el autor habla de *derrota procesal* incluye aquellos casos en los que el pleito termina por la renuncia a la acción, el allanamiento del demandado a las pretensiones del demandante y la transacción.

³⁴² GONZÁLEZ PILLADO, E. *op. cit.*, pp. 189 y ss. *Vid.*, STS de 3 de diciembre de 2004

³⁴³ *Vid.*, MONTERO AROCA, J. *La intervención... op. cit.*, p. 243.

³⁴⁴ *Ibid.*, p.244. MONTERO AROCA explica que en el caso de que el interviniente lo haga coadyuvando a la parte demandante, con la disposición de la parte originaria del proceso (desistimiento o renuncia) desaparece el interés del tercero en el sentido de que el riesgo que legitima su intervención desaparece. Sin embargo, dado que el interviniente es parte, considera el autor aquí que ante la posibilidad de confabulación entre las partes originarias, el interviniente debe prestar su conformidad con el desistimiento. En el mismo sentido, GONZÁLEZ PILLADO, E. *Ibid.*, p. 197 y ss y pp. 203-204.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

desistir del proceso que no inició, aunque obviamente sí podrá desistir de su intervención³⁴⁵.

La sentencia que se dicte en este procedimiento no produce en él (el interviniente) un efecto directo; en este caso, la sentencia resuelve un conflicto en el que el interviniente no tiene nada más que un interés reflejo, pero le afecta porque, siendo la sentencia un acto que proclama cual es la voluntad del Estado, la resolución produce una serie de efectos en el ordenamiento que se derivan de la voluntad del juez, pero, también, porque la sentencia, al ser un **hecho jurídico**, tendrá, aunque no fuera esa la intención de las partes, efectos en otras relaciones jurídicas debido a la normal interdependencia y conexidad que existe en las relaciones entre las personas; quiero esto decir, que lo resuelto para unos puede tener consecuencias en la esfera jurídica de terceros ajenos al conflicto³⁴⁶. Son justamente estos efectos reflejos los que el legislador tiene en cuenta para admitir la intervención de ese tercero ajeno en el proceso. En definitiva, lo esencial es comprender que el tercero debe poder intervenir en ese pleito cuando la sentencia que se dicte, como hecho jurídico que nace del acto de estado, se le pueda excepcionar como hecho prejudicial³⁴⁷. La intervención del tercero en el pleito consigue, en estos supuestos, garantizar al interviniente que ese acto del Estado - hecho jurídico prejudicial que no podrá discutir³⁴⁸ - no se dicte sin darle la oportunidad de ayudar a la parte que corresponda para que la resolución del conflicto *inter alios* le sea lo más favorable posible, consiguiéndose así, la tutela judicial sin indefensión (Art. 24 CE).

Pues bien, creemos que con estas ideas sucintas referidas a los conceptos procesales de la intervención procesal podemos perfectamente entrar en el estudio de las posibles intervenciones en los casos del ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores societarios.

³⁴⁵ GONZALEZ PILLADO, E. *op. cit.*, p. 198.

³⁴⁶ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Parte General* (con Víctor Moreno Catena)... *op. cit.*, pp. 313 y ss;

³⁴⁷ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés «*La cosa juzgada* » p.293-294, En: *Curso de derecho procesal civil...* (con Ignacio Díez – Picazo Giménez y Jaime Vegas Torres).

³⁴⁸ *Idem*. En este caso la sentencia sería la prueba del pronunciamiento de un juez sobre una realidad material y jurídica. En definitiva, la sentencia conforma una realidad jurídica y material que puede servir para acreditar un hecho en un proceso posterior, por ejemplo, para evitar que se decida una nueva acción en contradicción con la declaración del derecho hecha por el juez. La sentencia dictada en primer orden se entiende, actúa como un antecedente lógico a la nueva acción deducida en el juicio posterior.

3. La intervención voluntaria del sustituido en los casos de sustitución procesal. Exposición de las tesis doctrinales y jurisprudenciales sobre el tema. Su aplicación a nuestro caso.

La intervención del titular de la relación jurídica debatida (sustituido) como parte en el proceso, cuando la acción se ha ejercitado por el sustituto procesal es, sin duda, materia que ha suscitado algunas posiciones doctrinales y jurisprudenciales concretas³⁴⁹. De hecho, la posición doctrinal moderna al respecto, antes y después de la promulgación de la Constitución, coincide de forma mayoritaria en aceptar la intervención procesal del sustituido en términos generales, decantándose incluso por promover que la ley implemente mecanismos que la hagan efectiva.

Por ejemplo, CORDÓN MORENO a propósito de su estudio de la legitimación indirecta, dice que «(...), pendiente el proceso iniciado por el sustituto, (...) el sustituido podrá iniciar un proceso diferente frente al mismo demandado en reclamación del mismo derecho, porque reclamar un derecho en juicio es una manifestación del poder de disposición que se tiene (...): el reconocimiento al acreedor de la legitimación extraordinaria no priva al deudor de la ordinaria para la defensa de su derecho, porque despojarle de la misma supondría limitar su poder de disposición»³⁵⁰.

También, CABAÑAS GARCÍA refiere que se hace evidente tal necesidad por el principio *contradictorio* (el derecho de audiencia) y mantiene que «en realidad, el asegurar que la persona cuyos derechos se discuten en un proceso pueda conocer su existencia y

³⁴⁹ El estudio de referencia a todas ellas es la monografía de GARBAGNATI (*Loc. Cit.*)

³⁵⁰ CORDÓN MORENO Faustino. Sobre la legitimación en derecho procesal.” *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25, no. 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1998, pp. 357–85, <http://www.jstor.org/stable/41609458>. p. 383, nota al pie n° 87. El autor se pregunta si cabría que el demandado plateara en el segundo proceso (el iniciado frente a él por el sustituido) la excepción de litispendencia sobre la base de que el mismo derecho le está siendo reclamado por el sustituto en un proceso pendiente. Al respecto, dice, «Desde un punto de vista estrictamente procesal no existiría obstáculo a la admisión de esta excepción, a pesar de que la misma, como institución preventiva de la cosa juzgada, exija la identidad entre ambos procesos, y, en el presente caso, en el segundo difiera la persona del demandante» (*Idem*).

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

personarse en él si lo desea para contribuir a la pretensión deducida, es una garantía que no requiere ni siquiera de una justificación jurídica peculiar, extraíble de las características de la legitimación indirecta en tal o cual faceta, sino que hunde sus raíces en un principio jurídico natural básico del proceso, como es el del *contradictorio*, o también llamado de *audiencia*»³⁵¹. El autor se muestra partidario de admitir la intervención del sustituido y señala que aunque el legislador consienta que la tutela se verifique al margen de la voluntad del sustituido, eso no puede significar « (...) orillarle ni articular procesos a sus espaldas, en los que solo circunstancialmente pueda tener conocimiento de su marcha, debiendo pechar luego con sus resultados»³⁵².

CABAÑAS GARCÍA explica que «El titular material siempre tiene derecho procesal a intervenir en su propia causa judicial (Art. 24. 1º CE), siempre tendrá algo que decir que contribuya a la mejor decisión jurisdiccional posible. Y no solo no le puede ser negada esa prerrogativa de actuación, sino que debe garantizarse un medio de conocimiento eficaz de la existencia de la *litis*, pues de otro modo mal podrá vincularle la cosa juzgada de la sentencia que recaiga, como no puede vincular al deudor solidario no llamado al proceso»³⁵³. El autor apunta, que «No hay precepto alguno de nuestro ordenamiento que ordene la ruptura del contradictorio, o la imposición de la cosa juzgada sin defensa del destinatario»³⁵⁴ y «No lo son, desde luego, las disposiciones que se limitan a prever supuestos de legitimación indirecta, sin más. Y si alguna se dictara con ese tenor, devendría frontalmente contraria al derecho constitucional de tutela judicial efectiva»³⁵⁵.

³⁵¹ CABAÑAS GARCÍA, J. *op. cit.*, p. 293.

³⁵² *Idem.*

³⁵³ *Ibid.*, p. 294.

³⁵⁴ *Idem.*

³⁵⁵ *Idem.* También, *vid* SÁNCHEZ LÓPEZ, Bárbara. Acción subrogatoria y sustitución procesal (análisis y prospectivas) Marcial Pons 2017 pp.117 y ss y SÁNCHEZ LÓPEZ, B. (2017). *La sustitución procesal: análisis crítico* [Memoria para optar al grado de doctora, Universidad Complutense de Madrid]. Online. Conclusión Vigésima p.547.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

A propósito del estudio de la acción subrogatoria, RIAÑO BRUN, aunque sin mayor análisis, se muestra también a favor de admitirla tanto en la posición de demandado como en la de demandante³⁵⁶.

Por su parte, NIEVA FENOLL explica que, si la intervención litisconsorcial supone que el tercero alega un interés propio, discutido ya en el proceso por alguna de las partes «(...) es obvio que, si el sustituido intenta intervenir en el proceso, su calificación teórica perfecta es la de tercero litisconsorcial»³⁵⁷ nunca adhesiva³⁵⁸. Para el autor esto significa que el sustituido podrá discutir «tanto el interés ajeno alegado por el sustituto como la propia presencia del sustituido en el proceso» por la más evidente relación entre el interés del sustituido y el alegado por el sustituto. El autor matiza que, en este caso, porque ha sido el sustituto el que se ha visto obligado a iniciar el pleito por la pasividad del sustituto, si no se quiere frustrar la eficacia de la sustitución procesal, la actuación del sustituido «debe estar pautada por las necesidades del interés que defiende en el proceso»³⁵⁹.

Pues bien, dicho lo anterior, salvo error por nuestra parte, no existen estudios desde una perspectiva procesal sobre la posible intervención de la sociedad en el pleito de la minoría o viceversa en el ejercicio de la acción social; en realidad, ha sido la doctrina mercantil la que, sin profundizar en el análisis, se ha referido a ello. Esta doctrina refiere, para el caso de la intervención de la sociedad en el proceso iniciado por la minoría, que debe mantenerse el criterio de que la iniciativa de la minoría no debería impedir la intervención de la sociedad a través de sus representantes. Entiende esta doctrina que «no se puede sostener que esta (la sociedad) no posea un interés legítimo y directo en el pleito (...) y no atenta con el carácter subsidiario de la legitimación minoritaria que ha de referirse solo como aquella de entablar el pleito»³⁶⁰.

³⁵⁶ RIAÑO BRUN, Iñaki. *El ejercicio judicial de la acción subrogatoria*. Universidad Pública de Navarra 2002, p. 121.

³⁵⁷ NIEVA FENOLL, J. *op. cit.*, p. 111.

³⁵⁸ *Ibid.*, pp. 115-116.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 112. Se refiere el autor a que el sustituido puede defender el interés material que defiende en sustitución procesal el sustituto, como el hecho de que en el sustituto no concurre la facultad de defender procesalmente un interés ajeno, estando en este último supuesto su posición más cercana a la del demandado.

³⁶⁰ JUSTE MENCÍA. *La legitimación ...op. cit.*; p.164.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Recientemente, a propósito de la acción social, GANDIA PÉREZ³⁶¹, cuando entra a analizar la STS de 30 de noviembre de 2000³⁶², en un apunte a la acción de responsabilidad de los administradores fundamentada en la infracción del deber de lealtad, se muestra a favor de la intervención de los socios en el proceso iniciado por la sociedad. El autor dice que dicha intervención encuentra amparo en el Art. 13 LEC siendo evidente, según su criterio, que en los supuestos de infracción del deber de lealtad, la minoría puede intervenir en el proceso iniciado por la sociedad en condición de litisconsorte, puesto que ostenta, desde el inicio, una legitimación extraordinaria (pero directa) para ejercitar la acción social de responsabilidad (Art. 239.1 II LSC). Dice que en los casos de que la demanda se interpusiera por una vulneración del deber de diligencia, la minoría no debería tener totalmente vedada la irrupción en el proceso pudiendo hacerlo en calidad de interviniente adhesivo simple según la interpretación que hace de la Sentencia citada cuando utiliza el término «coadyuvante» para referirse justamente a la minoría³⁶³. Y, aunque el autor considera que el resultado del pleito (aquel entre la sociedad y administrador) solo repercutirá indirectamente en el patrimonio de los socios, ello «no es óbice para entender que tienen un “interés directo y legítimo en el resultado del pleito”, siquiera porque el proceso iniciado por la sociedad precluye sus posibilidades de actuación y deja en manos de una mayoría —que puede no ser imparcial— la conducción del mismo»³⁶⁴. En lo que se refiere al proceso iniciado por la minoría, dice GANDIA PÉREZ que «el haber identificado en la actuación de la minoría un supuesto de *mera ampliación de la legitimación* implica, en definitiva, que el ejercicio de la acción social por parte de los socios no priva a la sociedad de la posibilidad de intervenir en el proceso iniciado por aquella. (...), la sociedad debe tener la oportunidad de participar en el proceso. De modo que el tribunal deberá comunicarle su pendencia por el cauce del artículo 150.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...). Por tanto, la sociedad podrá decidir libremente su entrada en el litigio.»³⁶⁵

³⁶¹ GANDÍA PEREZ, E... *op. cit.*, pp. 75-76.

³⁶² *Vid, Supra Capítulo Quinto, Apartado 2.3.1.*

³⁶³ *Idem.*

³⁶⁴ *Idem.*

³⁶⁵ *Ibid.* pp 353- 354.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

También, en referencia a la acción social, YAÑEZ EVANGELISTA considera que el transcurso del plazo (se refiere al de un mes desde que se acordara el ejercicio de la acción sin que se hubiera ejercitado por la sociedad) en cuanto «determina el nacimiento de una legitimación por sustitución a favor del socio implica que (..) la sociedad podría entonces celebrar la junta si bien el objeto de esta sería un acuerdo referido a la intervención voluntaria en el curso del procedimiento»³⁶⁶. Salvo error por nuestra parte, de esta argumentación se deduce que el autor admite la posibilidad de la intervención de la sociedad en el proceso iniciado por la minoría, aunque para ello se deba exigir a la sociedad un acuerdo en tal sentido³⁶⁷.

La posición que mantiene HUERTA VIESCA, al respecto, es minoritaria. La autora se muestra contraria a admitir tal posibilidad (la de la intervención). Se deduce su posición de su estudio a propósito de la posible intervención de la minoría en el pleito interpuesto por la sociedad en el comentario a la STS de 30 de noviembre de 2000³⁶⁸. Se refiere la autora a ello cuando dice que « (..) el Art. 13 LEC no ayuda a fundar la posible intervención de los accionistas como coadyuvantes de la SA actuante, porque, el precepto condiciona tal intervención a que se acredite un interés directo y legítimo en el resultado del pleito (...) siendo el interés de los accionistas en ese caso de carácter indirecto o reflejo, pues el resultado de la acción social incide en el patrimonio social y solo reflejamente en el patrimonio de los socios (vía dividendos, derechos a participar en la liquidación, etc.)»³⁶⁹ La autora argumenta, en nuestra opinión con acierto, que cuando el legislador ha querido que los accionistas intervinieran en un litigio en materia de sociedades, lo ha previsto de forma expresa, como ocurre, en el caso del Art. 117.4 LSA (hoy Art. 206.4 y ss LSC). Dice HUERTA VIESCA, en definitiva, que la norma procesal es la que es y «**no puede por vía interpretativa, enmendarse la plana**» (en énfasis es nuestro)³⁷⁰.

³⁶⁶ YAÑEZ EVANGELISTA, Javier. Legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad. *Eleconomista.es* [en línea]. 7 de octubre de 2014 [consultado el 8 de febrero de 2022]. Disponible en: <https://www.eleconomista.es/opinion-legal/noticias/6137003/10/14/Legitimacion-para-el-ejercicio-de-la-accion-social-de-responsabilidad.html>

³⁶⁷ También, GARCÍA MARRERO, Javier. La acción social de responsabilidad de los Administradores. En: *Tratado de conflictos societario*. Director Enrique ORTEGA BURGOS. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 367 y ss.

³⁶⁸ Vid, *Supra* Capítulo Quinto, Apartado 2.3.1.

³⁶⁹ HUERTA VIESCA, M.I., *op. cit.*, pp. 295 a 303.

³⁷⁰ Idem.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

En cuanto al criterio de la doctrina jurisprudencial, debemos significar que la falta de casuística sobre el tema concreto que tratamos, no nos permite hacer un examen apropiado. De hecho, más allá de la STS de 31 de noviembre de 2000 que analizamos en su momento y a la que acabamos de referirnos, cual sea la solución en este caso, solo puede intuirse de referencias tangenciales en algunas sentencias; así, por ejemplo, como lo resuelto en la STS 670/2010, 4 de noviembre que cuando analiza una pretendida intervención litisconsorcial pasiva niega cualquier posibilidad a la minoría de plantear el recurso casación, por carecer, precisamente de interés directo y legítimo. A este respecto, señala la Sala: «que los pronunciamientos de la sentencia recurrida nada más afectan directamente a quienes han sido parte en el juicio, por más que en mayor o menor medida pueden verse afectados de forma indirecta socios y acreedores (...)»³⁷¹

Más recientemente, se refiere a ello el AAP de Asturias nº 148/2020 de 17 de diciembre³⁷² cuando se estudia el supuesto en el que un socio pretende intervenir en el proceso de apelación como parte adhesiva litisconsorcial en los términos del Art. 13 LEC. El supuesto se refiere a la petición del socio de ser tenido como parte cuando aún no era firme la resolución pero las partes originarias - sociedad y administrador demandado- habían manifestado haber llegado a un acuerdo extrajudicial interesando el archivo de las actuaciones de conformidad con lo previsto en el Art. 22 de la LEC. La sección resuelve que no es admisible la intervención adhesiva litisconsorcial pretendida por el socio porque, aunque en términos generales es posible formular la intervención mientras se encuentre pendiente un proceso³⁷³, claramente la sentencia dictada (la que devendría firme con el desistimiento del recurso) no produce respecto a él el efecto de cosa juzgada. Añade la Sala, citamos textual, que «El hecho de que, en su caso, hubiera estado legitimado para demandar en ejercicio de la acción social frente a los administradores, que es lo que se alega, no guarda ninguna relación con la situación litisconsorcial (...)»³⁷⁴. Salvo error en nuestras consideraciones, se puede extraer de esta última afirmación que para la Sala el estar potencialmente facultado por ley para sustituir procesalmente a la

³⁷¹ STS nº 670/2010, 4 de noviembre (ES:TS:2010:7568) FJ 3º.

³⁷² AAP de Asturias (Sección nº1) nº 148/2020 de 17 de diciembre (ES:APO:2020:1243ª)

³⁷³ Vid, STS 459/2020, de 28 de julio (ES:TS:2020:2498)

³⁷⁴ *Idem.* FJ 4º

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

sociedad no justifica que dicha legitimación pueda extrapolarse para otros institutos procesales, como es, en este caso, la intervención. Para la intervención, la ley procesal exige otra cosa, a saber: un título que acredite un interés directo, interés que, como tantas veces se ha explicado, no tiene la minoría.

En definitiva, si se ve, la justificación que permite a la minoría defender el derecho de la sociedad, en clave *material*, es siempre extraordinaria y, por lo tanto, debe estar limitada a los supuestos que la ley contempla. En nuestra norma, como se ha estudiado, estos se limitan a la sustitución procesal para entablar la acción. No se deduce de la norma material ningún otro interés legítimo, personal y directo de la minoría que justifique su intervención en un proceso en el que la sociedad está defendiendo su derecho; pues, debemos repetirnos, lo único para lo que está facultada es para ejercitar la acción de la sociedad cuando esta permanezca inactiva o pasiva en la defensa de sus intereses. En definitiva, si la sociedad ha ejercitado su acción nada hay que justifique la entrada de la minoría al proceso. El derecho de la sociedad se estará defendiendo por su titular natural. Son justamente los requisitos exigidos para que la minoría pueda legítimamente sustituir procesalmente a la sociedad lo que excluyen cualquier posibilidad de intervención en el pleito iniciado por ella.

Aun cuando estas dos resoluciones tratan la cuestión de la intervención adhesiva litisconsorcial (en la parte demandante y demandada) creemos que los mismos argumentos son sin duda trasladables a la posible intervención adhesiva simple y confirman, al contrario de lo que mantiene la doctrina mercantil, que no se da el presupuesto procesal del interés de la minoría que justifique su intervención en un proceso dirigido por su titular.

3.1.La intervención voluntaria de la sociedad en el caso del ejercicio de la acción de responsabilidad por la minoría: no se justifica desde un punto de vista procesal.

La falta de casuística sobre el tema, así como la falta de criterios doctrinales procesales definitivos³⁷⁵, nos exige un examen detenido de la cuestión a través de las normas procesales, si bien antes de ello haremos dos puntualizaciones que nos parecen esenciales:

La primera se refiere a la falta de regulación expresa sobre la cuestión³⁷⁶ en la norma material, lo que nos exige, dada la naturaleza procesal de las normas, una interpretación acorde a esta naturaleza.

Y, ahora, nos conviene recordar aquello que tratamos cuando nos referimos al derecho de conducción del proceso en el derecho alemán y la diferencias con la sustitución procesal asumida en nuestro ordenamiento³⁷⁷.

Decíamos entonces que de conformidad con el Art. 148(3) AKTG, una vez iniciado el proceso por la minoría, la sociedad podía hacer valer su derecho de forma que, si finalmente ejercitaba su acción (que no le había sido expropiada), cualquier procedimiento pendiente (de admisión de la demanda entablada por los socios o si el pleito ya se había iniciado por estos) sería inadmisibile. Esto es, en el derecho alemán, la sociedad puede acceder al procedimiento pendiente o iniciado por socios *desplazando* el derecho de conducción de la acción por la minoría. Dicho en términos comparados, la sociedad puede *recuperar* el proceso (y por tanto el ejercicio de su acción) en cualquier momento, y si así lo hiciera, en el supuesto de que la demanda de los socios ya se hubiera admitido a trámite, resultaría que los socios demandantes pasarían a ser terceros interesados en el proceso lo que se justifica, ya lo vimos, porque para iniciarlo y conducirlo en beneficio de la sociedad tuvieron que acreditar un interés.

³⁷⁵ NIEVA FENOLL, J. *op. cit.*, p.115-116.

³⁷⁶ También, HUERTAS VIESCA, M.I. (*Loc.Cit*). *Vid*, también, MONTERO AROCA. J. *La intervención... op. cit.*, pp. 207-208.

³⁷⁷ *Vid*, NIEVA FENOLL, J. *op. cit.*, p. 116.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Por comparación, ya lo vimos, se nos muestra, claramente, que nuestro legislador no ha incluido esta salvedad en la LSC: la sustitución procesal, tal y como se ha concebido en nuestro ordenamiento, excluye cualquier posibilidad de que la sociedad pueda *recuperar* la acción ejercitada por la minoría³⁷⁸. Sí podrá (la sociedad) disponer de su derecho, renunciado a él o transando *en cualquier momento* (Art. 238 CC) y, por supuesto, podrá renunciar a la acción procesal si es ella la que ha ejercitado la acción, lo que decimos es que una vez se le ha expropiado el poder de disponer procesalmente de su derecho -con la interposición de la demanda por la minoría- no puede *hacerse* con esa acción.

Como vemos, a diferencia de lo que ocurre en el derecho alemán, nuestro legislador mercantil nada ha regulado al respecto; por eso el estudio de la cuestión solo puede afrontarse haciendo un análisis procesal de los elementos que nuestro legislador procesal exige como *título de la intervención*, a saber: ser un tercero con un interés directo y legítimo.

En cualquier caso, y para mejor comprensión de la cuestión que estamos estudiando, antes de hacer el análisis de estos elementos, debemos detenernos en la segunda de las puntualizaciones que anunciamos debíamos hacer.

Nuestro legislador procesal sustantivó en el Art. 10 apartado segundo de la LEC la institución de la sustitución procesal admitiéndose, desde entonces y sin que ello planteara contravención del principio dispositivo del derecho o el de la tutela judicial

³⁷⁸ En definitiva, la evolución en nuestro ordenamiento de la institución de la sustitución, que parte de la necesaria expropiación del poder de disposición, hace imposible esta recuperación de la acción. Tratándose, como es, la sustitución, de un supuesto de legitimación requiere necesariamente que el sustituto tenga el poder de disposición del derecho que hace valer, porque sin él a lo más que puede aspirar es a ser un representante en el proceso. Por eso, porque en nuestro ordenamiento se da la expropiación del poder, mientras la minoría lo esté ejercitando, la sociedad, a título personal, nada puede hacer. El derecho alemán, ya lo vimos, no maneja este concepto de sustitución si no el de conducción procesal que no implica como vimos, la expropiación del poder de disposición, sino un derecho procesal a conducir el proceso de otro. Por eso, si ese otro así lo quiere podrá intervenir o hacerse con su acción. Este concepto admite por tanto un tratamiento procesal. El tratamiento procesal que se ha defendido en esta tesis (*Supra Capítulo Sexto*) no viene determinado por su similitud al concepto procesal de conducción alemán, sino, como se explicó, de la aplicación que de la norma material que disciplina la sustitución para el supuesto de la acción social se hace por el juez.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

efectiva (de audiencia), que pudiera resolverse un conflicto jurídico en un proceso en el que el titular del derecho no fuera parte, creándose por un tercero - facultado legalmente para ello- un poder-deber del juez de dictar una sentencia sobre fondo. Esto es, para nuestro Ordenamiento es posible que el ordenamiento jurídico se restaure - además sin producir *mal alguno* al titular del derecho – cuando un tercero defienda procesalmente el derecho de otro (del titular) si reúne y cumple (este tercero), eso sí, los requisitos que la ley material prescriba para que pueda darse la sustitución procesal.

Pero es que la LEC no se quedó ahí, sino que a *renglón seguido*, bajo el título *De la pluralidad de las partes* reguló la intervención (Art. 13 y 14 LEC)³⁷⁹.

Si nos damos cuenta, lo que de todo ello se deduce es que el legislador no sustantivó la institución de la intervención para corregir la situación creada por el párrafo segundo del Art. 10 LEC - que la sentencia dictada en un proceso en el que el titular no fuera parte le afectara de lleno - sino que lo hizo para *corregir* otras situaciones jurídico materiales como son aquellas en las que terceros ajenos al proceso, e incluso al objeto de este, a los que la ley material no reconoce facultad alguna de sustituir al titular material de la relación jurídica en la defensa de sus propios intereses, directos, indirectos u oblicuos o a quienes no se les reconoce acción directa alguna aunque fuera subsidiaria, litisconsorcial o sucesiva, se vieran afectados por la sentencia de forma directa o refleja³⁸⁰ por el sencillo juego de interdependencia de los derechos. Para estos terceros, entiende el ordenamiento, se debe reconocer un poder de intervenir en el proceso *inter alios*, pues de no ser así podrían crearse situaciones no deseables como son que se solucione un conflicto entre partes que *fulmine* los derechos de personas sin haber sido oídos; por eso, la LEC admite que estos terceros puedan intervenir en el pleito, y defender la posición de una de las partes de tal manera que haciéndolo protegen un interés propio: en el caso de la

³⁷⁹ No en vano CHIOVENDA reconocía la similitud entre intervención y sustitución si bien ya ponía de manifiesto, lo que sin duda se asimiló por la doctrina y finalmente se hizo ley, que se trataba de dos instituciones distintas que estudiaban dos supuestos distintos de posición procesal de otros sujetos en el juicio. CHIOVENDA, G. *Instituciones ... tomo II. op. cit.*, p. 290 y pp. 304 y ss.

³⁸⁰ Por eso, por ejemplo, GARBAGNATI, J. (*op. cit.*, p. 273) se refería solo a la intervención litisconsorcial cuando estudia al sustituto. En este caso, el sustituido es parte legítima, por lo que su intervención el proceso está más que justificada. En el mismo sentido, según lo entendemos, NIEVA FENOLL, J. *op. cit.*, p. 111-113.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

intervención litisconsorcial, para defender un derecho propio igual al defendido por la parte a favor de la coadyuva; y, en el caso de la intervención adhesiva simple, para que la resolución que se dicte y que le afectará de forma refleja, les sea lo más favorable posible³⁸¹.

En definitiva, no puede mantenerse que la intervención regulada en los Art. 13 y 14 LEC tiene por objeto solucionar los efectos que del proceso se deducen de la legitimación extraordinaria o por sustitución. Esta regulación tiene otro objeto: el de ofrecer una solución a problemas *jurídicos* que ocurren cuando, habiéndose establecido correctamente la legitimación (ya sea la ordinaria o extraordinaria), un tercero a ese proceso se pueda ver afectado por la sentencia que se dicte.

3.1.1. Los elementos de la intervención

La cualidad de tercero de la sociedad en el pleito iniciado por la minoría.

Desde un punto de vista procesal consideramos que no plantea mayores problemas considerar a la sociedad como un tercero. Cuando la acción se ejercita por la minoría, y habiéndose descartado que se trate de un caso de representación, se hace evidente que la sociedad, en sentido estricto procesal, es un tercero fuera del proceso pues no es con él con quien se configura la relación jurídico procesal³⁸².

³⁸¹ En nuestra opinión, es posible que en el ejercicio de determinadas acciones quien pudiera ser sustituto procesal sea considerado un tercero interviniente. Ello ocurriría, por ejemplo, en el ejercicio procesal en el ámbito de la acción subrogatoria, por ejemplo si el deudor ejercita la acción. En este caso, el acreedor tiene interés suficiente para intervenir en el pleito pues del resultado del mismo se deducirá la posibilidad de cobrar del que hubiera sido sustituido. Consideramos que si se puede lo más, la sustitución, no debe haber impedimento alguno, para admitir lo menos, la intervención que, en este caso, no hay duda será adhesiva y no litisconsorcial.

³⁸² Vid, GONZÁLEZ PILLADO, E. *op. cit.*; pp.18-25

El interés legítimo y directo del tercero como interviniente: la inexistencia del título necesario para la intervención de la sociedad en el pleito iniciado por la minoría.

Si la sociedad es conceptualmente un tercero en el proceso que inicia la minoría, se nos muestra entonces que lo relevante aquí es estudiar la cuestión desde la perspectiva de interés legítimo y directo que necesariamente se exige a ese tercero para intervenir en el proceso *inter alios* en la LEC (Art. 13.1 LEC), para determinar si realmente lo tiene.

a) Estudio del interés de la sociedad en el proceso iniciado por la minoría desde la perspectiva de la intervención litisconsorcial.

Si estudiamos el caso desde la posibilidad de la intervención litisconsorcial, debemos recordar que la situación que se quiere corregir con este tipo de intervención es la de que cotitulares del derecho se vean afectados directamente por la sentencia que se dicte (Art. 222 LEC) sin haber sido oídos. Las conclusiones que hemos ido alcanzado a lo largo de esta tesis, nos debe eximir en cierta forma de entrar en mayores análisis, pues en nuestro caso, como ya se ha explicado, solo existe un derecho, el de la sociedad, lo que excluye cualquier posibilidad de tratar a la sociedad y la minoría como cotitulares. La sociedad y minoría no son litisconsortes; por tanto, no se da el elemento que sirva de *título a la intervención* sencillamente porque no existe cotitularidad en el derecho pretendido. La acción ejercitada en sustitución procesal es, ya lo hemos dicho, la acción de la sociedad por lo que su interés (el de la sociedad) se encuentra ya, cuando se ejercita la demanda por la minoría, bajo la tutela judicial.

b) Estudio del interés de la sociedad en el proceso iniciado por la minoría desde la perspectiva de la intervención adhesiva simple.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Si el tema lo estudiamos desde el punto de vista de la intervención adhesiva simple, sabiendo, como se ha expuesto, que tiene como objeto permitir la entrada al proceso a terceros que se verían afectados por el hecho jurídico que es en sí mismo la sentencia, la conclusión debe ser la misma, porque en este supuesto, se exige al tercero tener un interés diferente al que se discute en el proceso, pero conexo con este, al punto de que puede verse afectado por la *extensión de efectos reflejos* en la sentencia. Quiere esto decir, que la extensión de la sentencia se producirá porque existe un **elemento de conexión** entre el derecho del sujeto fuera del proceso (la sociedad) y los efectos materiales y procesales que se deduzcan de la sentencia que se dicte entre las partes originarias ³⁸³.

Nos resulta ahora útil referirnos a lo dispuesto en el Art. 222.3 LEC que ha delimitado en cierta forma en qué acciones se da esa conexión. Debe significarse, sin embargo, que este artículo fue rectificado (en realidad se produjo una auténtica modificación) en la Corrección de errores publicada en el «BOE» núm. 90, de 14 de abril de 2000, páginas 15278 a 15278³⁸⁴, excluyéndose cualquier *extensión* de la cosa juzgada en los supuestos de sustitución procesal, lo que ha servido a algún sector de la doctrina justamente para defender la tesis de la necesidad de que el sustituido pueda intervenir en el proceso entablado por su sustituto³⁸⁵.

³⁸³ Vid, CORDÓN MORENO, F (En: *Precisión sobre el interés que fundamenta la intervención adhesiva simple*. <https://www.ga-p.com/publicaciones/precision-sobre-el-interés-que-fundamenta-la-intervencion-adhesiva-simple/>) se muestra a favor, a propósito de la intervención adhesiva simple, de que, en términos generales, el interés que la fundamente se interprete «en sentido riguroso». Vid, también, en el mismo sentido, SAP de Valladolid, Sección 1ª, de 30 de enero de 2004 donde se explica que «el concepto de interesado no puede utilizarse de forma expansiva para justificar la intervención en el procedimiento de cualquiera que lo solicite con solo acudir a su legítimo interés». Ese interés debe interpretarse, «no como equivalente a cualquier interés, sino, más acertadamente, como un interés cualificado, referido al que ese tercero pueda tener con el resultado del pleito; es decir, un interés jurídico, directo y legítimo» (AAP de Murcia, Sección 4ª, de 9 de mayo de 2006, JUR 2006/188068); por tanto, no es suficiente un interés frente a supuestos agravios potenciales o futuros, sino que es preciso que resulten claras y previsibles las consecuencias, favorables o no, que para la situación jurídica del tercero se desprendan directamente del éxito o fracaso de la pretensión ejercitada. Deriva de lo anterior que (...) el Art. 13 LEC «debe ser interpretado en sentido riguroso».

³⁸⁴ En su primera publicación el Art. 222.3 decía «La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 10 de esta Ley».

³⁸⁵ No en vano esta doctrina se han referido a esta modificación como un error inintencionado, un despropósito (CABAÑAS GARCÍA, J.C. *op. cit.*, p. 347) e incluso «una desgraciada y probablemente algo precipitada corrección de errores» (NIEVA FENOLL, J. *op. cit.*, p.190) proponiendo que se vuelva a la redacción inicial. También, DE LA OLIVA SANTOS, A *Curso de derecho procesal ...*(con Ignacio Díez-Picazo Giménez y Jaime Vegas Torres) ... *op. cit.*, p. 307.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Desde nuestro punto de vista, sin embargo, en poco o nada esta modificación, que excluiría en una primera aproximación los efectos de cosa juzgada al sustituido, puede justificar, por vía interpretativa del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (Art. 24 CE)³⁸⁶ la intervención de la sociedad en el pleito entablado por la minoría. Porque, aunque sobre ello nos extenderemos en el capítulo siguiente, los efectos de la sentencia que se dicte en el proceso entablado por la minoría como sustituto procesal no se *extienden* en realidad a la sociedad en el sentido del Art. 222.3 LEC³⁸⁷. Esta *extensión* de la que habla la Ley se refiere a los efectos materiales de la sentencia a personas ajenas al proceso, pero si nos damos cuenta, en el supuesto que estudiamos y tratándose de una sentencia declarativa de condena, la única sentencia posible en este caso es la que, una vez declarada la legitimación extraordinaria de la minoría en sustitución procesal, el juez, en el ejercicio de su jurisdicción -en un pleito válidamente constituido- declare el derecho de la sociedad a verse resarcida y se condene al administrador a restituir el patrimonio de la sociedad. Esto es, no se produce aquí posibilidad alguna de que la declaración se extienda de forma subjetiva o material a la sociedad, es que la única sentencia posible en este supuesto, ya ejercité la acción social por la sociedad, ya lo haga la minoría en sustitución, **entrará y afectará de lleno y solo al patrimonio de la sociedad**.

Y conviene aquí recordar lo que explicaba a este respecto GARBAGNATI cuando decía que: «La sustitución procesal presupone precisamente el poder de un sujeto para hacer valer procesalmente (...) un derecho ajeno, de tal forma que la cosa juzgada material derivada de la sentencia pronunciada con él venga a afectar directamente al titular del derecho mismo»; añadía el autor que «(...) tratándose de un proceso declarativo de condena exige que la condena deba «ser pronunciada a favor o en contra del sustituido, pues de lo contrario, se trataría de una condena inútil. Si la cosa juzgada no **afectase directamente** al sustituido, en aquellos supuestos en los que la legitimación del sustituto excluya la del sustituido, la sentencia sería *inuliter data*»³⁸⁸ (el énfasis en negrita es nuestro).

³⁸⁶ Vid, STC nº 35/1986 de 21 de febrero de 1986 y STS 16 de marzo de 1967, 20 de enero y 18 de febrero de 1972.

³⁸⁷ En cualquier caso, ciertamente una segunda corrección donde el Art. 222.3 LEC remitiera al Art. 10 sin duda, despejaría, como es la opinión mayoritaria, cualquier duda.

³⁸⁸ GARBAGNATI, E. *La sostituzione processuale...*, op. cit., p. 283.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

En cualquier caso, esto que decimos tiene su matiz, porque esta prohibición de intervenir no alcanzaría a los supuestos cuando del resultado del pleito pudiera afectar a algún otro interés de la sociedad, por ejemplo, cuando la sentencia produjera un efecto reflejo que modificara, constituyera o extinguiera otro derecho de la sociedad conexo al que ejercita la minoría en sustitución; en cualquier caso, por las más que evidentes similitudes de estos supuestos con la *intervención principal* consideramos que la opción correcta en este caso, no sería acudir a la intervención adhesiva sino a la de acumulación de procesos (Art. 74 y ss LEC).

Como se ve, lo definitivo aquí es darse cuenta de que por aplicación del párrafo segundo del Art. 10 LEC, la imposibilidad de que la sociedad intervenga en el pleito iniciado por la minoría que estamos defendiendo no niega, en modo alguno, el derecho de la sociedad a defender su causa si se entiende, como hemos venido diciendo, que el sustituto es para el demandado (y para el juez) a todos los efectos la sociedad pues es frente a ella que quedará condenado el demandado; En definitiva, lo que el sustituto pide al juez es, no hay duda, que resuelva un conflicto entre la sociedad y el administrador.

Negar, como estamos haciendo, cualquier posibilidad a la sociedad de intervenir en ese pleito donde su derecho está siendo defendido por un tercero que la sustituye procesalmente no significa en modo alguno orillarla de su propia causa. Las razones que, a modo de conclusión, nos parecen más evidentes son la siguientes:

- De conformidad con el Art. 10 párrafo segundo LEC para el Ordenamiento los intereses de la sociedad se defenderán con todas las garantías si la minoría ejercita la acción siempre que cumpla con los requisitos habilitantes que exija la norma material.
- La sociedad está *advertida* de que si no actúa en defensa de sus intereses (nos referimos a intereses patrimoniales desde un punto de

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

vista objetivo, no el subjetivo) podrá hacerlo otro por ella (la minoría o los acreedores).

- La sociedad habrá tenido todo tipo de oportunidades para no encontrarse en esa situación; por ejemplo, podría haber ejercitado la acción acordada, podría no haberse negado a hacerlo, podría incluso haber transado o renunciado el ejercicio de la acción, y un largo etc. Lo que demuestra que no se la orilla o desplaza sin más en la defensa y tutela de su derecho.
- No existe obligación alguna impuesta por la ley que exija que la sociedad deba ser llamada a conocer de la causa.
- Si bien la facultad de la minoría alcanza, que no es poco, a la pretensión procesal del derecho (podrá entablar la acción para obtener una sentencia sobre el fondo) la expropiación de este poder no alcanza al de renunciar o transar el ejercicio de la acción con el administrador demandado; ello queda, como bien advierte la norma, en manos de la sociedad (Art. 238 LSC).

Además, en nuestra opinión, la tesis que defendemos se compadecen con la regulado en su conjunto por el legislador mercantil, si nos damos cuenta de que las modificaciones legislativas que se ha hecho a lo largo de estos años tienden, en cierta manera, a empoderar a la minoría para el ejercicio de la acción social; veamos:

- En primero lugar, se ha reducido el plazo de espera tras el cual *nace* la facultad de la minoría para expropiar la acción.
- En segundo lugar, se estableció un cuarto supuesto que faculta a la minoría para entablar la acción directamente sin más requisito que la acción se fundamente en la infracción por el administrador de su deber de lealtad. Es decir, la minoría quedará facultada para el ejercicio de la acción social de responsabilidad sin necesidad de cumplir ningún plazo de espera o requisitos societarios como que se acuerde o no el ejercicio de la acción o que se solicite la convocatoria de la Junta a tal fin.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

- En tercer lugar, la Ley permite a la minoría sustituir procesalmente a la sociedad incluso en el supuesto de que esta haya acordado en Junta no exigir la responsabilidad. En nuestra opinión, si se permite a la minoría en cierta manera soslayar la voluntad de la mayoría, no debe extrañarnos que la sociedad pueda verse limitada en su participación procesal en el juicio entablado por esta.
- Y, por último, la Ley permite a la minoría oponerse a la renuncia al ejercicio de la acción en el proceso iniciado por la sociedad.

3.2. Intervención voluntaria de la sociedad en la parte demandada en el caso del ejercicio de la acción de responsabilidad por la minoría de la sociedad en la parte demandada.

Lo expuesto hasta ahora, en nuestra opinión, hace evidente que no es posible la intervención de la sociedad como coadyuvante del demandado en el proceso entablado por su sustituto. Los motivos que nos han llevado a rechazar la intervención en la parte demandante pueden extenderse a la posible intervención en la parte demandada.

Sería suficiente con añadir aquí que admitir la intervención de la sociedad en la parte demandada crearía una situación procesal imposible e inadmisibile para nuestro ordenamiento procesal, donde el demandante (sustituto) y demandado coadyuvante (sustituido) actuarían en el pleito con idéntico interés legítimo, pero defendiendo dos posturas antagonistas: el sustituto pediría para la sociedad el resarcimiento, y la sociedad pediría que no se le reconozca tal resarcimiento. Esta posición no es posible en derecho. No puede ser *la misma persona* demandante por sustitución procesal y demandado. Ese proceso no resolvería un problema jurídico sino la voluntad interna de una parte. Por ello, debemos rechazar frontalmente cualquier posibilidad de la sociedad de intervenir en la parte demandada³⁸⁹.

³⁸⁹ En contra, vid. NIEVA FENOLL, J. *op. cit.*, p.112. El autor acepta la intervención del sustituido coadyuvando con la parte demandada para oponerse a la sustitución misma si bien la niega si lo que pretende es oponerse al fondo lo que deberá hacer siempre como interviniente de la parte activa. Para el autor es admisible que el sustituido acabe siendo interviniente litisconsorcial con respecto a ambas partes. Si está oponiéndose a la facultad procesal del sustituido, se situará a lado de la parte demandada. Si en cambio, lo hace sobre el interés material de fondo, su posición deberá ser conjunta al demandante aunque no lo haga en idénticos términos. En nuestra opinión esta situación se resolvería si se acoge la tesis que hemos defendido en este trabajo para el tratamiento procesal como hecho habilitante de la cualidad y

4. La intervención provocada.

Lo anteriormente estudiado debería ser suficiente para rechazar de plano la posible intervención provocada (Art. 14 LEC)

Basta añadir que, además, en el caso que nos ocupa no se cumple la necesidad que regula el Art. 150.2 LEC relativo a la notificación de resoluciones y diligencias de ordenación pues tal y como se ha expuesto y siendo una consecuencia directa de lo dicho, la sociedad no puede estar en una situación en la que desconozca el pleito.

5. La intervención de la minoría en el pleito entablado por la sociedad.

En cuanto a la posible intervención de la minoría no remitimos a las conclusiones que hemos ido haciendo a lo largo de la exposición en este capítulo.

carácter de minoría como sustituto procesal, pues ab initio y de oficio podría resolverse si tiene o no legitimación en el proceso.

TERCERA PARTE

**CAPÍTULO OCTAVO.- LOS EFECTOS PROCESALES DE LA
SENTENCIA QUE SE DICTA EN EL PROCESO SOBRE
RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LOS ADMINISTRADORES.**

Sumario:

1. Planteamiento
2. Efecto ejecutivo de la sentencia. Legitimación de la minoría y la sociedad para entablar la demanda ejecutiva.
3. La legitimación de la minoría en los recursos devolutivos.
4. Efecto de cosa juzgada de la sentencia dictada en el proceso por el ejercicio de la acción social entablado por la minoría.
5. Efectos económicos: costas y costes procesales

1. Planteamiento.

Debemos recordar ahora que la sentencia que se dicta en estos procesos, cuando se ejercita la acción social de responsabilidad por la sociedad o por la minoría y por sustitución, es una sentencia declarativa de condena, si acoge la demanda interpuesta, o, meramente declarativa, si la rechaza. En cuanto tal, la sentencia declara o niega la existencia de un derecho que es exclusivamente de la sociedad: el derecho a resarcirse de los alegados perjuicios económicos por la actuación, inercia o pasividad antijurídica de los administradores en el ejercicio de sus funciones societarias.

Sea la sociedad directamente, o los sustitutos (minoría), en ambos casos se ejercita, pues, un único derecho del que es titular la sociedad, sin que, en el caso de la minoría, se ponga en juego, ni siquiera se haga valer en el proceso, un interés de los socios que la compone.

Ya hemos dicho a lo largo de nuestro trabajo, y es bueno recordarlo aquí, que la sustitución procesal de la minoría que hemos estudiado se diferencia de la acción subrogatoria, por mucho que esta sea a su vez un caso de sustitución procesal, esencialmente porque no existe para el socio (minoría) en la acción social crédito alguno contra la sociedad a la que sustituye, por lo que su posición como sustituto es exclusivamente la de actuar en beneficio de la sociedad y su interés es solo ese. Siendo así, la sentencia, sea cual sea su contenido y significado, afecta exclusivamente al derecho material que se ha pretendido y ejercitado con la demanda y a ningún otro, y, por supuesto, a sus titulares: los del derecho pretendido (la sociedad) y a los de la obligación pretendida (los administradores) en el sentido y con la amplitud que se haya pretendido en el proceso.

Cuando CHIOVENDA estudió la regla *ne eat iudex ultra petita partium* en su célebre trabajo sobre la identificación de las acciones³⁹⁰, fijó con claridad que, fuera del campo marcado por la demanda (y la contestación), el órgano judicial no podía hacer declaración jurídica alguna con eficacia³⁹¹, de modo que, en nuestro caso, ejercitándose por la

³⁹⁰ CHIOVENDA, G. «Identificazione delle azioni. Sulla regola “ne eat iudex ultra petitem partium» pp. 757 y ss. En *Saggi di Diritto Processuale Civile*, Roma 1930, Vol.

³⁹¹ Se trata del principio de congruencia de la sentencia (Art. 218). En definitiva, una sentencia que se aparta de las pretensiones planteadas por las partes puede ser recurrida, precisamente porque se produciría una

sociedad, o por la minoría, solo y exclusivamente el derecho al resarcimiento económico de la sociedad, con las especificaciones, determinaciones y concreciones que hemos desarrollado a lo largo de este trabajo, no cabe que el órgano judicial declare más allá de ese derecho tal como se ha ejercitado. De modo que la declaración judicial afectará tan solo al derecho juzgado y a sus titulares: la sociedad y el administrador demandado. En otras palabras, la sentencia que se dicte solo podrá declarar el derecho de la sociedad a verse resarcida de los perjuicios causados por el administrador y solo podrá condenar al administrador demandado a resarcir de estos daños a la sociedad.

2. Efecto ejecutivo de la sentencia. Legitimación de la minoría y la sociedad para entablar la demanda ejecutiva.

Si se trata, como hemos visto, de una sentencia declarativa de condena a los administradores a resarcir los daños y perjuicios económicos ocasionados, por su actuación o por su inactividad, a la sociedad, es evidente que el que llamamos *efecto ejecutivo de la sentencia*, afectará exclusivamente a los bienes del patrimonio de los administradores condenados, en cuanto lo han sido, y que favorecerá al patrimonio de la sociedad que se verá incrementado con los bienes que se especifiquen o determinen y se deduzcan del contenido de la condena³⁹². Esto es: se beneficia al que pide (la sociedad en el caso de que sea esta la que ejercite su derecho de forma directa) e igualmente beneficia a por quién se pide (a la sociedad en el caso de que quién pida *por ella* sea la minoría); y se perjudica a aquel frente a quien se pide, el administrador y solidariamente a los administradores si se trata de un demandado plural. Así de simple, pero así de complicado, tal como hemos venido explicando a lo largo de nuestro trabajo. Ello quiere decir que el

infracción de las normas reguladoras de la sentencia. La fundamentación del principio de congruencia en el proceso civil no es solo un requisito exigible al juzgador de la causa, sino que es un elemento intrínseco y definitorio del proceso civil en sí mismo derivado del principio dispositivo y, por lo tanto, vincula al juzgador, al propio demandante y a la demandada. Vid, DAMIÁN MORENO, Juan. *El juez ante la ley*. Cuadernos de Derecho Registral. 2011; *Idem.*, «Los procesos ordinarios. Las medidas cautelares». p.112. En: *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tomo III*. Madrid: Tecnos, 2000; *vid*, también CORTÉS DOMÍNGUEZ, V en *Parte General* (con Víctor Moreno Catena) ...*op. cit.*, p. 330. Advierte el autor que si la «cosa juzgada material pudiera extenderse a la resolución sobre puntos y cuestiones prejudiciales, que siempre son prelógicos para la solución final del proceso y, por tanto, de la acción ejercitada, entonces el juez dispondría de acciones y derechos que en absoluto de corresponden».

³⁹² Vid, CANO FERNÁNDEZ, Sonia. «*El tercero en la ejecución: hacia una necesaria uniformización procedimental*». Revista De Derecho Procesal N° 2/ 2016 (diciembre) , pp. 327- 352 .

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

despacho de ejecución se dictará necesariamente **en un procedimiento de ejecución dineraria dirigido solo a restaurar el patrimonio de la sociedad.**

Ahora bien, el caso que estudiamos presenta una peculiaridad que nos exige detenernos en su examen. Esta singularidad no es otra que la sentencia puede haberse obtenido en un procedimiento declarativo de condena seguido por un sustituto procesal: la minoría. Si, además, tenemos en cuenta que la cosa juzgada no tiene nunca carácter interno, sino que su eficacia es siempre de carácter externo, es decir, la eficacia de la sentencia no se refleja solo en el proceso en el que dicha sentencia se dicta, sino que lo que hace externamente con el cumplimiento del deudor o, en su caso, en un proceso posterior (el ejecutivo)³⁹³, la pregunta que cabe hacerse es si en el supuesto de que el administrador condenado no cumpliera de forma voluntaria con la sentencia, la sociedad, única acreedora del derecho declarado, es también la única legitimada procesalmente para principiar la demanda ejecutiva de esa sentencia; o, por el contrario, en el caso de que la sentencia se hubiera dictado en un proceso entablado por la minoría, es esta la que tiene legitimación procesal para pedir la ejecución en base a la sustracción del poder de disposición procesal del derecho de la sociedad que se produjo al interponer la demanda; asimismo, cabría preguntarse, si es posible que los socios, en cuanto conformen la minoría, principien la demanda ejecutiva de la sentencia dictada en el proceso declarativo entablado inicialmente por la sociedad, o dicho de otra forma, cabe preguntarse si es posible que la sustitución procesal de la minoría se produzca en la fase ejecutiva.

La respuesta a estas preguntas no está exenta de dificultades, sobre todo porque, como ocurre con tantas otras situaciones procesales, la LEC tampoco ha regulado expresamente la cuestión de la ejecución de la sentencia dictada en un proceso entablado por el sustituto.

A esta dificultad se une que no hay referencias doctrinales definitivas pues, como ya hemos señalado en otras ocasiones a lo largo de este trabajo, la sustitución procesal en este proceso no ha sido un tema de excesivo interés para nuestra doctrina. De hecho, los trabajos monográficos más importantes sobre la sustitución procesal datan de principios

³⁹³ CALAZA LÓPEZ, Sonia. «La cobertura actual de la cosa juzgada». Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, Nº 20, 2009-II, pp. 67-93.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

de este siglo y no entran en el análisis concreto de esta materia con la profundidad necesaria.

Por señalar los estudios más importantes posteriores a la LEC de 2000, NIEVA FENOLL no trata la cuestión terminando su análisis de la sustitución procesal con el estudio de los límites de la sentencia³⁹⁴; por su parte, CABAÑAS GARCÍA, en su monografía, aunque sí se refiere a la ejecución, con mención a la escasísima doctrina científica que se ha referido de forma tangencial al asunto³⁹⁵, le dedica si acaso unas líneas. Dice el autor que a aquel que podría haber sido un legitimado indirecto en un primer momento (como parte legítima en el proceso declarativo) se le debe reconocer legitimación para ejecutar la sentencia incluso en el caso de que no hubiera sido parte en el proceso declarativo. A este respecto dice que «La efectividad de la tutela alcanzada en el plano declarativo (sentencia), en proceso seguido o no por el legitimado indirecto, justifica también la actuación de éste cuando aquella tutela puede quedar frustrada, una vez más, a virtud de la pasividad del titular material, según opinión favorable de los autores, y siempre mientras el titular material no actúe»³⁹⁶. El autor, según nuestra interpretación, gravita estas conclusiones en el hecho de que el fin último de la sustitución (legitimación indirecta) es evitar que se frustre la tutela del derecho porque a su vez ello frustraría la del derecho del sustituto³⁹⁷; por eso, dice que debe reconocerse al sustituto legitimación para intervenir en cualquier momento y en cualquier proceso de los que comprende la jurisdicción³⁹⁸.

³⁹⁴ NIEVA FENOLL, J. *Loc. Cit*; tampoco lo hace MONTERO AROCA, J. *La legitimación ... Loc.Cit*.

³⁹⁵ CABAÑAS GARCÍA, J.C *op. cit.*, p. 290. El autor cita, en este caso a la Profesora SENÉS MOTILLA, C (*Disposiciones generales sobre la ejecución forzosa*, p. 69, La Ley, 2000). La autora hace una indicación expresa para todos aquellos quienes ostentan legitimación "mediata" (por contraposición a "directa") derivada del título ejecutivo y, en concreto respecto del acreedor en la "legitimación extraordinaria" de las acciones del Art. 1111 CC: dice «...la genérica referencia del art. 1111 del Código Civil al ejercicio de las 'acciones de éste' debe incluir también las acciones ejecutivas».

³⁹⁶ CABAÑAS GARCIA, J.C. *op. cit.*, p. 290.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 101 y 103. Matiza el autor que aunque la propuesta de la *dependencia de intereses* es válida para entender la naturaleza del nexo que transcurre entre el legitimado indirecto, el titular material, y los objetos de las dos relaciones jurídicas en liza (la que se deduce como cuestión litigiosa, y la que justifica la legitimación de aquel), esta dependencia «no se limita únicamente, como en cierta medida ha servido de inspiración a la doctrina al hablar de esto, de una cierta prejudicialidad material, cual ocurre en la acción subrogatoria. Realmente, la *dependencia* se manifiesta de disímiles maneras, y viene a explicarse por una situación de *causalidad de intereses*, haya o no prejudicialidad material (...)».

³⁹⁸ *Ibid.* p. 290. Nuestro criterio en torno a la sustitución procesal en el caso de la acción social es que cuando la minoría voluntariamente y sin más interés o dependencia con la acción que reponer el orden jurídico para la sociedad expone el poder de disposición procesal del derecho de la sociedad lo hace para

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Antes hemos dicho que la norma procesal no regula expresamente el supuesto de la ejecución cuando el título ejecutivo se ha obtenido en un proceso declarativo seguido por el sustituto.

La regulación de la acción ejecutiva en la LEC bien es sabido, es una de carácter general, pues la intención del legislador no fue otra que evitar excesos reguladores que acabarían suscitando más cuestiones que respuestas. En efecto, a diferencia de la LECA 1881, nuestra actual LEC presenta una regulación unitaria, clara y completa sin olvidarse, eso sí, de regular particularidades que, en no pocos puntos, son enteramente lógicas³⁹⁹. En definitiva, la LEC se ocupó de dotar de contenido procesal al Art. 24 CE⁴⁰⁰. Sin embargo, la norma, quizá en ese ánimo de simplificación y generalidad, se ha olvidado de regular otros supuestos específicos como pudieran ser el que nos ocupa⁴⁰¹. Ello, unido al escaso estudio procesal del tema, nos exige remitirnos a la norma general para poder determinar cuál deber ser la solución procesal en el supuesto concreto que proponemos.

Veamos:

La norma, como se ha dicho, es escueta. El Art. 538.1 LEC nos dice que serán parte en el proceso de ejecución la persona o personas que piden y obtienen el despacho de la ejecución y la persona o personas frente a las que esta se despacha. Para nosotros es claro que este artículo regula, en concreto, la capacidad procesal de las partes; capacidad que es necesaria si nos damos cuenta de que el proceso ejecutivo se principia con una demanda lo que hace ineludible que aquellas personas que la interpongan tengan la capacidad procesal de hacerlo si quieren constituir la relación jurídico procesal.

lograr la tutela del derecho de la sociedad (Art. 24 CE); esto es, no se da aquí el supuesto de prejudicialidad material. Su interés es este y solo este desde el momento el que, como decíamos, voluntariamente, interpone la demanda.

³⁹⁹ Por ejemplo, cuando se ocupa de la oposición a la ejecución (Art. 556 a 564 LEC), o de regular las especialidades en función del carácter judicial o no judicial del título o de la posibilidad (Art. 556.1 LEC), o como señala MORENO CATENA. (En: *Parte General ...*(con Valentín Cortés Domínguez) ... *op. cit.*, p. 43) el caso de que la ejecución de la sentencia se *pida* por personas que no figuren en el título como ocurre en el supuesto de sucesión (Art. 540 LEC).

⁴⁰⁰ORTEGA GUTIÉRREZ, D. *Sinopsis del Art. 24. De la Constitución Española, actualizada por GONZÁLEZ ESCUDERO, Á. en 2011.* [En línea] En: Congreso de los diputados. Disponible en <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=24&tipo=2>.

⁴⁰¹ Ninguna mención se hace en la ley al caso de la sustitución aunque en los art. 540 a 544 LEC se regulan reglas especiales sobre la legitimación.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Más interesante es, al tema que nos ocupa, el apartado segundo del mismo artículo en el que se regula, no hay duda, la legitimación de la parte procesal para pedir la tutela ejecutiva. Dice este apartado segundo que puede «despacharse la ejecución por quien aparezca como acreedor en el título ejecutivo»⁴⁰². Quiere decir esto que, dado que la finalidad que se persigue con la ejecución es la realización coactiva de una prestación documentada en un título judicial, en principio, estarán legitimados quienes aparecen como acreedores en dicho título. En el caso que nos ocupa, no hay duda, en la sentencia declarativa -título ejecutivo- que se haya dictado en el proceso seguido directamente por la sociedad, pero también la que se haya conseguido por la minoría en sustitución procesal, aparecerá como única acreedora la sociedad.

Así, en una primera aproximación parecería que la literalidad de la norma no da más opción que concluir que la cuestión ha de resolverse en torno al sujeto acreedor que aparezca en el título ejecutivo, la sociedad. Esta conclusión se vería reforzada si, erróneamente, se asume que nuestra norma ha regulado *numerus clausus* los supuestos especiales excluyendo el que nos ocupa⁴⁰³. Para nosotros, sin embargo, este silencio de la norma lo que exige es una interpretación en base al ámbito y alcance de la sustitución procesal en el ámbito de la acción social que pasamos a hacer.

Pues bien, ya hablamos en su momento del ámbito de la sustitución procesal, siendo suficiente recordar que las conclusiones a las que llegamos en su momento eran que cuando la acción social de responsabilidad de los administradores se ejercita por la minoría en sustitución procesal, se produce la expropiación del poder de disposición del derecho. Avanzábamos entonces que esta expropiación se perpetuaba a todas las fases del proceso declarativo, y también al proceso por la acción de aseguramiento y ejecutivo⁴⁰⁴.

Esto que afirmábamos precisa ahora, no ya de un análisis más profundo del ámbito de la sustitución procesal en el ejercicio de la acción social de responsabilidad de los administradores, sino de lo que ello implica procesalmente en el *entramado* diseñado en

⁴⁰² VEGAS TORRES, J «El proceso de ejecución ». En *Curso de Derecho procesal ...* (con Andrés de la Oliva Santos e Ignacio Díez- Picazo Giménez) *op. cit.*, p. 407. El autor refiere de forma tajante que el tribunal solo debe despachar ejecución si lo solicita un sujeto que parezca como acreedor en el título.

⁴⁰³ *Idem.*

⁴⁰⁴ Este avance, como quedó dicho, remitía al lector a este mismo Capítulo.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

la norma para la tutela judicial; y, claro, este examen solo es posible si se hace desde la perspectiva de dos ideas que son esenciales, y en cierta forma obvias, en la Teoría General del Proceso:

La primera es que la acción ejecutiva, que depende del ejercicio exitoso de la acción declarativa de condena, es una *acción*, sin embargo, independiente de esta. Los declarativos y ejecutivos son procesos distintos, subordinados el ejecutivo a la existencia exitosa del primero, pero de naturaleza distinta y, lo que es más importante, totalmente independientes, en el sentido de que habiéndose dado el primero no necesariamente se tiene que dar paso al segundo.

La segunda es que, aunque se trate de dos acciones diferentes (la declarativa y la ejecutiva) ambas tienen en común que son manifestaciones del poder de disposición del derecho material⁴⁰⁵. Es decir, en realidad, aunque hablemos de *acciones* distintas se trata, sí de *pretensiones* independientes, pero ambas de la misma acción: la de tutela judicial efectiva (Art. 24 de la Constitución). CHIOVENDA lo expresaba diciendo que «La ejecución (..) entra, (...) en el concepto generalísimo de hacer efectiva una voluntad, y especialmente la voluntad de la Ley»⁴⁰⁶. En definitiva, puede sostenerse que la ejecución procesal de la declarada voluntad de la Ley en la sentencia, y cuya pretensión se ejercitó con la demanda, es en realidad «(..) una fase dispuesta ante la eventualidad de que el condenado no cumpla voluntariamente con la obligación contenida en ella»⁴⁰⁷ y, por lo tanto, es la expresión del principio constitucional de que «la potestad jurisdiccional no consiste solo en juzgar, sino en hacer ejecutar lo juzgado (Art. 117 LEC)»⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ VEGAS TORRES, J. *Ibid.* p. 399.

⁴⁰⁶ CHIOVENDA, G. *Instituciones ... Tomo I, op. cit.*, pp. 330-332. El autor explica que si la actuación de la Ley mediante el conocimiento tiene como resultado la declaración de la voluntad de la ley, la actuación de la voluntad de la ley mediante la ejecución forzosa en el ámbito del fin general es el alcance práctico del bien garantizado por esa voluntad declarada de la ley. VEGAS TORRES, J refiere sin embargo una ruptura de ambos procesos al ser posible que la ejecución forzosa pueda promoverse y desarrollarse sin un previo proceso de declaración. *Ibid.*, p. 400,

⁴⁰⁷ DAMIÁN MORENO, J. *El proceso civil: ese gran desconocido*. 2020. Tecnos. pp. 270 y ss.

⁴⁰⁸ *Idem*; en el mismo sentido, MORENO CATENA cuando dice «(...) el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales – que representa el parámetro normativo a utilizar para comprender la acción – se salvaguarda, (...) con la obtención de una resolución judicial, favorable o no al actor, que habrá de recaer sobre el fondo si concurren los presupuestos procesales para ello, extendiéndose a su efectivo cumplimiento (...)». MORENO CATENA, V. En *Parte General* (con Valentín Cortés Domínguez) ...*op. cit.*, p. 216.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Todo esto, lo que nos muestra es que para nuestro Ordenamiento procesal la acción (el derecho a la tutela judicial efectiva) comprende: el derecho de acceso a la justicia, el derecho a una sentencia sobre el fondo y, también, el derecho de ejecución; este último, se muestra como la pieza clave para la efectividad del Estado de Derecho (Art. 118 CE)⁴⁰⁹. Si, además, recordamos que el orden jurídico procesal se asienta sobre la base de que la sentencia no crea nuevos derechos , sino que los declara⁴¹⁰, nos damos cuenta de que la ejecución de ese derecho declarado no es más (ni tampoco menos) que una fase más del ejercicio de la acción, pues lo que persigue el sujeto que pide la tutela de un derecho en un procedimiento declarativo de condena, no es solo que se declare la voluntad de la ley, sino que se aplique en su totalidad esta voluntad, y esto, claro está, no se consigue con la mera declaración de la existencia del derecho ni con la condena, sino con medios de aseguramiento y ejecución.

El hecho de que la tutela del derecho (en los procesos declarativos de condena) se organice en procesos separados, no desvirtúa que todos ellos sean elementos del mismo poder de disposición: el de acción. En definitiva, cada uno de estos procesos se comporta como elementos necesarios para obtener la tutela del derecho: que se *actúe la voluntad de la ley*; tutela, si se ve, que se inicia con la interposición de la demanda. Si no fuera así, si la acción procesal finalizara con la declaración del derecho y la condena, y la ejecución fuera algo totalmente distinto, el sistema ideado quedaría como apunta DAMIÁN MORENO, «solo para que el juez hiciera meras declaraciones de intenciones»⁴¹¹.

Y sobre todo ello ya apuntaba GÓMEZ ORBANEJA que el ejercicio de la acción - que se inicia con la demanda (entablar la acción) - no tiene ni puede tener solo un fin teórico pues «la sentencia vale, no como razonamiento, dilucidación, definición, ni tampoco como verdad sino como querer o voluntad del Estado»⁴¹². En definitiva, como se ve, lo que se persigue con la demanda es justamente un título ejecutivo que, aun cuando no crea ninguna nueva obligación al condenado, sí *crea*, que no es poco, un poder del «vencedor de exigir actos estatales de injerencia con la finalidad de suplir, completar o compensar

⁴⁰⁹ *Ibid.* p. 421.

⁴¹⁰ CHIOVENDA, G. Instituciones ... Tomo III. op. cit., pp.347 y ss

⁴¹¹ DAMIÁN MORENO, J. El proceso civil ... op. cit., p. 271.

⁴¹² GÓMEZ ORBANEJA, E. *El derecho...* Tomo I. op. cit., p. 44 y ss.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

la prestación debida»⁴¹³. Ello significa, y en esta idea es en la que descansa nuestro orden procesal, que ambas pretensiones (la declarativa de condena y la ejecutiva) son elementos de la misma acción procesal⁴¹⁴.

Pues bien, en el caso de las acciones declarativas de condena - la que nos ocupa- la tutela judicial, se consigue, no hay duda, aunque en dos fases separadas: primero con la declaración del derecho y la condena; y, segundo, si el deudor no cumpliera voluntariamente, con la ejecución.

Así, como el ejercicio procesal de este tipo de acciones (declarativas de condena) conlleva la realización de todas las fases procesales que sean necesaria hasta la satisfacción total del derecho, podemos ya concluir, que cuando la minoría expropia (cuando entabla la demanda) el poder de disposición de la sociedad pidiendo precisamente esa tutela, la expropiación del poder no se limita a obtener la declaración del derecho sino que, por todo lo dicho- si el administrador no cumple voluntariamente con aquello a lo que se le ha condenado- se extenderá y perpetuará, para el ejercicio de cuantas acciones sean necesarias para obtener esa tutela del derecho.

Todo ello nos permite llegar a las siguientes conclusiones:

- *Primera:* cuando la minoría interponer la demanda, se produce la expropiación del poder de disposición del derecho que se perpetua en todas las fases procesales y acciones necesarias para obtenerla, incluida, por lo tanto, la ejecutiva si el administrador no cumple voluntariamente. De esta manera, expropiado el poder de disposición del derecho corresponderá al sustituto procesal pedir la ejecución de la sentencia que declare el derecho exigible.
- *Segunda:* esta expropiación solo es procesalmente posible y válida si el sustituto *entabla la acción*, esto es, si inicia todo el entramado jurisdiccional con la interposición de la demanda judicial. Quiere esto decir, que la minoría no podrá

⁴¹³ *Ibid.*, p. 50.

⁴¹⁴ Si vemos, desde el punto de vista de la teoría abstracta en sus formulaciones más estrictas, se trataría de dos eslabones del derecho a la tutela efectiva y, desde el punto de vista de la teoría concreta, son igualmente dos actos para la satisfacción del derecho concreto ejercitado.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

sustituir procesalmente a la sociedad para recurrir una sentencia desfavorable, ejecutar la sentencia o solicitar medidas cautelares si la acción se ha iniciado (principiado) por la sociedad. Véase que el Art. 239 LSC dice literalmente que la minoría *podrá entablar la acción de responsabilidad* en defensa del interés social. Es decir, la minoría podrá realizar el acto que pone en marcha la jurisdicción (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado). Con ese acto, el de demandar, expropiará el poder de todo ejercicio procesal de defensa del derecho concreto para hacerla posible. Por eso hemos insistido tanto en su lugar en la importancia de la concurrencia entre el acuerdo y la demanda.

- *Tercera:* Si la demanda se interpuso por la minoría en sustitución procesal, esta minoría – no otra, ni tampoco la sociedad - es la que puede pedir el despacho de ejecución⁴¹⁵.
- *Cuarta:* Por su parte, si fue la sociedad la que ejerció su derecho, iniciando este *entramado* jurisdiccional– puesto en marcha con la demanda- igualmente se perpetua en ella (en la sociedad) su legitimación exclusiva para realizar todas las actuaciones procesales para hacerla posible lo que incluye, no hay duda, el ejercicio de la acción ejecutiva. Por eso, no será posible que la minoría expropie este poder en la fase ejecutiva. Es decir, ante el caso de incumplimiento de la sentencia por el demandado, si la sociedad no ejercitara la acción ejecutiva, se debe concluir que la minoría nada podrá hacer. En este caso, la tutela del derecho de la sociedad se habrá alcanzado por los cauces ordinarios. A la minoría le quedará activar otros mecanismos societarios, pudiendo, por ejemplo, si la sociedad estuviera actuando de mala fe en un intento de encubrir un acuerdo transaccional con el administrador o renunciar al derecho, activar los mecanismos legales que tiene reconocidos para exigir la ejecución de la sentencia al órgano de administración (Art 161 LSC) o en su caso instar la acción de responsabilidad contra los administradores que no ejecutan la sentencia.

⁴¹⁵ Esta tesis que defendemos se compadece con los efectos queridos por el legislador material, pues si esta fase de la tutela *volviera* a manos de la sociedad, como si de una pretensión ajena a ella se tratara, bien podría darse el caso en el que la sociedad quedara inactiva – no ejecutara la sentencia – haciendo inútil cualquier esfuerzo hecho por la minoría. La doctrina mercantil, sin embargo, no comparte este criterio. Lo hace, curiosamente, amparándose en la literalidad de la norma cuando dice que la minoría podrá *entablar la acción*. Esta doctrina, según deducimos, entiende que esta locución limitaría la facultad de la minoría al acto procesal de la demanda como si se tratara de un acto más y no el que es, la expropiación del poder de disposición del derecho y la apertura de la jurisdicción.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

- *Quinta:* Además, en nuestra opinión, este efecto de perpetuidad al que nos estamos refiriendo, si se aplica con la coherencia que pretendemos, nos llevaría a concluir que no es necesario un acuerdo de la Junta para proceder la ejecución. Si se acordó en Junta el ejercicio de la acción de responsabilidad, la sociedad *manifestó su voluntad* de pedir la tutela del derecho, y claro está, no lo hizo solo para que se declara que existía sino para hacerla efectiva; por eso, el órgano de administración, en representación de la sociedad, es quien tiene que ejecutar procesalmente ese acuerdo y, en su caso, pedir el despacho de ejecución de la sentencia favorable. Si no lo hace, entonces se activaría su responsabilidad y con ello todo el entramado procesal que hemos estudiado.
- *Sexta:* En el caso de que la acción se hubiera entablado por la minoría en sustitución, como se ha explicado, es esta quien tendrá legitimación, por estar en ella el poder dispositivo para pedir la ejecución de la sentencia.

Las conclusiones a las que llegamos deben matizarse, porque en nuestra opinión, sería posible que la sociedad instara la ejecución de la sentencia obtenida en un proceso entablado por la minoría, si la minoría expresa y fehacientemente desiste de continuar con la acción⁴¹⁶.

Ello produciría los mismos efectos a los que nos referíamos en nota⁴¹⁷. En este caso, no hay duda la sociedad como acreedora en el título ejecutivo podrá ejercitar la acción ejecutiva⁴¹⁸. En definitiva, si se ve, en el caso de que produjera este desistimiento por parte de la minoría, la acción dejaría de estar expropiada. En este caso, si la acción se hubiera ejercitado por la minoría *habilitada* para ello por un acuerdo favorable al ejercicio de la acción, no sería necesario ningún otro acuerdo, pues en este caso, la sociedad *continuaría* - esta vez a título personal - pretendiendo la tutela del derecho que acordó en su momento pedir. Contrariamente, si el acuerdo que habilitó a la minoría para el ejercicio de la acción hubiera sido uno contrario al ejercicio de la acción, o si simplemente no

⁴¹⁶ Se entiende que este desistimiento sería uno extraprocesal pues la sentencia se habría dictado no pudiendo desistirse del proceso o la acción tras la misma (Art. 20 LEC). En caso de discutirse la legitimación de la sociedad sería suficiente con acreditar este desistimiento, lo que exigirá en todo caso, que la sociedad aporte junto a la demanda ejecutiva, la inexistencia de la expropiación.

⁴¹⁷ Vid, *Supra Nota* (232).

⁴¹⁸ Art. 538 LEC.

existió acuerdo de la Junta porque no se convocó la Junta, o porque la acción ejercitada por la minoría fue una fundamentada en la infracción del deber de lealtad, entonces sí debería convocarse la Junta para acordar emprender el camino de la ejecución: continuar con la acción; en definitiva, seguir la tutela del derecho.

3. La legitimación de la minoría en los recursos devolutivos.

Toda vez que se ha analizado la fase ejecutiva, conviene, aunque sea brevemente, hacer las conclusiones apropiadas respecto a la *legitimación* del sustituto y sustituido en la fase procesal del recurso. Nos referimos, claro está, a los recursos que tienden a la satisfacción de la jurisdicción en fase juzgadora; a saber, los recursos hasta la sentencia definitiva (Art.448-450 y 455 y ss todos de la LEC)

Basta recordar aquí que nuestro sistema descansa sobre la idea de que la segunda instancia hace referencia a un sistema de organizar el proceso en dos exámenes sucesivos y decisiones sobre el tema de fondo planteado, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos, de modo que el segundo – la llamada segunda instancia- debe prevalecer sobre el primero que, además, solo existe si alguna de las partes lo solicita⁴¹⁹.

La legitimación para recurrir, según se estableció en el Art. 448 LEC se confiere a las *partes* del proceso por lo que, tal y como hemos venido diciendo, en el caso de que la acción se ejercitara por la minoría, es esta minoría, no otra, la que podría recurrir la sentencia. Es decir, la sociedad no solo no podrá intervenir⁴²⁰ sino que tampoco podrá recurrir. Igualmente, si la acción la ejercita la sociedad, según el tenor literal de la norma, será ella la única legitimada para impugnar la sentencia en caso de serle desfavorable⁴²¹.

⁴¹⁹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Parte general* (con Víctor Moreno Catena) ... *op. cit.*, pp. 354 y ss; también, DE LA OLIVA SANTOS « La segunda instancia ». En *Curso de Derecho procesal* ... (con Ignacio Díez- Picazo Giménez y Jaime Vegas Torres) *op. cit.*, p. 249-252.

⁴²⁰ *Vid, Supra. Capítulo Séptimo, Apartado 3.*

⁴²¹ En contra, GARBAGNATI, E (En: *La sostituzione* ... *op. cit.*, p. 241, en texto y notas 87,88 y 89) que estima que, incluso si el sustituto no ha intervenido en la fase donde se ha obtenido la sentencia que se recurre, puede hacerlo si el sustituido no lo hace, aunque no ofrece argumento alguno para mantener tal afirmación. Creemos, dada la tesis mantenida de la intervención que se refiere, como se ha visto antes, solo a los casos litisconsorciales. Los apoyos de GARBAGNATI (en concreto, CHIOVENDA, *Instituciones...*

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

En definitiva, esta conclusión se alcanza si nos mantenemos coherentes con todo lo examinado sobre el ámbito y alcance de la sustitución procesal en esta acción. Si se ve, se deduce de todo lo dicho que el sustituto procesal puede formalizar recursos, no solo contra resoluciones interlocutorias en el transcurso del procedimiento donde actúa, sino contra la sentencia definitiva que recaiga en cualquier grado de jurisdicción en pleitos donde cabe su personación. La cuestión, según nuestro criterio, se debe resolver en el sentido de que cuando la Ley faculta a la minoría para *entablar la acción* (iniciar todo el entramado jurisdiccional) dicha facultad alcanza la realización de todos los actos procesales en las diferentes instancias que sean necesarias para obtener una sentencia sobre el fondo firme y ejecutable.

CABAÑAS GARCÍA, al respecto mantiene que el legitimado indirecto, que *no ha aparecido en la primera instancia* (o grado ulterior), puede hacerlo dentro del plazo marcado para deducir recurso contra la resolución dictada, y promoverlo ante la posibilidad de que el titular material (quien sostuvo la acción hasta entonces) pudiera optar por no recurrir, con el resultado de firmeza de la sentencia perjudicial⁴²². El autor, salvo error en nuestra interpretación, llega a esta conclusión porque parte de la idea de que cuando el legitimado indirecto actúa lo hace siempre porque en él subyace la satisfacción de un interés sustancial propio. Sin embargo, ya hemos señalado en numerosas ocasiones que, aunque, en general, para la doctrina la sustitución procesal conlleva necesariamente implícito un interés directo del sustituto, tal cosa no ocurre en nuestro supuesto.

Para nosotros, ya lo hemos dicho, aunque algunas acciones ejercitadas en sustitución, por ejemplo, la acción subrogatoria o la acción de responsabilidad de los administradores ejercitada por los acreedores (Art. 240 LSC) pudieran ser el caso⁴²³, no lo es cuando se estudia el ejercicio de la acción social por los socios, pues como hemos explicado y esperamos haber demostrado en este trabajo, en este supuesto no existe interés material

tomo II, p. 582 y CARNELUTTI, *Sistema... Tomo II op. cit.* p. 557) tampoco dan argumento alguno para mantener tal afirmación.

⁴²² CABAÑAS GARCÍA, J.C. *...op. cit.*, pp. 101 - 103.

⁴²³ NIEVA FENOLL, J. *op. cit.*, p.89.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

de la minoría al que nuestro legislador procesal se pueda remitir para justificar tal legitimación; en definitiva, la minoría, como sustituto procesal, no queda investida de gravamen alguno directo o indirecto cuando se dicta una sentencia desfavorable que pudiera justificar su intervención como coadyuvante o como sustituto procesal en la impugnación de esa sentencia.

Es oportuno recordar aquí las conclusiones del AAP de Asturias nº 148/2020 de 17 de diciembre⁴²⁴ al que nos referíamos al tratar el tema de la intervención de la minoría. Dicho Auto concluía, ya lo vimos, que el hecho de que la ley material considere al interviniente como un potencial legitimado para el ejercicio de la acción no guarda ninguna relación con la situación litisconsorcial. Es decir, nos parece a nosotros, esta limitación nos permite concluir, aplicando la regla *qui potest minus, potest plus* en su reverso, que si no se permite la intervención (lo menos) debe negarse la sustitución (lo más).

En definitiva, cuando la acción la ejercita la sociedad se habrá ejercitado válidamente por el titular material del derecho y conforme a las más elementales normas procesales tendrá pleno poder de disposición sobre su derecho a salvo de la cuestión de la transacción y renuncia que analizaremos en el siguiente capítulo.

Esto es, cuando la sociedad ejercita su acción tiene el poder de disposición pleno de su derecho, nadie se lo ha expropiado; deberá ejercitar la acción tal y como se acordó, defender su derecho en el sentido que se acordó, sí, pero no puede exigírsele, ni a la sociedad ni a ningún titular de ningún derecho, que lo *luche hasta la extenuación*, máxime si quien pudiera por ley haberle sustituido procesalmente no sufre ningún gravamen (o beneficio) por la sentencia que se dicte.

En nuestra opinión, los términos de la norma son claros y la sustitución procesal comienza, como se ha dicho tantas veces ya, con la interposición de la demanda; solo si los socios entablan la acción podrán recurrir la sentencia que sea desfavorable a la pretensión ejercitada; pero véase que no adquieren tal facultad porque la sentencia

⁴²⁴ AAP de Asturias nº 148/2020 de 17 de diciembre (ES: APO: 2020:1243A)

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

ocasiona un gravamen directo o indirecto a sus intereses sino porque, cuando sustituyeron procesalmente a la sociedad- lo que hicieron de forma voluntaria y cumpliendo unos requisitos – sustrajeron el poder de disposición para la tutela efectiva del derecho de la sociedad, lo que incluye, como se ha explicado, la facultad de recurrir una sentencia desfavorable a los intereses sociales que están defendiendo.

Esto es, ejercitada la acción por la sociedad, nada puede hacer la minoría. Ejercitada la acción por la minoría nada puede hacer procesalmente la sociedad que se ha visto expropiada de su poder de disposición.

Lo que decimos y sus límites queda mejor ilustrado si analizamos dos escenarios que aunque más teóricos que factibles no por ello dejan de ser ejemplos válidos:

i. El primer escenario es aquel en el que la minoría desiste del recurso interpuesto por ella misma frente la sentencia desfavorable.

El Art. 450 LEC prevé que: «(...) todo recurrente podrá desistir del recurso antes de que sobre él recaiga resolución». El Tribunal Constitucional en su sentencia nº 71/2002, de 8 abril ⁴²⁵ recuerda que, así como el acceso a la jurisdicción es un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el Art. 24.1 CE, el sistema de recursos frente a las diferentes resoluciones judiciales ha de incorporarse al mencionado derecho fundamental proclamado en el citado Art. 24.1 CE. El desistimiento es aquí una declaración de voluntad unilateral del demandante y/o apelante, como partes del proceso inicial, en virtud de la cual manifiesta su intención de desistir del recurso entablado, produciéndose así la terminación del mismo y la firmeza de la sentencia dictada.

Es importante señalar aquí la diferencia que existe entre el desistimiento de la acción en la primera instancia cuando aún no se han enjuiciado los hechos y los efectos del desistimiento cuando se hace del recurso de impugnación de la sentencia.

⁴²⁵ STC nº 71/2002, de 8 abril (EDJ2002/8109/ ES:TC:2002:71)

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

El primero, está regulado en el Art. 20 LEC y los efectos de dicho desistimiento permiten al titular de la acción, también a su sustituto procesal si se dan los requisitos para ello, volver a pretender procesalmente el derecho en un momento posterior. Ello se hará ejercitando una acción distinta, aunque pueda ser idéntica. En definitiva, el desistimiento en este momento implica que el juez no habrá llevado a cabo su función jurisdiccional. Decíamos anteriormente – cuando estudiábamos el ámbito de la sustitución procesal -que, es este caso, la sociedad *recupera* su acción⁴²⁶. También, decíamos que si quien desiste es la minoría, el desistimiento lo es en realidad de su condición de sustituto procesal⁴²⁷. Es decir, en definitiva, se está desistiendo de la expropiación del poder de disposición del derecho de la sociedad. Lógicamente, si no hay expropiación, la sociedad podrá pretender libremente su derecho⁴²⁸.

El desistimiento en el recurso, sin embargo, tiene un efecto distinto, pues en este caso, el desistimiento a la impugnación de la sentencia conlleva, que no es poco, la firmeza de la sentencia dictada. En definitiva, en este caso el juez ya habría cumplido con su deber-poder de tutelar el derecho que se pretendió.

Vemos pues que en el caso que estudiamos la cuestión plantea algunas preguntas a las que debemos dar respuesta.

Una de ellas es precisamente la que nos hacíamos: ¿Puede la minoría desistir de la impugnación sin ser oída la sociedad?

⁴²⁶ *Vid, Supra Nota (232)*.

⁴²⁷ En realidad, lo mismo ocurre si quien desiste es la sociedad porque el desistimiento lo que implica es el fin de la relación jurídico procesal pretendida al interponer la demanda.

⁴²⁸ Veáse que si el desistimiento se produce una vez emplazado el demandado, se exigirá que se le dé traslado del escrito para que pueda oponerse si considera que se le produce un daño si no se continua con el pleito según se haya conformado la acción en la demanda. Con ello se persigue evitar que el demandante corrija demandas abocadas a ser inadmitidas sometiendo al demandado a procesos sin garantía de defensa. Por eso es necesario valorar la oportunidad del desistimiento del proceso. Sobre ello ya dimos nuestra opinión, a la que remitimos al lector (*vid, Supra Capítulo Sexto, Apartado 4*). Para nosotros en este caso el juez se ve compelido a admitirla siempre.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

La cuestión, en nuestra opinión, solo puede resolverse si se examina el supuesto en el ámbito conceptual de la jurisdicción y lo que esta significa⁴²⁹ pues si se ve, cuando la minoría expropió la acción, ya lo hemos dicho, se hizo con el poder de pretender el derecho hasta la obtención de una sentencia firme. Este es el fin y ámbito de la expropiación. Siendo así, si la minoría desistiera del recurso de impugnación ningún mal se le habría ocasionado a la sociedad. La acción se habría ejercitado válidamente y con todas las garantías y la sentencia se habría dictado igualmente en un proceso garantista. La tutela judicial se habría obtenido. Que ello ocurra al margen de la intervención de la sociedad al punto de no poder hacerse con la acción si se desiste de proceso por la minoría, no ocasiona, como se ha dicho, ningún perjuicio a la sociedad. Y si lo hiciera, los mecanismos de control no deben buscarse en permitir la entrada de la sociedad en el proceso o admitir su facultad de recurrir, sino que habrán de buscarse en otro sitio: por ejemplo, en el simple, pero importante, hecho de que si la minoría desiste de la impugnación habrá de cargar con los gastos y aquellas costas del vencedor.

ii. El segundo supuesto es aquel cuando la minoría decide no interponer el recurso de apelación. ¿podría entonces la sociedad recuperar la acción e impugnar la sentencia?

En nuestra opinión, por cuanto llevamos dicho, la sociedad sí podrá impugnar la sentencia si bien deberá existir una manifestación expresa y fehacientemente de la minoría de su *desistimiento extra-proceso* de su sustitución - que deberá aportarse no hay duda al proceso⁴³⁰- y además salvarse los plazos de perención para impugnar la sentencia.

⁴²⁹ Véase que la negativa a impugnar no es una renuncia al ejercicio de la acción pues este se ha materializado en un proceso y en la tutela pedida. Con la sentencia dictada se ha restaurado el orden jurídico y la paz, incluso si la sentencia es desfavorable a la pretensión que se ha hecho valer. No puede entonces hablarse propiamente de renuncia al ejercicio de la acción aun cuando puede verse cierta identidad de razón entre ambos supuestos. Una opinión distinta la encontramos al hilo de la acción social en GANDÍA PEREZ, E. *op. cit.*, pp.77 y ss. En su estudio de la renuncia concluye que «En consecuencia, la competencia para acordar este «desistimiento» recaerá en la Junta —y no en los administradores— y los socios minoritarios podrán oponerse a la adopción del acuerdo, siempre y cuando posean la titularidad de, al menos, el cinco (o el tres) por ciento del capital social. Si faltase dicho acuerdo o si éste hubiese sido adoptado con el voto contrario de esta minoría, el juez no deberá admitir el desistimiento».

⁴³⁰ Igual tratamiento documental puede darse a este desistimiento que el que hemos defendido para el Acta de la Junta y la solicitud de convocatoria de la Junta por la minoría.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

En este caso, si existiera un acuerdo de la Junta favorable al ejercicio de la acción social, la sociedad podrá comparecer en el proceso como parte recurrente sin necesidad de un nuevo acuerdo. El administrador en su capacidad podrá (y deberá) ejecutar el acuerdo favorable a la acción que, como hemos explicado, alcanza la interposición del recurso.

Si no existiera un acuerdo favorable al ejercicio de la acción social deberá acordarse previamente, en Junta, el ejercicio de impugnación de la sentencia, o, en otras palabras, se deberá acordar continuar con el ejercicio de la acción en su fase de apelación y salvarse los plazos para interponer el recurso, lo que en la práctica sería de muy difícil realización.

4. Efecto de cosa juzgada de la sentencia dictada en el proceso por el ejercicio de la acción social entablado por la minoría.

Otra cuestión distinta pero que tiene la misma base de tratamiento, es el estudio del efecto de cosa juzgada que producen tanto la sentencia declarativa de condena como la sentencia meramente declarativa absolutoria que se pueda dictar en los procesos donde se ejercita la acción social de responsabilidad de los administradores.

En uno y otro caso, los efectos de la cosa juzgada se extienden dentro de los límites objetivos y subjetivos de la acción que se ha ejercitado, que es la declarativa de condena basada en derecho de obligaciones.

Como hemos analizado en este trabajo, la relación jurídica que se pone en juego es la que existe entre los administradores y la sociedad a la que sirven, en la que es determinante, e identificadora de la acción ejercitada, la obligación -concretada en hechos que configuran el supuesto de hecho de una norma material aplicable a esa relación jurídica- que no se ha cumplido por los administradores, dando lugar a unos daños patrimoniales causados de forma directa por la acción u omisión que determinan el incumplimiento de la obligación concreta alegada.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

La cosa juzgada se extiende a ese objeto y a los sujetos de la relación jurídica concreta en la que surge el derecho que se pretende y la obligación concreta cuyo incumplimiento se alega⁴³¹. De ahí, como hemos visto a lo largo de nuestro trabajo, la importancia de identificar la acción en la demanda y de que exista una correlación perfecta de aquella con el Acta donde se recoge el acuerdo de exigir judicialmente a los administradores responsabilidad o, en su caso, en la que consta la no aprobación del acuerdo propuesto, o en la solicitud por la minoría de convocatoria de la Junta a tal fin.

La eficacia de la cosa juzgada se delimita objetivamente por los confines de la acción ejercitada. Sobre esos hechos concretos, determinantes del incumplimiento de la obligación de los administradores, no podrá el órgano judicial juzgar de nuevo, por supuesto para condenar de nuevo al resarcimiento, pero ni siquiera para conocer de ellos, aunque se pidan nuevos perjuicios o se manifiesten otros daños, todo ello por el juego de los Arts. 222 y 400 ambos de la LEC. Nos remitimos a cuanto se dijo en orden a la identificación de la acción social de responsabilidad, sea la ejercitada por la sociedad o por la minoría, así como a cuanto se dijo en relación con la necesaria correlación entre el Acta de la Junta y la demanda⁴³².

Más dificultad podría presentar, en una primera aproximación, el estudio de los límites subjetivos de la cosa juzgada cuando la acción la ha ejercitado la minoría en sustitución procesal.

Sin embargo, si recordamos aquello que se ha dicho en el capítulo anterior, desde nuestro punto de vista, en realidad, no existe tal dificultad, pues la cosa juzgada subjetivamente afecta a la sociedad y a los administradores demandados y juzgados tanto cuando la acción la ejercita directamente la sociedad como en el supuesto de que la ejercite el sustituto procesal. Baste recordar en este momento lo que tantas veces hemos repetido: la minoría actúa en el proceso en sustitución, en lugar de la sociedad, que no quiere ejercitar su acción, no ha podido o simplemente no lo ha hecho. Así, el sustituto tiene legitimación para estar en juicio, en la manera en que lo hace, precisamente porque la Ley le habilita

⁴³¹ CHIOVENDA.G. *Instituciones... Tomo I*, op. cit., pp.432 y ss.

⁴³² *Vid, Supra Capítulo Tercero, Apartado 2 y 3. y Capítulo Cuarto, Apartado 2.*

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

para ello, y esa actuación en sustitución tiene su reflejo en la determinación de la eficacia subjetiva de la cosa juzgada.

La doctrina ha venido manteniendo que en los supuestos en los que hay sustitución procesal se produce una *identidad subjetiva* procesal entre el sustituto y el sustituido⁴³³ que se refleja en que todos los efectos del proceso que normalmente recaen en la parte formal, en este caso, también recaen en el sustituido, que no es parte. Ello explica, como dijimos al tratar el supuesto de intervención por qué se ha excluido expresamente la *extensión* de los efectos de la cosa juzgada en los casos de sustitución en el Art. 222 LEC. Explicábamos entonces que los efectos de la sentencia que se dicte en el proceso entablado por la minoría cuando actúa como sustituto procesal no se *extienden* en realidad a la sociedad. Esta *extensión* se refiere a los efectos materiales y procesales de la sentencia a personas ajenas al proceso; pero si nos damos cuenta, en el supuesto que estudiamos, tratándose de una sentencia declarativa de condena, la única sentencia posible es la que una vez declarada la legitimación extraordinaria de la minoría en sustitución procesal **declare el derecho de la sociedad a verse resarcida y se condene al administrador a restituir del daño a la sociedad**. Esto es, no se produce aquí una extensión subjetiva de la cosa juzgada, sino que la única sentencia posible en este supuesto, ya ejercité la acción directamente por la sociedad ya lo haga la minoría en sustitución, afectará de lleno al patrimonio de la sociedad nunca al de la minoría y declarará el derecho de la sociedad a verse resarcida.

Debe matizarse, no obstante, que la declaración sobre la sustitución, por ejemplo, para negarla, obviamente solo afectará al sustituto procesal y no a la sociedad, pues si el juez declara que no concurren los efectos habilitantes para que se dé la sustitución, a lo más declarará que la minoría no tiene legitimación quedando la cuestión imprejuzgada. Por esto justamente, como se expuso en su momento, la conveniencia de su tratamiento procesal.

⁴³³ Vid, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Parte general* (con Victor Moreno Catena) ... *op. cit.*, p. 329. También, DE LA OLIVA SANTOS «La cosa Juzgada civil», *Curso de derecho procesal...*(con Ignacio Díez – Picazo Giménez y Jaime Vegas Torres) *op. cit.* p. 306-307.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

La sentencia que se dicte en el proceso entablado por la minoría, como vemos, no tiene un efecto reflejo en la sociedad, sino que le afecta porque entra de lleno en su patrimonio.

Como se ve, no se trata, como bien defendió ALLORIO⁴³⁴ de una *extensión subjetiva de la eficacia de la cosa juzgada*, porque no se trata de que la cosa juzgada es, en ese caso, ajena a la sociedad; al contrario, la cosa juzgada afecta de forma directa a la sociedad porque entra de lleno en su patrimonio. Esta situación, tal como dice nuestra doctrina, es un supuesto de *identidad subjetiva*⁴³⁵. Identidad que se produce porque, en el caso concreto, la minoría ha cumplido las condiciones legales establecidas para poder actuar así en el proceso. Y es precisamente porque existe esa *identidad subjetiva*, por lo que no se podrá, por efecto de la cosa juzgada, plantear una nueva demanda por la sociedad u otra minoría distinta, y por los mismos hechos.

5. Efectos económicos: costas y costes procesales.

Tradicionalmente se ha considerado que el sujeto acreedor y deudor, en su caso, de la condena en costas en los supuestos de sustitución procesal es el sustituto procesal⁴³⁶.

La cuestión hoy, en el caso que estudiamos, ha quedado, en cierta manera, resuelta. Cualquier duda de cómo tratar este tema se ha disipado con la modificación de la LSC en 2014. El Art. 239.4 LSC dispone que es una obligación a cargo de la sociedad la reembolsar los «gastos necesarios en que la parte actora (la minoría) hubiera incurrido» si la demanda fuera estimada, total o parcialmente. El objetivo de dicha norma explica la doctrina mercantil, es aportar mayor certeza legal y así incentivar a la minoría para entablar la acción⁴³⁷.

⁴³⁴ ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, pp. 253 y ss.

⁴³⁵ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Parte general* (con Víctor Moreno Catena) ... *op. cit.*, p.332 y ss. NIEVA FENOLL, J *op. cit.*, pp.189 y ss, se decanta por dirimirlo en los límites de los efectos perjudiciales que la sentencia dictada tendría en un segundo procedimiento entablado por el sustituido.

⁴³⁶ Vid, CABAÑAS GARCÍA, J.C. *op. cit.*, p. 239.

⁴³⁷ Si se ve, esta afirmación de la doctrina mercantil no hace sino reforzar la tesis que estamos defendiendo. En definitiva, viene a decir que como no hay interés alguno para la minoría en el ejercicio de la acción hay que incentivarla de alguna manera para que voluntariamente ejercite una acción que le es enteramente ajena. Véase que este no es el caso del Art. 241 LSC donde los acreedores sí tienen un interés directo, pues del éxito de la acción dependerá la satisfacción de sus créditos.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Desde nuestro punto de vista, consideramos que esta regulación guarda coherencia con todo el sistema diseñado, porque actuar como sustituto -en este caso en el que la minoría no protege un interés propio es una opción - no es una obligación de la minoría⁴³⁸. Por eso a ella le corresponde correr con la suerte de ver desestimada la pretensión que hace tanto si la desestimación lo es de su cualidad o carácter como sustituto procesal como si lo es del derecho pretendido. Se trata, por tanto, de una solución material que no procesal para incentivar a la minoría y también para evitar demandas fraudulentas.

En nuestra opinión, la obligación de reembolso de los gastos por la sociedad al minoría en caso de que se obtuviera una sentencia favorable a los intereses de la sociedad, no hay duda, se fundamenta en el enriquecimiento injusto; por eso, en el caso de una sentencia estimatoria dictada en un proceso entablado por la minoría, se creará un derecho de crédito de la minoría contra la sociedad; es decir, tendrá la minoría una acción directa contra la sociedad sin que se deduzca de la norma la necesidad de dirigirse primero al deudor⁴³⁹.

⁴³⁸ Vid, NIEVA FENOLL, J. *op. cit.*, p. 112. El autor habla de la obligación a la que se ve sometido el sustituto de interponer la demanda en sustitución. En nuestra opinión, interpretando al autor, consideremos que se refiere a una obligación en el ámbito subjetivo y personal no en el legal, pues obviamente no hay obligación procesal alguna en derecho que exija interponer una demanda.

⁴³⁹ La obligación de reembolso alcanza a todos los gastos pues el Art. 241 LEC, aunque distingue entre los gastos y costas, dice también que los primeros forman parte de segundos. La sociedad por tanto deberá reembolsar a la minoría sustituto todos los gastos del proceso, aquellos que tengan su origen directo e inmediato en la existencia de dicho proceso, y costas que forman parte de aquellos. Esta obligación se extiende a todas las instancias y procesos necesarios y pretendidos por el sustituto para la obtención de la tutela. VEGA TORRES, J « *Las costas del proceso*» en *Curso de derecho procesal ...* (con Andrés de la Oliva Santos e Ignacio Díez- Picazo Giménez). *op. cit.*, p 424-425.

Cuestión distinta es aquella que surge como consecuencia del silencio de la Ley respecto a la imposición de las costas cuando es el apelante quien desiste de su recurso. La doctrina jurisprudencial parece mantener el criterio de que no habrá pronunciamiento en costas a no ser que dicho desistimiento se produzca con posterioridad al trámite de la puesta de manifiesto de las posibles causas de inadmisión del recurso en aplicación analógica del Art. 396 LEC. DE LA OLIVA SANTOS, « Terminación anormal del proceso» en *Curso de derecho procesal ...*(con Ignacio Díez- Picazo Giménez y Jaime Vegas Torres). *op. cit.*, p. 238-241.

CAPÍTULO NOVENO.- LA RENUNCIA Y LA TRASACCIÓN AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL

SUMARIO.

1. Delimitación del objeto de renuncia y transacción según los términos literales de la norma del Art. 238.2 LSC: el *ejercicio* de la acción social.
 - 1.1. Estudio del objeto de renuncia y transacción según los términos literales de la norma del art. 238.2 LSC: “el ejercicio de la acción social”.
2. Análisis del acuerdo de transigir y renunciar al ejercicio de la acción. Finalidad procesal.
 - 2.1. El acta como prueba documental de la voluntad social a renunciar (o transigir) al ejercicio de la acción.
 - 2.1.1 Grado de concreción que la norma exige a estos acuerdos en relación con la acción ejercitada o ejercitable. Tratamiento procesal del Acta.
 - El acuerdo para transigir y/o renunciar a la acción ejercitada por la sociedad. La terminación anormal del proceso. Tratamiento procesal del Acta*
 - Acuerdo de la Junta para transigir o renunciar al ejercicio de la acción futura. La excepción propia y excluyente de la pretensión. Tratamiento procesal del Acta.*
 - 2.2. La renuncia o transacción a la acción cuando la acción se ha ejercitado por la minoría.
 - 2.2.1 La renuncia a la acción social por la minoría como sustituto procesal
 - 2.2.2 ¿Cómo puede la sociedad hacer valer el acuerdo de renuncia o transacción a la acción ejercitada por la minoría en sustitución procesal?

1. Delimitación del objeto de renuncia y transacción según los términos literales de la norma del Art. 238.2 LSC (“el ejercicio” de la acción social).

Este último capítulo está dedicado al examen del Art. 238.2 LSC que establece que la Junta, en cualquier momento, podrá acordar la renuncia (también, transar) *al ejercicio de la acción social de responsabilidad* siempre que no se oponga a ello una minoría cualificada (Art. 238.2 LSC)⁴⁴⁰. Esta norma dice, citamos textualmente, que «En cualquier momento la Junta general podrá transigir o renunciar **al ejercicio de la acción**, siempre que no se opusieren a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social». (El énfasis en nuestro).

Examinaremos en la norma, no ya los aspectos societarios para la toma de estas decisiones o cual sea la finalidad material o societaria de la renuncia y/o transacción sino, como nos corresponde, el régimen jurídico procesal establecido en ella, que, en nuestro ámbito de estudio, ya lo avanzamos, se debe estudiar como una expresión más del poder de disposición del derecho al resarcimiento que la sociedad tiene frente a los administradores en determinados casos.

Por cuestiones de orden metodológico, nos referiremos esencialmente al supuesto de la renuncia e iremos sacando a lo largo del capítulo las conclusiones adecuadas para el caso de la transacción.

Asimismo, se comprende, que nuestro estudio debe partir del examen de lo expresamente se ha regulado en el Art. 238.2 LSC (Art. 80 apartado segundo *ex lege* LSA de 1951) en el ámbito del Capítulo V. Con esta norma, como se irá explicando, se completa eso que

⁴⁴⁰ Quiere esto decir, avanzando ahora algunas consideraciones que haremos a lo largo del estudio, que el ejercicio de la acción de responsabilidad decaerá si la sociedad y el administrador acuerdan sustituir la relación controvertida por otra nueva, no controvertida, o si la sociedad hace una *promesa unilateral* frente al administrador *de no pedir* la tutela judicial del derecho. *Vid.* CORTÉS DOMINGUEZ, V. *vid.* «Responsabilidad de los administradores societarios y carga de la prueba». 1999, Revista General de Legislación y Jurisprudencia (RGLJ) núm. 2, p. 145 y ss.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

hemos llamado *entramado normativo procesal* que regula el ejercicio de la acción de responsabilidad de los administradores y que reside en la Junta, no solo la facultad de conformar la voluntad de la sociedad a los efectos de *entablar* la acción (Art. 238.1 LSC), sino también la de conformar la voluntad social de renunciar (y/o transar) a su *ejercicio* (Vid, Art.238.2 LSC); y, que no solo faculta a la minoría a *entablar la acción* de la sociedad (Vid, Art. 239.1 LSC) en sustitución procesal, sino también para oponerse a la renuncia (y/o transacción) de la acción cuando, lejos de permanecer inactiva o pasiva, la sociedad pretende realizar un acto unilateral o consensuado con o frente a el administrador de este tipo (Vid, Art.238.2 LSC).

La sobriedad con la que se formuló y ha permanecido formulada la norma⁴⁴¹, así como la inserción de palabra *acción* en el texto, suscitaron, desde su primera redacción (Art. 80 *ex lege*, Ley de 1951), dudas de cuál debía ser la interpretación adecuada, no tanto respecto a que recayera en la Junta la facultad para conformar la voluntad de la sociedad para transar o renunciar al ejercicio de la acción⁴⁴², sino en lo que constituiría el *objeto* de renuncia (o transacción) y ámbito temporal en que esta renuncia o transacción podía ser *vetada* por la minoría⁴⁴³.

⁴⁴¹ Sobre las escasas adiciones que se han hecho a esta norma, *vid, Supra Capítulo Primero, Apartado 1*.

⁴⁴² Sobre que la facultad de conformar la voluntad social para la renuncia al ejercicio de la acción recaiga en la Junta no se ha cuestionado. Vid, por todos, POLO, E. *Los Administradores* op. cit., p. 335-336; también, JUSTE MENCÍA, *La responsabilidad...* op. cit. p. 171 y ss.

Son residuales opiniones como las que se atribuyen al profesor GÓMEZ POMAR recogidas en la SJMER de la Coruña nº 1, núm. 53/2012, 22 de febrero. Según se deduce de la resolución, se aportó un dictamen que defendía que la renuncia a la acción hecha como negocio jurídico celebrado por los administradores (sin el previo acuerdo de la Junta) debería ser en el plano material o sustantivo, en principio, objeto del mismo tratamiento que cualquier otro negocio referido a bienes, derechos y acciones que corresponden o son de titularidad de la sociedad. El juez, sin embargo, concluye, citamos literal: «que el punto de partida de la regulación legal es que, siendo la sociedad la única titular de la acción de responsabilidad (...) el ejercicio de la acción, su transacción y su renuncia son competencia exclusiva de la Junta general. Ni el poder de representación de los administradores alcanza para disponer válida y autónomamente de la acción social de responsabilidad, ni pueden entenderse válidas las renunciaciones genéricas o implícitas, equivalentes a la que podría deducirse de la aprobación de las cuentas de un ejercicio o de la gestión social (artículo 238.4 LSC)».

⁴⁴³ En un principio la doctrina interpretó que la norma vendría a regular exclusivamente la renuncia y transacción solo en los casos en que la acción, utilizando aquí la terminología mercantil, ya *estuviera en marcha*; es decir, cuando la acción ya se hubiera ejercitado. El punto de mayor polémica se centró en que ello dejaba un amplio margen a la Junta para renunciar o transar si la acción no se hubiera ejercitado aún, o lo que es lo mismo, impedía a la minoría oponerse al acuerdo de renuncia *pre procesal*. Algún sector de la doctrina matizaba que debía aceptarse, también, la posibilidad de que la minoría se opusiera a la renuncia en los casos en que la Junta hubiera acordado previamente su ejercicio, aunque no se hubiera ejercitado. SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, Luis. *Responsabilidad de los administradores de Sociedad Anónima. Anuario de Derecho Civil*, 1962, p. 921-998.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

GARRIGUES explicaba en los primeros comentarios a la LSA de 1951, que el fin de la norma era evitar que una vez interpuesta la demanda (o una vez acordado el ejercicio de la acción) la Junta transigiera o renunciara a su ejercicio dejando huérfano de contenido el entramado normativo diseñado para evitar justamente que la sociedad pudiera desentenderse de sus *proprios males*. Explicaba el autor que estando los administradores apoyados normalmente por los grandes accionistas que dominan la sociedad, era, por un lado, difícil que la mayoría adoptara una resolución de exigir responsabilidad y, por otro, fácil que apoyaran la renuncia, por eso la Ley facultaba a los socios minoritarios a ejercitar la acción, y a oponerse a la renuncia (o transacción) a su ejercicio. El momento en el que esta minoría podía ejercitar esa facultad de veto, decían, no podía ser la misma Junta donde se decidiera su ejercicio porque ello dejaría, en términos generales, en manos de la minoría la decisión de ejercitar la acción y ese no era el fin de la norma⁴⁴⁴.

En base a estas primeras aproximaciones doctrinales, por mucho tiempo, el debate se centró, como decíamos, en examinar si la minoría podía oponerse a la renuncia en caso de que no se hubiera acordado previamente su ejercicio⁴⁴⁵. En cualquier caso, la doctrina mercantil moderna considera estos debates en cierta manera superados⁴⁴⁶ y de forma mayoritaria se entiende que no debe existir impedimento para interpretar que el Art. 238.2 LSC permite a la minoría oponerse a la renuncia o transacción *pre procesal*⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ GARRIGUES, J. *Comentarios... op. cit.*, p 178; POLO, E. *op. cit.*, 333; y, también, JUSTE MENCÍA, J. *La legitimación ... op. cit.*, p. 174.

⁴⁴⁵ Por ejemplo, entre la doctrina que reflexiona sobre esta cuestión, GARRIGUES, J. *Ibid.*, pp. 179 y 180; SUÁREZ-LLANOS, L. *Ibid.*, pp. 957 a 959; POLO, E. *Ibid.* p. 330-331 o LARA GÓNZALEZ, R. *op. cit.*, pp. 104 y ss. En concreto, POLO, E. (*Loc. Cit*) se mantiene en esta tesis. Para el autor no existe obstáculo para que la Junta, «una vez adoptado el acuerdo de ejercitarla acción, renuncie a su ejercicio en una Junta posterior o llegue en ella a una transacción con los Administradores sin necesidad de que haya ejercitado judicialmente la acción». Dice el autor, que lo «que no puede relevar ni a la renuncia ni a la transacción es que haya sido previamente acordado el ejercicio de la acción», porque, explica, si se acordara, por ejemplo, la renuncia sin el previo acuerdo favorable a su ejercicio, «lo único que cabría sería un acuerdo negativo o contrario al ejercicio de la acción» que no admite la oposición por la minoría (POLO, E. *op. cit.*, p. 333).

⁴⁴⁶ JUSTE MENCÍA, J. *Ibid.* p. 171 y ss. Se trataría aquí de centrar el tema en la interpretación en clave procesal y material de la norma. Lo avanzaba, por ejemplo, POLO, E en *Ibid.* p. 330.

⁴⁴⁷ La doctrina mercantil suele referirse a este momento utilizando el término *extraprocesal*. Consideramos que esta acepción no es correcta porque extraprocesal hace referencia en realidad a todos los actos que se hacen fuera del proceso que deban tener efectos en él. Implica, según nuestro criterio, la existencia del proceso del que se prescinde. La locución *pre procesal* utilizado por los autores procesalistas [por ejemplo, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V, en *Parte general ... (con Víctor Moreno Catena) ... op. cit.*, pp. 205 y ss; también DE LA OLIVA SANTOS «*Terminación anormal del proceso*» En: *Curso de derecho procesal...* (con Ignacio Díez-Picazo Giménez y Jaime Vega Torres) *op. cit.*, p.259] nos parece más adecuada para referenciar el momento en el que no existe proceso alguno lo que se muestra muy útil a los efectos del debate que estamos analizando, pues si nos damos cuenta en el supuesto que estudiamos la *renuncia* residenciada la facultad para acordarla en el Junta, será siempre extraprocesal.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Recientemente se ha profundizado en el estudio de la cuestión. Debemos aquí referirnos a la tesis de GANDÍA PÉREZ. El autor, partiendo de que la funcionalidad de la renuncia es material, señala la conveniencia de interpretar el Art 238 LSC desde esta perspectiva (el material)⁴⁴⁸. Las conclusiones que alcanza, si lo hemos interpretado bien, son que en el Art. 238.2 LSC se incluyen tanto *la renuncia a la acción* como *la renuncia (o transacción) al derecho*. En definitiva, se trataría de ver que, tanto una como otra, son esencialmente actos materiales que despliegan, además, efectos idénticos en el plano procesal, pues, en uno u otro caso acabarían en «la absolución del administrador responsable mediante una sentencia de fondo con efectos de cosa juzgada»⁴⁴⁹. Esto es, para el autor, la *ratio* material del Art. 238.2 LSA «está llamada a disciplinar cualquier acto por el que la Junta disponga —en vía mediata o inmediata— de la responsabilidad del administrador frente a la sociedad, mediante la abdicación del derecho de crédito que ostente frente al mismo»⁴⁵⁰.

Salvo error en nuestra interpretación, GANDÍA PÉREZ rechaza cualquier virtud interpretativa de este artículo en clave procesal de las normas porque, dice, ello implicaría que *la renuncia a la acción* quedaría circunscrita, según el tenor del término utilizado en la norma (acción), al ejercicio procesal del derecho (se refiere a la acción ya ejercitada en el proceso), *limitándose* con ello la facultad de la minoría de vetar el acuerdo de transigir o renunciar solo al caso en que la acción hubiera sido entablada⁴⁵¹.

En nuestra opinión, si esta es realmente la afirmación que se hace y se hace con esta intensidad, el recelo es infundado porque estaría atribuyéndose a los procesalistas una exégesis de la norma que solo podría plantearse, además con dificultades, si se hubiera utilizado en la Ley la locución «renuncia (o transacción) a la acción» para determinar el

⁴⁴⁸ GANDÍA PEREZ, E. *op. cit.*, p. 68-70.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 70.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 68-70

⁴⁵¹ Para nosotros, bien podría haberse añadido que solo podría renunciarse si previamente se hubiese acordado.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

objeto de renuncia. Sin embargo, lejos de ser este el caso, la norma literalmente faculta a la minoría a oponerse al acuerdo para transigir o renunciar al *ejercicio de la acción*⁴⁵².

Para nosotros, que el objeto se haya delimitado por el legislador como el *ejercicio de la acción* nos muestra claramente que el análisis del mismo debe hacerse en términos procesales, porque la expresión *la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción* (en modo alguno general) nos muestra que el sistema diseñado se asienta en realidad en dos ideas, que aunque sencillas y obvias, son de enorme trascendencia procesal: la primera es que la Ley no establece *condiciones* distintas para el acto de transigir o el de renunciar: el objeto, delimitado por la locución *al ejercicio de la acción*, es el mismo para las dos y, en ambos casos, el éxito se hace depender de que no se oponga la minoría; la segunda es que la elección del legislador cuando utiliza la locución *ejercicio de la acción* (en vez de «*renuncia a la acción*») como se ha acabado desvirtuando por cierta la doctrina) viene a delimitar de forma muy precisa el objeto que puede renunciarse y transarse por la sociedad, lo que, desde una perspectiva procesal, como se explicará en el siguiente epígrafe, permite concluir que no existe impedimento alguno interpuesto por la Ley para mantener que la minoría pueda vetar el acuerdo de la Junta a la renuncia (o transacción) en cualquiera de los siguientes momentos: cuando se hubiera ejercitado por la sociedad la acción; cuando se hubiera acordado el ejercicio de la acción pero aún no se hubiera entablado la demanda; y cuando, no existiendo la primera situación o la segunda, la Junta se reuniera para someter a debate y votación renunciar o transigir *al ejercicio de la acción*⁴⁵³.

⁴⁵² Debemos recordar aquí que estas normas que estudiamos son de naturaleza procesal y esta es la perspectiva con la que se está estudiando el tema, pero con ello no estamos diciendo que la norma no pueda desplegar sus efectos solo en el ámbito material, pues, por ejemplo, bien podría el acuerdo de transacción acordado en Junta sin oposición de la minoría, cumplirse por el administrador voluntariamente, es decir, sin que se hubiera ejercitado ningún derecho; se trataría en este caso de las situaciones que explicaba GÓMEZ ORBANEJA, E (En: *Derecho ...Tomo I, op. cit.*, 49) quedan en el ámbito de la pretensión *del derecho civil dirigida al sujeto*. Lo que decimos es que estas normas (Art. 238.2 LSC) disciplinan el ámbito de la pretensión procesal: aquella pretensión dirigida al Estado y que solo este puede satisfacer. En definitiva, estas normas tienen por objeto regular solo los actos que han de tener virtualidad en el proceso. Es decir, la regulación y ámbito del Art. 238.2 LSC viene a disciplinar los actos de renuncia y transacción, no necesariamente solo en el proceso, sino también, para su efecto en el proceso.

⁴⁵³ Si se ve, desde la perspectiva que estamos señalando, estos acuerdos no tienen virtualidad jurídica por sí solos, porque en lo que respecta al ámbito de la norma que estudiamos (Art. 238 LSC) el acuerdo como mera declaración societaria carece de interés. Lo relevante de este acuerdo es precisamente los efectos procesales que despliega.

1.1. Estudio del objeto de renuncia y transacción según los términos literales de la norma del Art. 238.2 LSC: el ejercicio de la acción social

Insistimos, de nuevo, en los términos literales de la norma del Art. 238 LSC; y, en concreto, en los dos que, de una manera u otra, han sido el eje de nuestra tesis hasta ahora y deben seguir siéndolo en este capítulo: la Ley habla de *entablar* la acción de responsabilidad (Art. 238.1 y 239.1 ambos de LSC), y de *transigir o renunciar al ejercicio de la acción* (Art. 238.2 LSC). Se trata de las dos caras de lo que la doctrina procesalista ha entendido siempre como el núcleo del poder de disposición sobre los derechos subjetivos. Si, de una parte, la demanda (entablar la acción) es la esencia del poder de disposición en cuanto que se pide la tutela judicial efectiva sobre un derecho que pretendemos ante el juez, el correlato de esa disposición es renunciar en todo o en parte a ese derecho que pretendemos, mediante actos de disposición de la tutela judicial efectiva: la transacción y renuncia al *ejercicio de la acción*.

La doctrina, en general, no ha dudado ni un solo momento en que cuando la norma dice *entablar* está dando al mandato legal un contenido procesal innegable; y así lo hemos defendido en nuestro trabajo. Y en igual sentido, cabe ahora decir que la utilización del término *ejercicio de la acción*, para referirlo a la transacción o a la renuncia, nos pone necesariamente ante el carácter eminentemente procesal del mandato legal, pues se trata de la manifestación opuesta de la disposición de la tutela pretendida.

Pues bien, para realizar el análisis de este último aspecto de la norma citada, es necesario aquí hacer una brevísima remisión y cita a los estudios de los procesalistas que, ya desde mediados del siglo XIX, desvincularon el derecho material del derecho de acción, manejando el concepto de *ejercicio del derecho*, dándole así un contenido estrictamente procesal, que es, creemos, el concepto que utilizó el legislador mercantil al redactar el Art. 80 LSA 1951.

Ese estudio en España partió de los trabajos de la doctrina alemana, en el ámbito de la Teoría General del Proceso del último tercio del siglo XIX, fundamentalmente de la citada

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

monografía publicada en 1878 de THON⁴⁵⁴ y que más tarde se desarrolló por todos aquellos autores que insistieron en el tema, pero fundamentalmente, en España, por GÓMEZ ORBANEJA, en su trabajo sobre *El ejercicio de los derechos* de 1954⁴⁵⁵ y por aquellos que se dedicaron al estudio del principio dispositivo en el proceso civil⁴⁵⁶. La remisión a esa doctrina que, en nuestra opinión, fue definitiva para la redacción del Art. 80 LSA de 1951⁴⁵⁷, nos permitirá explicar convenientemente la norma del Art. 238 LSC, teniendo en cuenta los términos utilizados por el legislador (*ejercicio de la acción*) así como los conceptos sobre los que se asienta, *renunciar* y *transigir* (en modo alguno indeterminados), para concluir, como veníamos diciendo, que la inserción de la palabra *ejercicio* delimita, en este espacio normativo, de forma precisa el objeto al que la sociedad renuncia y transige y, además, nos permitirá dar una respuesta definitiva y coherente a la cuestión más polémica, esto es: si la minoría puede oponerse a los acuerdos de transigir o renunciar *pre-procesales* o solo a aquellos que tengan como fin terminar con el pleito ya iniciado o aquellos cuando previamente se ha acordado por la Junta entablar la acción. Todo ello, además, nos será útil para explicar cómo debe realizarse en el proceso esta renuncia.

⁴⁵⁴ La idea de la acción como ejercicio del poder de disposición del derecho material, dirigido contra el Estado y frente al demandado, pidiendo la tutela jurídica, ya se encuentra de uno u otro modo en WINDSCHEID y MUTHER (*vid.*, la obra citada [ahora utilizamos la traducción española en *Polémica sobre la Actio*, Buenos Aires, 1974 (en concreto, pp. 70 y ss y 184 y ss; igualmente pp. 241 y ss)]; o en WACH (Manual de Derecho Procesal Civil, trad. de Banzhaf, de la edición de 1885, Buenos Aires 1977, T. I, pp. 22-33). En Italia, ya CHIOVENDA en 1903, en su estudio de *L'azione* cit. p. 15 y ss, estaba en esta posición; pero fue, sin duda, la recepción en Italia, debido a la traducción de LEVI, de la gran obra jurídica de THON (Rechtsnorm und subjektives recht, Weimar 1878 (*Norma giuridica e diritto soggettivo*, Padova, 1951), lo que determinó la conceptualización del ejercicio del derecho en su exclusiva proyección procesal, lo que tuvo una enorme repercusión no solo en Italia, sino también en España; la recepción en Italia de la obra de THON coincide en el tiempo, igualmente, con la obra de CARNACINI (*Tutela giurisdizionale e técnica del proceso*, en Studi in onore di E. Redenti, Milano, 1951, Vol.II., pp. 695 y ss).

⁴⁵⁵ GÓMEZ ORBANEJA, E. *El ejercicio de los derechos*, 1954, reeditado en Madrid, 1975.

⁴⁵⁶ Por ejemplo, DE CASTRO, Federico. Tratado de Derecho Civil de España. Parte General, I. p 55 y 587 – nota 4 ed. De 1949) *apud* GÓMEZ ORBANEJA *Ibid.* p. 46; también, CORTÉS DOMINGUEZ, V. *El proceso, la demanda, el derecho material*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 1, núm. III, 1974, pp 639 y ss.

⁴⁵⁷ En nuestra opinión, si tenemos en cuenta cuando se desarrollaron estas tesis del poder de disposición que se enmarcan en la naturaleza dispositiva del derecho material y en la estructura dispositiva de nuestro proceso (Vid, *Supra Nota 454*), puede defenderse con rigor que estas doctrinas se tuvieron en cuenta al redactar la norma de 1951 (LSA) que, no en vano, recurrió al término *ejercicio de la acción* frente al de *renuncia a la acción* típico del Código Civil.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Pues bien, en este contexto, nuestro estudio, como ya se ha insinuado, debe partir del análisis y examen de lo que es la esencia del *principio dispositivo*, conceptualizado así por la doctrina citada y en el que se sustenta la razón de ser del proceso civil moderno.

Debería ser suficiente recordar que a los derechos subjetivos (en nuestro caso, el derecho de crédito de la sociedad contra el administrador), como realidades jurídicas que son, le son inherentes facultades de *uso, goce y disposición* tanto en sentido positivo, negativo, como *neutro* de acuerdo con lo que la norma material les atribuya.

Ahora bien, cuando se habla del *ejercicio del derecho* no se apunta al uso y disfrute del derecho que, de forma general, son irrelevantes al ordenamiento jurídico en cuanto que no crean *a priori* conflictos que justifiquen la tutela judicial⁴⁵⁸. No. Cuando hablamos del *ejercicio del derecho* lo hacemos con referencia a un fenómeno distinto: a saber, el *uso del poder de disposición del derecho*⁴⁵⁹. Se dice entonces que los derechos subjetivos tienen un contenido (facultades de uso y goce), pero también le son inherentes otras facultades distintas e independientes de ese contenido⁴⁶⁰ como es el poder de disposición cuyo fin es este que decimos, hacer efectiva la finalidad material de su existencia y, por tanto, el orden y paz jurídicas mediante la tutela judicial.

GÓMEZ ORBANEJA lo expresaba diciendo que «el ejercicio del derecho es el acto de iniciativa y participación del titular en la tutela atribuida a su interés, o (...) el acto condicionante de la realización de los imperativos jurídicos que sirven de protección del interés»⁴⁶¹. Lo que se trata aquí de afirmar es que el poder de disponer (el de pedir la

⁴⁵⁸ Por ejemplo, al ordenamiento le es indiferente si utilizo mi casa de la playa o si ignoro que tengo un derecho de crédito; si se ve, ambas situaciones jurídicas son, en realidad, expresiones de las facultades de uso de mi derecho.

⁴⁵⁹ THON, *op. cit.* pp. 205 y ss y pp. 227 y ss; *vid.*, también al respeto en Italia, a CALAMANDREI, *La relatività del concetto d'azione*, en *Studi sul processo civile*, Padova, 1947, p. 21 y CARNACINI, *op. cit.*, pp. 744 y ss. También, GÓMEZ ORBANEJA, *El ejercicio ...op. cit.*, pp. 63-67; y, CORTÉS DOMINGUÉZ, *El proceso, la demanda...op. cit.*, p. 643; por su parte, DIÉZ-PIZCAZO, L y GULLÓN, A. mantienen el poder de disposición en el ámbito de las facultades generales del derecho subjetivo, si bien su posición es similar a la que desarrolla GÓMEZ ORBANEJA pues, si se ve, en definitiva se parte de la idea de que lo que *hace* un derecho subjetivo es que su protección y la tutela de su interés se ponen a disposición del sujeto que es quien puede ejercitarlo (e.g. en DIÉZ-PIZCAZO, L. y GULLÓN, A. «*Parte General del derecho Civil y personas Jurídicas*» vol. I. en *Sistema de Derecho Civil*, Ed. 13 Ed. 2016, Tecnos, pp 352-353).

⁴⁶⁰ GÓMEZ ORBANEJA, E. *El ejercicio ... Loc.cit.*

⁴⁶¹ *Ibid.*, GÓMEZ ORBANEJA, E. *Ibid.*, pp.70-71.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

tutela judicial del derecho) es algo distinto e independiente del *contenido* mismo del derecho cuya tutela se pide⁴⁶², lo que se muestra cuando vemos, por ejemplo, que nada impide que goce de un derecho sin necesidad de ejercitarlo⁴⁶³.

Pues bien, si esto es así, nos damos cuenta de que nuestro ordenamiento jurídico reconoce el *ejercicio del derecho* (que necesariamente debe estar en conflicto) como un acto de tutela *realizable* solo en el plano procesal⁴⁶⁴ (el derecho a la tutela judicial). Este ejercicio requiere, porque estamos en el ámbito privado, un acto jurídico voluntario de iniciativa de la interposición de la demanda (ejercicio de este poder) por el que el titular de la relación jurídica u objeto litigioso (o quien la Ley legitime de acuerdo con el apartado segundo del Art. 10 LEC) pide la tutela del derecho (la protección de su goce) al Estado para obtener un título ejecutivo determinado (aquello que se demanda) que, estimándose o no por el juez, hará efectiva la finalidad material del derecho y conseguirá la paz por restauración del orden jurídico. Existe pues un derecho de acción (un poder de disponer del derecho o, si se quiere, de pedir su tutela) inherente al derecho subjetivo; esto es, un derecho a obtener una sentencia de fondo como medio de asegurar el goce del derecho.

Si se observa, el *ejercicio* de este poder no es nunca abstracto, pues debe tener un objeto que viene determinado por el derecho material⁴⁶⁵ (en el caso que estudiamos, la pretensión resarcitoria o derecho de crédito que ostenta la sociedad frente a sus administradores como consecuencia del daño que estos hayan podido causar en su patrimonio, actuando

⁴⁶² *Ibid.*, p. 46.

⁴⁶³ *Ibid.*, pp. 65-66. Explica el autor este fenómeno cuando señalaba que, «con la cesión de un crédito, en definitiva, un acto jurídico material, no se ejercita el derecho, sino que se transfiere el poder de disponer en un futuro»

⁴⁶⁴ Vid, GÓMEZ ORBANEJA, E. *El derecho.... op. cit.*, p. 47-50. Decía el autor que la pretensión material del derecho no consigue el fin de tutela por cuanto dependerá aquí de la voluntad del pretendido aceptar o no su obligación. En definitiva, para él, el acto de tutela, la disposición del derecho requiere la existencia de un conflicto que solo puede ser resuelto por el Juez. A ello se refería, CARNELUTTI, F. en su elaboración teórica del concepto de litigio que definía como «el conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro» [*vid.*, por todos, CARNELUTTI, Francisco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*, pp. 1-38, Buenos Aires, 1944 (traducción de S. Melendo y A. Zamora), también, *Id. Cómo se hace un proceso*. Edeval. Valparaíso, Reedición de 1979, p. 56]; también, nos sirve, la definición de ALCALÁ-ZAMORA, N para quien el conflicto debe ser jurídicamente trascendente, esto es, susceptible de solución mediante la aplicación del derecho (ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, N, *Proceso, Autocomposición v Autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*. 1947, México, Imprenta Universitaria, Reimpreso por la Universidad Nacional Autónoma de México 2000).

⁴⁶⁵ CORTÉS DOMINGUEZ, V. *El proceso... op. cit.*, pp. 643-644.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

de forma desleal o negligente) pero es que, además, y esto es lo esencial, en los términos que hemos expuesto, **este poder de disponer y pedir la tutela no se crea con la interposición de la demanda, sino que, con esta, y he aquí la esencia y fondo de la cuestión, se ejercita**⁴⁶⁶.

Es justamente la diferencia entre la existencia del poder y su *ejercicio* lo que explica, desde una perspectiva estrictamente procesal, que el *derecho de acción* (el poder de disponer del derecho) existe con anterioridad al proceso⁴⁶⁷ y, por tanto, es susceptible de renuncia o transacción.

Si subsumimos estas ideas en la norma que estamos estudiando, vemos que cuando el legislador incluyó el término *ejercicio* en el apartado segundo del Art. 238 LSC trasladó a la norma esta conceptualización del *poder dispositivo*. Por eso, una interpretación literal del Art. 238.2 LSC, desde la perspectiva de su naturaleza (la procesal), permite distinguir dos momentos en los que la minoría podría vetar el acuerdo de renuncia (y/o transacción): cuando la Junta pretendiera acordar *la promesa de no pedir* la tutela judicial del derecho (si se prefiere, si se propone renunciar al ejercicio de la acción en el futuro); y, cuando la Junta se propusiera renunciar (o transar) el *ejercicio de la acción* (ya entablada). En ambos casos, la Junta actuaría con la facultad conferida por la Ley y, también, en ambos casos, la minoría podrá oponerse frustrando el acuerdo.

Se consigue así, sin alejarse de la naturaleza procesal de esta norma, una interpretación coherente de todo este entramado procesal diseñado por el legislador mercantil para la tutela de los derechos nacidos en el patrimonio de la sociedad como consecuencia de la actuación antijurídica de su administrador, por el que la minoría quedaría facultada, de un lado, para entablar la acción (ejercitar el derecho) si la sociedad permaneciera inactiva o pasiva en la defensa de sus derechos (expropiando si interpone la demanda el poder de disposición); y, de otro, para *vetar* cualquier intento de la sociedad de rechazar la protección judicial del derecho ya se intente pre-procesalmente o durante el proceso⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶GÓMEZ ORBANEJA, E. *El derecho...op. cit.*, p.46; *Idem. El ejercicio...op. cit.*, pp.75-79.

⁴⁶⁷ GÓMEZ ORBANEJA, E. *El derecho...Idem.*

⁴⁶⁸ En nuestra opinión, si se ve bien, esta conclusión no dista de aquella de GARRIGUES en sus primeros comentarios. El matiz, a nuestro juicio, es que, en aquella interpretación, en el sentido que se explicaban, posiblemente porque estos estudios eran aun nuevos, se estaba otorgando a la Junta una facultad que no

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

La inclusión del término *ejercicio* en la norma permite una interpretación en clave procesal inequívoca y coherente con el sistema diseñado que no se habría conseguido de forma tan clara si, como malinterpretada por un sector amplio de la doctrina mercantil, hubiera prescindido del término *ejercicio* y hubiera utilizado la locución *renuncia a la acción*.

2. Análisis del acuerdo de transigir y renunciar al ejercicio de la acción. Finalidad procesal.

Como hemos dicho, hoy es unánime y no se hace cuestión de que la facultad para conformar la voluntad social para «transigir o renunciar al ejercicio de la acción» reside de forma exclusiva y excluyente en la Junta de socios.

Asimismo, de cuando llevamos dicho, es también posible concluir - ya sea en clave material o procesal- que no hay impedimento alguno para que se pueda deducir de la norma que la minoría pueda oponerse a la renuncia o transacción del ejercicio de la acción en cualquier ámbito temporal (*pre-procesal* o *intraprocesal*). De lo que se trata ahora es de examinar las condiciones impuestas por la Ley para que ese acuerdo cumpla la finalidad que viene reglado a cumplir, a saber: poner fin al proceso iniciado por la sociedad (veremos en un apartado separado estas cuestiones cuando la acción se ejercita por la minoría en sustitución procesal); o, ya lo avanzamos, hacer prueba de la inexistencia de la pretensión procesal ejercitada por la sociedad⁴⁶⁹.

tiene, cual es hacer nacer el poder de disposición. Este poder no depende ni nace de la voluntad social, sino que existe desde el momento en que se produce el acto jurídico. Por eso, decía GARRIGUES que era posible que la minoría se opusiera a la renuncia en los casos en los que se hubieran acordado por la Junta el ejercicio de la acción, aunque no se hubiera ejercitado. Vid, GARRIGUES, J. *Comentarios.... op. cit.*, pp.178-182 en el mismo sentido, POLO. E *op. cit.*, p. 330-341

⁴⁶⁹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (En: *Responsabilidad. op. cit* p. 145) señalaba que la prohibición *de venire contra factum proprium* se produce, tanto en la renuncia como en la transacción, de un modo objetivo, incluso contra la propia voluntad del renunciante, porque de lo que se trata es de proteger la confianza que ese acto haya podido generar en un tercero. Se trata, en el caso de la renuncia, de un acto abdicativo unilateral, una manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo sin transmitirlo a otra persona y que será válido en los límites del Art. 6.2 del CC, que señala como tales el interés o el orden público y el perjuicio de tercero ("la exclusión voluntaria de la Ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos solo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros"). Y en cuanto a la transacción cabe recordar que el CC, en su Artículo 1809, la define como un «contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado». Es, pues, un contrato consensual, bilateral y oneroso a través del cual las partes tratan de dirimir una controversia realizando concesiones recíprocas.

2.1. El Acta como prueba documental de la voluntad social a renunciar (o transigir) al ejercicio de la acción. Tratamiento procesal.

A excepción de aquella situación en la que se faculta a la minoría para el ejercicio de la acción de responsabilidad de los administradores en sustitución procesal sin acuerdo de la Junta (cuando hubiera solicitado la convocatoria a tal fin y no se hubiera celebrado o en el caso de que minoría ejercite la acción de responsabilidad fundamentada en la infracción del deber de lealtad), lo cierto, como se ha visto, es que la norma ha establecido un régimen muy específico que otorga a el Acta de la Junta un papel de enorme importancia en el proceso por el ejercicio de la acción de responsabilidad de los administradores, pues este documento es del que se infiere procesalmente, de forma exclusiva y excluyente, la *posición* (voluntad) de la sociedad respecto del ejercicio de su acción.

Ya vimos en su momento la finalidad y relevancia del Acta que recogiera el acuerdo favorable para el ejercicio de la acción y concluíamos que hacía prueba documental, exclusiva y excluyente, de la voluntad final de la sociedad de interponer la acción social de responsabilidad⁴⁷⁰.

Pues bien, en nuestra opinión, en el caso de que la Junta pretenda transigir o renunciar al ejercicio de la acción, el Acta sigue teniendo igual trascendencia porque, en este caso, hará prueba, excluyendo cualquier otro medio, de la voluntad de la sociedad de renunciar a la acción ejercitada y será el *principio de prueba* que, junto a sus alegaciones y por el juego de la preclusión, deberá aportar el demandado en su contestación para que pueda tenerse por fundada la alegación de *la inexistencia de la pretensión*.

⁴⁷⁰ Vid., *Supra* Capítulo 2.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Se establece así un régimen de reglamentación del medio de prueba, siendo esencial comprender que siendo esta su finalidad, el Acta deberá recoger expresamente cual es la posición de la sociedad. Es decir, deberá tratarse de un acuerdo en el que identifique la acción renunciada o transada⁴⁷¹.

El alcance de esta afirmación se comprenderá mejor, si traemos de nuevo aquí lo que analizamos para el supuesto cuando la norma faculta a la minoría para el ejercicio de la acción social si la Junta acuerda *no exigir la responsabilidad*⁴⁷². En este caso, ni la minoría puede oponerse, ni el acuerdo determina la destitución del administrador afectado (Art. 238.3 LSC⁴⁷³). Lo que con esto queremos ilustrar es que, aunque la finalidad de este acuerdo no sea la de dar contenido a la excepción excluyente que podría plantear el administrador, o la de acabar con el pleito entablado, ni siquiera la de *declarar* la existencia del derecho (tal declaración es del ámbito exclusivo de la jurisdicción) sino que a lo más, la Junta estará manifestando que, creyéndose acreedora - sin renunciar su

⁴⁷¹ Los límites de tal identificación serán los mismos que hemos estudiado. *Vid, Supra Capítulo Segundo.*

⁴⁷² Aunque a lo largo de este trabajo se ha puesto de manifiesto la escasa casuística en torno al ejercicio de la acción, lo cierto es que sobre este tema ha tenido ocasión de pronunciarse la Sala de la AP de Madrid en la Sentencia nº 301/2016, 16 de septiembre que, por lo clarificador, pasamos a resumir: la cuestión se deduce en un procedimiento en el que el administrador demandado alegó como excepción que la Junta general había renunciado *pre procesalmente* al ejercicio de la acción sin oposición de la minoría. Lo que se alega es que a lo largo de un periodo de tiempo se había acordado en Junta ejercitar la acción, más tarde, en otra Junta, se acordó no ejercitarla y, finalmente, en una última junta se acordó ejercitarla. De esta sucesión de acuerdos y en concreto el segundo (el acuerdo de no ejercitar) el demandado deducía la inexistencia de la pretensión procesal frente él por haberse renunciado al existir previamente un acuerdo favorable al ejercicio. Dejando a un lado cuestiones específicas relativas al ejercicio de la acción de impugnación de acuerdos sociales que nos desviarán de nuestro estudio, lo clarificador de esta sentencia es que la Sala entendió que estas actuaciones de la Junta era estrictamente *intrasociales*, de adopción de acuerdos revocatorios de otros anteriores o de meras declaraciones. Se resuelve en definitiva que un «acuerdo de no exigir la responsabilidad» no implica, ni puede hacerlo, la abdicación del derecho de tutela, ni siquiera, añadiríamos nosotros, podría tenerse como una declaración de la existencia del derecho pues esta (la declaración) sabemos queda en el ámbito del poder jurisdiccional; a lo más, como se infiere de la resolución, el acuerdo *de no ejercitar la acción* es un declaración *intra procesal* hecha en ámbito privado en la que la sociedad, por razones que la mayoría entiende aceptables y razonables al mejor interés de la sociedad, declara no querer ejercitar procesalmente su derecho. Ahora, lo relevante de esta resolución, en nuestra opinión, es que el juzgador entiende que el acuerdo debe contener expresamente cuál es la voluntad de la sociedad; en decir, deberá indicar expresamente a qué renuncia. No vale pues un acuerdo impreciso del que no pueda deducirse claramente cuál es la voluntad de la sociedad.

⁴⁷³ Obviamente no aquel de la renuncia al ejercicio por cuanto lo que se dice con ello es que ese administrador no es para la sociedad responsable de nada. Cabe aquí referirse a POLO, E. (op. cit., p. 332) en lo que societariamente implica el acuerdo de renuncia. El autor entiende que este sería un mero acuerdo negativo o contrario al ejercicio de la acción, por eso se defiende por el autor la necesidad de la que la acción se haya acordado previamente; si fuera así no podría renunciarse. En definitiva, dice, la minoría no podría oponerse a un acuerdo que solo es contrario al ejercicio de la acción.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

poder de disposición- no es su voluntad exigir en ese momento la responsabilidad al administrador⁴⁷⁴, el Acta sigue teniendo aquí una finalidad procesal, a saber: la de acreditar la facultad de la minoría para entablar la acción en sustitución.

Si se ve, lo que con todo ello se demuestra es que el acuerdo de renuncia o transacción es uno distinto a este. Tiene, si se quiere, virtualidad propia e independiente de los demás acuerdos. Ya hemos dicho que es posible renunciar al ejercicio futuro de una acción y, si eso es así, debe ser posible acordar dicha renuncia sin necesidad de haber manifestado previamente la voluntad de ejercitarla⁴⁷⁵. Y nos es útil ahora recordar aquella conclusión a la que llegábamos al estudiar el acuerdo favorable al ejercicio de la acción. Decíamos entonces que la declaración o manifestación de la sociedad de interponer una demanda no hace ni hace nacer el derecho, ni siquiera el poder de disposición, este existe para la sociedad con independencia de si la Junta, facultada para ello, declara la voluntad social de ejercitar la acción. Esto es, el juego de las normas procesales aquí disciplinan que el acuerdo es, al ejercicio del derecho, el requisito que viene a probar la voluntad y voluntariedad del acto de demandar; es decir, se trata de un requisito que solo tiene virtualidad en el proceso.

Por eso, el acuerdo de renuncia o transacción, según se disciplina en este artículo, igualmente despliega sus efectos solo en el plano procesal; porque, si hay un acuerdo de renuncia, la sociedad carecerá del requisito habilitante que prueba su voluntad (y voluntariedad) de pleitear ; y porque, en caso de que se haya transado el ejercicio de la acción con el administrador o se haya renunciado, igualmente este acuerdo despliega sus efectos solo en el plano procesal haciendo prueba del hecho excluyente que hará decaer la acción.

⁴⁷⁴ Vid, ESTEBAN VELASCO, G., «La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital», en Bolás (Dir.), La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital, Madrid [Consejo General del Poder Judicial], 2000, p. 68.

⁴⁷⁵ Como hemos visto, en contra POLO, E *op. cit.*, p. 332.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

En definitiva, el acuerdo favorable al ejercicio de la acción no constituye ni crea el poder de disposición. Este existe aunque no se haya acordado en Junta pleitear, tanto es así, que la minoría puede expropiarlo aunque no exista un acuerdo previo favorable al ejercicio. Como decíamos antes, si, de una parte, la demanda (entablar) es la esencia del poder de disposición en cuanto que se pide la tutela judicial efectiva sobre un derecho que pretendemos ante el juez, el correlato de esa disposición es renunciar en todo o en parte a ese derecho mediante actos de disposición de la tutela judicial efectiva (transacción y renuncia a *ejercicio de la acción*). Por eso, decimos, no es necesario que previamente se haya manifestado la voluntad de ejercitar la acción para renunciar o transigir.

Todo ello nos muestra, tal y como hemos adelantado en nota - dado el régimen establecido en la norma y la trascendencia procesal (y por lo tanto al acuerdo que en ella se recoja) que se la dado al Acta - que no hay posición ni manifestación de la Junta respecto del ejercicio de la acción de responsabilidad de los administradores con trascendencia procesal si esta posición no queda expresamente recogida en un Acta de la Junta. Por lo tanto, no cabrá renuncia alguna en el proceso (como acto procesal en el ámbito del Art.19 y 20 LEC o como prueba del hecho excluyente) si no existe un acuerdo expreso en este sentido; si este no ha quedado recogido en un Acta y si el Acta no se adjunta, según hablemos de transacción o de renuncia, a la petición de archivo o de sentencia desestimatoria. Siendo así, también deberá tenerse por infundada *ab initio* la alegación del demandado de la inexistencia de la pretensión si no aporta, junto a su contestación, el Acta en que se recoja el acto jurídico de la renuncia o transacción.

Además, lo hasta ahora explicado, nos permite concluir que para que el acuerdo pueda desplegar efectos en el proceso, cual sea la voluntad social, deberá ser sometida expresamente a votación y quedar recogida, también, en el Acta.

Ello no obstante no es óbice para que se pueda *aprovechar* una misma convocatoria de la Junta para someter a debate y votación distintos acuerdos. Por ejemplo, bien podría acordarse en la Junta no ejercitar la acción y más adelante en esa misma convocatoria

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

acordar la renuncia; lo que decimos es que cuando el legislador delimita el medio de prueba al documento del Acta está exigiendo que se recoja en esta expresamente y perfectamente delimitada cuál es la voluntad de la sociedad; en otras palabra, el Acta que no recoja claramente cuál es la posición concreta de la junta respecto del ejercicio de su acción, de entre las señaladas en los Art. 238 y 239 LSC, será ineficaz en el proceso.⁴⁷⁶

Establecido lo anterior, se abren otros dos interrogantes ¿Cuál es el grado de identificación y concreción de la renuncia al ejercicio de la acción que la norma exige se refleje en el Acta? ¿Cuál es su tratamiento procesal?

2.1.1. Grado de concreción que la norma exige a estos acuerdos en relación con la acción ejercitada o ejercitable. Tratamiento procesal del Acta.

El acuerdo para transigir y/o renunciar a la acción ejercitada por la sociedad. La terminación anormal del proceso. Tratamiento procesal del Acta.

Ya hemos dicho, o al menos insinuado, que la finalidad de este acuerdo es la de terminar el proceso de una forma precipitada, *truncándose* el devenir normal de este.

Nuestra ley procesal regula en los Art. 19 y 20 LEC los actos procesales en los que se manifiesta de forma clara el poder dispositivo del derecho (Art 24 y 117.1 CE). Se trata, por tanto, de acabar con el conflicto y con la relación de *poder-deber* del juez de dictar la sentencia. En definitiva, cuando se renuncia al proceso, se le dice al juez que el conflicto no existe por ser infundada la pretensión hecha, quedando delimitada su jurisdicción a declarar que es así: la sentencia absolutoria meramente declarativa⁴⁷⁷.

⁴⁷⁶ Cosa distinta es si la Junta se ha organizado para que se adopte una u otro, por ejemplo, ARROYO, I. y BOET, E., en (*op. cit.*, p. 1561) dicen que si el intento de renuncia tuviese lugar en el mismo acuerdo en el que se plantea el ejercicio de la acción social, «la oposición excluye cualquier otra decisión distinta del acuerdo positivo sobre el ejercicio de la acción», con lo que el derecho de veto no actuaría solo como oposición, sino como un auténtico poder de decisión. Transcurrido un mes desde el intento de renuncia, los socios minoritarios estarían legitimados para interponer la acción. También, *vid.*, JUSTE MENCIA, J., *Los «derechos de minoría»*, *op. cit.*, p. 447.

⁴⁷⁷ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. en *Parte General* (con Víctor Moreno Catena)... *op. cit.*, pp 236 y ss; DE LA OLIVA SANTOS «*Terminación anormal del proceso*» (con Ignacio Díez- Picazo Giménez y Jaime

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Véase que, a diferencia de lo que ocurre con el desistimiento, con la renuncia procesal se consigue una sentencia declarativa de la no existencia de la pretensión en el sentido ejercitada, que se dictará por el juez absolviendo al demandado siempre que dicha renuncia no esté prohibida por la Ley. En este caso, el tribunal examinará previamente la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes. La cuestión aquí es que el acto de disposición dependerá- para ser procesalmente válido y legal y servir a su fin - de que se aporte junto a la pretensión de renuncia el Acta del que se deduzca tal voluntad de la sociedad (de renunciar o transar la acción).

En cuanto a la identificación de la acción, en este caso, será suficiente con identificar los autos judiciales donde se está dilucidando la cuestión. Cuando lo que se pretenda es el fin del proceso por haber llegado las partes a un acuerdo, y se pretenda una transacción judicial, el Acta igualmente deberá contener los términos del acuerdo para que pueda ser homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin (Art. 19.2 y 3 LEC).

Acuerdo de la Junta para transigir o renunciar al ejercicio de la acción futura. La excepción propia y excluyente de la pretensión. Tratamiento procesal del Acta.

La cuestión aquí es diferente, pues el acuerdo no tiene como finalidad acabar por el demandante con un proceso iniciado por él, sino la de dotar de contenido y hacer prueba del acto de abdicación, o de disposición negativa, y por lo tanto de la inexistencia de la pretensión, bien porque se renunció a su ejercicio bien porque se transó.

En este caso, dependerá del administrador demandado alegar la *excepción propia y excluyente*⁴⁷⁸; ahora bien, la exigencia como hemos visto, de que la misma se acuerde en Junta y que solo pueda acreditarse a través del Acta, nos muestra que la excepción planteada pueda tenerse por infundada *ab initio* si no se aporta junto a la contestación a

Vega Torre) ... *op. cit.*, pp- 228-235; *vid*, también, STS de 3 de junio de 2002 y STS de 7 de diciembre de 1999, to. FJ 3º (RJ 1999/9194).

⁴⁷⁸ DÍEZ- PICAZO GÍMENEZ, I «*Conductas posibles del demandado ante la demanda*» en *Curso de derecho procesal...* (con Andrés de la Oliva Santos y Jaime Vega Torre) *op. cit.*, pp. 68-70.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

la demanda el Acta de la Junta que acredite el hecho de abdicación. Esto es, no se trata tanto de que el Acta sea la contraprueba de la voluntad de la sociedad de pleitear sino de que se aporte por el demandado un *principio de prueba* de la excepción que se quiere hacer valer⁴⁷⁹.

Dejando ahora a un lado aquellas cuestiones sobre la impugnación probatoria del Acta, su problemática y vías de impugnación a las que ya nos referimos en el Capítulo Segundo al que debemos remitirnos, aquel contenido del Acta, lo que es la renuncia en sí (o los términos de la transacción) podrán ser objeto de conocimiento judicial y quedarán sometidos a las reglas de valoración y de procedimiento reguladas en la LEC⁴⁸⁰.

Lo esencial es comprender que sin el Acta se debe concluir que la alegación de excepción propia y excluyente es infundada⁴⁸¹ lo que tendrá consecuencias importantísimas en el proceso, primero, porque la excepción deberá ser desestimada de plano; y, segundo, porque de ello se deducirá, por ejemplo, la declaración como inútiles de otros medios de prueba que se quisieran hacer valer para acreditar la inexistencia de la pretensión (Art. 283 LEC).

Ahora bien, como decíamos, si el demandado aportara el Acta de la Junta en la que expresamente se recoge un acto de renuncia a la acción social, pero se hiciera controversia de la extensión de esta, por ejemplo, porque la sociedad considera que en dicho acto de abdicación no se renuncia a la acción ejercitada sino a otra o porque el Acta no recoge en realidad un acuerdo de renuncia sino de no ejercicio, la valoración del hecho determinante de la excepción entrará de lleno en el ámbito de valoración judicial de la prueba y nada impedirá que se puedan proponer otros medios de prueba para acreditar el contexto y

⁴⁷⁹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. Parte General (con Víctor Moreno Catena) *op. cit.*, pp. 267 y 270; También, *vid.*, DAMIÁN MORENO, J. *El proceso civil... op. cit.*, pp.186.

⁴⁸⁰ STS de 18 octubre de 2006

⁴⁸¹ No es ajeno a nuestra Ley procesal la exigencia para determinados procesos de aportar un principio de prueba de la alegación que se plantea ya sea para acreditar la existencia del derecho pretendido o la inexistencia del mismo. Por ejemplo, ello ocurre, en procesos que están en puridad destinados a excepcionar el derecho pretendido por otros, por ejemplo, el régimen de los Art. 595 y 596 LEC (tercería) que exige al demandante, en puridad a quien pretende excepcionar el derecho de otro, aportar un principio de prueba por escrito del fundamento de la pretensión del tercerista; o el régimen del Art. 767 sobre impugnación de la filiación, que aun siendo una demanda en la que pretende hacer valer la inexistencia de la filiación, se exige un principio de prueba para su admisión.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

validez material del acto o cuál es su contenido; lo esencial es comprender que no pueden confundirse dos planos jurídicos, uno se refiere a los requisitos de validez para tener por planteada la excepción que ya hemos dicho deberá acreditarse a través del Acta de la que pueda deducirse - sin entrar en su valoración - que la acción no existe, y otro distinto es la eficacia del acto jurídico de la renuncia o transacción en el procedimiento donde se hace valer; este último queda, como hemos dicho, sometido a juicios de prosperabilidad de dicha renuncia, de acuerdo con su objeto y contenido.

Así, sería posible que el objeto de renuncia pueda acreditarse por otros medios como se pone de manifiesto en el pleito del que traer causa la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid 180/2012, 7 de junio de 2012⁴⁸² en cuyo análisis nos detendremos brevemente por lo clarificador.

En el pleito se entró a valorar el acuerdo transaccional *pre procesal* en el que se renunciaba al ejercicio de «todo tipo de acciones de cualquier naturaleza». El demandado que había aportado el acuerdo de la junta alegó la excepción propia y excluyente negando la existencia de la pretensión aducida por la sociedad. La Sala concluyó que el acuerdo comprendía las acciones individual y social de responsabilidad ejercitadas en la demanda esencialmente porque pudo determinarse y se acreditó en sede de prueba, el conocimiento de la sociedad y del socio mayoritario de las irregularidades contables cometidas por el demandado antes del acuerdo de transacción; ello determinaba para el juez que la voluntad de las partes fue la de extender la renuncia de acciones a las de responsabilidad por daños en su calidad de administrador que son las acciones que genuinamente pueden ejercitarse contra el administrador social por la sociedad y los socios por los daños que respectivamente pueda haberles ocasionado la gestión del administrador que finalmente habían sido ejercitada. Se concluyó por tanto que la pretensión de la sociedad no existía al haberse transado⁴⁸³

⁴⁸² SAP de Madrid nº 180/2012, 7 de junio de 2012

⁴⁸³ Algún sector de la doctrina se ha planteado la necesidad de que se justifique la razones para la renuncia o la transacción, tal exigencia no se deduce sin embargo de la norma. En nuestra opinión y aun cuando no desconocemos las ventajas que ello podría tener como la tiene, por ejemplo, la exigencia del Art. 308 LSC, justamente porque se exige para determinados acuerdos societario y no se ha disciplinado para el caso que nos ocupa, debemos rechazar esa necesidad.

2.2. La renuncia o transacción a la acción cuando la acción se ha ejercitado por la minoría.

Hasta ahora hemos analizado los aspectos procesales de la renuncia al ejercicio de la acción en el proceso entablado por la sociedad. El objeto de este apartado es el análisis de las cuestiones procesales que suscitan la renuncia a la acción cuando la acción se ha ejercitado en sustitución procesal.

Salvada la dificultad de orden societario en la que la mayoría deberá convencer a la minoría demandante que lo mejor a los intereses sociales es terminar con el proceso iniciado por ella, o transarlo, el tema, desde nuestro punto de vista, plantea dos cuestiones que, salvo error por nuestra parte, no han sido objeto de estudio por la doctrina y que, además, no están exentas de dificultades: a) la primera se refiere a la posibilidad de que la minoría como sustituto procesal y con este carácter renuncie procesalmente a la acción en el ámbito del Art. 19 y 20 LEC ; b) la segunda -que resolveremos de forma inmediata una vez examinemos la primera- se refiere a, si en el contexto procesal de expropiación de la acción que hemos delimitado en nuestra tesis, la sociedad puede realizar el acto de renuncia en el ámbito de estos artículos en el proceso entablado por la minoría.

2.2.1. La renuncia a la acción social por la minoría como sustituto procesal.

La doctrina tradicional viene negando todo poder autocompositivo del proceso al sustituto por no pertenecer a él la relación controvertida y carecer de la disposición material del derecho.

CABAÑAS, sin embargo, señaló que, desde un punto de vista procesal, no puede mantenerse que la LEC contenga limitación alguna «que ordene fragmentar el principio dispositivo entregado en ese proceso al legitimado indirecto, en el sentido de extraer de él la porción relativa a las facultades de autocomposición, para sí dejarle el resto»⁴⁸⁴.

⁴⁸⁴ CABAÑAS GARCÍA, *op. cit.*, p.286.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Dice el autor que se «puede deducir que la norma lo permite, si nos damos cuenta de que la legitimación indirecta obtiene carta de naturaleza en el Art. 10 LEC, en pie de igualdad con la legitimación directa, sin que se haga ninguna matización sobre la cualidad del sujeto y sus poderes procesales. O que el Art. 19.1 LEC consagra el derecho de los *litigantes* a disponer del objeto procesal «en sus diversas modalidades: renuncia, desistimiento, allanamiento, y transacción, amén del sometimiento del asunto a arbitraje; Ninguna de las normas de excepción dictadas y conocidas, regulan limitaciones por razón del sujeto, sino del objeto (tratándose de procesos en materias de orden público e indisponible: art. 751 LEC, etc.). y un largo etcétera»⁴⁸⁵.

La cuestión es pues susceptible de plantear dudas procesales.

Por su parte NIEVA FENOLL⁴⁸⁶ rechaza cualquier posibilidad de que el sustituto renuncie a la acción que pretende; dice que «las cuestiones indispensables de la renuncia son la titularidad del derecho renunciado y la libre disposición del mismo; el sustituto ni tiene la titularidad ni puede disponer libremente de él sino solamente tiene la facultad de defenderlo procesalmente». El autor mantiene que aquellos negocios jurídicos que provoquen la renuncia a los derechos (deberíamos matizar aquí la renuncia al ejercicio de los derechos) «en absoluto pueden celebrarlos el sustituto, simplemente porque la facultad que posee se agota en la defensa procesal del derecho, pero no alcanza a su renuncia⁴⁸⁷».

En definitiva, se trataría de comprender que el límite de la expropiación del poder de disposición por el sustituto está justamente en la facultad de **defender** procesalmente el derecho ajeno. Todo ello se comprende si además se tiene en cuenta, como apunta el autor, que «en todas las situaciones en las que se permite por el ordenamiento la

⁴⁸⁵ *Idem.*

⁴⁸⁶ NIEVA FENOLL, J. *op. cit.*, p.105

⁴⁸⁷ *Ibid.*, p. 106

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

sustitución procesal lo que se pretende no es que el derecho del sustituido se pierda, sino que sea defendido por la inactividad del titular»⁴⁸⁸.

Pues bien, si recordamos aquello que dijimos de que el régimen procesal de la sustitución en todo aquello que no estuviera expresamente recogido en la LEC viene determinado por la norma material, debemos centrar nuestro estudio en lo que los Art. 238 y 239 LSC disponen. Y, haciéndolo, nos damos cuenta, que la norma entra de lleno a regular los límites de disposición del derecho por parte del sustituto. No hay más que constatar que la norma establece que «El socio o socios (...) podrán entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social (...)» y que «En cualquier momento la Junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social». Esto es, la norma faculta a la minoría para iniciar el pleito y pedir la tutela del derecho lo que no podrá hacer si previamente este se ha renunciado o transado por la Junta y la norma determina que la expropiación del poder solo alcanza a la defensa del derecho no a la renuncia que se deja en manos, como acabamos de transcribir, de la Junta.

En definitiva, así se ha ido exponiendo a lo largo de la tesis, la facultad de la minoría no es más, ni tampoco menos, que la de defender el derecho ajeno, no la de renunciar a su ejercicio; y no es que se esté fragmentando desde la perspectiva procesal el poder de disposición del legitimado, porque la legitimación en sustitución procesal aquí, *ab initio*, se ha configurado por la Ley como aquella que permite a la minoría ejercitar la acción, no la de renunciar o transar su ejercicio.

De esta forma, lo único a lo que puede aspirar el sustituto cuando expropia la acción es a la defensa procesal del derecho ajeno y a lo único que puede *renunciar* es a su posición procesal como sustituto. Y ello ocurre no por una fragmentación del poder de disposición,

⁴⁸⁸ Idem.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

sino porque la norma material, *ab initio*, no ha permitido que la minoría expropie más allá⁴⁸⁹

2.2.2. ¿Cómo puede la sociedad hacer valer el acuerdo de renuncia o transacción a la acción ejercitada por la minoría en sustitución procesal?

Si estamos justamente diciendo que todo poder compositivo está reservado a la sociedad, con la excepción señalada en capítulos anteriores a propósito del desistimiento al recurso, solo nos quedaría concluir que la sociedad puede renunciar al ejercicio de la acción entablada por la minoría terminando así con el proceso.

Ahora bien, la cuestión no está exenta de dificultades formales y procesales que pasamos a examinar.

Salvada la dificultad de orden societario en la que la mayoría debe convencer a la minoría sustituta de que lo mejor a los intereses de la sociedad es renunciar o transigir⁴⁹⁰, la cuestión sería cómo se hará valer por la sociedad esta renuncia en el juicio si, tal como hemos ido concluyendo: a) la sociedad no puede intervenir como parte procesal en el proceso entablado por la minoría; b) la minoría no puede hacer valer esta renuncia como parte procesal (Art. 19 y 20 LEC) ; y, c) la minoría no actúa nunca en calidad de representante de la sociedad sino parte procesal legítima.

Como se ve, la cuestión no es fácil.

En nuestra opinión, que la ley material no haya previsto el supuesto no es, en modo alguno, un olvido, pues el tema es sin duda extraordinario y la LEC, ya lo hemos visto, es todo menos generosa con el tratamiento procesal de la sustitución procesal; empero

⁴⁸⁹ NIEVA FENOLL, J. *op. cit.*, pp. 105-106. En el mismo sentido, *vid* GARBAGNATI, *op. cit.*, pp. 239-241.

⁴⁹⁰ También podría discutirse si los socios demandantes pueden ser los que aporten sus votos para un acuerdo favorable a la renuncia. Desde un punto de vista procesal no plantea problemas, de hecho, el haber defendido como hemos hecho la perpetuación de la legitimación nos permite llegar a esta conclusión. *Vid. Supra Capítulo Sexto, Apartado 5.*

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

esto no puede servir para, por vía interpretativa, enmendar la plana y admitir que para este caso sí debe admitirse que la sociedad pueda intervenir como tercero en el pleito para renunciar a la acción que se ha expropiado o que la minoría debe actuar como un representante.

En nuestra opinión, la respuesta habrá de buscarse en la norma procesal que, como se explicará de seguido, tiene mecanismos suficientes para evitar que el pleito sea, como parece estamos diciendo, irrenunciable.

Este caso, consideramos que la cuestión quedaría en el ámbito del Art. 413 y 22 LEC. Dice el Art. 22 LEC, citamos textualmente «Cuando, por circunstancias sobrevenidas a la demanda y a la reconvención, dejare de haber interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, porque se hayan satisfecho, fuera del proceso, las pretensiones del actor y, en su caso, del demandado reconviniendo o por cualquier otra causa, se pondrá de manifiesto esta circunstancia y, si hubiere acuerdo de las partes, se decretará por el Letrado de la Administración de Justicia la terminación del proceso, sin que proceda condena en costas»⁴⁹¹

Si se observa, se trata igualmente de un mecanismo de terminación anticipada del proceso fundamentado, en este caso, porque deja de existir un conflicto entre partes, haciendo totalmente innecesaria la tutela judicial⁴⁹². El hecho determinante por el que deja de *haber un interés legítimo de la minoría de defender el interés ajeno* es que, en Junta, sin oposición de una minoría, se ha acordado renunciar a esa acción, es decir no existe interés ajeno que defender y por lo tanto decae la legitimación como sustituto procesal.

Siendo así, son las partes procesales, las que deben poner de manifiesto el hecho lo que, solo podrá acreditarse con el Acta que recoja el acuerdo de la Junta. Si hubiere acuerdo de las partes, el letrado de la administración dictará un decreto poniendo fin al proceso.

⁴⁹¹ SAN CRISTÓBAL REALES, Susana «Los mecanismos de satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida del objeto, y la enervación del desahucio, para poner fin al proceso de forma anticipada» Anuario jurídico y económico escorialense, N.º. 45, 2012, pp. 91-118

⁴⁹² DE LA OLIVA SANTOS «Terminación anormal del proceso» en *Curso de Derecho procesal...* (con Ignacio Díez-Picazo Giménez y Jaime Valle Prado) *Loc.cit.*

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Si se ve, la minoría en este trámite no renunciaría a la acción, simplemente, pondría en conocimiento que no existe el interés en el que sustituir pues no hay controversia que defender.

Conviene recordar que en su primera redacción la norma equiparaba este decreto a la sentencia absolutoria firme, equiparación que fue suprimida en la modificación de la LEC⁴⁹³), haciéndose evidente que debe rechazarse de plano tal efecto. Ahora bien, ello no significa que la solución no sea eficaz, pues el decreto tendrá efectos prejudiciales en caso de que la sociedad o minoría iniciaran un nuevo procedimiento contra el administrador; si se quiere, el administrador tendrá la prueba de la inexistencia de la pretensión que podrá oponer y aportar en un segundo pleito.

Este mecanismo procesal, en nuestra opinión, es suficiente para garantizar la disposición de la sociedad del proceso iniciado por la minoría y garantiza de forma suficiente la tutela judicial. Es más, si la minoría no pusiera en conocimiento del juez el hecho de la inexistencia del interés que terminaría con su legitimación, no solo estaría la minoría cometiendo un fraude procesal, sino que la sociedad, no cabe duda, podrá emprender acciones personales contra esos socios que conforman la minoría que se niegan a terminar con el pleito y que están ignorando, ahora sí, su voluntad.

⁴⁹³ Modificación del 4 de noviembre de 2009 en vigor desde el 4 de mayo de 2010.

CONCLUSIONES

Primera.

Los Arts. 238 y 239 de la LSC son normas de carácter y naturaleza procesal dirigidas al Juez y diseñadas para desarrollar sus efectos en el proceso. Se tratan, pues, de normas instrumentales que, de forma concreta, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se refieren y regulan el modo en cómo la sociedad y, su caso, la conceptualizada minoría pueden pretender y pretenden la tutela judicial efectiva del derecho de la sociedad al resarcimiento de los daños que la actuación antijurídica del administrador haya causado en su patrimonio.

Segunda.

Este régimen procesal, trazado en 1951, no ha sido objeto de cambios o modificaciones sustanciales tras la promulgación de la LEC en el año 2000, aunque en ella se hicieran norma doctrinas tan importantes y relevantes en nuestro orden procesal, y al ejercicio de la acción social, como lo son la distinción entre los elementos procesales y de fondo, la capacidad para ser parte y la legitimación ordinaria y extraordinaria, o por sustitución, o la intervención de los terceros en el proceso *inter alios*.

La temprana asimilación de la teoría del principio dispositivo en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 ha permitido que no sea necesario someter el régimen procesal de 1951 a modificaciones en estos 70 años.

Tercera.

La configuración de la relación jurídica existente entre sociedad y administradores en nuestro ordenamiento mercantil, en materia societaria, ha establecido dos principios básicos: de una parte, reconoce el derecho de la sociedad a resarcirse de los daños y perjuicios que le pueda ocasionar la actividad perjudicial o irregular de los administradores, estableciendo la responsabilidad solidaria de estos frente a la sociedad; y de otra, ha reconocido competente, orgánica y funcionalmente para decidir el ejercicio

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

de tal derecho, a los socios reunidos en Junta general, apartándose de sistemas establecidos en otros ordenamientos jurídicos extranjeros, de los que hemos estudiado, por su importancia dogmática, el alemán y el inglés-galés, que como el español buscan posibilitar, aunque por caminos distintos, en su caso, el ejercicio del derecho al resarcimiento sacándolo del campo competencial de los propios administradores.

Cuarta.

Desde el punto de vista procesal, la asignación a la Junta de la decisión de ejercitar el derecho al resarcimiento determina un caso concreto de diferenciación clara entre la voluntariedad del acto procesal de interponer la demanda y la voluntad final de hacerlo. Ello determina, en el ejercicio de la acción social por la sociedad, que deberá acreditarse la voluntad final de esta de ejercitar la acción. De esta forma, la proyección del acuerdo de la Junta en el proceso por el ejercicio de la acción social entablado por la sociedad es únicamente la de acreditar la voluntad de la sociedad de interponer la demanda como lo hace.

Quinta.

En tal sentido, al exigir nuestra Ley que el acuerdo de exigir responsabilidad a los administradores se tome de forma previa a entablar la demanda en Junta y que deba constar en el Acta, hace de esta la prueba documental, exclusiva y excluyente, de la voluntad final de la sociedad de exigir judicialmente responsabilidad a los administradores.

El proceso por el ejercicio de la acción social entablada por la sociedad se conforma como uno de base documental donde el Acta es presupuesto de procedibilidad.

Sexta.

Al ser el Acta la prueba documental, exclusiva y excluyente de la voluntad final de la sociedad de entablar la acción, por lógica consecuencia, el acuerdo de exigir responsabilidad debe ser concreto.

El índice de esa concreción viene dado por la exigencia procesal de identificar la acción que se ejercita en el proceso y, por consiguiente, por los elementos identificadores, tanto objetivos como subjetivos, de la acción de resarcimiento, en cuanto acción declarativa de

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

condena que se ejercita, para, de esa manera, soslayar y resolver eficazmente los problemas de litispendencia, cosa juzgada, mutatio libellis y congruencia que se puedan presentar. De ello se infiere que tiene que haber una perfecta correlación entre el contenido objetivo y subjetivo del acuerdo y el objeto del proceso exigiendo la responsabilidad.

Séptima.

Que el Acta sea la prueba documental, exclusiva y excluyente, de la voluntad final de la sociedad de exigir judicialmente responsabilidad a los administradores nos ha permitido concluir que su incorporación al proceso es un requisito habilitante y de procedibilidad para el ejercicio de la acción que permite defender la posibilidad de darle tratamiento procesal.

En caso de que no se aportase el Acta junto a la demanda, de conformidad los Art. 266.4º y 269.2 ambos de la LEC aplicados conjuntamente, se debería producir, inexorablemente, la inadmisión a trámite de la demanda. Este efecto se ve atemperado porque debe permitirse a la sociedad subsanar el defecto de presentación y aportación del documento antes o en la Audiencia Previa; si bien, la subsanación solo alcanza a la presentación del documento pues el acuerdo debe existir siempre con anterioridad a la interposición de la demanda. La subsanación puede tratarse en la aplicación de las normas que disciplinan la Audiencia Previa, en concreto las de los Art. 416.1. 1º y Art. 418 ambos de la LEC, en relación con el Art. 425 del mismo cuerpo legal en su tratamiento para las circunstancias análogas.

En caso de que el defecto fuera la falta de correlación entre el acuerdo adoptado en Junta y lo que es el contenido y el objeto de la demanda, puede igualmente darse un tratamiento procesal. Esta vez, como un supuesto del Art. 416.1. 5º LEC (defecto en el modo de proponer la demanda) en aplicación conjunta con el Art. 424 y 425 ambos de la LEC que exigirían al juez el mismo ejercicio que cuando se excepciona la litispendencia o la cosa juzgada según los Art. 416.1.2º y 421 ambos de la LEC.

Octava.

El Acta que recoge el acuerdo, como documento, solo puede ser impugnada a través de la vía imperativa de la Ley en el ejercicio de la acción de impugnación de la Junta. En

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

caso de plantearse esta impugnación durante el proceso por el ejercicio de la acción social se suspenderá el curso de este de conformidad con el Art. 43 LEC, admitiéndose también, si se da el caso, la acumulación de autos.

Dándose los requisitos procesales para ello y siempre que la demanda se haya interpuesto por la sociedad podrá plantearse por el administrador la impugnación a través de la reconvencción.

El administrador destituido, a salvo su legitimación en su condición de socio si la tuviera, tiene, en esta impugnación, legitimación como tercero con interés legítimo.

Novena.

La posibilidad, consagrada en el Art. 239 de la LSC, de que sean los socios (minoría) los que, en determinados supuestos, ejerciten la acción social de responsabilidad contra los Administradores, debe examinarse, interpretarse y solucionarse desde el prisma de la sustitución procesal.

La interpretación del Art. 239 LSC tiene como resultado la necesidad de integrarlo en el Art. 10 de la LEC, aunque no responda ni doctrinal ni legalmente, al modelo y estructura jurídica de la acción subrogatoria, que no es, en absoluto el único paradigma de sustitución.

Décima.

Los límites del carácter con el que actúa la minoría en el proceso como parte procesal legítima vienen determinada por la norma material. El Art. 239 establece la facultad de la minoría de expropiar el poder de disposición del derecho de la sociedad para entablar la acción y con ello de iniciar el entramado de la jurisdicción: jugar y hacer ejecutar lo jugado. Dicha minoría, si se trata de una conformada por una pluralidad de personas, no comparece en juicio en litisconsorcio. La minoría en el proceso por el ejercicio de la acción social debe concebirse como una comunidad unitaria, de *clara naturaleza procesal*, que se conforma y nace en la demanda.

Queda fuera del ámbito de expropiación la renuncia o transacción al ejercicio de la acción que por Ley se mantienen en la Junta general de conformidad con el Art. 238. 2 LSC.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Undécima.

La sustitución procesal, como el ejercicio procesal de un derecho ajeno, en nombre propio, pero en interés de otro, supone igualmente la perención de la acción para la sociedad y la imposibilidad de que concurren en un mismo proceso el ejercicio dual de la misma acción. Existiendo un único derecho, el de la sociedad, y una única acción, la social, la consecuencia lógica es que la sociedad y minoría no son, ni pueden, ser litisconsortes.

Duodécima.

Una vez expropiada la acción por la minoría -a través del ejercicio de la acción -si no desiste de su sustitución, *intra o extra procesalmente*, se perpetúa en ella la facultad de disposición para la protección del derecho en todas sus etapas procesales: el proceso declarativo de condena, la impugnación de la sentencia y la ejecución.

Decimotercera.

El alcance de la expropiación del poder disposición de derecho por la minoría determina igualmente la carencia del interés legítimo de la sociedad exigible al tercero para la intervención en el pleito iniciado por la minoría. Por eso, en caso de que la demanda se hubiera interpuesto por la minoría, la renuncia al ejercicio de la acción por la sociedad deberá resolverse en el ámbito de las normas de los Art. 413 y 22 ambos de la LEC y no del Art.20 LEC.

Decimocuarta.

Estas consecuencias procesales son coherentes con la disciplina establecida en el ámbito mercantil de protección a la minoría.

Decimoquinta.

La sustitución procesal y con ella la expropiación del poder de disposición del derecho de la sociedad se producirá una vez interpuesta la demanda por minoría y solo cuando se inicie el pleito por ella.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Decimosexta

La expropiación del poder de disposición del derecho se producirá cuando los socios interpongan la demanda siempre que conformen una minoría y si existe un supuesto de inactividad o pasividad de la sociedad en la defensa de sus intereses. La norma no exige que se acredite o se deduzca un interés directo de estos socios en el pleito que entablan en sustitución.

Decimoctava.

Al igual que el Acta determina la voluntad de la sociedad de pleitear, los socios deberán acreditar igualmente en la demanda su cualidad de sustitutos procesales y parte legítima. Para ello deberán acreditar su carácter de minoría y la existencia de la inactividad de la sociedad.

Al tratarse de hechos (ser socio y conformar una minoría) que solo pueden acreditarse documentalmente, igualmente el modo en el que se ejercita la acción (en sustitución procesal) deberá no solo ser alegada en la demanda como fundamento de la legitimación de la minoría del ejercicio de la acción en sustitución, sino que la norma, además, exige que se aportarse *ab initio* la prueba documental de tal cualidad de socios que conforma una minoría y de inactividad o pasividad de la sociedad en la defensa de sus intereses.

Decimonovena.

De lo anterior se deduce la posibilidad de darle al carácter con el actúa la minoría en el proceso un tratamiento procesal igual al que tiene el Acta de la Junta para la acción entablada por sociedad. En este caso, la minoría deberá aportar los documentos que acrediten su condición de socio y de conformadores de una minoría y los documentos que acrediten la inactividad de la sociedad que serán, según el caso concreto de inactividad: el Acta de la Junta que apruebe el ejercicio de la acción social, el Acta de la Junta acordando no ejercitar la acción o la solicitud notarial de convocatoria de la Junta por los socios. Estos documentos son igualmente instrumentos de procedibilidad del ejercicio de la acción en sustitución procesal.

Por eso, la falta de aportación inicial de estos documentos deberá producir, inexorablemente, la inadmisión a trámite de la demanda. Este efecto se ve igualmente atemperado porque debe permitirse a la minoría subsanar el defecto de presentación y

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

aportación de los documentos antes o en la Audiencia previa. La subsanación solo alcanza a la presentación de los documentos, pues la cualidad de socio y minoría, así como la inactividad o pasividad de la sociedad deben existir en el momento de interponerse la demanda.

La minoría deberá interponer según el caso, la demanda que la sociedad haya acordado ejercitar, la que haya acordado no ejercitar o la que se haya concretado por la propia minoría en la solicitud de convocatoria de la Junta a tal fin. Se trata por tanto de que exista correlación entre la acción identificada en el acuerdo o en la solicitud de convocatoria y la que finalmente se ejercite en sustitución.

En caso de que el defecto fuera la falta de correlación entre el acuerdo o la solicitud de convocatoria y lo que es el contenido y el objeto de la demanda, se debe igualmente admitir un tratamiento procesal igual al que se ha defendido para el caso de que quien interponga la acción sea la sociedad y no exista correlación entre el Acta que apruebe el acuerdo favorable al ejercicio de la acción y la demanda interpuesta por la sociedad.

En el caso de que la acción social entablada por la minoría fuera una fundamentada en la infracción del deber de lealtad, exigirá a la minoría calificar el hecho como tal en su demanda. Solo de esta forma podrá tenerse por la alegada la legitimación con la que actúa. De no ser así, por el juego de la preclusión, deberá inadmitirse la demanda a trámite.

Vigésima.

La sentencia que se dicte en el proceso por el ejercicio de la acción social entablada por la minoría producen efectos de cosa juzgada para la sociedad, no por la extensión de la eficacia de la cosa juzgada, sino por la identidad subjetiva que es efecto de la sustitución procesal. En definitiva, la única sentencia posible en este proceso es la que declara o no el derecho de la sociedad al resarcimiento lo que entra de lleno en el patrimonio de la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, N. *Proceso, Autocomposición v Autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*. En México, Imprenta Universitaria, 1947. Reimpreso por la Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

ALCALÁ-ZAMARA y CASTILO, N. Puntualizaciones relativas al concepto de parte, *Revista de Derecho Procesal*, nº 1 1983, p. 103 y ss.

ALFARO AGUILA-REAL, J. “¿Qué pasa cuando la Junta acuerda exigir la responsabilidad, pero no describe las conductas de los administradores que considera incumplimientos de sus deberes?” *Almacén de Derecho* [en línea]. 2017 [consulta: enero de 2022]. Disponible en: <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2017/03/que-pasa-cuando-la-junta-acuerda-exigir.html>

ALFARO AGUILA-REAL, J. “Exclusión de socios: el plazo de un mes del Art. 352.3 LSC”. *Almacén del Derecho* [en línea]. 20 de julio de 2016 [consultado el 2 de febrero de 2022]. Disponible en: <https://almacendederecho.org/exclusion-socios-plazo-mes-del-art-352-3-lsc>.

ALLORIO, E. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, pp. 253 y ss.

ALLORIO, E. *Problemas de derecho Procesal II Tomo II*. Trad. Santiago Sentis Melendo Ed. EJEA Buenos Aires 1963 (*Estudios Problemi di Diritto*, Casa Editrice Dott. A Giuffrè, Milano 1957)

ARROYO MARTÍNEZ, I. ; BOET, E. “Art. 134 LSA de 1989”. p. 1561. En Arroyo, I.; Embid, J. M., y Górriz, C. (Dir.) *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. II, 2.^a ed. Madrid, (2009)

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P. *Estudios sobre el Proceso de Impugnación de acuerdos Sociales, adaptado a la Ley de 31/2014 de 3 de diciembre por la que se modifica la Ley de Sociedad de capital para la mejora del gobierno corporativo*. Madrid: Dykinson, 2015.

BAENA BAENA, P.J. “El nuevo régimen jurídico español de la legitimación activa y pasiva para la impugnación de acuerdos de las sociedades de capital”. *Revista de Derecho*, núm. 20, 125-160., 2016.

BUCKLAND, W.W. y Arnold D. McNAIR. *Roman Law and Common Law*. 2^a ed. Revisado por F. LAWSON. Cambridge: Cambridge University Press, 1952.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

CABAÑAS GARCÍA, J. C. *La tutela judicial del tercero. Estudio sobre la legitimación indirecta, individual y colectiva, en el proceso civil*. Madrid: Dijusa, 2008.

CALAMANDREI. La relatività del concetto d'azione, en Studi sul processo civile, Padova, 1947

CALBACHO LOSADA, F. *El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima*, 1ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, Col. BJC Serie de Tratados y Comentarios. 1ª Ed, 1999.

CAMPINS VARGAS, A. *El acta de la Junta: un comentario al Art. 202 LSC* [en línea]. 2018 [consulta: enero de 2022]. Disponible en: <https://almacenederecho.org/acta-la-junta-comentario-al-art-202-lsc>

CANO FERNÁNDEZ, S. «El tercero en la ejecución: hacia una necesaria uniformización procedimental». Revista De Derecho Procesal Nº 2/ 2016 (diciembre)

CARNACINI, T. *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*. Studi in onore di Enrico Redenti, nel XL anno del suo insegnamento, a cura di Francesco Carnelutti. Milano: Giuffrè, 1951. v. 2.

CARNELUTTI, F. *Cómo se hace un proceso*. En: Valparaíso. Edeval. Reedición de 1979.

CARNELUTTI, F. *Sistema del diritto processuale civile*. Vol. I. Funzione e composizione del proceso. Padova: Cedam. 1936.

CARNELUTTI, F. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. En: Buenos Aires, 1944. Traducción de S. Melendo y A. Zamora.

CARNELUTTI, F. *Eficacia directa y eficacia refleja de la cosa juzgada (Trad. Sentís)* En: " Estudios de Derecho Procesal “ , Buenos Aires 1952.

CHIOVENDA, G. “Identificazione delle azioni. Sulla regola ne eat iudex ultra petitem partium”. En *Saggi di Diritto Processuale Civile*, Roma 1930, Vol.

CHIOVENDA, G. *Instituciones de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Conceptos Fundamentales. La doctrina de las acciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954.

CHIOVENDA, G. *Instituciones de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Las relaciones procesales: La jurisdicción y los sujetos del proceso*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

CHIOVENDA, G. *Instituciones de Derecho Procesal Civil. Tomo III. Las relaciones procesales (Continuación). La relación procesal ordinaria de conocimiento*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954.

CHIOVENDA, G. *Principii di diritto processuale civile*, 3ª Ed. Napoli, 1965.

CORDÓN MORENO, F. “Precisión sobre el interés que fundamenta la intervención adhesiva simple”. En: Gómez-Acebo&Pombo. Blog. Disponible en: <https://www.gap.com/publicaciones/precision-sobre-el-interes-que-fundamenta-la-intervencion-adhesiva-simple/>

CORDÓN MORENO, F. “Sobre la legitimación en derecho procesal” *Revista Chilena de Derecho*, 1998, vol. 25, no. 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 357–385. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/41609458>.

CORTÉS DOMINGUEZ, V. “El proceso, la demanda, el derecho material” *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 1974, 1, núm. III, pp 639 y ss

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. “El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo” *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, 1976, nº 2-3. pp. 369-422.

CORTÉS DOMINGUEZ, V. “Responsabilidad de los administradores societarios y carga de la prueba” *Revista General de Legislación y Jurisprudencia (RGLJ)*, 1999, núm. 2, p. 145 y ss.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; MORENO CATENA, V. *Derecho Procesal Civil. Parte General*. 11ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; MORENO CATENA, V. *Introducción al derecho procesal*. 11ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

DAMIÁN MORENO, J. “Los procesos ordinarios. Las medidas cautelares”. En: *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tomo III*. Madrid: Tecnos, 2000.

DAMIÁN MORENO, J.; ARIZA COLMENAREJO, M.J. *Impugnación de Acuerdos de Sociedades Anónimas*. Ed. Constitución y Leyes (Colex, SA), Biblioteca Jurídica de Bolsillo.2000.

DAMIÁN MORENO, J. “Lección: Cómo hacer una demanda”. *Almacén del Derecho* [en línea]. 16 de marzo de 2016 [consulta: febrero de 2021]. Disponible en: <https://almacenederecho.org/LECcion-como-hacer-una-demanda/>

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

DAMIÁN MORENO, J. *El juez ante la ley*. Cuadernos de Derecho Registral. 2011

DAMIÁN MORENO, J. *El proceso civil: ese gran desconocido*. Técno, 2020.

DAVID, R.; BRIERLEY, J.E.C. *Major legal Systems in the world*. 3ª ed. London: Stevens & Sons, 1985.

DAVIES, P.L.; WORTHINGTON, S; BARTLETT, L.C.B; MICHELER, E. *Principles of Modern Company Law*. 8ª ed. London: Thomson Sweet & Maxwell Reuters, 2008.

DE CASTRO, F. *Tratado de Derecho Civil de España. Parte General, I*. 4 ed., 1949.

DE LA OLIVA SANTOS, A. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Madrid: Editorial Thomson Civitas, 2005.

DE LA OLIVA SANTOS, A. «Terminación anormal del proceso». En: Curso de derecho procesal Civil II, con Ignacio Díez-Picazo Giménez y Jaime Vegas Torres. 4º Ed. Ramón Areces, 2021.

DE LA OLIVA SANTOS, A. «La cosa juzgada» En: Curso de derecho procesal Civil II, con Ignacio Díez- Picazo Giménez y Jaime Vegas Torres. 4º Ed. Ramón Areces, 2021.

DE LA OLIVA SANTOS, A. «La segunda instancia». En: Curso de derecho procesal Civil II, con Ignacio Díez- Picazo Giménez y Jaime Vegas Torres. 4º Ed. Ramón Areces, 2021.

DE LA OLIVA SANTOS, A. Ignacio Díez–Picazo Giménez, Jaime Vegas Torres y Julio Banacloche Palao. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas,2001.

DIEZ- PICAZO GIMÉNEZ, I.; DE LA OLIVA SANTOS, A. «Especialidades procesales en la Ley de sociedades anónimas». *Revista de Derecho Procesal*, nº 3, 1990 p. 421-452.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. «Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva». *Cuadernos de Derecho Público*, 2000, Nº 10, pp. 13-38.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. “¿Tiene sentido el incidente de nulidad de actuaciones?” En: Asociación de letrados del tribunal constitucional. *La nueva perspectiva de la tutela procesal de los derechos fundamentales*, pp. 99-122. Ed. Tribunal Constitucional (España): Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España). Colección Foros y Debates, 2018,

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. «El inicio del proceso: la demanda» En: En Curso de derecho procesal Civil II, con Andrés de la Oliva Santos y Jaime Vegas Torres. 4º Ed. Ramón Areces, 2021.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

DÍEZ- PICAZO GÍMENEZ, I. «*Conductas posibles del demandado ante la demanda*»
En: Curso de derecho procesal Civil II, con Andrés de la Oliva Santos y Jaime Vegas
Torres. 4º Ed. Ramón Areces, 2021.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. «*Parte General del derecho Civil y personas
Jurídicas*» Vol. I. En: Sistema de Derecho Civil, 13 Ed. Madrid, Tecnos, 2016.

ESTEBAN VELASCO, G. “La acción individual de responsabilidad”, En: ROJO, A.;
BELTRÁN, E. (dir); CAMPUZANO, A.B. (coord.) *La responsabilidad de los
administradores de las sociedades mercantiles*. 6ª Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.

ESTEBAN VELASCO, G. “La acción social y la acción individual de responsabilidad de
las sociedades de capital” En: AAVV. *La responsabilidad de los Administradores de
sociedades de capital*. En Madrid: Estudios de derecho Judicial nº 24, 2000.

FAIRÉN GUILLÉN, V. *Notas sobre la intervención principal en el proceso civil*, en
"Estudios de Derecho Procesal", Madrid, 1955 págs. 175 y ss.

FAIRÉN GUILLÉN, V. *El proceso en la ley de Sociedades Anónimas (Estudios sobre
los artículos 67 a 70)*. Barcelona, Bosch, 1953.

FAIRÉN GUILLÉN, V. “La responsabilidad civil de los órganos de administración”.
Revista de Derecho Privado, 1955.

FENOLL NIEVA, J. *La sustitución procesal*. Barcelona: Marcial Pons, 2004.

GANDÍA PÉREZ, E. *La renuncia al ejercicio de la acción social de responsabilidad*.
Director: Francesco Vella. Iniverstà di Bologna, Doctorato di Ricerca in Istituzioni e
mercati, diritti e tutele. Ciclo XXVIII.2015

GARBAGNATI, E. “Legittimazione all’apello del sostituto processuale”, en *Il Foro
Padano*, 1952.

GARBAGNATI, E. *La sostituzione processuale del nuovo código di procedura civile*.
Milán: Giuffrè, 1942

GARCÍA GARCÍA, E. “Capítulo Artículo 238. Acción social de responsabilidad”, pp.
3305-3324, en: GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ (dir): *Comentario de la ley de
Sociedades de Capital. Tomo III. La junta general. La administración de la sociedad*. 1ª
ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

GARCÍA MARRERO, J. “La acción social de responsabilidad de los Administradores”.
En ORTEGA BURGOS, E. *Tratado de conflictos societario*. En Valencia: Tirant lo
Blanch, 2019.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

GARCÍA-VILLARRUBIA, M. “La legitimación activa en la exigencia del deber de lealtad” 2019, *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, n.º 72.

GARRIGUES, J. «*Reforma de la Sociedad Anónima*». Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1947.

GARRIGUES, J; URÍA, R.; *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*. 1976. Vol. II (GARRIGUES, Joaquín), 3º Edición. En Madrid. Revisa , corregida y puesta al día por Aurelio Menendez y Manuel Olivencia.

GERNER-BEUERLE, C.; PAECH, P.; SCHUSTER, E.P. “Study on directors’ duties and liability”. *Department of Law, The London School of Economics and Political Science*. [en línea] 2013, [consulta: noviembre de 2021]. Disponible en: <http://eprints.lse.ac.uk/id/eprint/50438>.

GIMENO SENDRA, V. “¿Puede un Juez Inadmitir de Oficio una Demanda por Falta de Legitimación de las Partes?” *Derecho & Sociedad* [en línea]. 2012, núm. 38, pp.117–125 [consulta: enero de 2022]. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13109>

GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Civil. I. El Proceso de Declaración*. Madrid: COLEX, 2005.

GOLDSCHMIDT, J. *Derecho Procesal Civil*. Barcelona: Labor, Col. Enciclopedia de Ciencias Jurídicas y Sociales. Sección Ciencias Jurídicas, 1936.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, D. “¿En verdad se necesita acuerdo para interponer recurso contencioso si hay administrador único?” *Almacén del Derecho* [en línea]. 16 de julio de 2020 [consulta: el 17 de febrero de 2021]. Disponible en: <https://almacendederecho.org/en-verdad-se-necesita-acuerdo-para-interponer-recurso-contencioso-si-hay-administrador-unico>

GÓMEZ ORBANEJA, E. “Las acciones de impugnación en la Ley de Sociedades Anónimas”. *Revista de Derecho Procesal*. 1951, nº 4 (octubre-diciembre).

GÓMEZ ORBANEJA, E. *El ejercicio de los derechos*, 1954, reeditado en Madrid, 1975.

GÓMEZ ORBANEJA, E.; HERCE QUEMADA, V. *Derecho Procesal Civil. 2 Vols. Tomo I. Parte General*. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones, 1969.

GONZÁLEZ GRANDA, P. *El litisconsorcio necesario en el proceso civil*. En Granada, Comares, 1996.

GONZÁLEZ PILLADO, E. *La intervención voluntaria de Terceros en el proceso civil*, Valencia, 2006. Tirant lo Blanch, Monografías.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

HELLWIG, K. *Systems des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1, Ordentliches Verfahren, ausschließlich besonderer Prozeßarten und Zwangsvollstreckung*. Aalen: Scientia Verl, 1980.

HERNÁNDEZ GALILEA, J.M. *La nueva regulación de la nulidad procesal. El sistema de ineficacia de la LOPJ*. Oviedo: Ed. Fórum, 1995.

HUERTA VIESCA, M. I. “Acción Social de responsabilidad de los administradores por los socios y desistimiento. Comentario a la STS 1ª, 30/11/2000”, *Revista De Derecho Mercantil*, 2002, núm. 243, 295–304.

JUSTE MENCÍA, J. *Los derechos de la minoría en la sociedad anónima*. Aranzadi Thomson Reuters, 1995.

JUSTE MENCÍA, J. “Art. 227. Deber de lealtad”, En JUSTE MENCÍA, J. (coord.), *Comentario a la reforma del régimen de sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (sociedades no cotizadas)*, Civitas Thomson Reuters, 2014.

JUSTE MENCÍA, J. “La legitimación de la minoría y de los acreedores para el ejercicio de la acción social”. En: ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dirección). *La Responsabilidad de los Administradores de las sociedades mercantiles*. 6ª Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.

KEAY, A. “Assessing and rethinking the statutory scheme for derivative actions under the Companies Act 2006”, *Journal of Corporate Law Studies*. 2016, Vol. 16:1, 39-68.

LARA, R. “La acción social de responsabilidad por la sociedad”. En ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J., A.; BELTRÁN, E. (Dir.). *La Responsabilidad de los Administradores de las sociedades mercantiles*. 6ª Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.

LEIBLE, S. *Proceso Civil Alemán*. Biblioteca Jurídica Diké. Colombia, 1999.

LÓPEZ-FRAGOSO, T. *La intervención de terceros a instancia de parte en el proceso civil español*. Madrid: Marcial Pons. 1990

LUCAS MARTÍN, E.P.; VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, B. “La impugnación por el administrador de la sociedad de capital del acuerdo de la junta general de ejercicio de la acción social de responsabilidad contra él”. *Cuadernos de Derecho y Comercio*. 2013, núm. 59, pp.227-254.

MAGRO SERVET, V. “Acerca de la subsanabilidad de la falta de aportación con la demanda del acuerdo de la Junta autorizando al presidente ejercer acciones judiciales”. En *ELDERECHO.COM*. 2017, [Consultado en marzo de 2017]. *Revista de Derecho Inmobiliario*, el 1 de febrero de 2017. Manual práctico de aplicación de la LEC/2.0001/2000 en las comunidades de propietarios SEPIN, 2001. Disponible en <https://elderecho.com/acerca-de-la-subsanabilidad-de-la-falta-de-aportacion-con-la-demanda-del-acuerdo-de-la-Junta-autorizando-al-presidente-ejercer-acciones-judiciales>.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

MASSAGUER FUENTES, J. “A vueltas con el art. 232 LSC”, en *Almacén de Derecho* [en línea] 3 de mayo de 2018. Disponible en: <https://almacenederecho.org/vueltas-art-232-lsc>

MERRYMAN, J.H. y PÉREZ-PERDOMO, R. *The Civil Law tradition*. 3ª ed. California: Stanford University Press, 2006.

MONTERO AROCA, J. *De la legitimación en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 2007.

MONTERO AROCA, J.; GÓMEZ COLOMER J.L, MONTON REDONDO, A. BARONA VILAR, S. *Derecho Jurisdiccional II, Procesal Civil*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.

MONTERO AROCA, J. *La intervención adhesiva simple: contribución al estudio de la pluralidad de las partes en el proceso civil*. Ed. Hispano europea, Barcelona 1972.

MUTHER, T. *Zur Lehre von der römischen Actio, dem Heutigen Klagerecht, der Litiscontestation und der Singularsuccession in obligationen* München, 1857.

NUÑEZ LAGOS, R. “Nota a la publicación del libro *Reforma de la Sociedad Anónima*”. En Madrid: Instituto de Estudios Políticos. 1957, 161-215. [consulta el 20 de febrero de 2020] Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2127654.pdf>.

ORTEGA GUTIÉRREZ, D. *Sinopsis del Art. 24. De la Constitución Española, actualizada por GONZÁLEZ ESCUDERO, Á. en 2011*. [En línea] En: Congreso de los diputados. Disponible en <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=24&tipo=2>

PÉREZ BENÍTEZ, J.J. “La legitimación activa en la exigencia del deber de lealtad”. *ElDerecho.com* [en línea]. 12 de abril de 2019. Disponible en: <https://elderecho.com/la-legitimacion-activa-en-la-exigencia-del-deber-de-lealtad>

PÉREZ-RAGONE, A.J. Y ORTÍZ, J.C. *Código procesal Civil Alemán (ZPO)*. Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

POLO, E. “Los Administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima (Artículos 123 a 143 de la Ley de sociedades anónimas)”. En: *Comentario al régimen de las sociedades mercantiles*. Tomo VI. 1992, Civitas.

PRIETO GARCIA-NIETO, I; GABALDON CODESIDO, J. Conclusiones Jornadas de Magistrados Especialistas de Mercantil. Pamplona, 4, 5 y 6 de noviembre de 2015. En: *Audiencia Provincial de Navarra*. Disponible en <http://asociacionaspac.com/wp-content/uploads/2014/03/2015->

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

11_CONCLUSIONES_JORNADAS_MAGISTRADOS_ESPECIALISTAS_MERCANTIL.pdf]

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L. *Derecho Procesal Civil. Vol. 1*. Editorial Revista de Derecho Privado, 1968.

QUIJANO GONZÁLEZ, J. “La acción social de responsabilidad contra los Administradores: el acuerdo y legitimación para ejercitar, comentario la Sentencia 380/2012 de 5 de diciembre AP Madrid sección 28”. *Revista del Derecho Mercantil*, octubre-diciembre, 2013, nº 290, pp. 437-454.

RAMOS HERRANZ, I. *El estándar mercantil de diligencia: El ordenado empresario*. Proyecto de Investigación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) sobre «El vínculo trasatlántico en el Derecho Concursal (aproximación y armonización del Derecho de insolvencias en Europa y América Latina)», clave SICA. 2006. Disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2006-10019500225.

REDENTI, E. “Gli atti processuali”, En: REDENTI, E. *Diritto Processuale Civile. Nozioni e Regole Generali* Vol. 1. Milano, 1957.

REDENTI, E. *Derecho procesal civil*. Trad. SENTÍS MELENDO. S.; AYERRA REDIN, M. Buenos Aires: Ejea, 1957.

RIAÑO BRUN, I. *El ejercicio judicial de la acción subrogatoria*, Universidad Pública de Navarra, 2002.

RODRÍGUEZ ZAPATA, J. *Fundamentos del contencioso administrativo*. Madrid: Editorial Técnos. Col. Práctica jurídica, 2019.

RODRÍGUEZ ZAPATA, J. *Teoría y práctica del derecho Constitucional*. 4 ed. 2018 Técnos.

ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J. “El ejercicio por la sociedad de la acción social de responsabilidad contra los administradores”. *Obra colectiva Fernando Rodríguez Artigas, Gaudencio Esteban Velasco / coord. por Javier Juste Mencía, Cristóbal Espín Gutiérrez; Fernando Rodríguez Artigas (hom.), Gaudencio Esteban Velasco (hom.)*, Vol. 1, Tomo 1, Pamplona: Editorial Aranzadi 2017

ROSEMBERG, L. *Tratado de Derecho procesal. Introducción. Tomo I: Teoría general*. Ediciones Jurídicas Europa América, 1955.

SAN CRISTÓBAL REALES, S. «Los mecanismos de satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida del objeto, y la enervación del desahucio, para poner fin al proceso de forma anticipada», *Anuario jurídico y económico escurialense*, nº. 45, 2012, pp. 91-118.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

SÁNCHEZ CALERO, F. *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas. Vol. IV: Administradores*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1994.

SÁNCHEZ LÓPEZ, B. *La sustitución procesal: análisis crítico*. Director: Andrés de la Oliva Santos y Fernando Gascón Inchausti. Universidad Complutense de Madrid. Departamento de Derecho Procesal. 2017.

SÁNCHEZ LÓPEZ, B. *Acción subrogatoria y sustitución procesal (Análisis y perspectivas)*. Madrid: Marcial Pons, 2017.

SANCHEZ- CALERO GUILARTE, J. (Dir) *Comentario a la ley de sociedades anónimas*. Madrid, 1994.

SÁNCHEZ- CALERO GUILARTE, J. “Acción de exclusión, legitimación subsidiaria del socio y caducidad del plazo”, en: SÁNCHEZ - CALERO GUILARTE, J. BLOG [en línea]. 16 de septiembre de 2016 [consultado el 10 de febrero de 2022]. Disponible en: <http://jsanchezcalero.com/accion-de-exclusion-legitimacion-subsidiaria-del-socio-y-caducidad-del-plazo/>

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. “Sobre el contenido del acuerdo de entablar la acción social de responsabilidad”. Juan SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE Blog [en línea]. 19 de octubre de 2011 [consulta: diciembre de 2021]. Disponible en: <http://jsanchezcalero.com/sobre-el-contenido-del-acuerdo-de-entablar-la-accion-social-de-responsabilidad/> BLOG

SENÉS MOTILLA, M.C. *Disposiciones generales sobre la ejecución forzosa*. En Madrid, La Ley, 2000.

ROSENBERG, L. *Tratado de Derecho procesal. Introducción. Tomo I: Teoría general*. Traducido del alemán por Ángela ROMERA VERA de “Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, Ed. de 1951. Ediciones Jurídicas Europa América, 1955

SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L. “Responsabilidad de los administradores de Sociedad Anónima”. *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 15, N°4, pp.921-998, 1962.

TAPIA FERNÁNDEZ, I. *La cosa Juzgada. Estudio de jurisprudencia civil*. Madrid: Dykinson, 2010.

THON (Rechtsnorm und subjektives recht, Weimar 1878 (Norma giuridica e diritto soggettivo, Padova, 1951),

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

VEGAS TORRES, J. «El proceso de ejecución». En: *Curso de Derecho procesal Civil II* con Andrés de la Oliva Santos e Ignacio Díez- Picazo Giménez, 4 Ed. Ramón Areces, 2021 .

VEGAS TORRES, J. «Las costas del proceso» . En: *Curso de derecho procesal Civil II*. con Andrés de la Oliva Santos e Ignacio Díez- Picazo Giménez). 4 Ed. Ramón Areces 2021.

VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, B. “El contenido del acuerdo de la Junta general sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital” *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 65, pp. 119-142, 2016.

VON THUR, Derecho civil. Teoría General del Derecho Civil alemán (trad. Esp.), 1946, pp. 104 y ss.

VON THUR, Tratado de las obligaciones (trad. Esp.), 1934, Tomo II, pp. 250 y ss; vid.,

WACH, A.; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N.; BANZHAF, T. *Manual de Derecho Procesal Civil. Traducción de Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*. Vol. 2. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977

WINDSCHEID (*Die actio des römischen Civilrechts von Standpunkte des heutigen Rechts*, 1856, *passim* si bien especialmente pp 5 y ss

WINDSCHEID. *Polémica sobre la Actio*. En Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1974.

YÁÑEZ EVANGELISTA, J. “Legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad”. *Eleconomista.es* [en línea]. 7 de octubre de 2014 [consultado el 8 de febrero de 2022]. Disponible en: <https://www.eleconomista.es/opinion-legal/noticias/6137003/10/14/Legitimacion-para-el-ejercicio-de-la-accion-social-de-responsabilidad.html>

LEGISLACIÓN

Ley de 19 de octubre de 1869 (Gaceta de Madrid nº 294, jueves 21 de octubre de 1869)

Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881

Código Civil Francés de 1885

Código de Comercio de 1885

Ley de Sociedades Anónimas 1951

Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada 1953

Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprobó el Texto

Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas para la adaptación a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE).

Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada

Reglamento (CE) No2157/2001 del Consejo de 8 de octubre de 2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea

Company Act 2006

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital

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

Directiva (UE) 2017/1132 sobre determinados aspectos del Derecho de Sociedades de 14 junio de 2017.

INDICE DE JURISPRUDENCIA

Case Law

Foss v Harbottle (1843) 2 Hare 461, 67 ER 189
Smith v. Cardiff Corp., [1954] 1 Q.B. 210 at 214-15
Johnson v Gore Wood and Co.69 2002 2 AC 1 HL
Saatchi v Gajjar and Another [2019] 3472 EWHC

Tribunal Supremo

ATS de 22 de mayo de 2017
STS de 9 octubre de 1993
STS de 1 de diciembre de 1993 (ES:TS:1993:17971)
STS nº 355/1998, de 18 de abril
STS nº 825/1998, de 18 de septiembre
STS 193/2000, de 4 de marzo
STS nº 1115/2000 de 30 de noviembre (ES:TS:2000:8789)
STS de 20 de julio de 2001
STS nº 1127/2002 de 19 de noviembre (ES:TS:2002:7674)
STS nº 1131/2002, de 29 de noviembre
STS 676/2003 de 7 de julio
STS 351/2003/, 9 de abril de 2003 (ES:TS:2003:2485).
STS 450/2005, de 8 de junio
STS (1ª) de 9 de julio de 2007
STS nº 1044/2007 de 7 de diciembre
STS nº 150/2007 de 21 de febrero (ES:TS:2007:1170)
STS 473/2010 de 15 de Julio
STS 771/2011, 27 de octubre (ES:TS:2011:6845):
STS 991/2011, 17 de enero de 2012 (ES:TS:2012:1686)
STS 345/2013, 27 de mayo de 2013 (ES:TS:2013:2888)
STS nº 732/2014 Sala 1ª de 26 de diciembre de 2014

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

STS nº397/2016, 18 de noviembre
STS núm. 440/2016 de 29 de junio (ES:TS: 2016:3142).
STS nº 14/2018, de 12 de enero
STS nº 73/2018, de 14 de febrero (ES:TS:2018:410).
Sentencia de 4 de febrero de 2021 (ECLI:ES: APB: 2021:588).
STS nº 381/2003, 11 de abril 2003 (ECLI: ES:TS:2003:2564)
STS nº 1374/2007, 5 de enero de 2007 (ECLI: ES:TS:2007:95)
STS 670/2010, 4 de noviembre
STS 760/2011, 4 de noviembre de 2011 (ES:TS:2011:8014)
STS 23/2016, 3 de febrero (ES:TS:2016:91)
STS de 30 enero de 2001
STS nº 211/2010, de 30 marzo (ES:TS:2010:1866)
STS nº606/2000, de 19 junio (ES:TS:2000:5010)

Audiencias Provinciales

SAP Alicante 147/2002, 20 de marzo (ES:APA:2002:1265).
SAP Guipúzcoa de 5 de noviembre de 2003
SAP Navarra (Sección 3ª), de 18 de febrero de 2005
SAP Almería 111/2011, 7 de Julio (ES:APAL:2011:420)
SAP de Madrid nº 380/2012, 5 de diciembre (ES:APM:2012:20812)
SAP Madrid de 7 noviembre de 2013 (EDJ 2013/291220)
SAP de Baleares nº 191/2016 de 30 de junio
SAP de Baleares 53/2017 de 20 de febrero de 2017 (ES:APIB:2017:43)
SAP de Baleares nº 29/2018 de 15 de febrero
SAP de Madrid nº 11/2019 de 11 de enero
SAP de Asturias nº 1092/2020, 16 de junio
SAP de Girona 1261/2020, de 11 de noviembre de 2020
SAP Albacete 270/2021, 19 de abril de 2021
SAP Asturias 897/2021, 13 de octubre de 2021.

LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: UN ESTUDIO EN CLAVE PROCESAL DE LOS
ARTÍCULOS 238 Y 239 DE LA LSC

Juzgado de Primera Instancia

SJDO. 1º Inst. Madrid nº 7 de 27 de julio de 1999 (EDJ 1999/79761)

Juzgados de lo Mercantil

SJMER nº 6 de Madrid 554/2014, 27 de octubre (ES:JMM:2014:3624)

SJMER nº 1 de Girona nº 172/2016 de 1 de junio

SJMER nº 2 194/2016 30 de mayo de 2016 de Palma

SJMER nº 2 de Palma nº 194/2016 de 30 de mayo

SJMER nº 2 de Palma nº 273/2016 de 1 de septiembre

SJMER nº 1 de Santander nº 358/2017 de 29 de diciembre

SJMER de Barcelona nº 9 50/2018 de 6 de febrero

SJMER nº 3 de Madrid de 17 de septiembre de 2018

SJMER nº 1 de Oviedo nº 145/2019 de 11 de diciembre (ES:JMO:2019:4979)