UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

Los acuerdos impugnables en las sociedades de capital

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Alfonso Muñoz Paredes

DIRECTORES

Prof. Dr. D. Juan Sánchez-Calero Guilarte
Profa. Dra. Dña. Mónica Fuentes Naharro

© Alfonso Muñoz Paredes, 2024

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO

LOS ACUERDOS IMPUGNABLES EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

TESIS DOCTORAL

Dirigida por

Prof. Dr. D. Juan Sánchez-Calero Guilarte – Profa. Dra. Dª. Mónica Fuentes Naharro

Doctorando: Alfonso Muñoz Paredes

Madrid, 2024

SUMARIO

I. EL DERECHO CODIFICADO Y PRECODIFICADO.

1. PRECEDENTES REMOTOS....9
2. CODE DE COMMERCE....11
3. EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1829....14
4. LA LEY Y EL REGLAMENTO DE 1848....17
5. EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1885....22
5.1. EL INTENTO DE REFORMA DE 1926....23
5.2. ESTADO DE LA JURISPRUDENCIA BAJO LA VIGENCIA DEL CÓDIGO DE 1885....26
5.3. EL DERECHO COMPARADO COMO GERMEN....31
5.3.1. El derecho francés....32
5.3.2. El derecho italiano....35
5.3.3. El derecho alemán. 38
5.4. LAS APORTACIONES DE NUESTRA PRIMERA DOCTRINA....42

II. LAS PRIMERAS LEYES DE SOCIEDADES.

1. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS DE 1947....45
2. LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS DE 1951....54
3. LA LEY DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA DE 1953....71

III. LAS REFORMAS CONTEMPORÁNEAS

1. LAS REFORMAS DE LOS REGÍMENES DE ANÓNIMAS Y LIMITADAS....73
1.1. EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS DE 1989....73
1.2. LA LEY 2/1995, DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA....81
2. EL DERECHO PREVIO A LA REFUNDICIÓN DE ANÓNIMAS Y LIMITADAS....83
2.1. LA PROPUESTA DE CÓDIGO DE SOCIEDADES MERCANTILES....84
2.2. LA LEY DE "TRANSPARENCIA": 26/2003....89
2.3. LA LEY 19/2005....92
3. EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL....95
3.1. LA REDACCIÓN ORIGINAL....95
3.2. LA LEY 25/2011....96
3.3. LEY 1/2012....100
3.4. LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL....101
3.5. LA LEY 31/2014....106
3.6. LA LEY 5/2021....122

IV. CAUSAS DE IMPUGNACIÓN.

1. INTRODUCCIÓN....125
2. CLÁUSULA GENERAL....127
3. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LEY, ESTATUTOS O REGLAMENTOS....128
3.1. EL ABUSO DE DERECHO COMÚN....134
3.2. EL ORDEN PÚBLICO COMO SUBESPECIE....139
3.3. PRINCIPALES SUPUESTOS....160
3.3.1. Impugnación de cuentas anuales por vulneración de la imagen fiel....160
3.3.2. Retribución de los administradores....172
4. ACUERDOS QUE LESIONEN EL INTERÉS SOCIAL....190
4.1. DEL ACUERDO LESIVO AL ACUERDO ABUSIVO....190
4.2. LOS ACUERDOS PURAMENTE LESIVOS....201
4.3. LOS ACUERDOS ADOPTADOS CON ABUSO DE MAYORÍA....202

4.3.1. "Necesidad razonable, interés propio y detrimento injustificado" en *abstracto*.....204
4.3.2. La abusividad en *concreto*: el aumento de capital dilutorio.....209
5. EL PACTO PARASOCIAL OMNILATERAL.....223
.

V. EL OBJETO DE LA IMPUGNACIÓN.

1. INTRODUCCIÓN.....249
2. LOS ACUERDOS: CONCEPTO.....250
2.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....268
2.2. LOS ACTOS (O ACUERDOS) PREPARATORIOS Y EJECUTIVOS.....279
3. REVOCACIÓN, SUBSANACIÓN, SUSTITUCIÓN Y CONFIRMACIÓN DE ACUERDOS.....282
3.1. EL CAMINO HASTA LA ACTUAL NORMA.....282
3.1.1. Efectos del acuerdo secundario en el proceso de impugnación del primario.....287
3.1.2. La impugnación autónoma del acuerdo secundario.....290
3.1.3. La colisión de impugnaciones.....291
3.2. ESCENARIOS POSIBLES EN EL DERECHO ACTUAL.....293

VI. ACUERDOS INEXISTENTES Y NEGATIVOS.

1. SUPERACIÓN DE LAS DENOMINACIONES.....307
2. TAXONOMÍA.....321
2.1. MODIFICACIONES ESTATUTARIAS.....321
2.2. EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL.....332
2.3. ALTERACIÓN DEL RESULTADO DEL ACUERDO POR VOTAR QUIEN NO DEBÍA.....337
2.4. SITUACIONES DE BLOQUEO.....348
2.5. ATESORAMIENTO DE BENEFICIOS.....366

VII. LOS SUPUESTOS DE (IN)IMPUGNABILIDAD.

1. LA INFRACCIÓN DE REQUISITOS (MERAMENTE) PROCEDIMENTALES.....385
1.1. INTRODUCCIÓN.....385
1.2. INFRACCIÓN DE NORMAS RELATIVAS A LA CONVOCATORIA.....391
1.2.1. Competencia para convocar..... 392
1.2.2. El complemento de convocatoria.....399
1.2.3. El anuncio de la convocatoria.....402
1.2.4. El contenido de la convocatoria.....402
1.2.4.1. Elementos identificativos..... 402
1.2.4.2. El orden del día.....402
1.2.4.3. El carácter de la junta.....409
1.2.4.4. La junta de aprobación de cuentas (art. 272.2)..... 417
1.2.4.5. La convocatoria de junta híbrida y telemática.....418
1.3. LA INFRACCIÓN DE REGLAS DE CONSTITUCIÓN.....419
1.3.1. Lugar de celebración.....420
1.3.2. Asistencia de los administradores.....421
1.3.3. La junta universal.....421
1.3.4. Mesa y lista de asistentes.....422
1.4. LAS INFRACCIONES RELATIVAS A LAS MAYORÍAS.....423
2. EL DERECHO DE INFORMACIÓN.....423
2.1. MODALIDADES Y CARACTERÍSTICAS BÁSICAS.....424
2.2. LOS LÍMITES DEL DERECHO DE INFORMACIÓN.....428
2.2.1. El límite del orden del día.....435
2.2.2. Límites (o condiciones) de tiempo y forma.....444
2.2.3. Perjuicio al interés social, información innecesaria y uso extrasocial.....454
2.2.4. El límite del ejercicio abusivo.....455
2.3. (IM)PROCEDENCIA DE LA IMPUGNACIÓN [ARTÍCULO 204.3 b)].....458
3. EL TEST DE RESISTENCIA.....465

4. EL INCIDENTE DE PREVIO PRONUNCIAMIENTO.....471

VIII. CONCLUSIONES.....479

IX. BIBLIOGRAFÍA.....491

X. RESUMEN/ABSTRACT.....507

ABREVIATURAS

A
A (AA)=Auto(s)
AATC=Auto del Tribunal Constitucional
AA VV=Autores varios
AEAT=Agencia Estatal de la Administración Tributaria
AIE=Agrupación de Interés Económico
AJD=Actos Jurídicos Documentados
AN=Audiencia Nacional
AP=Audiencia Provincial
ap. (aps.)=apartado(s)
apd.=apéndice
art. (arts.)=artículo (artículos)
AAP=Auto de Audiencia Provincial
AJM=Auto Juzgado Mercantil
AktG = *Aktiengesetz*
As.=Asunto
AT=Audiencia Territorial
ATC = Auto del Tribunal Constitucional
ATS = Auto del Tribunal Supremo
ATSJ = Auto de Tribunal Superior de Justicia

B
BGB = *Bürgerliches Gesetzbuch*.
BOCG = Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE = Boletín Oficial del Estado
BOICAC = Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas

C
Cap. (Caps.) = Capítulo (Capítulos)
CC = Código Civil
CC EE = Comunidades Europeas
CCom = Código de Comercio
cdo.(s) = considerando(s)
CE = Constitución Española
Cfr. = Confróntese
CGPJ = Consejo General del Poder Judicial
CNMV = Comisión Nacional del Mercado de
Coop. = Cooperativa(s)
Coord/s). = Coordinador(es)
CP = Código Penal

D
D (DD) = Decreto (Decretos)
DA = Disposición adicional
Dec. = Decisión
Decl. = Declaración
DD = Disposición derogatoria
DF = Disposición final
DG = Dirección General
DGFPSJ = Dirección General de Fe Pública y Seguridad Jurídica
DGRN = Dirección General de los Registros y del Notariado
Dict. = Dictamen
Dir (s). = Director (es)
DLeg = Decreto Legislativo
Dley = Decreto-ley

DT = Disposición transitoria

E
Ed. = Edición (ó editor)
Edit. = Editorial
ep. = epígrafe
ERE = Expediente de Regulación de Empleo
Exp. Motivos = Exposición de Motivos

F
F. = Fundamento Jurídico o de Derecho
FOGASA = Fondo de Garantía Salarial
IAE = Impuesto sobre Actividades Económicas
IBI = Impuesto sobre Bienes Inmuebles
ICAC = Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
INE = Instituto Nacional de Estadística
IS = Impuesto sobre Sociedades
ITP = Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
IVA = Impuesto sobre el Valor Añadido

H
HGB = *Handelsgesetzbuch*

L
LAU = Ley de Arrendamientos Urbanos
LB = Ley de Bases
LBRL = Ley Reguladora de Bases de Régimen Local
LC = Ley Concursal
LCCH = Ley Cambiaria y del Cheque
LCD = Ley de Competencia Desleal
LDC = Ley de Defensa de la Competencia
LDIEC = Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito
LECiv = Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim = Ley de Enjuiciamiento Criminal
LGCoop = Ley General de Cooperativas
LGDCU = Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios
LGP = Ley General Presupuestaria
LGT = Ley General Tributaria
LH = Ley Hipotecaria
LIS = Ley del Impuesto sobre Sociedades
LIVA = Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido
LJCA = Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LMH = Ley del Mercado Hipotecario
LMV = Ley del Mercado de Valores
LN = Ley Orgánica del Notariado
LO = Ley Orgánica
LOPJ = Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTC = Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LSA = Ley de Sociedades Anónimas
LSAL = Ley de Sociedades Anónimas Laborales
LSC = Ley de Sociedades de Capital
LSGR = Ley de Sociedades de Garantía Recíproca
LSP = Ley de Suspensión de Pagos
LSRL = Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada

N
N = Nota

NIA-ES = Norma Internacional de Auditoría para España.
NIC = Normas Internacionales de Contabilidad
NTA = Norma Técnica de Auditoría
NTAIR = Norma Técnica de Auditoría de importancia relativa
NTAEI = Norma Técnica de Auditoría de errores e inexactitudes.
núm. = número

O
O (OO) = Orden (Ordenes)
OM (OO MM) = Orden Ministerial (Ordenes Ministeriales)
Op. cit. = Obra citada

P
p. ej. = Por ejemplo
p. (pp.) = página (páginas)
PGC = Plan General de Contabilidad
Prov. = Providencia
pta. (ptas.) = Peseta (pesetas)
PYME = Pequeña y mediana empresa

R
RD (RR DD) = Real Decreto (Reales Decretos)
RDLeg = Real Decreto Legislativo
RDley = Real Decreto-ley
Rec. = Recurso
Res. = Resolución
RRM = Reglamento del Registro Mercantil

S
S. (SS.) = Sentencia (Sentencias)
SA = Sociedad Anónima
SAD = Sociedad Anónima Deportiva
SAL = Sociedad Anónima Laboral
SAN = Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP (SSAAPP) = Sentencia(s) de la(s) Audiencia(s) Provincial(es)
Sec. = Sección
s. e. u. o. = salvo error u omisión
SGR = Sociedades de Garantía Recíproca
SJM (SSJJMM) = Sentencia(s) Juzgado(s) Mercantil(es)
SL = Sociedad Limitada
SLL = Sociedad de Responsabilidad Limitada Laboral
ss. = siguientes
SSª = Su Señoría
SRL = Sociedad de Responsabilidad Limitada
STC (SSTC) = Sentencia(s) del Tribunal Constitucional
STEDH = Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJCE = Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STS (SSTS) = Sentencia(s) del Tribunal Supremo
STSJ (SSTSJ) = Sentencia(s) del Tribunal Superior de Justicia

T
t. = Tomo (carece de forma plural)
TC = Tribunal Constitucional
TCJ = Tribunal de Conflictos de Jurisdicción
TEAC = Tribunal Económico-Administrativo Central
TGSS = Tesorería General de la Seguridad Social
Tít. = Título
TJCE =w Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TR = Texto Refundido

Trat. = Tratado
TRLAU = Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos
TS = Tribunal Supremo
TSJ = Tribunal(es) Superior(es) de Justicia

U
UE = Unión Europea

V
V = Véase
V. gr. = Verbi gratia
vid. = Véase
vol. (vols.) = Volumen (volúmenes)
Vp. (Vvpp.) = Voto particular (Votos particulares)

Agradecimientos

Una tesis madura —por edad— como la mía no obedece a un estímulo profesional. En mi caso, responde al deseo paterno, tantas veces expresado.

Mi padre no concebía la vida sin estudio. Recuerdo, al poco de ingresar en la carrera judicial, aún en período de prácticas en los juzgados, mi sorpresa por una resolución (en concreto, un auto resolviendo una oposición en un cambiario) que juzgaba incorrecta. Con la ingenuidad y soberbia del juez de entrada, le comenté a mi padre que cómo podía haberse cometido un error de aquel calado. *"Alfonso, los jueces no tienen tiempo de estudiar".* No había en sus palabras reproche, sino la constatación de una realidad que yo, mediada hoy mi carrera como juez, puedo confirmar. No hay falta de voluntad, sino falta de tiempo. Hay más asuntos que resolver (y resolver en un tiempo razonable) que tiempo disponible.

Pero esa falta de tiempo que para todos los demás habría sido excusa, para mí habría tornado reproche. *"Tú tienes que ser un juez que estudie".* No me dejó otra opción. A mi padre, pues, debo el primer estímulo. A mi mujer, que me acompaña desde hace treinta años, el segundo. Ella, que padece ese hurto continuado de tiempo —es decir, de vida juntos— me ha empujado cuando veía imposible acabar la tarea. Tampoco me dejó otra opción.

El tercer estímulo lo debo a mis directores, los profesores Juan SÁNCHEZ-CALERO y Mónica FUENTES. A ellos debo, primero, el acierto en la selección del tema, que me ha permitido que la inversión de tiempo tenga un retorno inmediato en mi función como juez. Segundo, la constante labor de apoyo, más allá de lo jurídico. Y, tercero y más importante, no haber perdido la fe. Sin su confianza ciega, sin su optimismo y su paciencia no habría podido culminar la tarea.

CAPÍTULO I. EL DERECHO CODIFICADO Y PRECODIFICADO

SUMARIO: 1.- PRECEDENTES REMOTOS. 2.- CODE DE COMMERCE. 3.- EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1829. 4.- LA LEY Y EL REGLAMENTO DE 1848. 5.- EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1885. 5.1.- EL INTENTO DE REFORMA DE 1926. 5.2.- ESTADO DE LA JURISPRUDENCIA BAJO LA VIGENCIA DEL CÓDIGO DE 1885. 5.3.- EL DERECHO COMPARADO COMO GERMEN. 5.3.1.- El derecho francés. 5.3.2.- El derecho italiano. 5.3.3.- El derecho alemán. 5.4.- LAS APORTACIONES DE NUESTRA PRIMERA DOCTRINA.

1. PRECEDENTES REMOTOS.

Hoy es comúnmente aceptado que el origen de las sociedades anónimas se halla en las compañías holandesa y francesa de las Indias orientales. Creadas a imagen del Estado absoluto, esas primitivas sociedades de los tempranos años del siglo XVII y las que les siguieron hasta finales del XVIII eran reflejo del régimen aristocrático y ni siquiera existía en ellas junta general, al menos en el sentido moderno del término.

En la compañía holandesa los principales armadores o "interesados" eran árbitros de su destino y elegían de entre sí a los gerentes (*bewindthebbern*), que representaban a la sociedad en sus relaciones con terceros; los socios de mayor cuantía no actuaban como órgano ni en representación de la totalidad de los accionistas, sino por derecho propio. En la compañía francesa ya se encuentra una junta anual, a la que concurrían los socios principales, y que deliberaba acerca de los asuntos más importantes, aprobaba las cuentas presentadas por la gerencia —a la que nombraba— y acordaba el reparto de dividendos[1].

[1] FISCHER, R., *Las sociedades anónimas. Su régimen jurídico*, edit. Reus, Madrid, 1934, pp. 21 a 29. Para un estudio más detallado de los orígenes de la sociedad anónima, *vid.* RENAUD, A., *Das Recht der Actiengesellschaften*, 2ª edit., edit. Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1875 y LEHMANN, K., *Die geschichtliche Entwicklung des Aktienrechts bis zum Code de Commerce*, edit. Carl Heymanns, Berlín, 1895.

Como rasgos típicos de estas primitivas sociedades destaca GARRIGUES[2] la absoluta dependencia del Estado y la desigualdad de derechos dentro de la sociedad, con la preponderancia de los grandes accionistas y la carencia o exigüidad de los derechos de los pequeños. La creación de la sociedad obedece a una concesión del Estado (*octroi*), que se reserva una constante intervención y tutela[3]. No es sino con el advenimiento del estado parlamentario y democrático en el siglo XIX cuando la sociedad anónima adopta la división entre un órgano soberano, la junta, dominada por el principio mayoritario, y un órgano ejecutivo o de administración[4].

Esta democratización de la sociedad anónima se manifiesta en un triple sentido: primero, porque se libera de la intervención estatal en su nacimiento, sustituyéndose el sistema del *octroi* por el sistema de la concesión, y este por el

---

[2] GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas,* Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, pp. 11 y ss.

[3] Reflejo de la celebración de esas juntas la encontramos en la propia Gazeta de Madrid. Así, el ejemplar de 25 de abril de 1719 (p. 68) da noticia de la celebración el 8 de abril, en París, de la primera junta general de la Compañía de Occidente, *"en la qual han asistido los Duques de Orleans, Chartres y Borbon, y el Príncipe de Conti, con muchos Pares, y Mariscales de Francia, en la qual se ha resuelto, entre otras cosas, que el Rey dará cada año 300 libras para el pagamento de las Tropas que sirvieren en la colonia de Mississipi; y que estas se han de emplear en ocupar un fuerte que tienen los Españoles por aquella parte, llamado Pansacola.(…)".*

En la Gazeta de 17 de noviembre de 1722 se comunica que en el mes de octubre tuvo lugar en Londres la junta general de la Compañía —inglesa— de las Indias Orientales, en la que *"se resolvió, en que lugar del 5 por 100, que se debía pagar por seis meses a los interesados, solo se les darà en adelante un 4 por 100, hasta que el Comercio, y el crédito público se pongan en mejor pie."* Asimismo se comunica el 2 de enero de 1733 (Gazeta de 27 de enero, p. 15) que *"[e]n la Junta General de la Compañía de las Indias Orientales, que se celebrò ayer, comunicaron los Directores varios Reglamentos hechos, para desterrar, y evitar, que en adelante se cometan los abusos y fraudes, que hasta aquí han cometido los Oficiales de Libros, y otros dependientes de las misma Compañía, y que la tenían en tan buen estado, que esperaban dar fin a ella brevemente; y aunque sobre este y otros puntos se movieron muy recias disputas, todo quedó superado à pluralidad de Votos, con grande satisfacción de los Directores."*

De la Compañía del Mar del Sur (South Sea Company) se da cuenta de la celebración de juntas generales "de los interesados" en las Gazetas de 7 de septiembre de 1723 (pp. 142 y 143), 27 de junio (p. 102) y 11 de julio de 1724 (pp. 110 y 11), 26 de febrero (p. 39) y 30 de diciembre de 1732 (p. 219), 3 de febrero (p. 19) y 14 de julio de 1733 (p. 115) y 25 de septiembre de 1736 (pp. 163 y 164).

Las juntas de la Compañía de Ostende también tienen presencia. La Gazeta de 2 de mayo de 1730 (pp. 71 y 72) refiere que *"[a]visan de Bruselas, que la Compañía de Ostende avia tenido en Amberes el día 30 del pasado una Junta general, en que se resolvió, que el mes de junio de este año se pongan en venta las ropas, y géneros de la India Oriental, y de China, que tiene la Compañía en los Almacenes de Ostende, y de Bruxas, y que se reparta entre los interesados un 40 por 100 de ganancias"*.

[4] GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., "La protección de las minorías en el derecho español", Revista de Derecho Mercantil, nº 72, 1959, págs. 249-268.

sistema de las disposiciones normativas, que es el propio de los Códigos de Comercio del siglo pasado; segundo, porque se exalta la junta general de accionistas al rango de órgano soberano, que funciona bajo la rigurosa aplicación del régimen de mayorías; y, tercero, porque en la vida interna de la sociedad rige el principio de la igualdad de derechos para todos los accionistas. El Código de Comercio francés de 1807, en su artículo 34, fórmula limpiamente este principio a declarar iguales las acciones, o de "valor igual"[5].

El *Code de Commerce*, en palabras de FISCHER[6], cierra la época antigua e inaugura la nueva era del régimen de las sociedades anónimas

2. CODE DE COMMERCE.

El Código napoleónico mostró una franca desconfianza hacia las sociedades anónimas[7]. La sociedad no podía constituirse sin autorización real ("*ne peut exister qu'avec l'autorisation du roi, et avec son approbation pour l'acte qui la constitue …"*) [art. 37] y estaba inexcusablemente sujeta a forma pública ("*[l]es sociétés anonymes ne peuvent être formées que par des actes publics"*) [art. 40].

El *Code* regulaba *des divers sociétés et leurs règles* en la sección I, del Título II del Libro I, en los arts. 18 y ss. Al igual que luego hiciera el Código de Sáinz de Andino, solo reconocía —art. 19— tres especies de sociedades comerciales, la sociedad en nombre colectivo, la sociedad en comandita y la anónima.[8] El *Code*

[5] GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Nuevos hechos…,* p. 17.

[6] *Op. cit*., p. 20.

[7] Al decir de PARDESSUS, J-M. (*Cours de Droit Commercial,* T. IV, 3ª edit., Paris, 1825, pág. 135): *"On voit, par ce que nous venons d'indiquer sur la responsabilité limitée de tous les membres d'une société anonyme, que ces établissements pourroient avor de fácheux resultats pour les créanciers, soit par la fraude ou l'imprudence qui auroit présidé à leur organisation, soit par les suites d'une mauvaise gestión. Par ce motif, dans presque tous les pays, on ne permet de former des sociétés de cette espèce, qu'avec une autorisation du pouvoir législatif, ou au moins du gouvernement. Cette dèrniere suffit dans l'état actuel de la législation française."*

[8] Como tipo aparte ["*[i]ndependamment des trois espèces de sociétés ci-dessous (…)", cfr.* art. 47], el *Code* preveía las *associations commerciales en participation,* para una o varias operaciones comerciales ("*relatives à un ou plusieurs opérations de commerce*"), regidas en cuanto al objeto, forma,

definía la colectiva y la comanditaria, no así la anónima, de la que se conformaba con ir desgranando sus rasgos esenciales:

i. No existe bajo un nombre social *("n'existe point sous un nom social"*) ni es designada por el nombre de alguno de sus asociados ("*elle n'est designée par le nom d'aucun des associés"*) [art. 29], sino por la designación del objeto de su empresa ("*qualifiée para la designation de l'objet de son entreprise")* [art. 30][9];

ii. Está administrada por mandatarios temporales, revocables, socios o no, asalariados o gratuitos (*[e]lle est administrée par des mandataires à temps revocables, associés ou non associés, salariés ou gratuits.")* [art. 31];

iii. Los administradores no responden más que de la ejecución del mandato recibido y no contraen, a causa de su gestión, ninguna obligación personal ni solidaria relativa a los negocios de la sociedad *("Les administrateurs ne sont responsables que de l'éxecution du mandat qu'ils ont reçu. Ils ne contractent, à raison de leur gestión, aucune obligation personnelle ni solidaire relativement aux engagements de la société")* [art. 32].

iv. Los socios solo quedan sujetos a la pérdida de su interés en la sociedad *("Les associés ne sont passibles que à la parte de du montant de leur intérêt dans la société")* [art. 33];

---

proporción de interés y condiciones a lo convenido entre los partícipes ("*elles on lieu pour les objets, dans les formes, avec le proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre les participants")* [art. 48]. Ajenas a las formalidades prescritas para las otras sociedades ("*ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés"*) [art. 50], su existencia podía ser constatada por la presentación de los libros, la correspondencia o la prueba testifical, si era admitida por el tribunal ("*peuvent être constatées par la représentation des libres, de correspondance, ou par la preuve testimoniale si le tribunal juge qu'elle peu être admise")* [art. 49].

[9] El art. 276 del Código español de 1829 se inspiró claramente en el derecho codificado francés: *"Las compañías anónimas no tienen razón social, ni se designan por los nombres de sus socios, sino por el objeto ú objetos para que se hubiesen formado: su establecimiento se ha de hacer en la forma que prescribe el art. 293."*

v. El capital se divide en acciones de igual valor *("Le capital de la société anonyme se divise en actions même en coupons d'action d'une valeur égale")* [art. 34], documentables en títulos al portador —en cuyo caso la cesión se opera por la tradición del título *("[l]'action peut être établie sous la forme d'un titre al porteur. Dans ce cas la cession s'opère par la tradition du titre")* [art. 35]— o por medio de una inscripción en los registros de la sociedad, operando entonces la transmisión por una declaración firmada inscrita en los mismos registros *([l]a propiété des actions peut ètre établie par une inscription sur les registres de la société. Dans ce cas la cession s'opère par un déclaration de transfert inscrite sur les registres, et signée de celui que fait la transport ou d'un fondé de pouvoir")* [art. 36].

El *Code* no dedicaba un solo precepto a la junta. Se limitaba a regular en la sección II las disputas entre asociados, sometidas al juicio de árbitros *("[t]oute contestation entre associés, et pour raison de la société, será jugée par des arbitres")* [art. 51].

Fuera de la letra escrita del Código, sin embargo, se desenvolvía una práctica societaria más rica, oculta en los estatutos. PARDESSUS[10] reseñaba que generalmente los socios eran llamados, en épocas periódicas o en determinadas circunstancias previstas por los estatutos, a deliberar sobre el interés común o a recibir las cuentas y examinar la gestión de los administradores. No obstante, era frecuente la limitación estatutaria del derecho de voto a la propiedad de un determinado número de acciones, o, incluso, su exclusión para los adquirentes posteriores; en este caso, precisa el ilustre comentarista, la única vía que restaría a esos socios sería atacar las deliberaciones por fraude a sus derechos[11].

[10] PARDESSUS, J.M., *op. cit.,* p. 143.

[11] *"Dans la règle, tout associé a voix délibérative, mais des conventions que limiteraient ce droit, et l'interdiraient à quelques uns, n'auraient rien de contraire aux principes. Ainsi, lorsqu'une société a été formée par plusieurs personnes qui ont divisé leurs parts en actions, afin d'en pouvoir céder quelques unes, ces personnes peuvent stipuler que le droit de délibérer sur les intérêts communs leur appartiendra exclusivement, que les cessionaires d'actions n'auront même pas le droit d'être présens, ou de prendre part, avec voix délibérative, aux assamblées, ou que ces cessionaires n'en jouiront que lorsqu'ils auront*

3. EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1829.

Nuestro primer Código tiene una innegable inspiración en el *Code* de 1807, pero se separa abiertamente de su modelo francés al liberar la constitución de la sociedad anónima de la autorización administrativa, derivándola a los Tribunales de Comercio.

Frente a la rigidez francesa, destaca RUBIO[12], Sáinz de Andino mantuvo resueltamente en el Código de 1829 el principio de libertad, disponiendo en el art. 293 que *"[e]s condición particular de las compañías anónimas que las escrituras de su establecimiento y todos los reglamentos que han de regir para su administración y manejo directivo y económico, se han de sujetar al examen del tribunal de comercio[13] del territorio en que se establezca; y sin su aprobación no podrán llevarse a efecto".* Solo cuando las compañías hubieren de gozar de algún privilegio real para su fomento, se someterían sus reglamentos a la soberana aprobación (art. 294).

Las razones de hacer recaer tal competencia en un órgano jurisdiccional[14] y no en el rey o el gobierno o, como habría sido más propio, en el Registro Público de Comercio que el Código instauró en sus arts. 22 a 31, las explica el propio autor en el debate ante el Senado del Anteproyecto de la Ley de Sociedades de 1848: la necesidad de estimular el tráfico mercantil, en tal estado de postración y languidez

---

tant d'actions, ou lorsqu'ils auront été agrées par ceux des associées à qui appartient le droit de délibérer (…) La seule voie qui resterait à ces associées serait d'attaquer, pou fraude commise à leur égard, les délibérations contre les quelles ils pourraient faire cette preuve; car il ne peut jamais être permis à personne de commettre une fraude." (*Op. cit.* pp. 142 y 143).

[12] RUBIO, J., *Sainz de Andino y la codificación mercantil*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1950, p. 158.

[13] Los Tribunales de Comercio conocían en primera instancia de las causas y negocios mercantiles (art. 1178) y se componían de *"un prior, dos cónsules y dos sustitutos de cónsules, todos comerciantes de por mayor, matriculados, que tengan las circunstancias prescritas por las leyes".* Estos cargos, honoríficos, gratuitos (art. 1193) y no excusables (art. 1194), se acompañaban de un consultor letrado, un escribano y dependientes de justicia (art. 1195).

[14] A pesar de que el art. 1204 disponía que los Tribunales de Comercio *"se ceñirán á las atribuciones judiciales que les están declaradas en este Código, y no ejercerán funciones administrativas de especie alguna"*, Sáinz de Andino decidió encomendarles la función de control fundacional y estatutario.

tras la pérdida de las colonias americanas, que bien podía decirse que "el espíritu mercantil estaba muerto entre nosotros"[15].

Ese espíritu de libertad que impregnó en nuestro país las primeras décadas del derecho de sociedades codificado se tradujo en una ordenación muy primaria de la vida societaria, que dejó a la voluntad de los constituyentes sus aspectos capitales. Por ello, las referencias a la junta son muy escasas, abandonando a la escritura social y a los reglamentos la organización interna, lo que hará decir a GIRÓN TENA[16] que en el Código de 1829 el principio de soberanía de la Junta General y, en general, el principio corporativo mayoritario no aparecen.

---

[15] *"¿Y por qué en el Código de comercio no se reservó al Poder Real la autorización que para su creación deberían impetrar las Sociedades anónimas y se concedió esta facultad a los Tribunales de comercio? Este cargo se acaba de hacer, aunque ligeramente, y yo tengo motivos especiales para empeñarme en resolverlo, demostrando la conveniencia de aquella disposición y las razones en que se fundó el legislador para otorgar en la creación de las Sociedades anónimas una latitud [*rectius, *laxitud] que no estaba en armonía con los principios que he sentado, ni con los ejemplos de la legislación extranjera, de que también he hecho referencia.*

Cuando se formó el Código de comercio vigente se encontraba nuestro tráfico mercantil en una postración y languidez lamentables: sus vías ordinaria que anteriormente eran las colonias americanas, habían desaparecido, y no se hacía más tráfico que el de surtir nuestro propios mercados para el consumo interior de la Península y exportar la parte sobrante de nuestros productos, que los tratados de comercio, poco favorables por cierto a nuestros intereses, nos permitían llevar a puertos extranjeros. El espíritu mercantil podía decirse con razón que estaba muerto entre nosotros, sucediendo otro tanto con el industrial; y de aquí la necesidad de adoptar cuantos medios pudieran contribuir a despertar en los españoles la afición las grandes empresas mercantiles e industriales, que rápidamente se formaban en otros países, y a estimular a los capitalistas extranjeros, y con especialidad a los americanos, que habían trasportado sus capitales a varias plazas de Europa, para que se interesasen en las que pudieran formarse en España, donde por otra parte se les podían presentar mayores ventajas que en ningún otro país. Añadíase también la consideración de que por la situación política de la Monarquía en aquella época, y los trastornos que recientemente la habían conmovido, respiraban algunos actos de su Gobierno cierta intolerancia que tenían intimidados los ánimos, alejándolos de toda operación en que hubiese de intervenir directamente la acción del Poder Supremo, y por eso se creyó que inhibiéndose éste completamente de toda participación en la formación de las Sociedades anónimas, se disiparían aquellos temores y podrían éstas fomentarse concurriendo a ellas propios y extraños con toda confianza y seguridad.

Tales fueron, señores, los motivos que movieron al legislador de nuestro derecho comercial para haber abdicado en los Tribunales de Comercio la facultad que le competía reservarse en el establecimiento de las Sociedades anónimas; pero no por esto pudo ser su mente de que estos Tribunales prescindieran en el examen de los estatutos que se presentaran a su aprobación, de los principios legales y de las reglas económicas que debían servirles de norma." Diario de Sesiones de las Cortes, Senado, sesión de 23 de diciembre de 1847, núm. 19, p. 281.

[16] GIRÓN TENA, J., "Las sociedades mercantiles en el Código de Comercio", *Centenario del Código de Comercio*, AA. VV., Vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, pp. 186 y 190.

Con ser eso cierto, el principio mayoritario se adivina. El Código dedica a las "compañías de comercio" el Título II del Libro Segundo. Sáinz de Andino recoge en el art. 265 la tricotomía del *Code* francés de 1807, señalando que *"[p]uede contraerse la compañía de comercio:*

> *1º. En nombre colectivo bajo pactos comunes á todos los socios que participen en la proporción que hayan establecido, de los mismos derechos y obligaciones, y ésta se conoce con el nombre de compañía regular colectiva.*
>
> *2º. Prestando una ó varias personas los fondos para estar á las resultas de las operaciones sociales, bajo la direccion esclusiva de otros socios que los manejen en su nombre particular: esta se titula compañía en comandita.*
>
> *3º. Creándose un fondo por acciones determinadas para girarlo sobre uno ó muchos objetos que den nombre á la empresa social; cuyo manejo se encargue á mandatarios ó administradores amovibles á voluntad de los sócios, y esta compañía es la que lleva el nombre de anónima."*

Esta alusión a la remoción de los administradores "a voluntad de los socios" es la primera —e indirecta— alusión a la junta como órgano soberano.

La única referencia expresa a la junta la hallamos en sede de "término y liquidación de las compañías de comercio" (Sección tercera); el art. 338, para el caso de que algún socio exigiere el nombramiento de liquidadores distintos de aquellos que hubieren venido ejerciendo la administración, disponía que *"se celebrará sin dilación junta de todos sus individuos convocando a ella á los ausentes con tiempo suficiente para que puedan concurrir por sí, ó por legítimo apoderado";* y el art. 343 concedía la verificación de la división del haber social a los liquidadores *"ó a la junta de socios, que cualquiera de ellos podrá exigir que se celebre para este efecto"*.

La Sección segunda regulaba "las obligaciones mútuas entre los socios, y modo de resolver sus diferencias", principiando por la proclamación (art. 299) de que *"[e]l régimen de las sociedades mercantiles se ajustará á los pactos convenidos en*

la escritura del contrato, y en cuanto por ella no se haya prescrito y determinado á las disposiciones siguientes".

Se atisban, empero, los primeros esbozos del derecho de información, limitando a los accionistas el examen e investigación de la administración social a *"las épocas y bajo la forma que prescriben los contratos y reglamentos de la compañía"* (art. 309); esta declaración se complementaba con una prohibición, aplicable a toda especie de sociedad mercantil, de rehusar a los socios *"el examen de todos los documentos comprobantes de los balances que se formen, para manifestar el estado de la administración social"* (art. 310, pár. 1º); en las sociedades por acciones se habilitaba la derogación particular de esa regla por pacto en el contrato social o disposición de sus reglamentos aprobados que *"determinen el modo particular de hacer este examen, sujetando á su resultado la masa general de accionistas".*

En el imperativo contenido de la escritura social se hallaba *"la sumisión á juicio de árbitros en caso de diferencias entre los socios, espresándose el modo de nombrarlos".* El Código (art. 323), en efecto, sujetaba toda diferencia entre los socios a la decisión de jueces árbitros *"háyase ó no estipulado así en el contrato de sociedad",* cuyo nombramiento se dejaba a la voluntad de "*las partes interesadas",* y si estas no lo hicieren en el término prefijado en la escritura y, en su defecto, en el que les señalare el tribunal que conozca de las causas mercantiles en aquel territorio, *"se hará de oficio por la autoridad judicial en las personas que á su juicio sean peritas e imparciales para entender en el negocio que se dispute".*

4. LA LEY Y EL REGLAMENTO DE 1848.

A la libertad de constitución del Código de 1829 siguió la anarquía. El control de los Tribunales de Comercio devino meramente formal: *la autorización de los Tribunales de comercio no era más que una mera fórmula, ni podía ser otra cosa*[17]*,*

[17] Es sumamente expresiva la opinión de MARTÍNEZ ALMAGRO: *"La Comisión conocerá muy bien que nada hay más lejano de las atribuciones de un Tribunal de comercio, cuyo instituto es administrar justicia en negocios mercantiles, que el de ejercer las funciones tutelares que al Gobierno corresponden*

siendo, como eran, órganos judiciales y no administrativos; la confianza depositada en ellos se vio defraudada, al decir del propio Sáinz de Andino[18], por su inobservancia, en el examen de los estatutos de las sociedades anónimas, de los principios legales y de las reglas económicas que debían servirles de norma, y de la ligereza con que, prescindiéndose abiertamente de ellas, se hubieran aprobado los estatutos de muchas sociedades con objetos fantásticos, ilusorios y capitales ficticios que servían de cebo al pequeño capital, convirtiendo el derecho de asociación en instrumento deplorable de agios ruinosos.

El clima económico favorable existente en España en los primeros años de la década de 1840[19] avivó el ánimo especulativo. Al igual que había sucedido en Francia en la década de 1830 a través de la comanditaria por acciones[20], sujeta a

en la organización de las sociedades anónimas. Por consecuencia, en general la autorización de los Tribunales de comercio no era más que una mera fórmula, ni podía ser otra cosa. Y en esto no quiero hacerles ninguna inculpación, porque estando erigidos para administrar justicia, no podían entrar en puntos meramente administrativos. ¿Y qué resultó? Que la anarquía vino en esta parte a reemplazar la libertad concedida al principio de asociación, y hemos visto los desmanes y escándalos que tan justamente se han lamentado en la constitución de muchas sociedades anónimas." Diario de las Sesiones de Cortes, Congreso, sesión de 20 de abril de 1847, núm 79, pp. 1434 y 1435.

[18] Diario de las Sesiones de Cortes, Senado, sesión de 23 de diciembre de 1847, núm. 19, pp. 282 y 283.

[19] Narra ANSÓN PEIRONCELY, R., *La Ley y el Reglamento de 1848 sobre compañías mercantiles por acciones*, tesis doctoral disponible en E-prints Complutense, Madrid, 2014, p. 85, que *"[e]n términos generales, los primeros años de la década de 1840 fueron tiempos de recuperación económica en España. Las guerras Carlistas precedentes habían ocasionado una crisis financiera y económica, de la que, poco a poco, se fue recuperando el país. Al existir más recursos en circulación, muchas personas y familias trataron de enriquecerse con las nuevas oportunidades que se ofrecían, fundamentalmente a través de la deuda pública y de las grandes empresas. También se dejó sentir la influencia de familias adineradas extranjeras. Todo ello produjo una generalización del espíritu inversor entre los ciudadanos corrientes que fomentó el deseo de ganar dinero sin tener suficientes conocimientos en la materia".*

[20] La sujeción de las anónimas al *octroi* real llevó al pequeño capital a refugiarse en las sociedades comanditarias. La *Expos de motifs du Loi relative aux sociétés en commandite par actions* de 17 de julio de 1856 explicaba la atracción que esta forma societaria ejercía sobre el capital, pues reunía a la vez la mayoría de las ventajas de la anónima *("sans lenteurs, sans formalités, sans responsabilité…")* y casi todas las de la sociedad en nombre colectivo. Ello otorgó a la sociedad comanditaria por acciones un impulso del que la exposición reconoce que no habría más que felicitarse si hubiera estado siempre acompañado de prudencia, moderación y lealtad; desgraciadamente —apunta— los accionistas se dejaron seducir por las más locas esperanzas; la mala fe les hizo creer en beneficios imposibles, en garantías de crédito y moralidad, absorbiendo el capital nutrido por los comanditarios en interés de los fundadores, mediante la exageración del valor de su aportación, permitiéndoles obtener ventajas ilícitas enteramente independientes del éxito de las operaciones sociales.

A los abusos cometidos en Francia al cómodo abrigo de las comanditarias puso fin la *Loi relative aux sociétés en commandite par actions,* de 17 de julio de 1856. En el Informe elaborado por la Comisión encargada de examinar el proyecto de ley se daba cuenta de un dato suficientemente elocuente: en

menos rigores formales, pequeños y grandes capitales se vieron seducidos en España por la anónima, lo que desembocó en la Real Orden de 9 de febrero de 1847[21] y el Real Decreto de 15 de abril de 1847[22], que arrancaron de los Tribunales de

un solo año (1 de julio de 1854 a 30 de junio de 1855), en Paris, se habían constituido tantas comanditarias por acciones como anónimas en toda la historia de Francia; y su capital absorbía la mitad de todas las anónimas existentes. Ese *rapport* puede consultarse en RIVIÈRE, H.F., *Explication de la Loi du 17 juillet 1856, relative aux sociétés en commandite par actions,* Paris, 1856.

La *fièvre des commandites* fue combatida con un *plan de refroidissment* (DOUGUI, N., "Les origines de la libération des sociétés de capitaux à responsabilité limitée, 1856-1863", Revue d´histoire moderne et contemporaine, T. 28, nº 2, abril-juin 1981, pp. 268 a 292.). Según explica la exposición de motivos del proyecto de ley, entre las opciones de proscribir la comanditaria (que fue el primer impulso, a través del fracasado Proyecto de 1838) o someterla a la autorización del gobierno, el legislador, reconociendo sus servicios al mundo industrial y su profundo enraizamiento en sus costumbres, optó por medios más moderados (*"supprimer l'usage pour empêcher l'abuse est un procédé violent"),* limitándose a establecer una serie de reglas y restricciones que permitieran reducir a la impotencia el fraude y la mala fe. A partir de la aplicación de la Ley de 1856 la constitución de comanditaria por acciones baja de forma progresiva. A las nuevas rigideces se unen dos acontecimientos que serán el germen del nacimiento de sociedad limitada en la Ley de 1863; por una ley de 30 de mayo de 1857 se permite a las sociedades anónimas belgas ejercer libremente su actividad en Francia, lo que lleva a los capitalistas franceses a constituir sociedades en el país vecino, que seguía las prescripciones del Código de napoleónico, para luego solicitar su rehabilitación en Francia, obviando de esta forma las restricciones de la Ley de 1756; y el 30 de abril de 1862 se firma un tratado con Inglaterra, que extiende ese tratamiento a las *joint stock companies limited,* lo que derivó en una afluencia masiva de capital francés a las plazas de Dover y Londres para fundar ese tipo de sociedades y luego operar en Francia con *"véritables sociétés anonymes qui n'avaient d'anglais que le nom"* (DOUGUI, N., *op. cit.,* p. 285, n. 70). Este proceso concluye con el reconocimiento de una *société anonyme libre* en la Ley de sociedades de responsabilidad limitada de 1863, hasta el final triunfo del principio de libertad en la Ley de 1867.

[21] La Real Orden, reconociendo que el espíritu de asociación y de empresa, así como es *"un germen fecundo de prosperidad pública cuando las leyes regularizan su acción y le facilitan los medios de desarrollarse, puede producir también muy graves daños si abandonado á sí mismo y sin condiciones, ninguna traba ha de encontrar el interés individual en los medios de realizar sus especulaciones".* Por ello, con el fin de impedir los riesgos que llevan consigo y la buena fe de los que, con más celo que prudencia, confían su provenir y su fortuna a especulaciones comerciales e industriales no bien conocidas y calculadas, y constatado que la garantía de legalidad que había de suponer la aprobación de las escrituras y reglamentos por los tribunales de comercio no ha sido bastante para prevenir estos males, *"es preciso que sean con más especialidad determinadas las circunstancias de la aprobación que se exige, y que se dicten al efecto las reglas y condiciones que la experiencia ha hecho necesarias conciliándolas con el espíritu y letra del Código de Comercio. Pero como esta resolución que ha de modificar una ley vigente debe llevar necesariamente el carácter de tal, y como por otra parte el abuso que ya se hace de la facultad de asociarse no consienta dilación en el remedio, S.M. la Reina (Q.D.G.) se ha servido resolver que interinamente y hasta tanto que las Córtes aprueben un proyecto de ley sobre sociedades anónimas, suspenda ese tribunal de comercio el conceder su autorización para la organización de ninguna de ellas (…)".*

[22] En el preámbulo, el Ministro de Comercio, Instrucción y Obras públicas, Nicomedes Pastor Díaz, expone a la Reina que *"[l]a Real Orden de 9 de Febrero último prohibiendo que por los tribunales de comercio se autorice el establecimiento de sociedades anónimas ínterin no se apruebe por las Córtes una ley sobre el particular, ha creado un estado de cosas, que aunque interino, no puede sostenerse por más tiempo. Era sin duda muy urgente impedir los abusos que á la sombra de la libertad de asociarse se cometían, y era acaso conveniente también impedir por un tiempo breve la formación de sociedades anónimas, como medio de que el público avisado por esta medida fuese más cauto en tomar parte en empresas que tal remedio provocaban. Pero semejante estado no puede prolongarse, Señora, sin causar al país el grave daño de que se apague el naciente espíritu de asociación tan necesario para el desarrollo*

Comercio la facultad de aprobación de los pactos sociales sujetándola al control Real[23].

En los debates parlamentarios que precedieron a la Ley de 1848 son visibles el mal —el agiotaje— y sus causas: la proliferación de acciones al portador, los sueños de fortuna bajo objetos sociales alucinadores[24], la fatal atracción que sobre las capas bajas de la población producía la presencia visible en las sociedades de nobles y personas de respeto[25] o una regulación bursátil aún incipiente que favorecía las operaciones a plazo de acciones, convirtiendo la bolsa *"en teatro de operaciones fraudulentas y en un abismo que se tragaba los patrimonios legítimamente adquiridos por el trabajo y la inteligencia"*[26].

La Ley sobre compañías mercantiles por acciones de 28 de enero de 1848 y —muy fundamentalmente— su reglamento de ejecución de 17 de febrero de ese mismo año, aunque continuadores del espíritu restrictivo de la legislación urgente de 1846, supusieron un avance en el reconocimiento legal de las facultades de la junta.

---

de la riqueza pública. Si nuestra legislación mercantil dejó tan suelto el espíritu de asociación, que puede degenerar en un abuso reprensible, necesario es poner correctivo, pero no tal que atenúe las ventajas que las compañías anónimas de buena fe pueden producir al país".

[23] El artículo 1 de la Ley sanciona que *"[n]o se podrá constituir ninguna compañía mercantil, cuyo capital en todo ó en parte, se divida en acciones, sino en virtud de una ley ó de un Real decreto."*

[24] El Ministro Nicomedes Pastor Díaz recalcaba *"la necesidad de moralizar las sociedades, la necesidad de evitar el escandaloso juego que a su sombra se hacía, la necesidad de evitar las defraudaciones que se cometían a veces por hombres respetables, a veces por objetos alucinadores, era sin embargo una consecuencia natural de la anarquía en que estábamos por la falta de leyes que había habido anteriormente."* Diario de Sesiones de Cortes, Congreso, sesión de 20 de abril de 1847, núm 79, p. 1441.

[25] "*Fáciles son de concebir estos abusos. Anunciándose la formación de compañía anónima bajo el poderoso atractivo de destinarse a especulaciones ventajosas, y escudadas con nombres respetables, y de crédito conocido, que se ponen al frente de su administración, los grandes y pequeños capitalistas concurren a la porfía a inscribirse en sus registros, y entregan con ciega confianza sus capitales, sin cuidarse las más veces de la parte que se les reserva en la inspección de su manejo."* Sáinz de Andino, Diario de Sesiones de Cortes, Senado, sesión de 22 de diciembre de 1847, núm 18, p. 280.

[26] *"[L]a clave de todos los males, señores, se encuentra en el fatal espíritu de agiotaje que predomina en las relaciones comerciales de algún tiempo a esta parte; espíritu que se alimenta de hacer grandes fortunas en poco tiempo y con menos trabajo; espíritu que trastornó la legalidad de las operaciones de la Bolsa, convirtiéndola en teatro de operaciones fraudulentas, y en un abismo que se tragaba los patrimonios legítimamente adquiridos por el trabajo y la inteligencia."* Sáinz de Andino, Diario de Sesiones de Cortes, Senado, sesión de 22 de diciembre de 1847, núm 18, p. 282.

La Ley tomó para sí los aspectos de corte administrativo y sancionador, derivando al adjunto reglamento de ejecución el genuino contenido sustantivo. Sin duda por tal motivo, en sus apenas veintiún preceptos, tan solo menciona la junta general de socios[27] una vez, en el art. 18, a fin de disponer que las compañías existentes sin autorización Real debían solicitarla, a cuyo fin dentro de los cincuenta días siguientes a la publicación de la ley en la Gaceta de Madrid los gerentes o directores debían convocar a junta general de accionistas para que estos resolvieran si debía pedirse el Real refrendo u optar por la liquidación (art. 39 del reglamento).

El Reglamento vino a colmar los vacíos del viejo y el nuevo derecho. Las previsiones del Código de 1829 quedaban derogadas en cuanto fueran contrarias a la ley (art. 21). Y el voluntario abstencionismo de la Ley quedaba suficientemente compensado con sus cuarenta y cuatro artículos, en los que el avance en la disciplina de la junta general es muy notorio, si bien en materia de impugnación de acuerdos el silencio seguía siendo elocuente.

En lo que aquí nos interesa, la escritura de fundación (art. 1º) habría de contener, necesariamente:

> "11. las facultades que se reserven á la junta general de accionistas, y época de su convocación, no pudiendo menos de verificarse una vez cada año";
> (…)
> 14. Las épocas en que hayan de formarse y presentarse los inventarios y balances de la compañía, no pudiendo dejar de verificarse en cada año, como lo previenen los artículos 36 y 37 del Código de Comercio, y las formalidades con que hayan de revisarse y aprobarse por la junta de accionistas;
>
> 15. La forma y tiempo en que haya de acordarse la distribución de dividendos por la junta general de accionistas, con sujeción á lo que sobre ello se previene en este reglamento."

El art. 34 encomendaba a la junta el reconocimiento y aprobación del balance general de situación y competían también a la junta *"los dividendos de beneficios repartibles"* (art. 35).

[27] El art. 6 imponía la previa aprobación de los estatutos y reglamentos en *"junta general de suscritores".*

5. EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1885.

Olvidados los abusos y escándalos que propiciaron las reformas de 1848, la Ley de 19 de octubre de 1869 supuso la vuelta al principio de libertad de creación (art. 1º), pudiendo los asociados consignar en la escritura, estatutos o reglamentos los pactos o reglas que estimasen convenientes para su régimen y administración (art. 2º), quedando sujetas *"las cuestiones que se susciten sobre su índole, derechos y deberes de los socios, cumplimiento de estatutos y demás (…) a la competencia exclusiva de los Tribunales"* (art. 10). En su artículo adicional 1º se anunciaba la inmediata revisión del Código de Comercio *"con el objeto de modificarlo en el sentido de la más ámplia libertad de los asociados para constituirse en la forma que tengan más conveniente, y á fin de ponerlo en consonancia con los adelantos de la época."*

El Código de Comercio de 1885 no supuso un franco avance. La exposición de motivos de la Ley de 17 de julio de 1951, sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas, explica que los redactores del Código, obsesionados por un mal entendido concepto de la libertad, creyeron que el mejor modo de respetar la libertad era ausentarse de la regulación de la sociedad anónima, lo que se tradujo en el singular e inexplicable contraste entre nuestro Código de Comercio, con sus veinticuatro artículos dedicados a la sociedad anónima, y el resto de las leyes de los países civilizados, que, siguiendo el ejemplo de la ley francesa de 1867, habían dotado a este tipo social de un amplio sistema de normas legales. Esperar, por ello, que la impugnación de acuerdos sociales se encontrara entre sus previsiones resultaba quimérico.

En el Título Primero del Libro Segundo regulaba el Código las compañías mercantiles, dedicando, dentro de ellas, la sección cuarta a las compañías anónimas; el art. 151 disponía la obligatoria constancia en la escritura social de (i) *"[l]a sumisión al voto de la mayoría de la junta de socios, debidamente convocada y constituida, en los asuntos propios de su deliberación",* (ii) *"[l]os plazos y forma de convocación y celebración de las juntas generales ordinarias de socios, y los casos y el modo de convocar y celebrar las extraordinarias"*, así como (iii) *"[e]l modo de contar*

y constituirse la mayoría, así en las juntas ordinarias como en las extraordinarias, para tomar acuerdo obligatorio".

En el Código de Comercio de 1885 los administradores, concebidos como mandatarios de la sociedad, únicamente respondían frente a ésta. El art. 156 del CCom, en su redacción original, disponía:

> **Art. 156.** "Los administradores de las compañías anónimas son sus mandatarios, y, mientras observen las reglas del mandato, no estarán sujetos a responsabilidad personal ni solidaria por las operaciones sociales, y, si, por la infracción de las Leyes y estatutos de la compañía, ó por la contravención a los acuerdos legítimos de sus juntas generales, irrogaren perjuicios y fueren varios los responsables, cada uno de ellos responderá á prorrata."

En esta final proclama de responsabilidad de los administradores *"por la contravención á los acuerdos legítimos de sus juntas generales"* habrá de asirse la doctrina patria del siglo pasado para iniciar la construcción dogmática de la impugnación de los acuerdos de la junta.

Como embrión del derecho de información, el art. 173 disponía que *"[l]os gerentes o administradores de las compañías mercantiles no podrán negar a los socios el examen de todos los documentos comprobantes de los balances que se formen para manifestar el estado de la administración social",* si bien se les impedía *"examinar la administración social ni hacer investigación alguna respecto a ella, sino en la época y en la forma que prescriban los estatutos"* (art. 158).

5.1. EL INTENTO DE REFORMA DE 1926.

El 4 de septiembre de 1926 se publica en la Gaceta de Madrid el proyecto de reforma del Libro II del Código de Comercio[28], que, a la par que reconocía las sociedades limitadas, introducía algunas mejoras en el régimen de anónimas.

[28] Este proyecto se integraba en una reforma general del Código, publicada en la Gazeta entre 1926 y 1927.

El proyectado art. 6º reconocía como formas societarias, amén de la sociedad colectiva y la comanditaria —simple y por acciones— la anónima (reproduciendo el art. 122.3º del Código), la limitada —*"que existirá siempre que bajo una razón social, acompañada o no de denominación y no enunciada con la adición de colectiva, comanditaria o anónima, se dé a conocer expresamente y de manera inequívoca la limitación de la responsabilidad al capital que los socios aportaron"*— y la de cooperación mercantil.

En la sociedad limitada, las decisiones de los asociados para la marcha administrativa de la compañía debían adoptarlas constituidos en asamblea[29], que debía reunirse una vez al año, *"en la época fijada por los Estatutos o cuando lo crea necesario la Gerencia o un número de asociados que represente más de la mitad del capital social"* (art. 71).

En las anónimas se comenzaba declarando su sujeción *"en su organización y funcionamiento a las reglas que con carácter preceptivo y obligatorio se establecen en los artículos siguientes"* (art. 77). En la escritura de constitución debía constar necesariamente:

> "(…) 5º. El régimen de dirección y administración de la Compañía con expresión de los plazos y forma de convocación de las Juntas generales ordinarias y extraordinarias.
>
> (…) 9º. La sumisión de la Compañía al voto de la mayoría de la Junta en asuntos de su competencia y, en general, al régimen de organización y administración que este Código establece."

Las resoluciones de la compañía que implicaran mutación esencial en el modo de ser social o en el objeto de la empresa, ocasionando su expresa o implícita transformación en otra nueva, exigían acuerdo unánime de los socios y, fuera de este caso, cualquier alteración o modificación en la escritura social o en los estatutos

[29] Salvo que el número de asociados fuera inferior a veinte, en que era bastante el voto por escrito.

debía ser objeto de *"acuerdo solemne de la Junta general de socios, expresamente convocada con carácter extraordinario a tal efecto"* (art. 86).

El art. 88 reconocía al socio, entre otros, el derecho:

> "1º. A intervenir con su voto en la resolución de los asuntos que interesen a la sociedad y estén por ley o por disposición estatutarios reservados a aquélla;
>
> 2º. A examinar la administración social y hacer investigaciones respecto de ella.
>
> (…)"

El ejercicio de este derecho de examen (art. 90) venía limitado a las épocas y formas que prescribieran los estatutos y reglamentos, de modo que fuera de estas no se permitía la investigación de los accionistas en la contabilidad y documentación de la compañía; para garantizar la efectividad de este derecho, los documentos y libros de contabilidad debían ponerse a disposición de los accionistas por los menos ocho días antes de la fecha de reunión de la Junta anual ordinaria, pudiendo valerse del concurso de revisores técnicos.

Mas la verdadera novedad radicaba en el art. 89, que, tras reiterar el principio, ya conocido, de *"sumisión de todo accionista al voto de la mayoría de la Junta de socios legalmente convocada y constituida, y en asuntos legal y estatutariamente propios de su deliberación",* afirmaba que *"[c]ontra toda decisión notoriamente incompetente o adoptada con forma irregular por la Junta general podrá el accionista solicitar el amparo de los Tribunales de Justicia."*

Finalmente, el art. 90 sancionaba con la nulidad todo acuerdo social que ordenara la devolución al accionista de sus aportaciones o le eximiera de realizarlas en la forma y términos previstos en la escritura de constitución.

5.2. ESTADO DE LA JURISPRUDENCIA BAJO LA VIGENCIA DEL CÓDIGO DE 1885.

A pesar del lastre que suponía un bagaje normativo tan escaso, tanto la doctrina como la jurisprudencia encontraron sustento bastante para afirmar la posibilidad de atacar judicialmente la validez de los acuerdos sociales. La acción para impugnar los acuerdos sociales —se decía— ha existido desde siempre y a ella se llegó a través de sucesivas generalizaciones de las declaraciones contenidas en los arts. 151 y 156[30]: de la proclamación de la sumisión al voto de la mayoría en los asuntos propios de la deliberación de la junta podía inferirse[31] que era lícita la no sumisión a los acuerdos que excedieran de su competencia y, generalizada esta declaración, los accionistas tampoco estaban obligados a someterse a los acuerdos no legítimos de la junta.

Interpretando un poco libremente los preceptos, según GARRIGUES, se descubría la posibilidad, tanto para los accionistas como para los administradores, de impugnar de algún modo esos acuerdos ilegítimos. En palabras de URÍA, MENÉNDEZ y MUÑOZ PLANAS[32], *"la soberanía de la junta se ha movido siempre dentro de un sistema de límites y la sumisión al voto de la mayoría nunca fue incondicional y solo podía tener vigencia frente a los acuerdos válidos e inatacables".*

Pero ante el silencio del Código de Comercio, propio de las legislaciones latinas —salvo la italiana— se procedió, por una "exégesis un tanto violenta", a la importación de normas del derecho común de la contratación, aplicando a la nulidad

[30] MEJÍAS GONZÁLEZ, M., "La acción de impugnación de los acuerdos sociales en la Ley de Sociedades Anónimas", Revista General del Derecho, nº 89 y 90, publicado por la misma revista, en forma de separata, Valencia, 1952, p. 2.

[31] GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., "Nulidad e impugnabilidad…", p. 132.

[32] URIA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J.Mª., "Arts. 115 a 122", *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, La Junta General de accionistas, T. V, edit. Civitas, Madrid, 1992, p. 304.

de los acuerdos sociales los preceptos propios de la contractual[33], con los problemas conceptuales ya heredados por nuestro Código Civil del modelo francés.

Así, antes de la vigencia de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 ya es posible encontrar pronunciamientos jurisprudenciales que, o bien resuelven de forma expresa acciones de nulidad o impugnación, o dan la posibilidad por supuesta: STS de 23 de abril de 1929[34] (as. sociedad Unión Cooperativa Popular); STS de 31 de octubre de 1929[35] (as. Asociación de Seguros Mutuos L'Amic del Poble Catalá"); STS de 23 de marzo de 1932[36] (as. Compañía Española de Minas del Riff); STS de 20 de febrero de 1933[37] (as. Sociedad Regular Colectiva Elustondo, Ryan y Compañía); y STS de 24 de abril de 1945[38] (as. Sociedad Anónima de Aprovechamientos Del Tajo).

De los escasos pronunciamientos del Alto Tribunal hasta 1950, apenas pueden entresacarse algunos pasajes de interés.

La STS de 26 de octubre de 1935 señala que, a falta en nuestras leyes de institución alguna de control como los interventores o síndicos, corresponde a la asamblea general de accionistas la fiscalización, para la cual es indispensable *"que los accionistas miembros de la Asamblea puedan examinar los documentos comprobantes de los balances que se forman para manifestar el estado de la*

[33] GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., GONZÁLEZ, J., DE LA PLAZA, M., URÍA, R., RODRÍGUEZ GIMENO, A., PALAO, J.E. y SÁINZ DE BUJANDA, F., *Reforma de la Sociedad Anónima*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1947, p. 43.

[34] Resuelve aquí la Sala, entre otras, una acción de nulidad del nombramiento de los miembros del consejo de administración y de los actos ejecutados por ellos que resultaren lesivos para la sociedad.

[35] Se ejercitaba en la demanda una acción de impugnación de la "expulsión" del socio.

[36] El socio impugnaba el acuerdo por el que no se le reconocía el derecho a la suscripción preferente de acciones.

[37] Frente a una reclamación dineraria dirigida por el liquidador de la sociedad a uno de sus socios, éste opone la nulidad de los acuerdos de liquidación de la sociedad y subsiguiente nombramiento de liquidador.

[38] La Sala desestima la acción reivindicatoria ejercitada por quien dice ser socio, interesando la entrega de los resguardos provisionales que acreditan esa condición, bajo el argumento de que la prosperidad de la reivindicación exigía la previa impugnación del acuerdo social por el que se anulaban dichos resguardos.

administración social, y así lo establece el Código de Comercio en su artículo 173, con la salvedad que en cuanto a época y forma de dicho examen establece el artículo 158 del propio Código." Este derecho de fiscalización, insiste la sentencia de 2 de julio de 1953, comprende tanto la contabilidad como *"los documentos comprobantes de los balances, que, por la relación de éstos con la contabilidad, de la cual son resúmenes (…) son los que demuestran la conformidad de las partidas de cada cuenta con la realidad de la operación expresada por cada una de dichas partidas".*

En el plano del derecho material la jurisprudencia se esforzaba por destacar el carácter obligatorio *erga omnes* de los acuerdos sociales; así, la sentencia de 15 de octubre de 1915 (as. Compañía minera de Mercadal):

> "[L]os Estatutos y Reglamentos de una Compañía anónima mercantil son la ley especial que regula y determina los derechos y obligaciones de todos y cada uno de los accionistas, y en tal concepto son válidos y eficaces respecto á los socios los acuerdos tomados en Junta general extraordinaria, cuando ésta sea precisa por disposición de la ley ó los estatutos (…) acuerdos que, bien o mal tomados (…), eran obligatorios, mientras no fueren anulados para todos los accionistas, incluso los demandados que eran Consejeros ó Administradores de la Compañía, y éstos, al cumplirlos, observando las reglas del mandato, no incurrieron en responsabilidad personal ni solidaria ni aun la nacida de la indemnización de perjuicios, en cuanto no se apartaron de lo resuelto por la Junta general, que sería la responsable (…)".

La sentencia de 30 de octubre de 1918 (as. Nuevo Teatro de Bilbao), invocando la doctrina francesa de las bases esenciales del contrato social, no duda al afirmar que:

> "(…) si respecto a las compañías anónimas mercantiles reside en la mayoría de sus accionistas la facultad de modificar sus estatutos, tanto porque aquéllos han renunciado a sus derechos individuales en pro del interés colectivo como por lo difícil de obtener su conformidad en una entidad compuesta de numerosos asociados, esta potestad no puede ser omnímoda que alcance a quebrantar la esencia de su naturaleza jurídica o las bases fundamentales de su pacto social, porque a ello se oponen los principios generales del derecho y porque de otra suerte podrían hasta legitimarse sus tiranías; y así lo reconoce también nuestro Código de Comercio cuando al establecer en su apartado undécimo de su artículo 151 la sumisión de los socios al voto de la mayoría no lo hace de una manera ilimitada, sino que lo contrae a los asuntos propios de su deliberación."

Igualmente relevantes son los pronunciamientos de la sentencia de 22 de febrero de 1919 (as. Sociedad General Azucarera de España):

> "Que las Compañías anónimas reguladas en nuestro derecho por el art. 151 y siguientes del Código de Comercio y regidas como ley especial por su escritura de constitución, Estatutos o Reglamentos, son entidades con finalidad de aspiraciones comunes a todos los accionistas, cuya representación legal corresponde principalmente a la Junta general que resume todas las facultades de los asociados, siéndoles aplicable, en armonía con su propia naturaleza jurídica, el principio de la sumisión al voto de la mayoría y derivándose necesariamente del mismo, que todos los acuerdos adoptados en Juntas generales debidamente convocadas y constituidas son perfectamente obligatorios, así para los socios que los han consentido como para los disidentes, siempre que dentro de los fines sociales se atienda al desenvolvimiento o regulación de cuanto afecte al interés social, porque de otra suerte seria altamente perturbador que una oposición sistemática pudiera entorpecer la marcha de la Sociedad a pretexto de eludir la responsabilidad del acuerdo colectivo, lo que no es licito en el accionista, que por el hecho de serlo, aceptó voluntariamente el riesgo inherente al negocio, en iguales condiciones que los demás partícipes."

La eterna pugna entre mayoría y minoría se hace visible de nuevo en la sentencia de 31 de diciembre de 1930 (as. Sociedad Cinema-Teatro Buenos Aires de Bilbao):

> "[S]iendo la constitución de cada Sociedad producto del mutuo consentimiento, y debiendo pactarse expresamente en las anónimas la sumisión de los socios al voto de la mayoría de la Junta debidamente constituida, es manifiesto que cada socio debe respetar sus acuerdos, mientras no le priven de ningún derecho sustancial, ni varían el objeto y finalidad de la Sociedad, sin que esto equivalga a que la mayoría de accionistas pueda constituirse en arbitro exclusivo de la Sociedad, ni menos a que minoría díscola y obstruccionista haga imposible la vida social, pues para ambos casos concede medios el derecho con objeto de restablecer la normalidad."

Amén de esos pronunciamientos de corte retórico, es posible hallar aspectos concretos de interés, como la sujeción del impugnante a sus propios actos por dejar de concurrir sin justa causa a la junta (sentencia de 20 de febrero de 1933) o no haber formulado protesta en ella (sentencia de 23 de abril de 1929).

En relación al plazo de prescripción para el ejercicio de la acción, de la sentencia de 23 de marzo de 1932 se deduce, *a sensu contrario*, que la acción de nulidad de un acuerdo social estaba sometida al mismo plazo de ejercicio de las acciones de nulidad contractual:

> "Considerando que la acción ejercitada por el actor Sr. Figueroa, no es de nulidad, encaminada a invalidar el acuerdo social formalizado en escritura pública de 30 de diciembre de 1920, que pueda regirse por idénticas reglas que la nulidad de los contratos, ni puede por razones de analogía, compararse este pleito al del socio que reclama contra la Sociedad después de su separación o exclusión o que pide un pago o dividendo acordado por razón de utilidades o de capital, si no que, como se afirma en la sentencia recurrida, en vista de los autos y de las pruebas aportadas, es la promovida para fijar el alcance e importancia del número sexto de los Estatutos sociales, o sea la acción dimanante de un contrato para pedir su cumplimiento, y esa es una acción personal que, al no tener señalado otro plazo, le es aplicable para la prescripción el término de quince años marcado por el artículo 1.964 del Código civil , que ha sido aplicado rectamente por el Tribunal a quo, sin que, por tanto, hayan sido infringidos por inaplicación el artículo 1.301 del Código civil ni el 947 del Código de Comercio (…)"

En la sentencia de 5 de julio de 1945[39] (as. Industria Metalgráfica S.A.) se recoge, al fin, un supuesto concreto de nulidad, proclamando que *"[e]s nulo todo acuerdo adoptado por la Junta general de accionistas de una Sociedad anónima, cuando se evidencia que aquél fué adoptado por un número de votos inferior al señalado en los Estatutos."*

En definitiva, en las cinco décadas que precedieron a la Ley de 1951, apenas se alumbraron por el Tribunal Supremo una veintena de sentencias en la materia,

[39] La sentencia reconoce que *"[l]a deficiencia del actual ordenamiento jurídico en materia de Sociedades anónimas, y la circunstancia de que sea permitida la constitución de estas Sociedades sin intervención gubernativa ni judicial, y su funcionamiento sin órganos de inspección y vigilancia y con sumisión absoluta al voto de la mayoría de los socios, obliga a los Tribunales de justicia, cuando son requeridos en función de tutela para juzgar del proceder de las Juntas generales, tanto ordinarias como extraordinarias, a concentrar la mayor atención en los problemas que les sean sometidos, para así, lograr que prevalezca la más rigurosa observancia de los Estatutos reguladores de la actividad social".* Y *"[c]omo quiera que el art. 121, en relación con el 151, del Código de Comercio, declara que la escritura social es de obligatoria observancia en las Sociedades anónimas, en todo lo referente a la celebración de las Juntas generales, los preceptos estatutarios son de decisiva importancia para resolver sobre la nulidad de los acuerdos adoptados por la Junta general".*

todas ellas a través del juicio declarativo de mayor cuantía, máximo exponente de un procedimiento civil arcaico, lento y costoso. La minoría rara vez se atrevía a impugnar y cuando lo hacía los tribunales no solían acudir en su auxilio. Las mayorías —denunciaba URÍA[40]— podían actuar así con libertad casi absoluta y hacer uso abusivo de sus poderes. Silente la ley, las infracciones invocadas solo podían ser estatutarias (o, a lo más, de preceptos genéricos del Código de Comercio o del Civil) y, a falta de regulación procesal, las demandas se dirigían contra los socios que conformaban la mayoría y no contra la propia sociedad, que aún no se había "ganado" su legitimación pasiva.

5.3. EL DERECHO COMPARADO COMO GERMEN.

Frente a la pobreza argumental de los tribunales, cautivos de un derecho positivo que nada ofrecía, corresponde a la doctrina de la época el mérito de la construcción dogmática de la impugnación de los acuerdos sociales.

Los tratadistas del siglo XIX apenas dedicaron atención a esta materia. GONZÁLEZ HUEBRA o DEL VISO ni siquiera repararon en ella y MARTÍ DE EIXALÁ[41], tras resaltar que los acuerdos de las juntas son válidos por mayoría si los estatutos o los reglamentos no dispusieren lo contrario, se limitaba a comentar que *"la autoridad de las mismas para tomarlos es omnímoda con tal que con ellos no de viole el contrato de fundación, ni se distraiga el fondo social de su destino, ni se transforme la sociedad, ni se altere lo que es de derecho público ó forma el de un tercero."*

Hubo de esperarse al primer tercio del siglo XX para apreciar un franco avance en la doctrina. Pero esta labor de construcción no se hizo en el vacío, sino sobre el notable cimiento que proporcionaban las enseñanzas del derecho comparado.

---

[40] URÍA GONZÁLEZ, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, GARRIGUES-URÍA, T.I, 2ª edit., Madrid, 1953, p. 622.

[41] MARTÍ DE EIXALÁ, R., *Instituciones de Derecho Mercantil de España*, 8ª ed.., Barcelona, 1879, p. 288.

5.3.1. El derecho francés.

La *Loi sur les sociétés par actions* de 24 de julio de 1867, en su redacción original, no se refería propiamente a la nulidad de los acuerdos, sino a la nulidad de la sociedad por vicios constitutivos[42], si bien al proclamar la responsabilidad solidaria de fundadores y administradores, hacía una imprecisa referencia a la nulidad de los actos y deliberaciones[43].

La Ley de 1 de agosto de 1893 supuso un notable avance, al aclarar que la acción de nulidad tanto podía tener por objeto la constitución misma de la sociedad cuanto los actos y deliberaciones posteriores; pero lo verdaderamente relevante de la reforma es la previsión de que la acción no sería admisible si, antes de la presentación de la demanda, la causa de nulidad ha dejado de existir; y si el vicio era una defectuosa convocatoria, quedaba sanado con una posterior convocatoria regular, a partir de cuya fecha la demanda tampoco podía ser admitida a trámite[44].

---

[42] El art. 41, en sede de anónimas, disponía la nulidad de la sociedad en caso de contravención, en su constitución, de las reglas prescritas en los arts. 22 a 25 ("*Est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés toute société anonyme pour laquelle n'ont pas été observées les dispositions des art. 22, 23 24 et 25 ci-dessus").*

[43] Art. 42. *Lorsque la nullité de la société ou des actes et délibérations a été prononcée, aux termes de l'article précédent, les fondateurs auxquels la nullité est imputable, et les administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue, sont responsables solidairement envers les tiers, sans préjudice des droits des actionnaires.*

[44] El art. 3 modificó el art. 8 relativo a las comanditarias e introdujo en el art. 42 una remisión expresa para las anónimas a dicho precepto. El art. 8 pasó a decir así: *"L'action en nullité de las société ou des actes et délibérations postérieurs à sa constitution n'est plus recevable lorsque, avant l'introduction de la demande, la cause de nullité a cessé d'exister. L'action en responsabilité cesse, pour les faits donc la nullité résultait, cesse également d'être recevable lorsque, avant l'introduction de la demande, la cause de nullité a cesser d'exister, et en outre que trois ans se sont écoulés depuis le jour où la nullité était encourue.*

Si, pour couvrir la nullité, una assemblée générale devait être convoquée, l'action en nullité ne será plus recevable à partir de la date de la convocation régulière de cette asamblée.

Ces actions en nullité contre les actes constitutifs des societés sont prescrites par dix ans.

Cette prescription ne pourra, toutefois, être opposée avant l'expiration de dix années qui souivront la promulgation de la présente loi."

Ya bien entrado el siglo XX, la Ley de 1933 reglamentó el derecho de voto, sancionando en su art. 4 la nulidad de las deliberaciones que contravinieran sus disposiciones.

Al contrario que en España, los tratadistas y la jurisprudencia francesa decimonónicos contribuyeron de forma decisiva a la construcción jurídica de la acción de nulidad de los acuerdos. En apenas diez años desde la entrada en vigor de la Ley de 1867, VAVASSEUR[45] se felicitaba de la *indigesta moles* de *arrêts* que se habían dictado. La recopilación de las más relevantes es elocuente del avanzadísimo estadio del derecho francés frente al español, atrapado aún en las tinieblas del Código de 1885.

Si los administradores o comisarios, por inercia calculada, no convocaban la asamblea ordinaria, llamada a aprobar las cuentas anuales, el juez, a iniciativa individual de un accionista, procedería a suplir aquella omisión, salvo que aún no hubiera transcurrido el plazo fijado en los estatutos para la convocatoria (*Cour Paris*, 16 de julio de 1872). Si la convocatoria no había respetado el plazo o la forma prevista por los estatutos, la asamblea era anulable, salvo ratificación posterior, expresa (*Trib. Comm. Bordeaux*, 25 de enero de 1888) o tácita (*Trib. Comm. Seine*, 2 de noviembre de 1901), siendo válida la convocatoria de una segunda junta para cubrir la irregularidad de la primera (*Cour Paris*, 1 de agosto de 1868[46]); si la convocatoria había sido efectuada por un consejo de administración incompleto, no viciaba los acuerdos si la asamblea se había constituido y deliberado regularmente

[45] VAVASSEUR, A., *Traité des sociétés civiles et commerciales*, T. I, 2ª edit., edit. Marchal, Billard et cie., Paris, 1878, *préface*, III.

[46] En este *arrêt*, relativo a la *Société du Crédit mobilier,* se discutía la validez de dos juntas extraordinarias sucesivas: la primera, porque no se había convocada en la forma prevista en los estatutos para la junta ordinaria ni se había respetado la mayoría estatutaria para esa clase de junta; y la segunda, por haber sido convocada para cubrir la irregularidad de la primera. El Tribunal de Comercio del Sena anula ambas juntas, por los defectos expresados, en la primera, y por estar impedida la junta convalidante de tomar una nueva deliberación en tanto la primera no hubiera deliberado y emitido un voto definitivo. VAVASSEUR, *op. cit.* T. II, p. 540, recoge, sin entrecomillar, los razonamientos de la Corte de París, que, revocando la resolución de instancia, confirma la validez de ambas juntas por los siguientes motivos: *"Que les dispositions statutaires édictées pour les assemblées ordinaires n'étaient pas de plein droit et, sous peine de nullité, aplicables aux assemblées extraordinaires. Que d'ailleurs la seconde assemblée, si elle n'était pas surabondante, auraiet eu pout effet d'émettre un vote régulier; en telle sorte qu'un vertu, soit de l'une soit de l'autre, il se trouvait avoir été pris une délibération inattaquable".*

(*Cass*. 20 de julio de 1887), no así si la convocatoria emanó de personas que no tenían competencia para ello (*Trib. Comm. Seine*, 16 de octubre de 1901); la asistencia del accionista sanaba las irregularidades de la convocatoria e impedía la acción de nulidad (*Trib. Comm. Rennes*, 14 de abril de 1904); la omisión de la presentación de poderes dentro del plazo estatutario no implicaba la nulidad de las deliberaciones, sino tan solo la exclusión de los accionistas afectados (Rennes, 3 de julio de 1912); la omisión de lista de asistentes implicaba la nulidad de la asamblea (*Trib. Comm. Bourgoin*, 21 de mayo de 1898), no así la falta de alguna firma (*Cass*. 20 de febrero de 1888) o su carácter ilegible (*Cour Paris*, 9 de mayo de 1913).

La asistencia de personas que no tenían derecho a intervenir en la junta (por no reunir el número de acciones exigidas por los estatutos), no constituía, por sí sola, causa de nulidad de la junta, si abstracción hecha de las acciones y votos de esos accionistas, subsistía el quorum necesario y una mayoría suficiente a favor de las resoluciones impugnadas (*Cass.* 20 de junio de 1888, 28 de junio de 1899, 4 de julio de 1911, entre otras); la exclusión de socios que tenían derecho de asistencia tampoco comprometía la validez de las deliberaciones si se reunía el *quorum* legal y estatutario y los votos de los excluidos no habrían podido modificar el resultado de la votación (*Trib. Comm. Seine*, 2 de marzo de 1886 y 22 de diciembre de 1902).

Al margen de la ley, era posible incluir en los estatutos, como derecho individual o de minoría, la posibilidad de solicitar la inclusión de determinados asuntos en el orden del día[47] y doctrina y jurisprudencia comenzaban a plantearse si el atesoramiento de ganancias, decidido por la mayoría, no violaría un derecho individual y adquirido a percibir el dividendo resultante del balance, o, por el contrario, sería simple expresión de la competencia de la junta para dotar una reserva suplementaria para hacer frente a ciertas necesidades especiales, lo que, en todo caso, quedaba a la soberana apreciación de los jueces[48].

[47] VAVASSEUR, *op. cit.* T. I, p. 279, juzgaba que *"serait tomber dans l'éxageration que d'admettre un seul associé à faire inscrire ses propositions à l'ordre du jour; le droit des minorités sera suffisamment sauvegardé, même en exigeant que les propositions à inscrire émanent d'un nombre d'associés determiné par les statuts. Dans les sociétés purement industrielles, il pourrait même être convenu que les propositions devraient émaner d'un nombre d'associés tel qu'il réprésentât una fraction déterminée du capital social."*

[48] VAVASSEUR, *op. cit.* T. II, p. 544 y *arrêt Cour de Paris* de 23 de marzo de 1870.

La acción se reconocía a *todo* accionista sin más límite que la reparación del vicio o la prescripción de la acción, cuyo plazo, ante el silencio legal, se fijaba en diez años por aplicación analógica de lo previsto para la acción de nulidad de la sociedad misma[49].

La demanda debía ser dirigida contra la sociedad, representada por el consejo de administración y la sentencia que acordara la nulidad desplegaba los efectos de cosa juzgada incluso frente a los accionistas que no hubieran sido parte en la instancia[50].

5.3.2. El derecho italiano.

El *Codice di Commercio* de Italia de 1865 contenía dos previsiones al respecto. El art. 145[51] obligaba a incluir en la convocatoria de la junta el orden del día, bajo sanción de nulidad del acuerdo (*deliberazione*) que afectara a una materia no expresada. Con carácter más general, el art. 149[52] disponía que los acuerdos de la asamblea general, siempre que se mantuvieran dentro de los límites estatutarios, eran obligatorios para todos los accionistas, aunque no hubieran intervenido en su adopción.

---

[49] THALLER, E.E., *Traité élémentaire de droit comercial,* II, 7ª edit., Rousseau et cie. editeurs, Paris, 1925, p. 453, nº 686 *bis.* HOUPIN, CH. y BOSVIEUX, H., *Traité général theorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, T.II, edit. Recueil Sirey, 5ª edit., Paris, 1925, p. 305, nº 952.

[50] THALLER, E.E., *op. cit*., p. 454 sostenía que *"[l]e jugement qui statue sur la nullité d'un assemblée (…) a* autorité de chose jugée*, même à l'egard des actionnaires qui n'ont point figuré au procès; par suite de la notion de la personnalité juridique de la société, ils y ont tout eté parties. Cela paraît admis si le jugement prononce la nullité (…); mais cela semble moins établi dans la pratique lorsque le jugement la repousse. La logique veut cependant la même solution dans les deux cas (…)."*

[51] Artículo 145: *"Nell'avviso di convocazione dell'assemblea generale si deve pubblicare la nota delle materie da sottoporsi alle sue deliberazioni.*
Qualunque deliberazione presa sopra un oggeto che non sia stato indicato nella detta nota, è nulla".

[52] Artículo 149: *"Le deliberazioni prese dall'assemblea generale entro i limiti dello statuto sociale, sono obbligatorie per tutti gli azionisti anche non intervenuti".*

El *Codice* de 1882, en su art. 163[53], daba un par de pasos más; el primero, para matizar el alcance *erga omnes* del acuerdo, incluyendo a los *dissenzienti*; y, el segundo, y más relevante, para expresar que el socio podía formular oposición a los acuerdos manifiestamente contrarios al acto constitutivo, al estatuto o a la ley, facultando al presidente del tribunal de comercio para, previa audiencia de los administradores, suspender su ejecución.

Mas el verdadero avance tuvo lugar con el Código de 1942, que sustituye la posibilidad de oposición por una verdadera acción de impugnación en los supuestos de violación de la ley o del acto constitutivo y voto del socio conflictuado, siempre que sin su voto no se hubiese reunido la mayoría necesaria[54]. La acción impugnatoria estaba sujeta a un plazo de caducidad de tres meses, a contar desde la deliberación o desde la inscripción, si el acuerdo fuera inscribible. La nulidad no podía tener lugar si el acuerdo impugnado era sustituido por otro adoptado en conformidad con la ley o el acto constitutivo. Si la causa de nulidad era la imposibilidad o ilicitud del objeto, el Código remitía a las normas sobre nulidad contractual[55]. La declaración de nulidad producía efectos frente a todos los socios y obligaba a los administradores a adoptar las previsiones que fueran consecuentes, bajo su propia responsabilidad[56].

---

[53] Artículo 163: *"Le deliberazioni prese dall'assemblea generale entro i limiti dell'atto costitutivo, dello statuto o delle legge, sono obbligatorie per tutti i socii, ancorchè non intervenuti o dissenzienti, salve le disposizione dell'articolo 158* (que reconocía al socio disidente, en determinados supuestos, un derecho de separación).
Alle deliberezioni manifestamente contrarie all'atto costitutivo, allo statuto o alla legge, può essere fatta opposizione da ogni socio, e il presidente del tribunale di comercio, sentiti gli amministratori ed i sindaci, può sospenderne l'esecuzione mediante provvedimento da notificarsi agli amministratori."

[54] Art. 2373. (Conflitto d'interessi). *Il diritto di voto non può essere esercitato dal socio nelle deliberazioni in cui egli ha, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della societa.*
In caso d'inosservanza della disposizione del comma precedente, la deliberazione, qualora possa recare danno alla società, é impugnabile a norma dell'art. 2377 se, senza il voto dei soci che avrebbero dovuto astenersi dalla votazione, non si sarebbe raggiunta la necessaria maggioranza.
Gli amministratori non possono votare nelle deliberazioni riguardanti la loro responsabilitá.
Le azioni per le quali, a norma di questo articolo, non puó essere esercitato il diritto di voto sono computate ai fini della regolare costituzione dell'assemblea.

[55] Art. 2379. (Deliberazioni nulle per impossibilità o illiceità dell'oggetto). *Alle deliberazioni nulle per impossibilità o illiceità dell'oggetto si applicano le disposizioni degli articoli 1421, 1422 e 1423.*

[56] Art. 2377. (Invalidità delle deliberazioni). *Le deliberazioni dell'assemblea, prese in conformità nella legge e dell'atto costitutivo, vincolano tutti i soci, ancorchè non intervenuti o dissenzienti.*

En el orden procesal, la impugnación era conocida por el tribunal del domicilio social; de ser varias las impugnaciones y relativas a un mismo acuerdo, debían tramitarse conjuntamente y ser resueltas en una misma sentencia, que, en todo caso, no afectaría a los derechos de terceros de buena fe que trajeran causa de la ejecución del acuerdo anulado. El tribunal podía solicitar al socio impugnante garantía bastante para responder de los posibles daños y perjuicios que causare a la sociedad y acordar la suspensión de la ejecución del acuerdo, a instancia de parte y previa audiencia de los administradores, si apreciaba causa grave[57].

Como novedad, se extendía el mecanismo impugnatorio a los acuerdos del consejo, si bien con una triple limitación objetiva, ya que solo afectaba a los acuerdos en que el administrador presentara conflicto de interés y solo en la medida en que su voto hubiese resultado decisivo para la conformación de la mayoría y, a mayores, el acuerdo pudiera resultar lesivo para la sociedad. En todo caso quedaban a salvo los derechos adquiridos por terceros de buena fe con base en el acuerdo impugnado[58]. .

Le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dell'atto costitutivo possono essere impugnate dagli amministratori, dai sindaci e dai soci assenti o dissenzienti, e quelle dell'assemblea ordinaria altresi' dai soci con diritto di voto limitato, entro tre mesi dalla data della deliberazione, ovvero, se questa e' soggetta ad iscrizione nel registro delle imprese, entro tre mesi dall'iscrizione.
L'annullamento della deliberazione ha effetto rispetto a tutti i soci ed obbliga gli amministratori a prendere i conseguenti provvedimenti, sotto la propria responsabilità. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione.
L'annullamento della deliberazione non può aver luogo, se la deliberazione impugnata e' sostituita con altra presa in conformita' della legge e dell'atto costitutivo.

[57] Art. 2378. (Procedimento d'impugnazione). *L'impugnazione e' proposta davanti al tribunale del luogo dove la società ha sede.*
Il socio opponente deve depositare in cancelleria almeno un'azione.
Il presidente del tribunale puo' disporre con decreto che il socio opponente presti una idonea garanzia per l'eventuale risarcimento dei danni.
Tutte le impugnazioni relative alla medesima deliberazione devono essere istruite congiuntamente e decise con unica sentenza. La trattazione della causa ha inizio trascorso il termine stabilito nel secondo comma dell'articolo precedente.
Il presidente del tribunale o il giudice istruttore, sentiti gli amministratori e i sindaci, può sospendere, se ricorrono gravi motivi, su richiesta del socio opponente, l'esecuzione della deliberazione impugnata, con decreto motivato da notificarsi agli amministratori.
I dispositivi del decreto di sospensione e della sentenza che decide sull'impugnazione devono essere iscritti, a cura degli amministratori, nel registro delle imprese.

[58] Art. 2391. (Conflitto d'interessi). *L'amministratore, che in una determinata operazione ha, per conto proprio o di terzi, interesse in conflitto con quello della società, deve darne notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale, e deve astenersi dal partecipare alle deliberazioni riguardanti l'operazione stessa.*

5.3.3. El derecho alemán.

En Alemania, la primera regulación sobre la impugnación de acuerdos la hallamos en la Ley de 18 de julio de 1884 de sociedades comanditarias por acciones y sociedades anónimas (*Gesetz, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien un die Aktiengesellschaften*[59]), concretamente en su artículo 190a[60], en sede de comanditarias, pero aplicable a anónimas por remisión del art. 222[61]. Las causas de impugnación se reducían a la contravención a la ley o a los estatutos. Estaban legitimados los presentes que hubieran formulado oposición y los ausentes, siempre que en este último caso la convocatoria (*die Berufung*) o el anuncio del orden del día

In caso d'inosservanza, l'amministratore risponde delle perdite che siano derivate alla societa' dal compimento dell'operazione.
La deliberazione del consiglio, qualora possa recare danno alla società, può, entro tre mesi dalla sua data, essere impugnata dagli amministratori assenti o dissenzienti e dai sindaci se, senza il voto dell'amministratore che doveva astenersi, non si sarebbe raggiunta la maggioranza richiesta. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione.

[59] Reichsgesetzblatt, nº 22, pp. 123 a 170. En adelante, KGaA und AG

[60] Artikel 190a. *Ein Beschluß der Generalversammlung kann wegen Verletzung des Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrages als ungültig im Wege der Klage angefochten weiden. Dieselbe findet nur binnen der Frist von einem Monate statt. Zur Anfechtung befugt ist außer persönlich haftenden Gesellschaftern jeder in der Generalversammlung erschienene Kommanditist, sofern er gegen den Beschluß [139]Widerspruch zum Protokoll erklärt hat, und jeder nicht erschienene Kommanditist, sofern er die Anfechtung darauf gründet, daß die Berufung der Generalversammlung oder die Ankündigung des Gegenstandes der Beschlußfassung nicht gehörig erfolgt war.*
Die Klage ist gegen die persönlich haftenden Gesellschafter, soweit sie nicht selbst klagen, und gegen den Aufsichtsrath zu richten. Zuständig für die Klage ist ausschließlich das Landgericht, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat. Die mündliche Verhandlung erfolgt nicht vor Ablauf der im ersten Absätze bezeichneten Frist. Mehrere Anfechtungsprozesse sind zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden.
Ein klagender Kommanditist hat seine Aktien gerichtlich zu hinterlegen und auf Verlangen der Gesellschaft wegen der ihr drohenden Nachtheile eine nach freiem Ermessen des Gerichts zu bestimmende Sicherheit zu leisten. Das Verlangen ist als prozeßhindernde Einrede geltend zu machen. Wird die Sicherheit binnen der vom Gerichte gestellten Frist nicht geleistet, so ist die Klage auf Antrag für zurückgenommen zu erklären.
Die persönlich haftenden Gesellschafter haben die Erhebung einer jeden Klage sowie den Termin zur mündlichen Verhandlung ohne Verzug in den für die Bekanntmachungen der Gesellschaft bestimmten Blättern zu veröffentlichen.
Soweit durch ein Urtheil rechtskräftig der Beschluß für ungültig erklärt ist, wirkt es auch gegenüber den Kommanditisten, welche nicht Partei sind. Dasselbe ist von den persönlich haftenden Gesellschaftern ohne Verzug zu dem Handelsregister einzureichen. War der Beschluß in dasselbe eingetragen, so ist auch das Urtheil einzutragen und in gleicher Weise wie der Beschluß zu veröffentlichen (Art. 177, 179).

[61] Artikel 222. *Die Vorschriften im Artikel 190a, 190b über die Anfechtung eines Beschlusses der Generalversammlung finden mit der Maßgabe Anwendung, daß an die Stelle der persönlich haftenden Gesellschafter der Vorstand tritt.*

(*oder die Ankündigung des Gegenstandes der Beschlußfassung*) no hubiese tenido lugar debidamente (*nicht gehörig erfolgt war*). El plazo de impugnación era de un mes y el tribunal del domicilio social, a instancia de la parte demandada, podía requerir al socio impugnante que prestara garantía para responder de los posibles daños y perjuicios a la sociedad, de suerte que el incumplimiento de esta obligación implicaba el decaimiento de la acción. La demanda debía dirigirse contra la Dirección y el Consejo de Vigilancia y, de existir varias acciones impugnatorias, se disponía su acumulación para su resolución en una misma sentencia, que, en cualquier caso, surtía efectos frente a todos los socios, aunque no hubieran sido parte en el proceso. Como última barrera de seguridad frente a impugnaciones infundadas, se proclamaba en tal caso la responsabilidad solidaria de los demandantes (art. 190b[62]).

Estas previsiones se trasladaron al Código de Comercio (*Handelsgesetzbuch*, en adelante HGB) de 1897, en vigor desde el 1 de enero de 1900 (§ 271 a 273[63]), con

---

[62] Artikel 190b. *Für einen durch unbegründete Anfechtung des Beschlusses (Art. 190a) der Gesellschaft entstandenen Schaden haften ihr solidarisch die Kläger, welchen bei Erhebung der Klage eine bösliche Handlungsweise zur Last fällt.*

[63] § 271. *Ein Beschluß der Generalversammlung kann wegen Verletzung des Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrags im Wege der Klage angefochten werden.*
Die Klage muß binnen einem Monat erhoben werden.
Zur Anfechtung befugt ist jeder in der Generalversammlung erschienene Aktionär, sofern er gegen den Beschluß Widerspruch zum Protokoll erklärt hat, und jeder nicht erschienene Aktionär, sofern er zu der Generalversammlung unberechtigter Weise nicht zugelassen worden ist oder sofern er die Anfechtung darauf gründet, daß die Berufung der Versammlung oder die Ankündigung des Gegenstandes der Beschlußfassung nicht gehörig erfolgt sei. Eine Anfechtung, die darauf gegründet wird, daß durch den Beschluß Abschreibungen oder Rücklagen über das nach dem Gesetz oder nach dem Gesellschaftsvertrage statthafte Maß hinaus angeordnet seien, ist nur zulässig, wenn die Antheile des Aktionärs oder der Aktionäre, welche die Anfechtungsklage erheben, den zwanzigsten Theil des Grundkapitals erreichen.
Außerdem ist der Vorstand und, sofern der Beschluß eine Maßregel zum Gegenstande hat, durch deren Ausführung sich die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths strafbar oder den Gläubigern der Gesellschaft haftbar machen würden, jedes Mitglied des Vorstandes und des Aufsichtsraths zur Anfechtung befugt.

§. 272. Die Klage ist gegen die Gesellschaft zu richten. Die Gesellschaft wird durch den Vorstand, sofern dieser nicht selbst klagt, und durch den Aufsichtsrath vertreten.
Zuständig für die Klage ist ausschließlich das Landgericht, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat. Die mündliche Verhandlung erfolgt nicht vor dem Ablaufe der im §. 271 Abs. 2 bezeichneten Frist. Mehrere Anfechtungsprozesse sind zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden.

Das Gericht kann auf Verlangen anordnen, daß der Gesellschaft wegen der ihr drohenden Nachtheile von dem klagenden Aktionär Sicherheit zu leisten ist. Art und Höhe der Sicherheit bestimmt das Gericht

algunas novedades de interés. Así, en cuanto a la legitimación activa, se amplió al supuesto de inadmisión indebida del socio a la junta ("…*sofern er zu der Generalversammlung unberechtigter Weise nicht zugelassen worden ist …"),* y en la pasiva se precisó que la demanda debía interponerse contra la sociedad[64]. En el orden procesal, se aclaraba que el tribunal, a su criterio, fijaba el tipo y cuantía de la fianza al impugnante y en orden al incumplimiento remitía a las normas generales del procedimiento civil.

Al margen de ese régimen, la jurisprudencia admitía la aplicación a la junta general de los §§ 138 y 826 BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), relativos a los actos contrarios a las buenas costumbres, así como una acción de nulidad cuando (i) no existía propiamente acuerdo de la junta general —por no presentar la reunión de accionistas en que se tomó los caracteres de órgano de la sociedad— (ii) la sociedad carecía de competencia para el asunto de que se trataba o (iii) por infracción del principio de igualdad de trato entre los accionistas[65]. La acción de nulidad no estaba sujeta a plazo y, a diferencia de la impugnatoria, tenía carácter meramente declarativo.

---

nach freiem Ermessen. Die Vorschriften der Civilprozeßordnung über die Festsetzung einer Frist zur Sicherheitsleistung und über die Folgen der Versäumung der Frist finden Anwendung.
Die Erhebung der Klage und der Termin zur mündlichen Verhandlung sind unverzüglich von dem Vorstand in den Gesellschaftsblättern bekannt zu machen.

§ 273. Soweit der Beschluß durch rechtskräftiges Urtheil für nichtig erklärt ist, wirkt das Urtheil auch für und gegen die Aktionäre, die nicht Partei sind. Das Urtheil ist von dem Vorstand unverzüglich zum Handelsregister einzureichen. War der Beschluß in das Handelsregister eingetragen, so ist auch das Urtheil einzutragen; die Eintragung des Urtheils ist in gleicher Weise wie die des Beschlusses zu veröffentlichen.
Für einen durch unbegründete Anfechtung des Beschlusses der Gesellschaft entstehenden Schaden haften ihr die Kläger, welchen eine bösliche Handlungsweise zur Last fällt, als Gesammtschuldner.

[64] El art. 190a *KGaA und AG*, para las comanditarias por acciones, disponía que la demanda debía dirigirse contra los socios personalmente responsables (siempre que no fueran ellos mismos los demandantes) y contra el Consejo de vigilancia ("*Die Klage ist gegen die persönlich haftenden Gesellschafter, soweit sie nicht selbst klagen, und gegen den Aufsichtsrath zu richten")* y el art. 222, para las anónimas, aclaraba que las alusiones a los socios personalmente responsables debían entenderse referidas a la Dirección *("…daß an die Stelle der persönlich haftenden Gesellschafter der Vorstand tritt").* No obstante, se trataba de un defecto de técnica legislativa; de hecho, en el HGB de 1897, § 272, en su primer párrafo, ya se encargó de matizar este extremo, especificando que "*Die Klage ist gegen die Gesellschaft zu richten. Die Gesellschaft wird durch den Vorstand, sofern dieser nicht selbst klagt, und durch den Aufsichtsrat vertreten".* Y en términos similares se expresa el actual §246 (2) *Aktiengesetz.*

[65] FISCHER, *op. cit*, pp. 269 y 270.

La *AktG* (*Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien*) de 30 de enero de 1937 atrajo para la órbita societaria los casos de nulidad del derecho común (§ 195) y reprodujo, con algunas mejoras técnicas, los preceptos del HGB (§§ 271 a 273), que fragmentó hasta doblar su número (§§ 197 a 202).

Las causas de nulidad de los acuerdos se reducían a cinco, a saber: (i) convocatoria irregular, (ii) falta de protocolización del acuerdo, (iii) acuerdos incompatibles con la naturaleza de la sociedad o que por su contenido lesionen normas dictadas, exclusiva o mayoritariamente, en protección de los acreedores o del interés público, (iv) contrariedad a las buenas costumbres y (v) los previamente anulados por decisión judicial firme por aplicación de las normas de jurisdicción voluntaria.

El § 196[66], "subsanación de la nulidad", disponía que la nulidad de un acuerdo de la junta general que no haya sido protocolizado —o no debidamente— no puede hacerse valer si el acuerdo se ha inscrito en el Registro Mercantil. Y el apartado 2 establecía que si la causa de nulidad era alguna de las previstas en los nº 1, 3 ó 4 del artículo precedente[67], el transcurso del plazo de tres años desde la inscripción en el Registro impedía invocar la nulidad, aunque sin excluir la posibilidad de la cancelación de oficio, aun expirado ese plazo, con arreglo a la ley de jurisdicción voluntaria.

El 197[68] recogía los motivos o causas de impugnación (*Anfechtungsgründe*); con carácter general, la infracción de la ley o los estatutos, aunque también podía

[66] § 196. *Heilung der Nichtigkeit.*
Die Nichtigkeit eines Haupversammlungsbeschlusses, der entgegen § 111 Abs. 1, 2 und 4 nicht oder nicht gehörig beurkundet worden ist, kann nicht mehr geltend gemacht werden, wenn der Beschluß in das Handelsregister eingetragen ist.
Ist ein Haupversammlungsbeschluß nach §195 Nr. 1, 3 oder 4 nichtig, so kann die Nichtigkeit nicht mehr geltend gemacht werden, wenn der Beschluss in das Handelsregister eingetragen worden ist und seitdem drei Jahre verstrichen sind. Eine Löschung des Beschlusses von Amts wegen nach §144 Abs. 2 des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit wird durch den Zeitablauf nicht augeschlossen.

[67] Los números 1, 3 y 4 hacían referencia, respectivamente, a la convocatoria irregular, a los acuerdos incompatibles con la naturaleza de la sociedad o lesivos, por su contenido, de los acreedores o del interés público, y los contrarios a las buenas costumbres.

[68] § 197. *Anfechtungsgründe.*

basarse en el hecho de que un accionista, al ejercer su derecho de voto, intentó deliberadamente obtener ventajas especiales para sí mismo o para un tercero ajeno a la sociedad en detrimento de ésta o de sus accionistas, siempre que la resolución fuese adecuada para tal fin. Y si la Junta General aprobaba los estados financieros anuales no podía prosperar su impugnación basada en una violación de las disposiciones legales sobre su clasificación si la claridad y la transparencia de los mismos solo se veían afectadas de manera insignificante.

5.4. LAS APORTACIONES DE NUESTRA PRIMERA DOCTRINA.

Al modo de la *AktG* de 1937 nuestra doctrina comenzó a distinguir entre acuerdos viciados de nulidad radical y los que adolecen de mera anulabilidad, sin bien la atonía legislativa y la propia confusión —heredada de sede contractual— en torno a los linderos de las diversas categorías de ineficacia, ofrecía gran inseguridad en cuanto a: (i) la subsunción del acuerdo en una u otras, (ii) la legitimación, (iii) los efectos frente a socios y terceros o (iv) el plazo de ejercicio de la acción, inexistente en los acuerdos nulos y que para los anulables oscilaba entre el de cuatro años del art. 1301 CC y el general de quince años de las acciones personales del art. 1964.

GARRIGUES[69], aun partiendo de que la técnica civilística solo con grandes reservas podía ser aplicada a esta materia, se atrevió a trazar las primeras líneas divisorias entre nulidad radical y simple anulabilidad. En cuanto a los *supuestos*, afirmaba que serían radicalmente nulas las deliberaciones que solo tuvieran

(1) Ein Beschluss der Hauptversammlung kann wegen Verletzung des Gesetzes oder der Satzung durch Klage angefochten werden.
(2) Die Anfechtung kann auch darauf gestützt werden, dass ein Aktionär mit der Stimmenrechtsausübung vorsätzlich für sich oder einen Dritten gesellschaftsfremde Sondervorteile zum Schaden des Gesellschaft oder ihrerAktionäre zu erlangen suchte und der Beschluss geeignet ist, diesem Zweck zu dienen. § 101 Abs. 3 gilt sinngemäß.
(3) Stellt die Hauptversammlung den Jahresabschluss fest, so kann eine Anfechtung auf eine Verletzung der Vorschriften über die Gliederung des Jahresabschlusses nicht gestützt werden, wenn Klarheit und Übersichtlichkeit des Jahresabschlusses nur unwesentlich beeinträchtig sind.

[69] GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., "Nulidad e impugnabilidad…", pp. 133 a 136.

apariencia de una junta general y que, por ello, debían ser consideradas inexistentes, como la asamblea convocada por quien no tuviera facultades para ello, por un grupo faccioso de accionistas o fuera del domicilio estatutario; serían también nulos los acuerdos contrarios a las leyes, los adoptados por una junta a la que no hubiera concurrido el *quorum* legal, los que no tuvieran causa lícita (art. 1275 CC en relación con el art. 1261) o los contrarios a las buenas costumbres o al orden público (art. 1255), pues en ninguno de estos supuestos existía un acuerdo legítimo en el sentido del artículo 156 CCom. Serían ineficaces, respecto de determinadas personas, los acuerdos que violaran derechos de terceros (o de los accionistas como terceros), derivándose su nulidad en este caso de la incompetencia de la junta. Por último, serían meramente impugnables todos los demás acuerdos contradictorios a disposiciones estatutarias sin previa reforma de estas por el procedimiento legal.

El acuerdo *nulo* no produciría efecto alguno y no necesitaría impugnación para impedir sus consecuencias, en tanto que el *anulable* generaría efectos como si fuera válido hasta que fuese anulado, mediante acción o excepción.

En cuanto al *titular de la acción*, mientras los acuerdos radicalmente nulos podían ser atacados por cualquier persona, fuese o no accionista, los anulables solo podían ser impugnados por los accionistas (que, asistiendo, hubieran formulado protesta o votado en contra del acuerdo, los ilegítimamente privados del derecho de voto y los no asistentes por falta o defecto de convocatoria) y los administradores (siempre, en nombre de la sociedad, y en el suyo propio solo cuando el acuerdo determinase para ellos alguna responsabilidad).

Finalmente, en cuanto a la *prescripción*, mientras el acuerdo nulo no podía ser sanado en forma alguna, ni por confirmación ni por prescripción, el anulable podía serlo si transcurría inútilmente el plazo de 4 años[70] para ejercitar la acción de

[70] GARRIGUES, *ibídem,* pp. 136 y 137, nota 12, defendía que la STS de 23 de marzo de 1932, cuando aplica el plazo de 15 años del art. 1964 y no el art. 1301 CC o el art. 947 CCom, no estaba sentando la doctrina de que la acción de impugnación prescriba por el transcurso de aquel primer plazo, pues lo allí ejercitado no era una verdadera acción de impugnación, sino una acción de cumplimiento de contrato, en ese caso un pacto estatutario que concedía a los fundadores el derecho preferente a la suscripción de acciones en los aumentos de capital.

impugnación (por analogía del art. 1301 CC) o era confirmado por un nuevo acuerdo, válidamente adoptado (por analogía de los arts. 1309 a 1313).

CAPÍTULO II. LAS PRIMERAS LEYES DE SOCIEDADES.

SUMARIO: 1.- EL ANTEPROYECTO DE LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS DE 1947. 2.- LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS DE 1951. 3.- LA LEY DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA DE 1953.

1. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS DE 1947.

Fracasado el proyecto de 1926, se llevó a cabo lo que GARRIGUES denominó una "reforma ortopédica" del Código de Comercio, merced a un rosario de normas de rango legislativo diverso y objeto tan heterogéneo que no era tarea fácil para el aplicador del derecho hallar la norma adecuada. Se pasó así, a golpe de leyes y ordenanzas fiscales, del *páramo* del Código de Comercio, que intentaba el milagro de regular la sociedad anónima a través de veinticuatro artículos de corte dispositivo, a una *frondosa legislación de circunstancias*[71].

En esta coyuntura se encomienda a la Sección de Reforma del Derecho Privado del Instituto de Estudios Políticos la elaboración de un Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas. La Sección, presidida por GARRIGUES[72], entendía que a los legisladores de 1885 *"les faltó el sentido de comprensión de la Historia y de la realidad económica. Se les olvidó, en una palabra, llenar el hueco que quedó abierto en las leyes de todos los países al suprimir el sistema de la autorización gubernativa*[73] *en la fundación de las sociedades anónimas. Mientras los demás legisladores se apresuraron a sustituir ese sistema por el de las disposiciones normativas, que habían de regular coactivamente la fundación y el funcionamiento de esta clase de sociedades, el legislador español optó por inhibirse, no sólo desde el punto de vista gubernativo, sino desde el punto de vista legal".*

[71] GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *et al., op. cit.,* pp. 9, 11 y 12.

[72] Acompañaban a Garrigues, Jerónimo González, Manuel de la Plaza, Rodrígo Uría, Antonio Rodríguez Gimeno, Juan E. Palao y Fernando Sáinz de Bujanda.

[73] El sistema del *octroi* se abandona en Francia en 1867 y siguen su estela España (1869), Alemania (1870), Bélgica (1873) o Italia (1882).

Se cuestionaba la Sección de Reforma si no había llegado *"la hora de remediar que el ingenuo accionista que entrega confiadamente su dinero no tenga más protección que la que generosamente quieran otorgarle los fundadores de la sociedad al redactar los estatutos*[74]*".* Y a tal fin dieron cuerpo a un Anteproyecto de 173 artículos, de los cuales veintitrés se dedicaban por entero a la junta, regulando sus clases (arts. 50, 51, 53 y 56), la forma de convocarla (arts. 54, 55 y 58), su constitución (art. 52), los derechos de asistencia y voto (art. 60), información (art. 66), la eficacia y publicidad de sus acuerdos (arts. 49 y 67) y su impugnación (arts. 68 a 71).

El derecho de información se modulaba temporal y objetivamente. Podía ejercerse por escrito con anterioridad a la junta o verbalmente durante la misma, si bien circunscrito a los asuntos comprendidos en el orden del día. Dentro de esos límites, los administradores quedaban obligados a proporcionar los informes o aclaraciones solicitados, salvo en los casos en que, a juicio del presidente, la publicidad de los datos perjudicara los intereses sociales.

El Anteproyecto ponía especial énfasis en el balance (arts. 104 a 112). Los administradores quedaban obligados a formular en el plazo máximo de tres meses, contados desde el cierre del ejercicio social, el balance con la cuenta de pérdidas y ganancias, la propuesta de distribución de beneficios y la memoria explicativa.

La contabilidad debía reflejar con claridad y exactitud la situación patrimonial de la sociedad y los beneficios obtenidos o las pérdidas sufridas, de modo que los socios, con su sola lectura, pudieran obtener una representación exacta de la situación económica de la compañía y del curso de sus negocios (art. 104). Para mayor garantía de los accionistas, el Anteproyecto (art. 110) disponía el nombramiento por la junta[75] de unos accionistas censores de cuentas, a quienes

[74] GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE *et al*., *op. cit.*, p. 8.

[75] El art. 110.II disponía que *"[l]os accionistas censores, que no podrán pertenecer al consejo de administración, serán designados en número de dos propietarios y dos suplentes por la junta general en que se aprueben las cuentas del ejercicio anterior y no cesarán en su función hasta el momento en que sean aprobadas las del siguiente. Si el voto de los accionistas no fuese unánime en la designación de los censores, podrán ser nombrados por la minoría otro efectivo y otro suplente, siempre que represente, al menos, la quinta parte del capital social desembolsado."*

debía someterse, con carácter previo a la junta de cierre de ejercicio, el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la propuesta sobre distribución de beneficios y la memoria, para que en el plazo máximo de un mes propusieran por escrito su aprobación o formularan los reparos que tuviesen por conveniente. A tal fin los censores podían examinar, *"por sí o en unión de personas técnicas, la contabilidad y todos los antecedentes con la mayor amplitud",* si bien con prohibición de revelar a los demás accionistas el resultado de sus investigaciones (art. 110), más allá de su informe, que, una vez emitido, debía ponerse por el consejo de administración a disposición de los accionistas quince días antes de la celebración de la junta. Con carácter excepcional y a solicitud de accionistas que representaran, por lo menos, la tercera parte del capital desembolsado, los censores deberían *"realizar en cualquier momento una investigación extraordinaria para aclarar los extremos o anomalías que sean sometidos a su examen"* (art. 111).

La posibilidad de impugnación se refería a los acuerdos sociales que *"contradigan la ley, el orden público o las buenas costumbres, se opongan a los estatutos, vulneran las bases esenciales de la sociedad, lesionen los derechos de los accionistas o violen, en beneficio de uno o varios de éstos, los intereses sociales. Asimismo serán impugnables los acuerdos en que la mayoría necesaria para adoptarlos se haya obtenido por la concurrencia de votos que no debieron emitirse en razón de un interés, propio o ajeno, que estuviese en pugna con el interés social"* (art. 68).

Aunque en el texto del Anteproyecto no se aludía a acuerdos nulos y anulables y sí solo, tangencialmente, a la acción de nulidad (art. 69, pár. 2º), sus autores distinguían entre los acuerdos radicalmente nulos y los anulables, si bien advirtiendo que *"han cuidado acuciosamente de no puntualizar los que podían encontrarse en uno y otro caso, así para huir de una peligrosa y comprometida enumeración como para facilitar la aplicación del principio fundamental establecido, en que ha de juzgar decisivo papel la interpretación de los Tribunales de Justicia"*[76].

[76] GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE *et al*., *op. cit*., p. 44.

La legitimación para el ejercicio de la acción impugnatoria se reconocía a *"los accionistas ausentes, los concurrentes a la junta que no hubiesen votado en ella a favor del acuerdo impugnado y los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto"* (art. 69, pár. 3). Si la causa de impugnación era la existencia de un conflicto de interés la legitimación se ampliaba a todos los accionistas, a los administradores —en nombre de la sociedad— e, incluso, a los terceros que demostrasen interés suficiente; los administradores también podían impugnar en nombre propio *"cuando el acuerdo fuese determinante de responsabilidad para ellos"* (art. 69, último párrafo).

La promoción de la acción quedaba sujeta a un plazo de caducidad de duración variable: si la ley exigía la inscripción del acuerdo, la demanda debía interponerse dentro de los tres meses siguientes, contados a partir de la fecha de inscripción en el Registro; en otro caso, el plazo se ampliaba a seis meses desde la fecha de adopción. No quedaban sometidas al régimen de caducidad *"las acciones de nulidad de los acuerdos contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres"* (art. 69).

Para concluir, el art. 70 disciplinaba el procedimiento de impugnación en términos que luego habría de reproducir, con alguna modificación, la Ley de 1951. Frente al enojoso procedimiento ordinario se articulaba uno especial y de naturaleza *sui generis,* que buscaba claridad, agilidad y eficacia, hasta el punto de rehuir la segunda instancia[77] y admitir la ejecución provisional de la sentencia *"a reserva de indemnizar los daños y perjuicios que con ésta se causen y sean probados, si la resolución fuese casada"* (regla 9ª). Como contrapeso, las pretensiones temerarias o dolosas, así como los recursos notoriamente faltos de fundamento o con manifiesto propósito dilatorio podían merecer, amén del correctivo de las

[77] Esa singular iniciativa descansaba en el convencimiento de que *"cuando se trata de acuerdos sociales, su sentido, alcance y sus deficiencias suelen estar suficientemente documentados y probados por las actas en que los acuerdos constan y por elementos de juicio documentales, que excusan la necesidad de una nueva valoración; y, por ello, lo que fundamentalmente interesa es la cuestión de Derecho que, en caso de disconformidad con lo resuelto en única instancia, debe llevarse, y más cuando se trata de una ley nueva, a la suprema sanción del más alto Tribunal de Justicia"* (GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE *et al.* , *op. cit.*, pp. 45 y 46).

costas, una sanción pecuniaria, con independencia de la indemnización de daños y perjuicios, si procediere (regla 11ª).

Los miembros de la Sección de Reforma entendían que *"[a]ntes de llegar a ser Ley, toda obra prelegislativa debe ser extraída del gabinete de los juristas y llevada al aire libre, para que allí se depure en la pugna de las opiniones y de los intereses económicos que ha de encauzar*[78]*".* El Ministerio de Justicia decidió cumplir el deseo de los redactores y sacar a pública información el Anteproyecto. La doctrina extranjera[79] acogió favorablemente los indudables avances del Anteproyecto y su calidad técnica, no tanto la patria, dividida entre conversos del Código de Comercio

[78] GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE *et al*., *op. cit*., p. 18.

[79] BIGIAVI, W., "Notas sobre el anteproyecto de la nueva ley española de sociedades anónimas", Revista de Derecho Mercantil, nº 27, 1950, pp. 327 a 346, concluía, con satisfacción, que *"el Anteproyecto español constituye no solo un indudable progreso sobre el* statu quo *(y esto debía maravillar a los que atacan las innovaciones), sino un fiel testimonio del vigor, la amplitud de visión y la información de la nueva escuela mercantilista española"*, proponiendo conceder facultades al juez para que *"impusiera la obligación de caución a todo el que ejercitare una acción, fuese de impugnación o de nulidad".*

NEUMAYER, K.H., "Los intereses del pequeño accionista en el anteproyecto español para la reforma de la sociedad anónima", Revista de Derecho Mercantil, nº 28, 1950, pp. 2744, apreciaba en el Anteproyecto *"una solución cuidadosamente equilibrada de los intereses en pugna",* entre el gran capital y los pequeños accionistas

En la doctrina estadounidense, EDER, Ph. J., "La reforma de la sociedad anónima española", Revista de Derecho Mercantil, nº 26, 1950, pp. 261 a 278, calificaba al Anteproyecto como *"la aportación más valiosa que se ha hecho en años recientes".* Analizando la regulación de la impugnación de los acuerdos de la junta, se congratulaba de cómo los redactores habían resuelto satisfactoriamente "uno de los problemas con que hoy en día tropieza el funcionamiento de la sociedad anónima" y tan solo se atrevía a sugerir la conveniencia de aplicar, por una disposición expresa, el mismo o análogo procedimiento de impugnación para los actos de los administradores. Asimismo, y a efectos informativos, dejaba constancia de una *"reforma reciente de la ley de New York"* —objeto de severas críticas, entre ellas la suya propia— por la que la acción de impugnación se restringía a accionistas que posean, reunidos, un mínimo del 5 por ciento del capital o 50.000 $ del valor comercial de las acciones, obligándose al socio, en otro caso, a prestar una sustancial fianza antes de entablar la acción. El objeto de aquella reforma *"fue la de evitar impugnaciones, algo frecuentes, que tenían cierto aspecto de "chantaje", pero el remedio ha resultado peor que la enfermedad".*

(*reformistas reformados*, en la terminología de GARRIGUES[80]), paladines de la reforma y abolicionistas de la sociedad anónima[81].

Limitándonos a la impugnación de los acuerdos sociales, se alabó el detalle y la amplitud de las causas de impugnación, así como el equilibrio entre el reconocimiento de los derechos de la minoría y el interés social[82].

---

[80] GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE., J. ("Reforma, contrarreforma y ultrarreforma de la sociedad anónima", Revista de Derecho Mercantil, nº 26, 1950, pp. 157 a 202), con notable encaje y no poca sorna, procedió a encuadrar y clasificar a la *"muchedumbre de críticos"* en tres categorías: los que, convencidos de la necesidad de la reforma de la sociedad anónima española, concedieron el favor de una ayuda valiosísima con observaciones, reparos y apostillas; la *"guardia del viejo Código de Comercio"*, con su áspera crítica, negativa y paralizante, para quienes cualquier reforma es mala por el solo hecho de ser reforma y sintiéndose heridos en sus fibras castizas defendían un derecho español puro frente al derecho mestizo y extranjerizante; y los ultrarreformistas, decepcionados por la reforma el proyecto, a la que tildaban de tímida, conservadora o capitalista.

[81] Para CASTRO Y BRAVO, F., "Crisis de la sociedad anónima. Reflexiones sobre la proyectada reforma legislativa", Revista de Estudios Políticos, nº 49, vol. XXIV, 1950, pp. 51 a 105 y también en "La Sociedad Anónima y la deformación del concepto de persona jurídica", Anuario de Derecho Civil, nº 4, 1949, pp. 1397 a 1415, el Anteproyecto era *"en sí y en comparación con las modernas legislaciones extranjeras, extremadamente tímido",* hasta el punto de que *"ni siquiera la calificación de prudente le cuadre"*; pero, con juzgarlo insuficiente, de no aceptarse las radicales propuestas del autor —entre ellas la supresión de la sociedad anónima—, propugnaba su íntegra promulgación, *"pues siempre sería un evidente progreso respecto del régimen inhibicionista del Código de Comercio"* (p. 99, n. 118) y *"la situación de desamparo en que (..) deja al accionista minoritario"* (p. 63). Con discrepar del Anteproyecto, atribuía la *"fortísima reacción en contra suya de los círculos financieros"* a que los mecanismos que arbitraba herían directamente el poder omnímodo de la mayoría, permitiendo impugnar los acuerdos sociales y exigir responsabilidad a los administradores (p. 59). Alejado del tono prudente del Anteproyecto, en la materia que nos ocupa proponía que *"la Inspección de Sociedades (y si no el Ministerio Fiscal o la Abogacía del Estado) debe poder impugnar los acuerdos sociales contrarios al orden público o ilícitos y exigir las correspondientes responsabilidades"* (p. 104).

[82] MOSSA, L. "Para el Proyecto español de Ley sobre la Sociedad Anónima", Anuario de Derecho Civil, año 49, núm. 4, pp. 1307 a 1333, no vaciló en calificar de *"excelente"* la cláusula general de impugnación por contradicción de la ley, el orden público, los estatutos, las bases esenciales o la lesión de los derechos de los accionistas o el interés social, así como aplaudió el reconocimiento de *"la acción de impugnación cuando esté infectada la deliberación por un voto emitido con motivo de in interés, propio o ajeno, en pugna con el interés social"* y *"la celeridad con que la acción ha de ser actuada y las cautelas adoptadas para que las acciones de impugnación no sean "entradas para la corrida" y comprometan a fondo la responsabilidad del accionista que se hace autor"*.

DE SOLÁ CAÑIZARES, F. "Comentarios al anteproyecto español de reforma de la sociedad anónima", Revista de Derecho Mercantil, nº 26, 1950, pp. 213 a 260, como gran conocedor del derecho comparado, consideraba que *"[e]l Anteproyecto, en su conjunto y como pieza jurídica, nos parece bueno"* y que si a alguno había parecido *"malo",* sería, en muchos casos, por el desconocimiento de los textos extranjeros, hasta el punto de no dudar en afirmar *"que si se conociera en el extranjero se consideraría como uno de los mejores textos en la materia".* Empero, creía mejorable el catálogo de causas de impugnación, propugnando la inclusión del abuso de derecho, al modo de la doctrina y la jurisprudencia francesas. En esta misma línea, el autor, en *Le droit espagnol des sociétés anonymes,* edit. Sirey, París, 1947, pp. 161 y ss.

NÚÑEZ LAGOS, R., "La reforma de la sociedad anónima, Anuario de Derecho Civil, Vol. 2, Nº 1, 1949, pp. 161 a 215, reconocía que, ante la noticia del Anteproyecto, surgió en él *"la duda y el recelo".*

Enfrente, no faltaron quienes postularan una enmienda a la totalidad, considerando el cauce impugnatorio un mecanismo prescindible, pues no solo no constituía un problema que angustiara a las sociedades anónimas —a la vista de la escasa jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca del particular— sino que podía traer la guerra civil a su seno[83]. Sin embargo, habremos de convenir en que juzgar la calidad de una ley, en este caso el Código de 1885, en función de la intensidad de la actividad jurisdiccional que de ella dimana puede conducir a resultados engañosos. El Código no fue bueno en su juventud y menos aún podía serlo en su vejez. En palabras de MOSSA[84], *"de la edad avanzada o avanzadísima de un Código no puede derivarse la razón de su vitalidad."* Había pugnas en las sociedades, siempre las ha habido, pero faltaban los cauces para su denuncia y las voces de los minoritarios se

Dudaba, en primer término, de que el trabajo de los miembros de la comisión llegara a feliz logro, tras el fracaso del proyecto de reforma de 1926; y recelaba, además, de que *"un exceso de normas fuera sutil tela de araña en la que como insectos quedaran atrapadas e inmóviles las sociedades anónimas"*, que *"venían viviendo, y muchas muy lozanamente, a través de la holgada celosía del Código de Comercio".* El Anteproyecto, a su juicio, reunía casi todas las virtudes y pocos o ninguno de los defectos; no era *"ni corto, ni largo, pero claro"*; tenía, a mayores, *"una virtud excelsa: carece de originalidad. La originalidad en el arte es el pórtico del éxito; en las leyes es el heraldo de su fracaso. La ley se debe a la experiencia y no al experimento"* (p. 165). Y sobre estas máximas concluía la extraordinaria labor de GARRIGUES, quien, *"en la Cátedra, en la tribuna pública, en sus libros, ha creado en España una* convicción jurídica común *sobre sociedades anónimas"* (p. 166).

[83] PÉREZ SERRANO, N. "Impugnación de los acuerdos de las Juntas generales de las Sociedades Anónimas", Anuario de Derecho Civil, año 49, núm. 4, pp. 1334 a 1346, pese a anunciar una postura de "no-beligerancia" frente al texto del Anteproyecto, dirigió un ataque por tierra, mar y aire contra la regulación de la impugnación de los acuerdos sociales. Pese a no reparar en calificar de "lamentable" el Código de 1885 (así cerraba "La proyectada reforma del Código de Comercio", Revista de Derecho Privado, núm. 158, 1926, p. 362) nada escapó de su acerada —por erudita— crítica: ni la oportunidad de la reforma (veía *"peligros más reales y positivos que el abuso de una mayoría desaforada"*, como el *"creciente agobio fiscal, la mera social y el progresivo intervencionismo estatal"*), ni la necesidad de tutelar a la minoría a través del mecanismo impugnatorio (donde GARRIGUES, y, con él, el Anteproyecto y, después, la E.M. LSA de 1951, veían el *"instintivo abuso de poder de la mayoría"*, PÉREZ SERRANO afirmaba que *"a fuerza de humillar a los órganos más altos se pierde el sortilegio maravilloso en que se basa la obediencia, porque hace crisis la autoridad")*, ni, en fin, la conveniencia de residenciar en los tribunales el control de la actividad social *("no debe olvidarse —decía— que la jurisdicción rinde sus preciados frutos cuando se mueve en la esfera peculiar de su noble misión; en cambio, no podría esperarse tan feliz resultado si se le sometieran cuestiones de conveniencia económica, de oportunidad mercantil, por ejemplo, el juicio sobre el acierto de una emisión, del reparto de un dividendo, o de la cuantía de unas amortizaciones, etc., etc. Todo eso es, de suyo, tan discrecional, tan sensible, como lo es el movimiento de un negocio en marcha, y no puede pensarse que los tribunales marchasen por esa senda, y más sin norma orientadora clara, con la seguridad con que caminan cuando van por su terreno habitual y propio").*

[84] *Op. cit.,* p. 1314.

agotaban *intra moenia* por la falta de una legislación mercantil y procesal adecuada[85].

Como adelanto de la reforma proyectada, el 7 de noviembre de 1947 se alumbró el Decreto-Ley sobre convocatoria de Juntas Generales de las Sociedades Anónimas, impulsado —según dice— por la necesidad insoslayable de dar solución perentoria a problemas de extraordinaria gravedad que comprometen la defensa de los derechos esenciales de los accionistas, naturaleza de la que participan *"los que se producen como consecuencia de no hallarse establecido un plazo legal para la celebración de las Juntas generales ordinarias de accionistas; los que se derivan de la falta de reconocimiento expreso de la facultad de los socios de poder solicitar la celebración de las Juntas generales extraordinarias cuando el interés social lo aconseje, así como los que se ocasionan en aquellos casos en que, si bien se consignan tales plazos y derechos en los Estatutos por los que se rige la sociedad, sin embargo quedan enervados e ineficaces en la práctica, por no hallarse establecida la garantía jurídica de los mismos".* Con tal fin se disponen tres artículos[86], que reproducen, con alguna ligera modificación, los preceptos correlativos del Anteproyecto.

El artículo 1 va referido a la junta ordinaria, para establecer que *"[l]a Junta general ordinaria de accionistas, previamente convocada al efecto, se reunirá cuando lo dispongan los Estatutos, y necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para censurar la gestión social; aprobar, en su caso, las cuentas y balances del ejercicio anterior, y resolver sobre la distribución de beneficios".* Asimismo, se preveía que *"[t]ambién podrá la Junta general ordinaria tomar acuerdo sobre cualquier otro asunto que no esté reservado a la decisión exclusiva de la Junta general extraordinaria o de los Administradores, por la Ley o los Estatutos".* Este segundo

[85] DE CASTRO, F., *op. cit.,* p. 58, denunciaba que *"las quejas de los expoliados por las combinaciones financieras, las más de las veces, no llegan a los Tribunales y que, cuando llegan, demandas o querellas, quedan sin éxito; pero esto ocurre no porque se demuestre la falta de maniobras fraudulentas o la no existencia de un despojo injusto, sino porque el Código de Comercio, con su criterio liberal, o mejor dicho, inhibicionista, no ofrece remedio jurídico alguno, y perjudicados, abogados y jueces tienen que resignarse a la irremediable injusticia."*

[86] En puridad son cuatro los preceptos, si bien el último de ellos carece de contenido sustantivo, pues simplemente contiene la preceptiva dación de cuenta a las Cortes y la habilitación al Ministro de Justicia *"para dictar cuantas disposiciones fueren precisas para su debida ejecución y cumplimiento."*

inciso, de herencia francesa, tuvo una vida efímera, pues la Ley de 1951, inspirándose en el ejemplo suizo, lo suprimió, limitándose a señalar en su preámbulo que la junta ordinaria *"puede tomar eventualmente cualquier acuerdo sobre asuntos que no estén reservados por la Ley o por los estatutos a la administración de la sociedad".*

La convocatoria de la junta extraordinaria (art. 2), que no se definía[87], quedaba a discreción de los administradores, según lo estimaran conveniente al interés social, salvo cuando lo solicitaran *"un número de socios que represente, al menos, la décima parte del capital desembolsado, expresando, además, en la solicitud, los asuntos a tratar en la Junta"*, en cuyo caso la convocatoria devenía imperativa para su celebración dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se hubiese requerido notarialmente a los administradores para convocarla[88].

Por último el art. 3 disponía que *"[s]i la Junta general ordinaria no fuera convocada dentro del plazo legal, o la Junta general extraordinaria no tuviera lugar en el término previsto en el artículo anterior, podrá ser convocada a petición de los socios, y con audiencia de los Administradores, por el Juez de Primera Instancia del domicilio social, quien, además, designará la persona que habrá de presidirla"[89].*

[87] El Decreto-Ley, como antes hiciera el Código de 1885, da por presunto el criterio distintivo entre la junta ordinaria y la extraordinaria, a diferencia del Anteproyecto (art. 53) y, posteriormente, la Ley (art. 52), que ya hacen expreso que toda junta que no sea la prevista para la censura de las cuentas *"tendrá la consideración de junta general extraordinaria."*

[88] El art. 2 del Decreto-Ley reproduce el art. 57 del Anteproyecto, si bien rebajando el porcentaje de capital de la quinta a la décima parte y prescindiendo de la previsión, contenida en el último párrafo del art. 57, que extendía a la junta extraordinaria los requisitos de publicidad para la convocatoria previstos para la ordinaria.

[89] El Decreto-Ley supone, en este punto, una mejora notable respecto del Anteproyecto, que limitaba la convocatoria judicial a la junta extraordinaria, dejando inerme a la minoría cuando la omisión del órgano de administración afectaba a la junta ordinaria.

2. LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS DE 1951.

Depurado[90] el Anteproyecto, la Ley sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas vio la luz el 17 de julio de 1951. Partiendo de que el postulado de la soberanía de la junta no debe impedir que sus acuerdos puedan ser combatidos judicialmente, introdujo una serie de novedades, que su exposición de motivos reconoce extraídas de las enseñanzas ajenas y de las propias. Frente al raquitismo del Código de Comercio, la ley hizo acopio del derecho de las sociedades que vivía al amparo de los estatutos[91].

El derecho de información, al modo del Anteproyecto, se configuraba por medio de dos facultades, de distinta naturaleza aunque complementarias entre sí[92]:

---

[90] GARRIGUES, J., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE J., URÍA GONZÁLEZ, R., T. I, 2ª edit., Madrid, 1953, p. 76) da cuenta de las diferencias, escasas en número y ninguna esencial, entre el Anteproyecto y el Proyecto de Ley del Ministerio de Justicia, que, tras su paso por Cortes, fue aprobado como Ley por unanimidad en Pleno de 14 de julio de 1951: supresión de la norma que exigía un capital mínimo de cinco millones de pesetas para la fundación de la sociedad anónima, sustituyéndola por otra que se limitaba a imponer la forma anónima a toda sociedad en que se limite en cualquier forma la responsabilidad de sus socios y tenga un capital superior a aquella cifra; perfeccionamiento de la normas sobre acciones de impugnación de acuerdos de la junta general de accionistas; admisión del principio de representación proporcional en los consejos de administración; y mayor amplitud en el ejercicio de las funciones de los censores de cuentas.

[91] La Exposición de motivos de la Ley, en su apartado III, refería: "*Importantes novedades ofrece la Ley en orden a la disciplina de los órganos sociales. Novedades frente a la parquedad de nuestro Código de Comercio, que apenas se ocupa de esta materia, pero no frente al derecho vivo de las sociedades, porque, en definitiva, la Ley se limita a recoger, con inspiraciones más o menos directas de otras legislaciones extranjeras, el derecho a la práctica que vive al amparo de los Estatutos sociales.*"

[92] La STS de 1 de febrero de 1967 explica el alcance y relación entre los dos mecanismos informativos: *"CONSIDERANDO que con el fin de facilitar a los accionistas de las Sociedades Anónimas el conocimiento de las cuestiones sometidas a su decisión en las Juntas Generales (Sentencias de 15 de febrero de 1961 y 21 de mayo de 1965), la Ley de 17 de julio de 1951, les otorgó derechos de información a que se refieren de forma genérica su artículo 65 y específicamente el primer párrafo del 110, cuando lo que se pretenda aprobar sean las cuentas correspondientes a cualquier ejercicio económico de la Compañía y de inspección, regulado en el artículo 108 del mismo Texto legal, derecho ambos que, aunque independientes entre sí, se complementan perfectamente (Sentencias de 3 de mayo de 1956 y 13 de octubre de 1962), y se someten en nuestra vigente Legislación a distintos tratamiento jurídico en cuanto a la forma como deben ser ejercitados por sus titulares, toda vez que el primero puede hacerse efectivo por ellos directamente, aun cuando ostenten la condición de Consejeros (Sentencias de 13 de abril y 4 de octubre de 1962), y el segundo se sustrae de su utilización personal al quedar encomendada la inspección de los libros contables a los censores de cuentas instituidos al efecto, según se infiere, no sólo de la redacción literal del artículo 110 que a diferencia de lo que disponen los 133 y 150 del Código de Comercio y en cierto modo el 27 de la Ley de 17 de julio de 1953 , no les autoriza a revisar por sí mismos otros documentos que los señalados en el inciso primero del 108, sino también de la razón de ser de la prohibición que tiende a impedir la divulgación de los secretos del negocio, y las dificultades con que de otra forma tropezaría el normal funcionamiento de las Sociedades y de sus Órganos de Administración*

el derecho de información en sentido estricto (art. 65) y la puesta a disposición del informe emitido por los accionistas censores de cuentas[93].

El derecho de información, lejos de ser omnímodo, nacía doblemente limitado: no podía sobrepasar los asuntos comprendidos en el orden del día ni comprometer el interés social.

No obstante, en el tránsito de Anteproyecto a Ley, el límite del interés social, otrora absoluto, claudica cuando la solicitud viene avalada por una minoría cualificada[94]. Ciertamente, la única aportación de la Ley en este punto es la limitación de la cláusula de perjuicio al interés social, cuya apreciación por el

(Sentencias de 3 de abril de 1962 y 5 de mayo de 1966), e incluso de la circunstancia de que la adopción de otro criterio equivaldría a someter a las Entidades de tipo capitalista, como lo son las anónimas, a una fiscalización mucho más rigurosa que la establecida para las meramente personalistas, puesto que sus miembros podrían al mismo tiempo controlar sus actividades de un modo inmediato con las consecuencias del artículo 2.166 de la Ley Procesal Civil , y de otro mediato a través de los censores de cuentas establecidos por el artículo 108 con la posibilidad de impugnación que reconocen los 67 y siguientes de la Ley especial, dualidad de investigación que por absurda debe ser rechazada".

[93] La Exposición de Motivos (III) reconocía que *"[q]uizá se reproche a esta ley el no haberse incluido, a semejanza de otras legislaciones modernas, un órgano esencialmente encargado de la vigilancia y fiscalización de la gestión social. La omisión ha sido deliberada. Se estimó que en la práctica los órganos de vigilancia, cuyos miembros suele ser extracción mayoritaria, como los que constituyen el Consejo de Administración, ni representan en último extremo intereses sociales distintos a los del consejo, ni ponen celo especial en el desempeño de sumisión, por lo que la eficacia del órgano de vigilancia, a menudo dudosa, resulta no pocas veces perjudicial para la empresa misma. No se crea, sin embargo, que esta materia se halla huérfana de regulación adecuada. En sustitución del órgano de vigilancia con funciones permanentes, se prevé el nombramiento, por la junta general, de los accionistas censores de cuentas, que obligatoriamente examinarán e informarán por escrito acerca del balance, la cuenta de perdidas y ganancias, la propuesta sobre distribución de los beneficios y la Memoria presentada por el Consejo, pudiendo examinar, por sí o en unión de personas técnicas, la contabilidad y cuantos antecedentes estimen necesarios para el mejor desempeño de sumisión, al mismo tiempo que con carácter excepcional, y a petición de accionistas que representen, por lo menos, la tercera parte del capital desembolsado, podrán realizar en cualquier momento investigaciones de carácter extraordinario para aclarar los extremos o anomalías que sean sometidos a su examen. Se crea así un sistema de vigilancia que, sin coartar la libertad e iniciativa de los Administradores y sin que pueda reputarse expresión viva de desconfianza y recelos, permitirá a los grupos minoritarios de accionistas poner freno, con su intervención fiscalizadora, al instintivo abuso de poder de las mayorías."*

[94] NÚÑEZ LAGOS, R., *op. cit.,* p. 209, no obstante sus loas al Anteproyecto (*vid.* nota 82), se atrevió a sugerir algunas —pocas— mejoras, especialmente en lo relativo al derecho de información; así como en el Código de Comercio el art. 173 establecía la obligación de los administradores de mostrar a los socios los documentos comprobantes de los balances, con la posibilidad del socio de solicitar el amparo judicial en caso de negativa (art. 2166 LECiv de 1881), en el art. 66 del Anteproyecto tal obligación cesaba si el presidente juzgaba la publicidad contraria al interés social; *"comoquiera que el presidente estará designado siempre por la mayoría* —razonaba— *la solución del anteproyecto puede dejar sin amparo al accionista aislado o al grupo minoritario"*. Por ello, zanjaba, tal vez este precepto *"requiera nuevo estudio y quizá otra solución"*.

presidente legitimaba en el Anteproyecto cualquier negativa de los administradores, y que el texto definitivo, con mejor criterio, excluye *"cuando la solicitud está apoyada por accionistas que representen al menos la cuarta parte del capital social"*[95]. El presidente debía actuar como un *arbitrator bonus vir*[96], a quien la ley confía la misión de interpretar el interés social[97], de forma discrecional[98], no arbitraria[99], con imparcialidad y no subordinación a la mayoría[100].

[95] La cifra de capital exigido no estuvo libre de polémica. Para POLO DÍEZ, A., "Ante una nueva reforma de la Sociedad Anónima", Discurso inaugural del año académico 1965, Universidad de Barcelona, p. 213, *"la medida de este porcentaje, aun admitiendo el principio que inspira la excepción, resulta excesiva en todas aquellas Sociedades cuyo capital alcanza una determinada dimensión, haciéndola innecesaria o impracticable. Lo primero, porque quien cuenta con una participación tan elevada lo normal es que tenga una adecuada representación en el Consejo de Administración, a través de la cual puede recibir y conocer la información deseada, sin necesidad de acudir alcance del artículo 65 de la Ley; lo segundo, porque si el ejercicio de este derecho de información, sin posibilidad de negativa por parte del Presidente, lo imaginamos en las grandes sociedades anónimas, aquella cifra de capital requerida para que entre en juego la excepción puede alcanzar sumas tan ingentes que no acertamos a imaginarlas en manos de una minoría decidida a hacer valer sus derechos. Por otra parte, no se conjuga bien esta exigencia de la cuarta parte del capital desembolsado cuando una minoría que sólo cuenta con la décima parte dicho capital la propia ley le reconoce el derecho designado censor jurado de cuentas, perteneciente al instituto, que en el ejercicio de su función podrá examinar por sí mismo la contabilidad y todos los documentos y antecedentes relativos a los hechos contables, ya que a través del podrá conocer lo que el presidente en uso de su facultad discrecional le hubiera negado."* En el extremo opuesto, GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., "El derecho de información del accionista", *Estudio Homenaje a don Nicolás Pérez Serrano*, vol. I, Madrid, 1959, p. 498, defendía el porcentaje tasado por el legislador, que *"garantiza contra el riesgo de que las armas que la ley concede a la minoría sean utilizadas por los profesionales del escándalo y del chantaje".*

[96] URÍA GONZÁLEZ, R., *La información del accionista en el Derecho español*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1976, pp. 39 y 40.

[97] GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., "El derecho de información…", p. 485, señala que la ley le encomienda ser *"el intérprete de estos intereses sociales, remitiendo a su juicio si debe o no contestar a las preguntas del accionista o si debe, en caso de que las conteste, limitar a términos más prudentes la información solicitada".*

[98] En la STS de 13 de abril de 1962 la Sala declara que el uso de la facultad que el art. 65 atribuye al presidente *"es de carácter discrecional (…) solo limitado cuando se solicite la manifestación o exposición por accionistas que representen al menos la cuarta parte del capital desembolsado".*

[99] La STS de 5 de marzo de 1966 niega que *"sea posible atribuir a las palabras de la Ley el significado de que el Presidente de una empresa del género pueda proceder a su arbitrio y conveniencia a los efectos de valorar el perjuicio que a los intereses sociales se pudiese ocasionar con la publicidad de los datos solicitados por un accionista en quien —según declara la sentencia recurrida— no se dan las condiciones de indiscreto ni mal intencionado".*

[100] GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, Universidad de Valladolid, 1952, p. 299, afirma que *"sus facultades no deben entenderse subordinadas a la mayoría, sino considerarse atribuidas a la presidencia con carácter originario por el derecho positivo; en su consecuencia, deberá sentarse el principio de imparcialidad como orientador de la conducta del presidente."*

El derecho de información podía ejercitarse por escrito, a medio de solicitud anterior a la junta, o verbalmente durante la misma. Ya fuera la forma de expresión oral o escrita, se resolvían en la petición de "informes" o "aclaraciones".

Nada decía la Ley sobre la forma —oral o escrita— que debía revestir la respuesta. La jurisprudencia, con alguna vacilación inicial, pronto declaró que la posibilidad de dar contestación verbal se refería a las aclaraciones pedidas por dicho procedimiento y no a las que lo fueron con carácter previo.[101] En todo caso, la información habría de verificarse *"en la forma y con tiempo suficiente para ser estudiada y comprobada, en relación al volumen e importancia de los puntos oscuros"* (STS de 13 de octubre de 1962).

Como segunda manifestación del derecho de información, el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la propuesta sobre distribución de beneficios y la memoria debían ser sometidos al examen e informe de los accionistas censores de cuentas, a quienes competía en el plazo de un mes proponer su aprobación o formular los reparos que estimaran convenientes; para tal labor podían examinar por sí o en unión de personas técnicas la contabilidad y todos los antecedentes con la mayor amplitud, pero sin poder revelar particularmente a otros accionistas o terceros el resultado de sus investigaciones. Los documentos y el informe emitido sobre ellos por los censores debían ponerse a disposición de los accionistas, en el domicilio social, quince días antes de la celebración de la junta. Como límite a esa facultad, se reservaba a los administradores (no al presidente de la junta, aún no constituida) y, con ellos, a la mayoría, la facultad de limitar el derecho de examen en caso de excepcional importancia, por estar el interés social gravemente comprometido.

Los accionistas censores eran elegidos de entre sí por la junta; la minoría debía alcanzar el diez por ciento del capital desembolsado para poder nombrar, por

[101] Si en la STS de 29 de marzo de 1960 se admite que puede *"discutirse si la información solicitada ha de facilitarse a los accionistas por escrito, conforme ellos lo peticionan, o ha de dárseles verbalmente en el acto de la vista"*, la posterior sentencia de 5 de marzo de 1966 ya aclara que *"el legislador al permitir esta posibilidad* (de dar verbalmente las aclaraciones requeridas*) se refiere a las pedidas por dicho procedimiento en la propia Junta, pero no a las que lo fueron con carácter previo y condicionante de la asistencia a la misma (…)"*

mayoría de votos dentro del aludido grupo minoritario, un censor efectivo y otro suplente, no accionistas, miembros del Instituto de Censores Jurados de Cuentas. Este censor externo debía entregar un ejemplar de su informe técnico al presidente del consejo de administración y otro al primer firmante de la propuesta de elección y, si ésta no se hubiera hecho por escrito, al mayor accionista de los que hubieran formulado la propuesta; para el ejercicio de su función, podía examinar por sí mismo la contabilidad y todos los documentos y antecedentes relativos a los hechos contables, pero su informe, salvo pronunciamiento expreso de la junta en contrario, solo había de referirse a la exactitud y veracidad de los datos consignados en el balance y en la cuenta de pérdidas y ganancias y a los criterios de valoración y amortización seguidos en el ejercicio por la sociedad (art. 108).

Se vedaba al accionista, en suma, el acceso directo a la contabilidad y a sus antecedentes, que quedaban sujetos al solo examen de los accionistas censores[102], todo ello con el fin de *"impedir la divulgación de los secretos del negocio y las dificultades con que, de otra forma, tropezaría el normal funcionamiento de las sociedades y sus órganos de administración"* (STS de 1 de febrero de 1967).

Ello no obstante, en el plano teórico la combinación de ambos cauces dotaba al accionista de un caudal generoso de información. La jurisprudencia reconocía la información como un derecho consustancial del socio, necesario y no derogable por los estatutos, pero sin dejar de advertir a los tribunales que *"si bien la Ley de Sociedades Anónimas vino a regular el derecho de información de los accionistas para evitar que sean atropellados en sus intereses, tampoco fue un campo abierto a cualquier intención obstaculizadora, con móviles no siempre legítimos que dificulten*

[102] La Exposición de Motivos (V) explica que *"[e]l robustecimiento de los poderes de los administradores y la necesidad de poner los secretos de la empresa a cubierto de cualquier accionista indiscreto o malintencionado, han inclinado a vedar al accionista aislado el derecho de investigar en la contabilidad y en los libros sociales, debiendo bastarles con la facultad (…) de pedir por escrito a los administradores los informes y aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos sometidos a deliberación y a examinar, quince días antes de la Junta en que tengan que ser aprobados, el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la propuesta de distribución de beneficios, la Memoria explicativa y el informe de los accionistas censores de cuentas."* En la misma línea, SSTS de 7 de febrero y 17 de marzo de 1967.

el normal funcionamiento de la sociedad y sus órganos (…)" [STS de 13 de abril de 1962].

Así como la configuración del derecho de información en sentido estricto mereció el aplauso de la doctrina[103], el paso de los años reveló el fracaso del sistema de censura. Los accionistas censores, de extracción mayoritaria, unas veces por desidia, otras por docilidad o complacencia, decía POLO[104], acabaron convirtiendo su informe en *"un "cliché" del que se reproducen pruebas hasta el infinito, que nada informa y nada aclara a los restantes accionistas, a los cuales, sin embargo, a pretexto de dicho informe, les ha sido negado el examen directo de la contabilidad y sus componentes".* Es decir, que en sustitución del derecho que les reconocía el art. 173 del Código, *"apenas se les había dado nada"*. Y si la minoría lograba sortear las maniobras fraudulentas de la mayoría[105] y proceder al nombramiento de un censor jurado, no resolvía la ley cómo proceder en caso de que su informe fuera contrario a las cuentas refrendadas[106].

La ley redujo y simplificó las causas de impugnación. La expansiva fórmula del Anteproyecto experimentó una fuerte contracción: se suprimió la alusión al orden publico y a las buenas costumbres, la vulneración de las bases esenciales de la sociedad, la lesión directa de los derechos de los accionistas y el acuerdo

---

[103] URÍA GONZÁLEZ, R., *op. cit,* p. 15, comparando la Ley española con el Código suizo de las Obligaciones (versión de 1936) o con la *Aktiengesetz* de 1937, no dudaba en aseverar que *"quizá sea en la Ley española de sociedades anónimas de 1951 donde el derecho de información en sentido estricto reciba un reconocimiento más amplio. La impronta fuertemente individualista que preside la reglamentación legal española se va a revelar de forma particularmente intensa en la configuración generosa de ese derecho de información como derecho individual del accionista. La amplitud de su contenido objetivo, y sobre todo la intensidad misma del derecho cuando venga solicitada la información por una determinada minoría, van a hacer del sistema español (…) un ejemplo bastante singular en el vasto panorama del Derecho universal de la sociedad anónima."*

[104] POLO DÍEZ, A., *op. cit*., pp. 204 y 205. Para el autor, *"el sistema legal español tiene más de apariencia que de realidad de censura de cuentas, con el grave inconveniente de que una censura ficticia, como la establecida, puede ser mucho más peligrosa que la carencia total de censura".*

[105] Las SSTS de 29 de marzo de 1960, 28 de octubre y 4 de noviembre de 1961 reflejan una práctica repetida, que reprueban, mediante la cual la mayoría se desdoblaba para *"conservar un remanente de votos que permitiera a los mayoritarios ganar también la votación de censores Jurados por la minoría",* a fin de designar a uno favorable a sus intereses o, incluso, vinculado a la propia sociedad (en la primera de aquéllas, el censor jurado titular era socio, ni siquiera estaba matriculado para el ejercicio de la actividad, y el suplente —se decía en el recurso— era abogado de la sociedad).

[106] *Ibidem,* p. 205.

contaminado por voto conflictuado. El art. 67.I disponía que *"[p]odrán ser impugnados, según las normas y dentro de los plazos establecidos en los artículos siguientes, los acuerdos que sean contrarios a la Ley, se opongan a los Estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la Sociedad."* Estos motivos de impugnación, que podían darse de forma simultánea, *"en su consideración aislada ofrecen características que diferencian notablemente a los comprendidos en los dos primeros grupos, respecto a los integrantes del tercero, ya que, en contraste con éstos, aquellos no necesitan prueba o demostración de su resultado lesivo"* (STS de 3 de febrero de 1966). La lesión al interés social se configuraba, así, como una causa de impugnación autónoma[107], que no requería la previa violación de un precepto legal o estatutario[108], sino tan solo la existencia de un acuerdo en el que concurrieran, de forma cumulativa, los siguientes requisitos[109]:

---

[107] La STS de 21 de mayo de 1965, al examinar los que califica de derechos esenciales *"que se reconocen a favor todo accionista, bien actúe individualmente ó a través de la minoría formada por la unión de varios"*, efectúa las siguientes consideraciones sobre *"[e]l derecho de "impugnación" al que el Legislador ha concedido tanta importancia que llega a hacerle objeto en el artículo 70 de la Ley, de un procedimiento especial y que se establece en el artículo 67, subordinándole a la existencia, o concurrencia en su caso de alguna o algunas de las causas que literalmente señala al decir que procederá cuando los acuerdos sociales "sean contrarios a la ley, se opongan a los Estatutos o lesionen en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la Sociedad", precepto general sobre el que se impone hacer las observaciones siguientes: a) Que como se infiere de la conjunción disyuntiva que se emplea, para separar las dos primeras causas de la tercera, cabrá impugnar válidamente los acuerdos sociales cuando sean contrarios a la ley o se opongan a los Estatutos, aunque no lesionen los intereses de la Sociedad, de un modo actual y viceversa, la impugnación podrá prosperar si tal lesión se produce aun cuando el acuerdo no incida en transgresión legal ni estatutaria alguna, y ello porque se impone siempre el debido respeto a la ley general o a la particular del contrato, aun cuando no se aprecie de momento una lesión que potencialmente, al menos, ha de estimarse ínsita en la infracción cometida y por otra parte de las facultades enmarcadas en la ley, en los Estatutos, ha de hacerse un uso prudencial, según las circunstancias del caso, que evite todo perjuicio tanto a los intereses sociales como a los derechos intangibles y privativos de los socios; b) que pudiendo, no coincidir y aun estar en pugna los preceptos legales y los estatutarios, ha de fijarse a cuáles de ellos se ha de atender, para juzgar sobre la validez o nulidad del acuerdo, pudiendo servir de norma para ello la índole de los preceptos legales que si son imperativos o prohibitivos, han de predominar sobre los estatutos y éstos en cambio prevalecerán frente a la norma legal meramente facultativa, permisiva y subsidiaria; (…)"*

[108] La STS de 2 de julio de 1963 declara que no solo que puedan ser impugnados los acuerdos sociales que sean contrarios a ley o se opongan a los estatutos, *"sino también los que lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la Sociedad (…) con total independencia de que se oponga o no a algún precepto legal o estatutario, pues la razón de su nulidad deriva exclusivamente de las consecuencias lesivas para los intereses sociales (…)".*

[109] STS de 19 de febrero de 1991: *"La doctrina científica y jurisprudencial exige, para la viabilidad de esta impugnación, los siguientes requisitos: 1.º Un acuerdo que lesione los intereses de la sociedad; y 2° Que la aprobación de dicho acuerdo beneficie a uno o varios socios. En torno a la idea o concepto del interés social existen dos teorías completamente opuestas: la institucionalista, que considera a la sociedad anónima como una "institución—corporación», en la que el interés social que allí se persigue es distinto del de sus socios, viniendo a coincidir con los intereses de los componentes de la empresa (accionistas, administradores, acreedores, trabajadores, etc.); y la teoría contractualista, consagrada*

(i) La lesión al interés social, no al interés particular del socio impugnante[110], siendo suficiente para poder ejercitar la acción que exista el peligro potencial de que dicho daño se produzca, sin tener el demandante que esperar a que la lesión ocurra[111].

(ii) El beneficio a uno o varios socios, aunque la utilidad la reciban a través de persona interpuesta o de forma no inmediata[112], beneficio que no ha

---

en nuestra legislación, según la cual el interés social no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común el reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social. Ahora bien, este daño o lesión no es necesario que efectivamente se haya producido, para deducir la pretensión impugnatoria, la doctrina de esta Sala tiene declarado "que es suficiente para acudir al proceso especial impugnatorio que exista el peligro potencial de que dicho daño se produzca, sin tener el demandante que esperar a que la lesión ocurra, para poder ejercitar la acción» (Sentencias de 2 de julio de 1963, 11 de mayo de 1968 y 11 de noviembre de 1980). El requisito del beneficio de uno o varios socios no hay que entenderlo exclusivamente en el sentido de puro interés económico, sino que también puede consistir en cualquier ventaja de carácter político-social o profesional, exigiéndose que el beneficiado sea accionista, aunque la utilidad la reciba a través de una persona interpuesta, debiendo existir finalmente la relación de causalidad entre la lesión del interés social, producida por el acuerdo, y el beneficio experimentado por el socio (Sentencias de 23 de junio de 1962, 22 de noviembre de 1970, 4 de marzo de 1967 y 11 de mayo de 1968)."

[110] STS de 25 de enero de 1968: *"CONSIDERANDO que el procedimiento especial establecido en el artículo 67 de la Ley de Sociedades Anónimas y regulado en los artículos siguientes, tiene su ámbito reducido a la impugnación de los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los Estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios de los accionistas, los intereses de la sociedad; o sea son los intereses generales de la sociedad los que se han de ventilar en ellos y en ninguno de estos casos están las pretensiones esenciales deducidas en la demanda, a través de las supuestas irregularidades denunciadas, ya que todas se refieren a la inclusión en el activo de una partida de adeudo del recurrente, que había permanecido oculta en el sistema de doble contabilidad y que se puso de manifiesto al sincerar el balance, y para ello la parte que se considere lesionada por la irrealidad del crédito que se le reclama o por los intereses que se le carguen la vía que tendrá expedita será la ordinaria; pues no se ventilan intereses sociales, sino intereses particulares en contra de la sociedad; por lo cual ha de decaer el motivo quinto del recurso que, con el amparo procesal del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estima como erróneamente interpretado por la sentencia de instancia el artículo 67 de la Ley de Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951".*

[111] La STS de 2 de julio de 1963 precisa que *"el acuerdo ha de declararse nulo, sin espera a que la lesión se produzca, pues el precepto legal que autoriza la impugnación persigue el exacto cumplimiento de los fines de cada Sociedad, permitiendo para evitar desviaciones a ello contrarios la impugnación "del acuerdo" desde el momento en que sea tomado"*, lo que se reitera en la sentencia de 4 de marzo de 1967 y posteriores.

[112] STS de 11 de mayo de 1968: "*CONSIDERANDO que si bien es cierto que es difícil demostrar la intención que guía los actos humanos, los actos posteriores, en los contratos y demás negocios jurídicos, conforme al artículo 1.283 del Código Civil , sirven para juzgar de esa intención; mas, aparte de ello, debe significarse que el artículo 67 de la Ley sobre Sociedades Anónimas, en cuanto se refiere en su primer párrafo a acuerdos lesivos para los intereses de la Sociedad, no debe ser interpretado con un sentido tan estricto y literal como el pretendido por la parte recurrente, pues lo que la Ley quiere es precisamente cortar aquellas maniobras y actos lesivos que "aun revestidos de ordinario del ropaje legal" (cual aduce la propia entidad recurrente), "en el fondo entrañan un grave peligro para los demás*

de entenderse exclusivamente en el sentido de puro interés económico, sino que también puede consistir en cualquier ventaja de carácter político-social o profesional.

(iii) La relación de causalidad entre la lesión del interés social, producida por el acuerdo, y el beneficio experimentado por el socio.

Daño *social* y beneficio *individual* eran, en palabras de GARRIGUES[113], inseparables.

Con ser ello así, el recorte era más formal o estético, y a juicio de la doctrina[114] y la jurisprudencia[115] no suponía una franca amputación del ámbito del derecho de impugnación, pues los términos empleados eran suficientemente amplios para dar cabida a los supuestos que el Anteproyecto enumeraba; unos porque supondrían contravención del ordenamiento legal o estatutario y otros (los contrarios al orden público o a las buenas costumbres) por vulnerar postulados implícitos en el ordenamiento jurídico general (arts. 1116, 1255 y 1275 CC). A mayores, tanto la teoría francesa de las bases esenciales[116] como la germánica de los derechos propios

accionistas", como en el caso presente ocurre, debiendo señalarse asimismo que la Ley no exige que el perjuicio se produzca en el momento mismo de adoptarse el acuerdo impugnado, ni que haya de esperarse a que la lesión se cause para proclamar la nulidad (sentencia de esta Sala de 4 de marzo de 1967) ni tampoco que el beneficio en favor de uno o varios accionistas sea simultáneo con la adopción de acuerdo, pues ello se prestaría a maniobras abusivas tendentes a desvirtuar la finalidad perseguida por la Ley, razones todas por las que el motivo único de este segundo recurso debe ser desechado, no dando lugar a la casación por tal motivo interesada".

[113] GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE J., "La Protección de las minorías en el derecho español", Revista de Derecho Mercantil, núm. 72, 1959, pp. 249 a 268, recopilado posteriormente en *Summa* RDM, Vol. I, pp. 1065 a 1081. En concreto, afirmación del texto, en *Summa*, p. 1080. En contra, defendiendo la impugnabilidad aunque no hubiera concurrido beneficio particular, DUQUE DOMÍNGUEZ, J., *Tutela de la minoría. Impugnación de acuerdos lesivos (art. 67 LSA)*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1957, p. 226.

[114] GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE J., URÍA GONZÁLEZ, R., *op. cit.,* T. I, p. 627.

[115] De la suficiencia e idoneidad de la nueva formulación para abarcar, sin merma, los supuestos enumerados en el Anteproyecto, es buena muestra la STS de 30 de octubre de 1984, que declara la nulidad de pleno derecho de los acuerdos de modificación estatutaria adoptados por las juntas, pues aun reconociendo su soberanía para regir la vida de la sociedad, *"no pueden operar una injusta privación de derechos a sus socios"*, por contravenir normas legales (art. 349 CC) y constitucionales (art. 33).

[116] GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE J., "La protección…", p. 1074, explicaba así el porqué de la supresión como causa de impugnación de esta teoría, de recurrente invocación en la jurisprudencia como límite

de los accionistas se estaban viendo superadas por las más modernas del abuso del derecho y la desviación de poder[117], por lo que su positivización parecía poco aconsejable en una norma llamada a regir durante décadas.

Aunque la Ley, heredando la prudencia del Anteproyecto, evitó referirse a la distinción entre acuerdos nulos y anulables, la división por categorías permeaba el texto legal[118]; la propia Exposición de Motivos, con menor recato, reconocía que *"[s]e ha procurado extraer de las enseñanzas ajenas y de las propias un "substratum" aprovechable para llenar el vacío observado en nuestra legislación, partiendo de la distinción entre los acuerdos sociales que por su índole deben reputarse radicalmente nulos, y respecto de los cuales la acción impugnativa no debe estar sujeta a caducidad, y aquellos otros simplemente anulables cuya impugnación queda sometida a un plazo corto de caducidad, transcurrido el cual el acuerdo se hace inatacable".*

La nulidad podía afectar a los acuerdos individualmente considerados o a la entera junta, si bien la declaración de nulidad de esta arrastraba a los acuerdos en ella adoptados (SSTS de 30 de noviembre de 1963, 28 de abril de 1967 y 24 de febrero de 1975).

---

a la competencia de la junta (SSTS de 30 de junio de 1888, 30 de octubre de 1918, 22 de febrero de 1919, 14 de mayo de 1920 y 28 de marzo de 1936): *"De esta fórmula legal ha desaparecido la invocación de las bases esenciales, que la doctrina francesa tradicional consideró límite de la reforma estatutaria. Pero ese concepto— a más de encerrar una reminiscencia contractualista de la sociedad anónima que la ley española quiere evitar— resulta superfluo cuando la ley determina concretamente los derechos individuales del accionista, los cuales constituyen, justamente, las bases esenciales en el sentido francés de esta expresión. Por ello, el acuerdo mayoritario que atenta a una de las bases esenciales implica necesariamente la violación del derecho reconocido por la ley al accionista y, consiguientemente, una infracción de ley. Esta fue la razón por la que se suprimió en la redacción definitiva de la ley española la alusión a las bases esenciales que figuraba en el texto del Anteproyecto."*

[117] DAVID, R., *La protection des minorités dans les sociétés pas actions*, Recueil Sirey edit., Paris, 1929; NEUMEYER, A., *De l'abus de pouvoir dans les sociétés anonymes*, Recueil Sirey edit., Paris, 1936; CARNELUTTI, F., "Ecceso di potere nelle deliberazioni dell'asemblea", Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, 1926, nº 24, pp. 176 a 182; FERRI, G., "Ecceso di potere e tutela della minoranza", Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, 1934, I, p. 723; SOLÁ CAÑIZARES, F., *Tratado de Sociedades de responsabilidad limitada en el derecho español*, edit. Rosas Bayer, Barcelona, 1951, pp. 223 y 224.

[118] La jurisprudencia no vacilaba al calificar ciertos acuerdos como viciados de nulidad radical u originaria (SSTS de 28 de abril de 1967, 13 de mayo de 1976 o 27 de diciembre de 1993), no sujeta a prescripción ni caducidad (STS de 9 de octubre de 1993).

En la determinación del plazo de impugnación la ley optó por una fórmula un tanto confusa, al entremezclar la caducidad —o su falta— con el cauce procesal; así, al tiempo que comenzaba proclamando la general sujeción de los acuerdos impugnables a un plazo común de caducidad de caducidad de cuarenta días[119], matizaba en su segundo párrafo que *"las acciones de nulidad de los acuerdos contrarios a la ley podrán ejercitarse pasados esos plazos por el procedimiento del juicio declarativo ordinario".* Para la doctrina y la jurisprudencia (STS de 9 de diciembre de 1985) la oscuridad de la norma no era tal: todos los acuerdos, al margen de cual fuera su causa, podían ser combatidos judicialmente dentro del plazo indicado por el procedimiento especial que la propia ley creaba en su art. 70; y, adicionalmente, los contrarios a la ley podían ser impugnados, ya sin sujeción a plazo[120], siguiendo el juicio declarativo ordinario, con sus dos instancias plenas y recurso de casación.

La coral autoría[121] de Anteproyecto y Ley diluyó la opinión -avanzada a su tiempo- de GARRIGUES, que, advirtiendo de las dificultades técnicas que ofrece la aplicación de las normas del derecho civil sobre nulidad y anulabilidad de contratos

---

[119] El plazo, del que se excluían obviamente los días inhábiles (STS 3 de octubre de 1970) computaba "a partir de" la fecha del acuerdo (excluyendo el día de su adopción, SSTS de 30 de enero de 1974 y 7 de junio de 1989) y, si éste era inscribible, también dentro del mes siguiente a que la inscripción tuviere lugar (art. 78).

[120] Para GARRIGUES y URÍA (op. cit., T. I, pp. 630, 631 y 635) la acción de nulidad ni caduca ni prescribe, por lo que *"[n]o hay que pensar en la posibilidad de someter la acción de nulidad de los acuerdos sociales a la prescripción cuatrienal del artículo 1301 del Código Civil, que en realidad contempla supuestos de mera anulabilidad de los contratos por falta de capacidad y vicios del consentimiento. Mas, ese precepto civil jugará en relación con la nulidad de los acuerdos sociales cuando éstos hayan sido tomados con el concurso de votos nulos que hayan sido decisivos para formar la mayoría. Entonces la nulidad del acuerdo social provendrá de haber faltado la mayoría que la ley exige en modo inexcusable (art. 48), pero indirectamente descansará en la nulidad de aquellos votos. Esa nulidad será requisito previo e indispensable para que pueda declararse también la nulidad del acuerdo social; pues la emisión del voto es una declaración de voluntad, un negocio jurídico unilateral, y si adolece de vicio (violencia, dolo, error) que le invalide o defecto de capacidad en el sujeto, parece lógico admitir que la acción dirigida a conseguir la anulación de esa declaración de voluntad en que consiste el voto quede sometida a la prescripción cuatrienal del art. 1301 del C.c. Por donde resultará que, si la acción de nulidad del acuerdo social no se ejercita antes de que transcurran cuatro años contados desde la fecha del acuerdo, el vicio de que adolezcan los votos anulables se habrá sanado por el transcurso del tiempo y al no poder ser declarada la nulidad de aquéllos tampoco podrá ser declarada la subsiguiente nulidad del acuerdo tomado con el concurso de esos votos."*

[121] GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., ("Reforma…", p. 526), advierte que *"siendo el Anteproyecto fruto de una obra colectiva, en muchos puntos se formularon pareceres diversos y fue la opinión de la mayoría la encargada de eliminar alguno de los que ahora renacen al calor de la crítica".*

y, sobre todo, la manifiesta inadaptación a la celeridad del tráfico de los largos plazos de prescripción y aun de su inexistencia, aconsejaba *"unificar todas las acciones de nulidad de los acuerdos de una junta general bajo el nombre de acción de impugnación y someter esta acción a un plazo de caducidad breve y un trámite judicial sencillo, rápido y de instancia única".*[122]

En efecto, como medio de garantizar que la impugnación de acuerdos, como instrumento de tutela de los derechos de las minorías, no quedara reducido a una "reforma platónica", se instauró un procedimiento especial de tramitación abreviada, en que el trámite de alegaciones escritas y la proposición y práctica de la prueba tenía lugar ante el juez de primera instancia y la decisión correspondía a la Audiencia, cuya resolución solo era susceptible de recurso de casación.

La materia, "tan vidriosa"[123], de la legitimación activa, se resolvió mediante su reconocimiento a los accionistas concurrentes que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo[124], los ausentes y los privados ilegítimamente del

[122] GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., "Nulidad e impugnabilidad…", p. 136.

[123] *"Después de hacer un concienzudo examen de lo que acerca de materia tan vidriosa se ha legislado fuera de las fronteras españolas, se regula el tema de la legitimación activa, que se reduce a los accionistas que habiendo concurrido a la Junta hubiesen hecho constar en acta su oposición el acuerdo impugnado, a los ausentes y a los que hubiesen sido ilegítimamente privados de emitir su voto"* (E.M. III, pár. 4º).

[124] La oposición se configuró como *"un requisito previo de legitimación o procedibilidad"* (STS de 31 de enero de 1976). La jurisprudencia se encargó de señalar los requisitos formales y temporales de esta oposición, para la cual no era suficiente la falta de firma del acta (SAP de Alicante, sec. 8º, de 29 de octubre de 2009) ni tampoco la mera expresión del voto en contra, sino que exigía, después de conocido el resultado de la votación, la constancia de la negación expresa y formal —pero sin llegar a una fórmula sacramental que incluyera el verbo "oponerse"— del acuerdo indicativa de que se formulará impugnación, pues en tanto no se verificara el resultado de la votación y se proclamara el resultado, el acuerdo no se perfeccionaba ni adquiría consistencia jurídica (SSTS de 6 de julio de 1963, 30 de enero de 1970, 29 de noviembre de 1971, 27 de abril de 1973, 28 de enero de 1984, 29 de noviembre de 1985, 17 y 20 de diciembre de 1986, 22 de junio de 1988, 18 de septiembre de 1998, 21 de febrero de 2001, entre muchas). Si la disconformidad del socio afectaba, no a los acuerdos, sino a la convocatoria, los defectos debían ser denunciados al abrirse la sesión (SSTS de 13 de octubre de 1961, 29 de septiembre de 1971 y 12 de mayo de 1973; si la discrepancia lo era con la constitución de la junta, la respuesta judicial no eran tan uniforme, pues tan pronto se afirmaba que la falta de impugnación (*rectius*, oposición) de la regular constitución de la junta y la aceptación de pasar a la deliberación y votación impedía volver sobre aquel tema (SSTS de 12 de marzo de 1977, 6 de febrero de 1978), como lo contrario, pues la ley no exige que la oposición se hubiese formulado al tiempo de la formación de la lista de asistentes (STS de 30 de noviembre de 1991). Con carácter excepcional la sentencia de 11 de noviembre de 1978 admite la sustitución de la oposición *"por la manifestación previa, realizada ante Notario, en la que se haga constar que, de antemano se opone a los acuerdos que vayan a adoptarse en favor de los puntos contenidos en el orden del día cuando, como ocurrió en el caso*

derecho de voto. Si el acuerdo era contrario a la ley, se atribuía legitimación a todos los accionistas y a los administradores, aunque no fueran accionistas (art. 69).

El procedimiento especial y abreviado de impugnación introducía también importantes novedades en materia de legitimación. Con el ánimo de desterrar las demandas entre accionistas que caracterizaron la jurisprudencia de la primera mitad del siglo pasado, se aclaró que la acción debía dirigirse contra la sociedad y si el actor tuviese su representación exclusiva, el juez había de designar un representante procesal entre los accionistas que hubiesen votado a favor del acuerdo impugnado (art. 70.5.1º), quienes, en todo caso, podían intervenir también de forma autónoma y a su costa para mantener su validez (art. 70.5 pár. 2º).

A pesar de la rapidez que se pretendía para el procedimiento de impugnación, se incluyó como medida cautelar la suspensión del acuerdo impugnado, siempre que la parte instante representase, al menos, la quinta parte del capital social[125], pudiendo los representantes de la sociedad exigir que se aseguraran mediante caución los posibles perjuicios que se pudieren irrogar a la sociedad (art. 70.4)[126].

de autos, el Presidente del Consejo de Administración, en el momento en que iba a comenzar a celebrarse la Junta, expresa «que no aceptan la presencia del Notario autorizante a las Juntas a celebrar»; porque, de otra manera, quedarían desamparadas las minorías cuando de antemano saben que la votación les ha de ser adversa, y que, incluso corren el riesgo de que no se les haga constar en el acta, su manifestación de oposición a los acuerdos adoptados.
CONSIDERANDO que de no admitirse esta equivalencia, se convertiría a las mayorías en árbitros para hacer impugnables los acuerdos adoptados, pues les bastaría con no hacer constar en el acta de la Junta la manifestación de los minoritarios respecto a la impugnación, a fin de dejarlos privados de la legitimación necesaria para recurrir judicialmente; de ahí, pues, que tengan que desestimarse los motivos tercero y cuarto del recurso, que sostienen que el demandante carece de legitimación porque en el acta de la Junta no consta, de ningún modo, su oposición a los acuerdos que ahora impugna, ya que tal oposición ha sido fehacientemente manifestada".

[125] En el Anteproyecto de 1947 la medida cautelar de suspensión se reconocía al socio impugnante, como derecho individual, sin exigir un porcentaje mínimo de participación.

[126] La efectividad de la medida cautelar quedaba comprometida por el diseño del sistema de recursos, pues primero cabía reposición ante el juez y su decisión era apelable ante la Audiencia Provincial, siempre con efecto suspensivo. Este exceso garantista trataba de compensarse con la brevedad —teórica— de los plazos de interposición (15 días), impugnación del recurso (5 días) y decisión (10 días).

La sentencia que estimara la acción producía efectos frente a todos los accionistas, pero no afectaba a los derechos adquiridos de buena fe por los terceros a consecuencia del acuerdo impugnado (art. 67, pár. 2º). Como contrapeso a la facultad de impugnación, y a fin disuadir pretensiones temerarias o dolosas o recursos notoriamente faltos de fundamento o con ánimo dilatorio, el tribunal podía, con independencia de la indemnización de daños y perjuicios, imponer sanciones pecuniarias, acomodadas a la importancia del pleito y a la gravedad del fraude (art. 70.11 pár. 3º).

Este procedimiento de instancia única, bien que dividida entre Juzgado y Audiencia Provincial, centró buena parte de las críticas de la reforma. Se censuraba la oportunidad de los cambios operados en el Anteproyecto[127], su ubicación en una ley sustantiva[128], la desconfianza en el juez de primera instancia y consiguiente quiebra del principio de inmediación y, en definitiva, su eficacia, pues la pretendida rapidez no pasó de una mera aspiración, con una duración media de dos años y nueve meses[129].

Más allá del juicio crítico que mereciera, el principal problema que presentaba este procedimiento especial era su ámbito de aplicación, pues ni todas las cuestiones susceptibles de sustentar una demanda de impugnación tenían cabida

---

[127] URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J.Mª., *op. cit.* p. 306 y 307, aunque *"en un balance sereno y objetivo de su aplicación"*, reconocían que había sido uno de los instrumentos más eficaces, sino el más, de toda la ley, se lamentaban de la introducción por las Cortes del recurso de reposición y apelación, en ambos efectos, contra el auto que acordara suspender el acuerdo impugnado y, sobre todo, de la remisión de los autos a la Audiencia para el fallo, *"[n]ovedades que alargaban por fuerza el procedimiento con los trámites consiguientes".* Ya antes, sin el paso del tiempo preciso para hacer balance, se pronunciaban en idénticos términos GARRIGUES y URÍA (*Comentario*…, 2ª ed., Madrid, 1953, p. 645), si bien haciendo hincapié en que *"si se cumplen los términos establecidos en la ley será posible obtener la sentencia en plazo de pocos meses, como requieren las inexcusables exigencias de la celeridad mercantil".*

[128] LANGLE, E., *Manual de Derecho Mercantil Español*, I, 1950, p. 585, no escondía que *"nos parece poco grato encontrar, en una importante ley sustantiva* (en referencia al Anteproyecto del IEP de 1947) *esas incrustaciones procesales, que claman por trasladarse a su residencia habitual (otra rama jurídica)".*

[129] Los estudios de la doctrina reflejan esa duración media, frente a los cinco años del juicio de mayor cuantía: SORIA FERRANDO, J.V., *La legitimación activa para la impugnación de acuerdos de la junta general de la sociedad anónima*, Alicante, 1982, pp. 28 y 29; también, GIMENO SENDRA, J.V., *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas y cooperativas*, 2ª ed., Madrid, 1985, pp. 122 y 123, y, más tarde, *La reforma procesal mercantil*, Valencia, 1990, p. 44.

en el mismo, ni quedaba claro que sus previsiones se extendieran a los acuerdos del consejo de administración o, incluso, a las sociedades de responsabilidad limitada.

El procedimiento especial quedaba circunscrito a la censura de acuerdos determinados que contravinieran el ordenamiento legal o estatutario o causaran lesión en los intereses sociales, en beneficio de uno o más accionistas, incluido el abuso de derecho[130], pero fuera de estas hipótesis específicas debía acudirse al juicio ordinario (SSTS de 27 de diciembre de 1983, 28 de enero y 5 de julio de 1986), ya se tratara de discutir el número de acciones propiedad del impugnante (sentencia de 3 de abril de 1992) o de los socios cuyos votos resultaron en acuerdo social (sentencia de 29 de enero de 1992) o la propia cualidad de socio de uno de los asistentes (ss. de 2 de noviembre de 1985[131] y 19 de septiembre de 1986[132]), ya el incumplimiento de acuerdos previos a la constitución de la sociedad (s. de 14 de

[130] En la STS de 10 de febrero de 1992 *"la sociedad recurrente denuncia infracción del artículo 67 de la Ley de Sociedades Anónimas, para lo que, en el breve alegato que integra el desarrollo del mismo, parece querer aducir que el abuso de derecho no se encuentra incluido entre las posibles causas de impugnación de acuerdos sociales que dicho precepto establece. El referido apartado del motivo ha de ser desestimado, pues la lesión de los intereses de la sociedad, en beneficio de uno o varios accionistas (que es una de las causas de impugnación contempladas en el precepto invocado) puede producirse mediante acuerdos sociales adoptados con la intervención de las circunstancias tipificadoras del abuso de derecho (subjetiva, de anormalidad en el ejercicio del mismo), que es lo ocurrido en el presente supuesto litigioso (…)".*

[131] En esta sentencia el socio impugnante negaba la cualidad de accionista a quien lo era por vía sucesoria, alegando la falsedad o invalidez del testamento, lo que el Alto Tribunal rechaza por rebasar *"el marco de los estrictos límites del procedimiento de impugnación de acuerdos sociales que se regula en el artículo 70, en relación con los 67, 68 y 69, de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, que es el promovido y del que emana este recurso, toda vez que, según tiene declarado esta Sala, y de ello son exponente las sentencias de 8 de diciembre de 1973 y 22 de junio de 1979, ese especial y singular procedimiento de impugnación no posibilita pronunciamientos declarativos de derechos, ya que éstos no tienen cabida en los cauces para que el primero fue creado, cual es el de la mera impugnación de acuerdos sociales, o sea de la Junta General, que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad, de modo que cualquier otra, y concretamente la de pretensión de decidir sobre la eficacia o ineficacia de un testamento en que apoye una persona sus derechos de socio, en cuanto revelen, consecuencia de nulidad de acuerdo contrario a la Ley, al poderlo significar su adopción con participación de quien en realidad no tuviese las exigencias precisas para tener la cualidad de socio por carencia que llegase a ser declarada ausencia de valor jurídico del título en que se base, han de ser planteadas no en el procedimiento que regula el tan repetido artículo 70, en relación con los 67 , 68 y 69, de la referida Ley de Sociedades Anónimas, sino en el correspondiente juicio declarativo ordinario a que se remite el párrafo segundo de dicho artículo 68."*

[132] El impugnante basaba la nulidad del acuerdo en que la junta no podía reconocer a un sujeto la cualidad de socio, por haberse efectuado la transmisión incumpliendo la cláusula limitativa estatutaria, lo que a juicio del Tribunal exige que con carácter previo se haya declarado tal nulidad por la vía del declarativo ordinario, con cita de los precedentes de 16 de junio de 1972 y 20 de marzo de 1975.

noviembre de 1992). Concurrente la infracción legal o estatutaria, resultaba indiferente que la misma afectara a cuestiones intrínsecas al acuerdo o a los requisitos formales para su adopción, pues ambos aspectos podían ser enjuiciados en el procedimiento del art. 70[133].

Resultaba asimismo discutida la aplicación del procedimiento a los acuerdos del consejo de administración. Si bien la doctrina mayoritaria, no obstante el silencio legal, convenía su impugnabilidad, discrepaba en el cauce para ello, que para un sector solo podía ser el declarativo ordinario[134], mientras que otro defendía la analógica aplicación de los arts. 67 y siguientes[135]. Apenas unos pocos no permitían, siquiera, que fuesen discutidos los acuerdos del consejo, ni por los accionistas[136] , ni por los consejeros[137].

---

[133] La infracción de los preceptos formales que han de preceder o acompañar a la junta implicarán, según la STS de 3 de febrero de 1966, la observancia de un procedimiento contrario a la ley, incidiendo en vicio capaz de dar por sí solo, eficacia a la acción impugnatoria establecida en el art. 67. La STS de 21 de mayo de 1970 resuelve un recurso en el que se alegaba como motivo de casación que la decisión sobre la validez de una junta ordinaria— que se decía celebrada fuera de plazo— debía ventilarse en procedimiento ordinario. La Sala considera que semejante *"punto de vista no es acogible, ya que la improcedencia del acuerdo social, tanto puede provenir de su oposición a la Ley o a los Estatutos, por razones intrínsecas o por no haberse cumplido los requisitos formales establecidos para adoptarlos y de aceptar aquél sería preciso, en la mayoría de los casos, seguir dos pleitos sucesivos y distintos: uno para depurar las máculas que pudiera ofrecer la convocatoria, deliberación y decisión de la Junta y otro para declarar la nulidad de los acuerdos adoptados, aunque en aquéllas no existiera anormalidad, exigencia dual que, evidentemente, no impone ningún precepto legal".*

[134] GIMENO SENDRA, J.V., *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas y cooperativas*, edit. Civitas, Madrid, 1981, pp. 31 a 33. NEILA NEILA, J.Mª., *Los procedimientos judiciales en la nueva Ley de Sociedades Anónimas*, edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992, pp. 987 a 1092.

[135] A los redactores del Anteproyecto les pasó inadvertida esta circunstancia; buena muestra de ello es que GARRIGUES y URIA, en las dos primeras ediciones de su Comentario, no hacían ninguna alusión al respecto, debiendo esperar a la tercera (1976) para hallar la siguiente reflexión: *"No procede, sin embargo, utilizar este cauce* (en alusión al procedimiento del art. 70) *para impugnar los acuerdos del Consejo de administración. Aunque en este caso estamos también ante un órgano deliberante que toma acuerdos por mayoría (art. 78) y puede decidir en todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la sociedad (art. 76), parece claro que el referido procedimiento especial fue instituido para impugnar exclusivamente los acuerdos de las juntas de accionistas y, excepcionalmente, los de las asambleas de obligacionistas".* MEJÍA GONZÁLEZ sí reparó con presteza en la laguna legal, concluyendo que *"[n]o son impugnables por este procedimiento los acuerdos tomados por la Gerencia, el Consejo de Administración y órganos similares. Estos acuerdos sólo pueden impugnarse por la Junta general, hasta el punto de que ni siquiera el ejercicio de las acciones de responsabilidad de los arts. 79 y ss. invalida el acuerdo*" (*op. cit.* p. 12, n. 27).

[136] BÉRGAMO LLABRÉS, A., *Sociedades anónimas*, vol. III, Madrid, 1970, p. 102.

[137] QUIRALTE ROMERO, F., *Las responsabilidades del consejo de administración*, Madrid, 1973, p. 38.

A esta confusión contribuyó notablemente la jurisprudencia, que si bien en los primeros años de vigencia de la ley optó por la aplicación extensiva[138], terminó por restringir su objeto a los acuerdos de la junta[139]. La impugnación de los acuerdos del consejo quedó, de esta manera, abandonada al régimen general de ineficacia de los negocios jurídicos[140].

Este procedimiento especial quedó desnaturalizado con la LOPJ de 1985 , que instauró un sistema clásico de doble instancia, con recurso de casación[141]. Perdida su razón de ser, había llegado el momento, vaticinado en la misma Exposición de Motivos de la Ley de 1951, en que la reforma de nuestras leyes de procedimiento lo hicieran innecesario. Aun así, pervivió, agonizante, hasta la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas CEE en materia de sociedades, que dio nueva redacción al art. 70, remitiendo la acción de impugnación a los cauces del juicio de menor cuantía, consagrado como procedimiento declarativo prototípico por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la LECiv[142].

---

[138] SSTS de 11 de mayo de 1956, 30 de abril de 1971, 7 de enero de 1976.

[139] SSTS de 14 de febrero de 1968, 17 de noviembre de 1972, 23 de marzo de 1974, 30 de marzo de 1978, 22 de junio de 1979, 31 de julio de 1997.

[140] SÁNCHEZ CALERO, F., "Artículo 143", *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, edit. Revista de Derecho Privado. T. IV, Madrid, 1994, p. 532.

[141] Disposición Adicional 8ª de la LOPJ (en su redacción original): *"1. La competencia para tramitar y decidir en primera instancia los procesos civiles sobre impugnación de acuerdos sociales establecidos en la Ley de 17 de julio de 1951, sobre régimen jurídico de las Sociedades Anónimas, y en la Ley 52/1974, de 19 de diciembre, General de Cooperativas, así como los que versen sobre nulidad de registro de cualquiera de las modalidades de la Propiedad Industrial a que se refiere la Real Orden de 30 de abril de 1930, por la que se aprueba el texto refundido del Real Decreto Ley de 26 de julio de 1929, sobre Propiedad Industrial, quedará en todo caso atribuida a los Jueces de Primera Instancia que resulten competentes con arreglo a las mismas disposiciones. 2. Sus resoluciones serán apelables para ante la Sala competente, cuyas sentencias serán, a su vez, susceptibles de recurso de casación cuando ello proceda conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil."*

[142] En virtud del art. 484 LECiv 1881, el procedimiento de menor cuantía absorbía, amén de las acciones de filiación, paternidad, maternidad, capacidad y estado civil, las de cuantía determinada entre 500.000 y 100 millones de pesetas, las de cuantía inestimable y cualesquiera otras para las que no se dispusiera otra cosa.

3. LA LEY DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA DE 1953.

La Ley de 17 de julio de 1953, sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, partiendo del ingenuo postulado de que en este tipo social "no existe problema de defensa de minorías" (E.M. IV), optó, entre los diversos sistemas que ofrecía la experiencia comparada, por configurar la junta como órgano eventual de formación de la voluntad social, de forma tal que, salvo que el número de socios excediera de quince o así lo exigiera la escritura, el acuerdo podía adoptarse por correspondencia postal o telegráfica o por cualquier otro medio que garantizara la autenticidad de la voluntad declarada (art. 14)[143]. La voluntad de los socios, así expresada por mayoría, regía la vida social, y los minoritarios no tenían más tutela que la necesaria expresión del orden del día en la convocatoria (art. 15) y el derecho a examinar, en la época y durante el plazo señalados en la escritura social, las cuentas y el balance de cada ejercicio (art. 27), posibilidad de examen que agotaba el derecho de información.

En la escritura de constitución debía expresarse *"[l]a forma de deliberar y tomar acuerdos la Junta de socios y la forma de convocarla y constituirla, en el supuesto de que exista, o en caso contrario, la forma de tomar acuerdos por escrito"* y salvo disposición en contra de la escritura se entendía concurrente la mayoría cuando votara a favor del acuerdo un número de socios que representara más de la mitad del capital social (art. 14, pár. 3).

La convocatoria de la junta había de hacerse por los administradores *"con la antelación y en la forma que prevea la escritura social"* y ante su inacción se concedía,

[143] La exposición de motivos, innominada, explica que, aunque en materia de fundación no se vaciló en seguir los postulados de la LSA de 1951, *"por entender que la identidad de los problemas exigía identidad de soluciones"* [E.M. III] *(…) "[e]n cuanto al carácter de la Junta general, se ha seguido un criterio intermedio de entre los varios ofrecidos por el Derecho comparado. Parece lógico que cuando la Sociedad de Responsabilidad Limitada, como muchas veces ocurre en la práctica, sea una sociedad de pocos socios, ligados entre sí por vínculo de parentesco o de confianza, no se exija la Junta general como cauce de formación de la voluntad social. Por lo demás, los fundadores tienen amplia libertad, tanto para prevenir lo que estimen oportuno en ese punto, como para regular la formación de mayorías. Se ha estimado que aquí no existe problema de defensa de minorías, a diferencia de lo que ocurre en la Sociedad Anónima. A pesar de todo, se ha creído conveniente trasplantar del régimen de ésta algunas normas de garantía."* [E.M. IV].

como derecho de minoría, concretado en la cuarta parte del capital social, la posibilidad de instar al órgano de administración para que procediera a convocarla *"necesariamente".*

Los administradores debían formar, en el plazo de cinco meses a partir del cierre del ejercicio social, el balance, con la cuenta de pérdidas y ganancias y la propuesta de distribución de beneficios, los cuales debían ser aprobados por mayoría simple (art. 27).

La contabilidad había de reflejar con claridad y exactitud la situación patrimonial de la sociedad y los beneficios o pérdidas, de modo que de la lectura del balance y la cuenta de pérdidas y ganancias pudieran los socios obtener una representación exacta de la situación económica de la compañía y del curso de sus negocios (art. 26, pár. 2º).

Se proclamaba asimismo el derecho a los beneficios repartibles en la proporción correspondiente al capital social, sancionando con nulidad todo pacto en contra (art. 29)[144].

En materia de impugnación, no hizo sino abandonarse al régimen del Código de Comercio (*cfr.* Disposición Final Primera), lo que llevó la doctrina, incluso, a la negación del procedimiento especial del art. 70 a las juntas de las limitadas[145].

[144] El propio art. 29 salvaba de la nulidad, por reenvío al art. 10, los supuestos de pacto escriturario de prestaciones accesorias con cargo a beneficios.

[145] GARRIGUES DÍEZ-CAÑABATE, J., *Curso de Derecho Mercantil*, T. II, 7ª edit. , 1976, p. 465; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, vol. II, 1978, p. 200; DE SOLÁ CAÑIZARES, F., *La sociedad de responsabilidad limitada en el nuevo Derecho español*, Madrid, 1954, p. 135; VELASCO ALONSO, Á., *La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, 3ª edit., Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1981, p. 158; CARLÓN SÁNCHEZ, L., "Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial, Motos, M., y Albaladejo M. (dirs.), t. XXIII, Edersa, Madrid, 1984, p. 178.

CAPÍTULO III. LAS REFORMAS CONTEMPORÁNEAS.

SUMARIO: 1.- LAS REFORMAS DE LOS REGÍMENES DE ANÓNIMAS Y LIMITADAS. 1.1.- EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS DE 1989. 1.2.- LA LEY 2/1995, DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. 2.- EL DERECHO PREVIO A LA REFUNDICIÓN DE ANÓNIMAS Y LIMITADAS. 2.1.- LA PROPUESTA DE CÓDIGO DE SOCIEDADES MERCANTILES. 2.2.- LA LEY DE "TRANSPARENCIA": 26/2003. 2.3.- LA LEY 19/2005. 3.- EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL. 3.1.- LA REDACCIÓN ORIGINAL. 3.2.- LA LEY 25/2011. 3.3.- LEY 1/2012. 3.4.- LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL. 3.5.- LA LEY 31/2014. 3.6.- LA LEY 5/2021.

1. LAS REFORMAS DE LOS REGÍMENES DE ANÓNIMAS Y LIMITADAS.

1.1. EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS DE 1989.

El Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, hizo suyas las novedades incorporadas en la impugnación de acuerdos sociales de la junta general por la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE.

El Texto Refundido dedicó a la esta materia la sección 2ª del Capítulo V, dentro de las disposiciones relativas a la junta e hizo explícita, en carne normativa, la distinción entre acuerdos nulos, por infracción legal, y meramente anulables, por contravención estatutaria o lesividad al interés social. La fórmula del interés social experimentó una ligera variación, a fin de dar cabida a los acuerdos lesivos que beneficiaran tanto a los accionistas como a los terceros[146], cubriendo así los acuerdos colusorios que escapaban a la antigua Ley[147].

---

[146] Art. 115. *Acuerdos impugnables. 1. Podrán ser impugnados los acuerdos de las Juntas que sean contrarios a la Ley, se opongan a los Estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad. 2. Serán nulos los acuerdos contrarios a la Ley. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables. (…)"*

[147] MUÑOZ PLANAS J.Mª., en URÍA, MENENDEZ y MUÑOZ PLANAS, *op. cit.,* p. 337.

Las dos novedades más sobresalientes de las leyes de reforma y refundición de 1989, al parecer de la doctrina[148], fueron:

(i) La conversión de las causas de nulidad en mera anulabilidad desde el plano de la impugnación, todas ellas sujeta a un plazo de caducidad[149], pero de duración variable, anual en el caso de los acuerdos nulos —salvo afectación al orden público, en cuyo caso la acción ni caduca ni prescribe—, de cuarenta días en los anulables (art. 116. 1 y 2); y

(ii) La exclusión de la impugnación cuando el acuerdo social *"haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro"* (art. 115.3).

Con la sumisión a caducidad de la acción declarativa de nulidad se ponía fin a la situación de inseguridad creada por la indefinida amenaza de acciones impugnatorias, incluso por infracciones legales de escasa entidad, que ya habían llevado a alguna sentencia aislada a restringir la nulidad de pleno derecho a la sustantividad del acuerdo y no a los ritos o formalidades que precedieran a su adopción[150], y a la doctrina[151] a postular, con apoyo en el derecho comparado, la

[148] *Ibidem,* p. 309.

[149] En cuanto plazo de caducidad, apreciable de oficio (SSTS de 23 de noviembre de 1970, 15 de junio de 1972 y 2 de enero y 22 de mayo de 1990) y no susceptible de interrupción.

[150] La STS de 21 de mayo de 1965 advertía, con carácter general, que *"al referirse el texto legal a la impugnación de los "acuerdos sociales", no cabe duda que contempla ante todo la procedencia y efectos de los mismos, desde un punto de vista "intrínseco", pero no excluye las cuestiones, referentes a su validez, por motivos "extrínsecos" que en cada caso ha de ser apreciada, según la índole y gravedad de los defectos denunciados, labor que ha de quedar encomendada en cada caso a la pericia y prudencia de los Tribunales, sin posible fijación de normas previas concretas aunque es obvio que los defectos extrínsecos tendrán influencia decisiva en la impugnación del acuerdo, si se falta a algún trámite o requisito esenciales o que la ley imponga bajo sanción expresa de nulidad o aun sin ello, cuando afecten de visiblemente a la legal constitución de la Junta, falsedad en sus resultados, o éstos se obtengan con vulneración o desconocimiento inexcusable de los derechos de "información" y "determinación", tal y como se establecen en la ley, ya que la garantía de éstos, no puede ser otra que la eficacia del derecho de "impugnación", que en definitiva los presupone y, ampara."* Más concretamente, la STS de 3 de julio de 1967 confirma la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 31 de diciembre de 1965, *"pues la postura del Tribunal, estimando que la posibilidad de acudir al juicio ordinario, una vez transcurridos los cuarenta días siguientes a la adopción del acuerdo, se refiere a la propia sustantividad de éste y no a los ritos y formalidades que precedan a su adopción, es, al menos en principio, correcta, so pena de dejar los acuerdos sociales, sean o no contrarios, por su propia esencia, a los preceptos legales, sin la debida firmeza, ante la posibilidad de alegar vicios o defectos de forma con carácter indefinido y después de transcurrir el holgado lapso de tiempo que la ley concede para que, judicialmente, pueda ser examinada su concurrencia y repercusión".*

[151] URÍA GONZÁLEZ, R., *Comentario…, op. cit.,* T. I, pp. 755 y 756.

fijación de un plazo determinado para hacer valer la nulidad y la posibilidad de sustitución del acuerdo impugnable por otro que no lo fuera.

Despojada la nulidad radical de los atributos de imprescriptibilidad (en sentido lato) e imposibilidad de confirmación sanatoria, la normativa societaria comenzaba a dejar atrás las servidumbres de la distinción civil entre nulidad y anulabilidad, sin atreverse a abandonarla por entero. La ley, no obstante, deja a salvo un reducto de imprescriptibilidad, cuando el acuerdo resultara contrario al orden público, concepto indeterminado que, según la primera jurisprudencia (STS de 18 de mayo de 2000), *"generalmente se aplica a acuerdos, convenios o negocios que suponen un ataque a la protección de los accionistas ausentes, a los accionistas minoritarios e incluso a terceros, pero siempre con una finalidad, la de privarles de la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 de la Constitución española".*

El Texto Refundido retocó asimismo el *dies a quo* del plazo de caducidad cuando el acuerdo fuera inscribible, que ya no sería la fecha de la inscripción, sino la de la publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, que es cuando el acuerdo trasciende potencialmente al conocimiento de terceros, salvo que medie conocimiento previo por otro medio[152].

La distinción entre acuerdos nulos y anulables permeaba igualmente el aspecto legitimatorio, ampliando el círculo dibujado por la Ley de 1951 a los terceros que acreditasen interés legítimo (*suficiente*, decía el Anteproyecto de 1947) en los acuerdos nulos, y a los administradores, para los anulables.

---

[152] La STS de 3 de abril de 2003 matiza el *dies a quo* en el caso de acuerdos inscribibles, cuando conste acreditado el previo conocimiento del socio impugnante, en ese caso a través de una notificación del acuerdo por conducto notarial, en cuyo caso debe iniciarse el cómputo desde el momento en que se acredite que el actor conoció exactamente el acuerdo: *"Por ello, no se puede mantener dicha tesis casacional, como es el empezar a contar dicho plazo a partir de la inscripción en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, ya que el "dies a quo" en el presente caso se ha de contar desde el momento en que se acredite que el actor conoció exactamente el acuerdo por notificación fehaciente y exacta, pues ya no hace falta esperar a la inscripción en el Boletín Oficial de dicho acuerdo.*
Se dice lo anterior, porque esa espera indicaría una situación redundante y además establecería un periodo de inseguridad jurídica inaceptable. Sobre todo, cuando dicha inscripción va dirigida a terceros que no han tenido la oportunidad de conocer los acuerdos sociales; situación en la que no se encuentra el actual impugnante que es un socio y que ha tenido noticia fiel de los acuerdos. En resumen, que nos encontramos en el caso específico de abuso de la prescripción".

En el orden procesal, más allá de la entronización del menor cuantía, el Texto Refundido se limitó a reproducir las previsiones de la Ley 19/1989 en orden a la acumulación[153] y la práctica de pericial contable[154].

La posibilidad de suspensión del acuerdo impugnado se mantuvo en similares términos a la Ley de 1951, si bien con una sensible minoración del porcentaje de capital exigido para instarla (de una quinta parte a un cinco por ciento), reducción de plazos y un doble cauce para su resolución: la comparecencia previa del menor cuantía si no hay peligro en el retardo, y el procedimiento incidental en otro caso. La suspensión del acuerdo no agotaba el elenco de medidas cautelares, pues el art. 121 contemplaba la anotación preventiva de la demanda y del auto acordando la suspensión, que se cancelarían cuando la demanda se desestimara por sentencia firme, mediara desistimiento o hubiera tenido lugar la caducidad de la instancia.

Pero la mayor innovación se hallaba en el párrafo segundo del art. 115.3. Tras anunciar —con clara inspiración en el *Codice Civile* de 1942 y en el § 244 de la *Aktiengesetz* de 1965— que no procederá la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro, se añade que *"[s]i fuere posible eliminar la causa de impugnación, el Juez otorgará un plazo razonable para que aquélla pueda ser subsanada".* Esto es, si el acuerdo susceptible de ser impugnado se dejaba sin efecto antes de la demanda, el proceso carecía de objeto (y el actor, por ende, de acción); y si la subsanación tenía lugar con el proceso en marcha, el juez debía conceder un plazo para la subsanación, pasado el cual el

---

[153] Art. 119.2. *"Todas las impugnaciones basadas en causa de anulabilidad que tengan por objeto un mismo acuerdo se sustanciarán y decidirán en un solo proceso. A tal fin, en los lugares donde hubiere más de un Juzgado de Primera Instancia, las demandas que se presenten con posterioridad a otra se repartirán al Juez que conociere la primera. El Juzgado, sea o no único en el lugar, no dará curso a ninguna demanda de impugnación hasta transcurrido el plazo de caducidad señalado en el apartado segundo del artículo 116. Las impugnaciones basadas en causas de nulidad que se ejercitaren dentro del plazo de caducidad de las impugnaciones de acuerdos anulables se acumularán a éstas según las reglas anteriores. En los demás casos, se estará a lo dispuesto por la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre la acumulación de autos".*

[154] Art. 119.3. *"Si entre las pruebas admitidas figurara la pericial contable, el Juez podrá otorgar un plazo extraordinario de prueba, que en ningún caso será superior a dos meses".*

proceso debía archivarse por falta de objeto, si bien imputando las costas a la sociedad[155].

El art. 122 disciplinaba los efectos de la sentencia estimatoria, reproduciendo el art. 68 de la LSA, pero regulando al propio tiempo su acceso al Registro Mercantil, la cancelación de la inscripción del acuerdo anulado y la de los asientos posteriores que resultaran contradictorios con ella.

Especial referencia merece el tratamiento del derecho de información, que, como veremos, ha experimentado un doble movimiento de signo inverso, primeramente, de expansión en cuanto a su contenido, y, con la Ley 31/2014, de fuerte y brusca contracción en cuanto a su relevancia como causa de impugnación.

En los años que median entre la LSA de 1951 y el TRLSA la información pasa de ser un derecho individual del accionista, de ejercicio interno, a un deber de la sociedad de carácter general y de proyección externa, no tanto hacia el socio actual, sino hacia el socio potencial, los acreedores o la economía nacional[156]; un deber que desborda el cuadro de las relaciones socio-sociedad para proyectarse sobre la esfera económica, mercantil e industrial en que la sociedad se desenvuelve.[157]

Lo que era, decía URÍA[158], "válido y suficiente" con la Ley de 1951 dejó de serlo con el paso del tiempo. El proceso de concentración económica trajo consigo sociedades de mayor tamaño en el que el número de socios pasó a ser inversamente proporcional a su participación en la sociedad; la dispersión en la propiedad, fruto de la dejadez de los accionistas, supuso el paso de la concepción democrática propia del liberalismo decimonónico a una estructura oligárquica en que el poder tiende a concentrarse en el órgano de administración en detrimento de la junta general[159].

---

[155] MUÑOZ PLANAS J.Mª., en URÍA, MENENDEZ y MUÑOZ PLANAS, *op. cit.,* p. 328.

[156] URÍA GONZÁLEZ, R., *La información del accionista …,* pp. 55 y 75 y más tarde en URIA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J.Mª., "Arts. 115 a 122", pp. 242 y 243.

[157] POLO DÍEZ, A., "Derecho del accionista a la información", Boletín Financiero del Servicio de Estudios de la Bolsa de Barcelona, diciembre de 1962, p. 12.

[158] URÍA GONZÁLEZ, R., *La información del accionista …,* p. 53.

[159] URÍA GONZÁLEZ, R., *op. cit.,* p. 58.

Esa proyección externa de la información, tímida al principio tanto en el campo contable[160] como en el bursátil[161], fue creciendo al calor del derecho comunitario[162], para culminar, una vez incorporado nuestro país a la CEE, con la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas[163], la Ley 24/1988, de 28 de julio,

[160] El Plan General de Contabilidad introducido por el Decreto de 22 de febrero de 1973 era de *"aplicación voluntaria para las Empresas hasta tanto que por el Gobierno no se disponga otra cosa" (*Artículo Segundo). El Gobierno se justificaba afirmando que *"[n]o obstante las indudables ventajas que llevará aparejedas, en todo caso, la implantación del Plan, se ha preferido dar un carácter facultativo a su adopción por las Empresas, dejando, de momento, que sea la propia convicción de una conveniencia técnica la que paulatinamente vaya operando la aplicación del mismo (...)".* No obstante esa vocación primaria de voluntariedad, el Plan —en palabras del Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el que fue conocido como PGC de 1991— *"llevaba en sí mismo la idea de una aplicación obligatoria y gradual"*, hasta el punto de que por Real Decreto-ley 15/1977, de 25 de febrero, se autorizó al Gobierno para *"implantar de forma progresiva y con carácter obligatorio el Plan General de Contabilidad".*

[161] GIRÓN TENA, J., "Sociedades y Bolsa", en Coloquio de Derecho Bursátil, Bilbao, 1970, pp. 103 a 105, no dudó en calificar de "demasiado modestas" las medidas informativas instauradas por el Reglamento de Bolsas de 30 de junio de 1967, luego ampliadas por los Reales Decretos de 5 de septiembre de 1980 y 4 de abril de 1986 y diversas Órdenes Ministeriales dictadas en su desarrollo (Oo. de 17 de noviembre de 1981, 17 de julio de 1984, 26 de septiembre de 1986 y 18 de enero de 1991), tras ponerse de manifiesto las múltiples carencias de este mercado por la Comisión para el estudio del Mercado de Valores en su Informe de 1978.

[162] Las iniciativas comunitarias afectaron tanto al ámbito contable como al bursátil. En el primero procede destacar la Cuarta Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad, y la Séptima Directiva 83/349/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1983, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado, relativa a las cuentas consolidadas.
En materia bursátil son de cita obligada la Directiva 79/279/CEE del Consejo, de 5 de marzo de 1979, sobre coordinación de las condiciones de admisión de valores mobiliarios y a cotización oficial en una bolsa de valores; Directiva 80/390/CEE del Consejo, de 27 de marzo de 1980, sobre la coordinación de las condiciones de elaboración, control y difusión, del prospecto que se publicará para la admisión de valores mobiliarios a la cotización oficial en una bolsa de valores; Directiva 82/148/CEE del Consejo, de 3 de marzo de 1982, por la que se modifican la Directiva 79/279/CEE sobre coordinación de las condiciones de admisión de valores mobiliarios a cotización oficial en una bolsa de valores y la Directiva 80/390/CEE sobre coordinación de las condiciones de establecimiento, control y difusión del folleto que debe publicarse para la admisión de valores mobiliarios a cotización oficial en una bolsa de valores; y la Directiva 88/627/CEE del Consejo de 12 de diciembre de 1988 sobre las informaciones que han de publicarse en el momento de la adquisición y de la cesión de una participación importante en una sociedad cotizada en bolsa.

[163] La Ley, en su preámbulo, destaca que la transparencia en la información económico-contable de la empresa es un elemento consustancial al sistema de economía de mercado, recogido en el artículo 38 de la Constitución, y aunque en España el proceso de revisión de cuentas no ha sido ajeno a la actividad empresarial y a él se refieren tanto el Código de Comercio como la Ley de Sociedades Anónimas, el propio desarrollo empresarial y las normas comunitarias (en especial la Octava Directiva 84/253/CEE, del Consejo, de 10 de abril de 1984, relativa a la autorización de las personas encargadas del contro legal de documentos contables) han puesto de manifiesto la necesidad de regular de manera específica la auditoría de cuentas, permitiendo, al tiempo, cubrir un relativo vacío legal existente en nuestro ordenamiento jurídico y equiparar las empresas españolas a las empresas de la CEE.
La Ley, además, crea (Disposición adicional segunda.2) el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, como organismo autónomo adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda, y advierte (Disposición transitoria tercera) que hasta tanto se efectúe la reforma parcial de la legislación

del Mercado de Valores[164] y el proceso de adaptación, reforma y refundición del régimen de anónimas de 1989[165].

Esta expansión del derecho de información, de lenta perfusión en el cuerpo normativo, ya se aprecia en la versión original del Texto Refundido. Aunque aparentemente se limitara a reproducir el art. 65 de la Ley de 1951, con la sola diferencia de la supresión del término "desembolsado" como referencia del capital cuya cuarta parte impedía al presidente de la junta activar la excepción del "perjuicio del interés social", lo cierto es que el caudal de información se multiplicó[166]:

---

mercantil —que ya anuncia— para su adaptación a las directivas de la CEE en materia de Sociedades, se considerarán como principios y normas contables de obligada utilización los contenidos en el Código de Comercio y en la restante legislación mercantil y los establecidos en el Plan General de Contabilidad.

[164] La Ley responde a una necesidad de reforma global del mercado de valores tantas veces repetida como parcial y limitadamente atendida. Pretende (i) abordar los problemas asociados con la legislación vigente, (ii) dotar al ordenamiento del mercado de valores de una cohenerencia interna de la que carece y (iii) potenciar nuestro mercado de valores de cara a la anunciada creación en 1992 de un mercado de valores europeo. Para ello crea la Comisión Nacional del Mercado de Valores, como entidad de derecho público a la que encomienda la supervisión e inspección de ese mercado, e instituye un mercado de valores único, pero integrado por tres categorías de mercados secundarios oficiales: a) las Bolsas de Valores existentes en cada momento; b) el Mercado de Deuda Pública representada mediante anotaciones en cuenta, y, c) otros mercados secundarios oficiales a los que el Gobierno pueda otorgar dicha condición.

[165] La reforma, de gran calado, modifica, entre otros aspectos, las disposiciones del Código de Comercio sobre los libros de los empresarios (arts. 25 a 33), cuentas anuales (arts. 34 a 41) y cuentas de los grupos de sociedades (arts. 42 a 49). Pero es la LSA de 1951 la más afectada, hasta el punto de que se autorizó al Gobierno a elaborar un texto refundido en un plazo de un año que ni llegó a agotar, promulgándose el Real Decreto Legislativo aún antes (22 de diciembre de 1989) que entrara en vigor la propia Ley 19/1989 (que debía hacerlo el 1 de enero de 1990, *cfr.* Disposiciones Finales Primera y Tercera, fecha misma de entrada en vigor del TRLSA). La obligación de someter a auditoría las cuentas anuales (excusión hecha de las sociedades con balance abreviado, art. 109) se difiere por la Ley 19/1989 (Disposición Final Tercera.2) a los ejercicios con fecha de cierre posterior al 30 de junio de 1990, declarando expresamente en vigor hasta entonces el sistema de censura de cuentas del art. 108 LSA de 1951. Con la venida del Texto Refundido se deroga expresamente la LSA de 1951 (Disposición Derogatoria.1) y se encomienda al Gobierno para que apruebe un nuevo PGC (que vendría a ser el de 1991) que sustituya, ya con carácter imperativo, al de 1973 (*vid.* nota 160).

[166] Además de la información instrumental a la junta ordinaria y de la modificación de estatutos, el aumento de capital con aportaciones no dinerarias imponía la puesta a disposición del accionista, al tiempo de la convocatoria, de un informe de los administradores describiendo con detalle las aportaciones proyectadas, las personas que hubieran de efectuarlas, el número y valor nominal de las acciones a entregar y las garantías adoptadas según la naturaleza de los bienes en que la aportación consistiera (art. 155), garantías que se complementaban con la valoración de las aportaciones por uno o varios expertos independientes designados por el Registrador Mercantil (art. 38). Si el contravalor del aumento eran créditos compensables, al tiempo de la convocatoria de la Junta debía ponerse a disposición de los accionistas una certificación de auditor de cuentas acreditativa de la exactitud de los datos ofrecidos por los Administradores sobre los créditos en

(i) A partir de la convocatoria de la junta cualquier accionista podía obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que habían de ser sometidos a su aprobación y, en su caso, el informe de auditoría, derecho que había de hacerse constar en el texto de la convocatoria (art. 212);

(ii) La modificación de los estatutos exigía un informe escrito con la justificación de la misma, la expresión en la convocatoria con la debida claridad los extremos que hubieran de modificarse y el anuncio del derecho individual de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y del informe sobre la misma y de pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos (art. 144);

El legislador, finalmente, aprovechó la oportunidad de la refundición para colmar una laguna normativa que solo la flexibilidad de la jurisprudencia había permitido soportar durante casi cuatro décadas: la impugnación de los acuerdos del consejo de administración.

La primera referencia a la impugnación de los acuerdos del consejo en un texto con vocación legal, por más que nonato, la hallamos en el Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas elaborado por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación el 30 de mayo de 1979. Partidario del sistema dualista, en su art. 124 contemplaba la impugnabilidad de los acuerdos tanto de la Dirección cuanto del Consejo de Vigilancia *"cuando sean contrarios a la Ley, al orden público, a las buenas costumbres, o se opongan a los estatutos sociales",* reconociendo legitimación a los administradores respecto del órgano al que perteneciesen, a los accionistas cuyas acciones representasen al menos el cinco por ciento del capital y

cuestión (art. 156); y si se proyectaba con cargo a reservas, un balance aprobado y auditado, referido a una fecha comprendida dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al acuerdo de aumento del capital (art. 157). En la reducción de capital para compensación de pérdidas o dotación de la reserva legal, el balance que sirviera de base a la operación debía estar aprobado por la Junta general, previa su verificación por auditor de cuentas, y tanto en el acuerdo de la Junta como en el anuncio público del mismo debía hacerse constar expresamente la finalidad de la reducción (art. 169.2). La información, interna y externa, también se exacerba en las ofertas de suscripción preferente de acciones y en las operaciones de modificación estructural.

a los miembros del Consejo de Vigilancia frente a los acuerdos de la Dirección. El procedimiento de impugnación era común para acuerdos de la junta (art. 87) y de los órganos de administración, si bien el art. 124.III (que remitía a aquél), preveía la suspensión del acuerdo impugnado, a solicitud del demandante, siempre que prestare caución de los eventuales perjuicios que la misma pudiere causar a la sociedad. El plazo de impugnación —treinta días— era común para todos los legitimados, variando el *dies a quo*: la adopción del acuerdo en el caso de los administradores, el mero conocimiento para los accionistas, siempre que no hubiese transcurrido un año desde la adopción, que operaba como límite temporal absoluto.

El Texto Refundido adopta para sí alguno de estos postulados, adoptando la división entre nulos y anulables, que aquí pierde gran parte de su significado por la unificación del plazo de caducidad y de la legitimación; en cuanto a su tramitación se remitía a lo establecido para la junta general[167].

1.2. LA LEY 2/1995, DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

Al terreno, yermo, de la sociedad limitada, puso fin la reforma del art. 15 de la LSL de 1953 por la Ley 25/1989, extendiendo a *"los acuerdos sociales, hayan sido o no adoptados en junta general de socios"*, el régimen de impugnación de la junta general de accionistas[168]. La técnica del reenvío se reproduce en la Ley 2/1995, de

[167] Art. 143.*"1. Los administradores podrán impugnar los acuerdos nulos y anulables del Consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración, en el plazo de treinta días desde su adopción. Igualmente podrán impugnar tales acuerdos los accionistas que representen el 5 por 100 del capital social, en el plazo de treinta días desde que tuvieren conocimiento de los mismos, siempre que no hubiere transcurrido un año desde su adopción. 2. La impugnación se tramitará conforme a lo establecido para la impugnación de los acuerdos de la Junta general."*

[168] El artículo Undécimo de la Ley 25/1989 dio nueva redacción, entre otros, al art. 15, disciplinando la forma de convocatoria, el deber de hacerlo a instancia de una décima parte del capital social, la junta universal y el régimen de impugnación.

23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, así para la junta[169] como para el consejo[170].

La Exposición de Motivos de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, allí donde su homónima de 1953 no percibía problema de defensa de minorías, constataba que *"el riesgo de conflicto entre mayoría y minoría es inversamente proporcional a las dimensiones de la empresa"*. Precisamente por ello procedió a reducir el porcentaje de acceso a los derechos de minoría, a la vez que reconoció *"nuevos derechos a la minoría como el del examen de la contabilidad, con todos sus antecedentes, que es independiente del derecho de información del socio, concebido este último en términos semejantes al derecho de información del accionista".*

El precepto relativo al derecho de información se adoptó del Texto Refundido de anónimas, sin más modificaciones que *(i)* la discrecionalidad del órgano de administración en la forma de evacuarlo (*"en forma oral o escrita de acuerdo con el momento y la naturaleza de la información solicitada")* y *(ii)* la apreciación del perjuicio al interés social, que se reservó al criterio del *propio órgano* (se entiende de administración, que es el obligado a facilitar la información), y no del *presidente,* que, a falta de mayor especificidad en la LSA y TRLSA, venía entendiéndose lo era de la junta, y no de un eventual consejo [171].

---

[169] Artículo 56. *Impugnación de los acuerdos de la Junta General. La impugnación de los acuerdos de la Junta General se regirá por lo establecido para la impugnación de los acuerdos de la Junta General de accionistas en la Ley de Sociedades Anónimas.*

[170] Artículo 70. *Impugnación de acuerdos. 1. Los administradores podrán impugnar los acuerdos nulos y anulables del Consejo de Administración en el plazo de treinta días desde su adopción. Igualmente podrán impugnar tales acuerdos los socios que representen el cinco por ciento del capital social en el plazo de treinta días desde que tuvieron conocimiento de los mismos y siempre que no haya transcurrido un año desde su adopción. 2. La impugnación se tramitará conforme a lo establecido para la impugnación de los acuerdos de la Junta General de accionistas en la Ley de Sociedades Anónimas.*

[171] Con la limitada excepción de la STS de 8 de abril de 1962 (que habla de presidente del Consejo), la jurisprudencia (ss. de 5 de marzo de 1966, 7 de octubre de 1985, 12 de diciembre de 2003) no dudaba, como tampoco la doctrina, que la competencia era del presidente de la junta (por más que ambos cargos pudieran converger en la misma persona, por aplicación de las reglas de los arts. 110 TRLSA —61 LSA de 1951— y 50 LSRL).

El avance normativo, como anunciaba la Exposición de Motivos, no se hallaba ahí, sino en el derecho al examen documental; aquello que la Ley de 1951 reservó a los accionistas censores, con expresa prohibición de revelación particular al resto de socios, la LSRL lo elevó a categoría de derecho de minoría; a partir de la convocatoria y salvo previsión estatutaria en contra, el socio o socios que representaran al menos el cinco por ciento del capital podrían examinar en el domicilio social, por sí o en unión de experto contable, los documentos que sirvieran de soporte y de antecedente de las cuentas anuales (art. 86.2), sin que ello impidiera ni limitase el derecho de la minoría al nombramiento un auditor de cuentas con cargo a la sociedad (art. 86.3).

2. EL DERECHO PREVIO A LA REFUNDICIÓN DE ANÓNIMAS Y LIMITADAS.

Con el fin del siglo pasado, nuestro país se suma a un proceso transnacional[172] —no solo comunitario— de modernización del derecho de sociedades, fundamentalmente en el ámbito de las cotizadas, a fin de reforzar su transparencia. En España, este proceso de modernización parte de las recomendaciones contenidas en el "Código Olivencia" [173] (enero de 1998) y en el

[172] En su Exposición de Motivos se ponen de manifiesto las iniciativas comunitarias y nacionales de lo Estados miembros en materia de gobierno corporativo: Informe Winter en el ámbito comunitario, Informe Croome en Alemania, revisión de códigos de buen gobierno en Francia e Italia e Informes Higgs y Smith en el derecho británico.

[173] El Consejo de Ministros, en reunión de 28 de febrero de 1997, acordó la creación de una Comisión Especial para el estudio de un Código ético de los consejos de administración de las sociedades. El acuerdo tenía por contenido una doble encomienda: (i) la redacción de un Informe sobre la problemática de los consejos de administración de las sociedades que apelan a los mercados financieros; y (ii) la elaboración de un Código ético de buen gobierno de este tipo de sociedades, que sea de asunción voluntaria.

El examen del papel de la Junta General —reconoce el Código— desborda los límites del encargo recibido, pero la Comisión *"no puede ignorar una evidencia incontestable, y es que la efectividad de la Junta General de las sociedades cotizadas como instrumento de control y decisión está sujeta a muchas limitaciones estructurales"* (9.1, p. 51). El informe parte de la constatación de que en las sociedades cotizadas la Junta ha quedado reducida a una reunión protocolaria o rutinaria, debido a dos limitaciones estructurales que comprometen su eficacia como instrumento de control y decisión: la "apatía racional", fruto de que el coste de participar es superior al resultado esperado, y la "acción colectiva", que provoca que los esfuerzos e iniciativas individuales, por su dispersión, acaben redundando en provecho ajeno.

La Comisión expresa sus dudas acerca de la efectividad de la implantación de determinadas políticas de reactivación de la Junta, tales como la creación de comités de accionistas, la facilitación de

Informe Aldama[174] (enero de 2003), antecedentes próximos, a su vez, de la Ley 44/2002, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, y de la misma Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el TRLSA, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas.

2.1. LA PROPUESTA DE CÓDIGO DE SOCIEDADES MERCANTILES.

Entre todas estas iniciativas se inserta la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles (en adelante, PCSM), aprobada el 16 de mayo de 2002 por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación[175].

---

convocatorias a su instancia o las primas de asistencia, pero no descarta otras actuaciones como diseñar un mecanismo de delegación de voto más transparente, acentuar la comunicación de la sociedad con sus accionistas y estimular la actividad de los inversores institucionales, por ser los que más pueden contribuir al control de la gestión.

[174] El Informe de la Comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas, emitido el 8 de enero de 2003, es conocido en el mundo jurídico por el nombre de su presidente, D. Enrique de Aldama y Miñón. La Comisión comienza advirtiendo que sus función no es sustituir al legislador ni recortar la capacidad de autorregulación de las sociedades, pero sí *"proponer unas reflexiones sobre la situación, esclarecer el sentido del proceso de cambio en el que estamos insertos, y realizar determinadas sugerencias, señalando problemas y apuntando posibles soluciones, sin dogmatismo, en el tono y la manera de pautas prudentes en una materia de complejidad considerable y creciente y sometida a cambios continuos".* El Informe se divide en seis capítulos o secciones: I) Consideraciones generales; II) El principio de transparencia y el deber de informar; III) El principio de seguridad y el deber de lealtad. La responsabilidad de los administradores; IV) Los órganos de gobierno; V) Los prestadores de servicios profesionales; y VI) Alcance de las presentes recomendaciones. Limitándonos a aquellas partes que más directamente afectan a la materia de objeto de nuestro estudio, la Comisión propone potenciar el papel de la Junta, facilitando la representación del accionista y disciplinando la convocatoria, preparación, información, concurrencia, desarrollo y ejercicio de los derechos políticos a través de un reglamento. Para el Consejo se insiste en (i) el abandono de visiones cortoplacistas en pos de una defensa de la viabilidad de la empresa a largo plazo, (ii) el cumplimiento de los criterios de gobierno corporativo expresados de forma general a través de su propio reglamento y, periódicamente, en el informe anual, (iii) la definición de los deberes de lealtad y diligencia más allá de la parquedad del art. 127 TRLSA ("diligencia de un ordenado empresario y un representante leal"), en especial en el ámbito de los conflictos de interés; (iv) la distinción entre consejeros internos o ejecutivos y externos y, entre éstos, los dominicales e independientes; y (v) la constitución de comisiones especializadas en su seno (Ejecutiva o Delegada, Auditoría y Control, Nombramientos y Retribuciones, Estrategia e Inversiones).

[175] El 25 de febrero de 1994 se había constituido en el seno de la CGC, Sección de Derecho Mercantil, la Ponencia especial encargada de preparar el texto que sirviera de base para la elaboración del Código. La Ponencia estaba integrada por Fernando SÁNCHEZ CALERO, Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO. El texto fue aprobado por el Pleno de la Sección el 16 de mayo de 2002 y elevado al Ministerio de Justicia. En su largo proceso de gestación (1994—2002) se fue nutriendo de influencias de diverso signo, hasta el punto de que su objetivo inicial (la

La PCSM partía del establecimiento de unas disposiciones comunes en materia de acuerdos de la Junta (arts. 77 a 111), que se complementaban con especialidades para anónimas, limitadas y cotizadas. Entre las previsiones comunes destacaban:

(i) La institución como derecho de minoría (5% del capital social) del complemento de convocatoria, así en anónimas como en limitadas (art. 83.2);

(ii) La limitación del voto por escrito a las cuestiones que sean susceptibles de voto *simplemente* afirmativo o negativo (art. 91), con exclusión de las meramente deliberativas.

(iii) El mantenimiento de un distinto plazo de caducidad para acuerdos nulos (un año) y anulables (3 meses), así como la excepción de los acuerdos que por su causa o contenido atentaran contra el orden público (art. 105);

(iv) La legitimación de los socios para impugnar los acuerdos anulables se simplificaba, pasando de la fórmula trina del TRLSA (oposición, ausencia e ilegítima privación del voto) a la simple expresión del voto en contra (art. 106.2);

elaboración de una parte general del derecho de sociedades mercantiles, con mantenimiento de los tipos existentes y de su régimen jurídico) se magnificó hasta abrazar la elaboración de un régimen jurídico especial y sustantivo de las sociedades cotizadas y de los grupos de sociedades. En palabras de la Ponencia[175], *"[s]i bien al iniciar la tarea de elaboración del Código, la reforma del derecho de la sociedades mercantiles constituía meta que debía ser alcanzada medio plazo, el tiempo transcurrido desde entonces, de un lado, y los nuevos hechos acaecidos en los últimos tiempos, ha puesto de manifiesto la necesidad objetiva de un nuevo derecho."* Este grado de novedad fue, al tiempo, razón de su valor y de su fracaso. No obstante, su aportación al moderno derecho español de sociedades es indudable y su huella es apreciable en muchas de las reformas posteriores.

(v) La impugnación se sometía a los cauces del juicio ordinario, que habia venido a sustituir al menor cuantía como procedimiento tipo con la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil[176].

(vi) Se regulaba la cláusula estatutaria de arbitraje[177], bien de forma originaria o sobrevenida, sujeta en este último caso al acuerdo de todos los socios (art. 109).

En relación con el derecho de información, se mantenía la troncalidad[178] en cuanto a la forma y tiempo de la solicitud (por escrito con anterioridad a la Junta o verbalmente durante la misma) que ya adoptaran el TRLSA (art. 112) y la LSRL (art. 51), pero asumiendo de esta última la precisión en cuanto a su suministro (oral o escrita, de acuerdo con el momento y la naturaleza de la información solicitada).

Finalmente, para los acuerdos del consejo de administración, se replicaba el art. 143 TRLSA, sin más cambio que el plazo de impugnación de treinta días a un mes (art. 144).

En cotizadas, entre las novedades de la Propuesta[179] podemos destacar:

---

[176] La LECiv, a través de su Disposición final 3ª.1, había dado nueva redacción al art. 118 TRLSA, declarando al proceso ordinario como natural sucesor del menor cuantía, con el que guardaba una indisimulada semejanza.

[177] El art. 109 disponía que los estatutos *"podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros de Derecho, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una corporación o asociación".* A solicitud de persona legitimada el árbitro quedaba empoderado para acordar las medidas cautelares previstas en la LECiv, operando como supletoria, en lo restante, la Ley de Arbitraje.

[178] Donde sí divergía el régimen de anónimas (art. 255) y limitadas (art. 345) era en la configuración del límite del interés social como causa justificativa de la negativa a la publicidad, pues si bien en ambos tipos cedía ante la petición de la cuarta parte del capital, con posibilidad de reducción estatutaria, en anónimas debía ser superior en todo caso del cinco por ciento (art. 255.2).

[179] Los miembros de la Ponencia, convencidos de que la problemática específica de las sociedades cotizadas *"no puede ser satisfecha mediante la simple aplicación de las normas correspondientes"* a las sociedades anónimas y comanditarias por acciones, pretenden que el proyectado Código colme esa importante laguna mediante el establecimiento de una normativa especial de carácter sustantivo, imperativo y marcadamente privado, que conviva con el ámbito propio del derecho público, representado por la Ley del Mercado de Valores. A tal fin se dispone un Libro III, dedicado íntegramente a las sociedades cotizadas. En la Exposición de Motivos (V), tras resaltar que esas sociedades suelen estar controladas por minorías porcentualmente ínfimas, se juzga imprescindible

(i) La creación de un nuevo concepto de minoría, a través de un escalado de porcentajes decrecientes en función de la cuantía del capital social[180];

(ii) La regulación de los límites y publicidad de los pactos parasociales, en cuanto instrumentos especialmente aptos para construir y mantener en el tiempo las minorías de control[181].

"establecer los mecanismos necesarios para impedir que esas minorías de control administren el enorme patrimonio de la sociedad y los negocios sociales atendiendo más a su propio beneficio personal que al interés social".

[180] El art. 370 fija cuatro tramos de capital: de diez millones e inferior a cincuenta, un 4 %; el exceso, hasta quinientos, 2 %; de quinientos a mil, un 1 %; y más de mil, un 0'5 %.

[181] La PCSM dedica el titulo II del Libro V a los "pactos parasociales sujetos a publicidad", que restringe a aquellos que tengan por objeto el ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o qus restrinja o condicione la libre transmisibilidad de las acciones o de las obligaciones convertibles o canjeables. El pacto parasocial se sujeta a una doble publicidad: comunicación a la propia sociedad y a la CNMV y posterior depósito en pacto en el Registro Mercantil. La CNMV, una vez le haya sido efectuada la comunicación, puede conceder una dispensa temporal de publicidad (hacia la sociedad y hacia el Registro), cuando la misma pueda ocasionar un grave daño a la sociedad (art. 375). Entre tanto no tenga lugar la publicidad (para cuya realización se legitima a cualquiera de los firmantes, aunque el texto del pacto dispusiere otra cosa), el pacto no despliega efectos entre los firmantes, que podrán desligarse sin que le produzca perjuicio alguno (sería inoperativa una claúsula penal en contrario) mediante una simple comunicación por escrito a los demás (art. 372). El pacto se limita a tres años sucesivamente renovables, con posibilidad de denuncia unilateral con preaviso de 6 meses en caso de estipularse de forma indeterminada.

(iii) Se refuerza el régimen de convocatoria[182], organización[183], documentación[184], asistencia[185], representación[186] y voto[187].

(iv) El derecho de información se engríe, lo mismo en contenido[188] como en los sujetos obligados a prestarla[189], precisando el tiempo el tiempo de ejercicio y respuesta y revistiendo de garantías su denegación[190];

---

[182] La junta extraordinaria deberá ser convocada por el consejo de administración cuando lo solicite la minoría o la CNMV, con imperativa inclusión en el orden del día de los asuntos objeto de la solicitud (art. 386). Si no fuere atendida, la PCSM preveía la convocatoria judicial ante el juez de primera instancia del domicilio social (aún no se había procedido a la creación de los juzgados de lo mercantil).

[183] La PCSM regulaba con detalle la figura del presidente de la junta (art. 388), que debía recaer necesariamente en un consejero independiente, determinado en los estatutos o elegido de entre ellos. En los casos de convocatoria judicial el texto era aún más innovador, pues disponía que el juez designaría como presidente de la junta a un letrado de reconocido prestigio.

[184] El art. 391 establecía como forma necesaria de constancia de los acuerdos el acta notarial ("solo serán eficaces si constan en acta notarial…").

[185] Se concede *derecho* a un representante de la CNMV a asistir a "cualquier clase de junta general de sociedad cotizada" (art. 389) y el auditor tendrá el deber de asistir "personalmente" a la junta ordinaria y a aquellas otras en las que, al tiempo de la convocatoria, se hayan puesto a disposición de los socios informes o certificaciones de los que sea autor (art. 390).

[186] La PCSM dedicaba especial atención a la representación, en particular a la solicitud pública (arts. 401 a 406) y a las asociaciones de accionistas (sección 4ª, arts. 409 a 415). La representación debía conferirse con carácter especial para cada junta y podía ser total o parcial; en este último caso, se entendía que el titular se abstenía de participar en la votación (art. 408.1 *in fine*). Como rasgos más destacados de las asociaciones *(i)* se preveía un mínimo de 50 personas (100 en el actual art. 539 LSC), *(ii)* no podían formar parte quienes tuvieran una participación superior al 0'5% del capital con derecho de voto "de cualquier sociedad cotizada" [el art. 539.4 b) precisa que ese porcentaje debe referirse a la propia sociedad, *(iii)* las cuentas no estaban sujetas a auditoría obligatoria, *(iv)* la CNMV estaba obligada a facilitar, a cualquiera que lo solicitare (sin exigir un interés legítimo) y de forma gratuita, la relación de asociaciones de accionistas (art. 413) y *(v)* las asociaciones no podían recibir cantidad alguna [o ventaja patrimonial, añade el art. 539.4 d) II LSC] de "sociedades cotizadas" (el precepto vigente, con mejor técnica, restringe el origen de la remuneración a "la sociedad cotizada" en la que operen).

[187] Se admite el voto por correspondencia postal o electrónica (art. 391)

[188] Los informes o aclaraciones no se limitan a los asuntos comprendidos en el orden del día, sino que amplía su objeto a la información accesible al público que la sociedad hubiera facilitado a la CNMV desde la celebración de la última junta general y al informe del auditor (art. 394.1).

[189] La PCSM, como añadido al régimen de suministro de información por parte del consejo de administración, contemplaba el informe —facultativo— de su presidente, que debería tener lugar al inicio de la junta y constar como anejo al alta (art. 395). Del mismo modo, se concedía al representante del comité de empresa el derecho a informar a la junta (art. 396), pero con una doble limitación objetiva (solo sobre los asuntos comprendidos en el orden del día) y temporal (previa solicitud hasta el quinto dia anterior al previsto para la celebración de la junta en primera convocatoria).

(v) Dota de imperatividad a los "Códigos de conducta", elevando a norma con rango de ley la autorregulación que ya figuraba en los reglamentos internos del consejo de administración, complementada "con otras sugeridas por la atenta contemplación de la realidad" (E.M V.5), como la necesaria existencia -y en significativa proporción- de los consejeros independientes y de las comisiones de control y auditoría y de selección y retribución[191].

(vi) La impugnación de acuerdos del Consejo se somete a las reglas generales, no así los de la Junta, en que el art. 393 reduce la legitimación a la minoría, a las Asociaciones de accionistas y a la CNMV[192], adquiriendo la impugnación la consideración de hecho relevante.

2.2. LA LEY DE "TRANSPARENCIA": 26/2003.

El de 17 de julio se promulga la Ley 26/2003, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la tranaparencia de las sociedades anónimas.

Esta ley viene a dar cuerpo a la recomendación del Informe Aldama de un soporte normativo adicional que no dejara el cumplimiento a la libre y voluntaria determinación de la empresa afectada. Empero, la propia Ley de cuida de advertir

[190] El mecanismo denegatorio por perjuicio al interés social también varía en atención al tiempo de la solicitud; si fue previa, el informe razonado emitido por el consejo había de entregarse al presidente de la junta antes de su constitución; si coetánea, el informe se degradaba a mera manifestación (con razonamiento adecuado), del presidente del consejo al de la junta. A la vista del informe o de la manifestación, éste decidía si procedía o no suministrar la información, adquiriendo la negativa y sus razones la consideración de hecho relevante a efectos de la legislación del mercado de valores (art. 398).

[191] La de auditoría, ya creada por la Ley 44/ 2002.

[192] La posición de la CNMV se privilegia, de modo que su demanda (sin necesidad de petición de medida cautelar) se anota preventivamente en el Registro Mercantil y en ella puede solicitar (en forma de medida cautelar, se entiende) la suspensión del acuerdo impugnado (aps. 3 y 4, art. 393).

que sus propósitos no se agotan en el estrecho marco de las cotizadas, para las cuales diseña un nuevo Título X dentro de la LMV, sino que se traducen en la reforma de preceptos de aplicación general a todas las sociedades anónimas.

La Ley 26/2003 modifica la LMV y el TRLSA; a la primera remite lo relativo a los pactos parasociales y su publicidad[193], los reglamentos de junta[194] y consejo[195], el informe anual de gobierno corporativo[196] y los intrumentos de información[197], mientras que el Texto Refundido de anónimas da cobijo a la normativa común sobre ejercicio de voto, representación[198], derecho de información y deberes y responsabilidad de los administradores.

[193] El nuevo Capítulo II del Título X ("De los pactos parasociales sujetos a publicidad") no oculta su inspiración en la PCSM, que reproduce sin más recorte que la absoluta supresión del derecho de denuncia unilateral, ya causal —falta de publicidad—, ya acausal —duración indeterminada.

[194] Para las sociedades anónimas con acciones admitidas a negociación en un mercado oficial de valores, se dispone con carácter preceptivo la aprobación de un reglamento específico para la junta general, en la que deberán contemplarse todas aquellas materias que atañen a la misma, con obligación de comunicación a la CNMV e inscripción registral.

[195] La ley encomienda al propio consejo dotarse de un reglamento de régimen interno y funcionamiento, tendente a garantizar la mejor administración de la sociedad, y sjeto a la misma publicidad que el relativo a la junta.

[196] Las sociedades anónimas cotizadas deberán hacer público con carácter anual un informe de gobierno corporativo, que deberá comunicarse a la CNMV y publicarse como hecho relevante. La ley detalla su contenido mínimo: *a)* Estructura de la sociedad; *b)* Estructura de la administración; *c)* Operaciones vinculadas e intragrupo; *d)* Sistemas de control de riesgo; *e)* Funcionamiento de la junta general; y *f)* Grado de seguimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo o, en su caso, la explicación de la falta de seguimiento, conforme al principio "cumplir o explicar" que ya hiciera suyo el Informe Aldama.

[197] El art. 117 LMV obliga a las sociedades cotizadas a facilitar información a sus accionistas por cualquier medio técnico, informático o telemático, sin perjuicio del derecho individual del accionista para solicitarla de forma impresa. Con ese fin se impone asimismo la creación de una página web para atender el ejercicio de este derecho y para difundir la información relevante.

[198] Las modificaciones relativas al voto se articulan mediante el añadido de sendos apartados al art. 105 (4 y 5) y la reforma del apartado segundo del art. 106. El apartado 4 permite, de conformidad con la previsión estatutaria, la delegación o ejercicio del voto mediante correspondencia postal, electrónica o cualquier otro medio de comunicación a distancia, siempre que se garantice debidamente la identidad del socio. El apartado 5 se cuida de advertir que los votos emitidos a distancia deberán ser tenidos como presentes a efectos del *quorum* de constitución. Y el art. 106.2 complementa la primera de estas reglas añadiendo los medios de comunicación a distancia (en los mismos términos previstos para el ejercicio del voto) como forma de conferir la representación.

La Ley, haciendo senda de la línea trazada por la PCSM[199], acabó con muchas de las dudas que la lacónica fórmula de la refundición trajo consigo. Allí donde la versión inicial del art. 112 solo precisaba la forma de ejercicio y muy relativamente el tiempo ("por escrito, con anterioridad a la reunión de la junta o verbalmente durante la misma") la Ley 26/2003 hizo un esfuerzo de precisión. El accionista podía ejercitar el derecho de información *antes* de la junta —por escrito y hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la junta— o (y)[200] *en* la junta —verbalmente—. En función de la modalidad elegida por el socio, variaba asimismo el tiempo y forma de la respuesta: *(i)* por escrito, hasta el día de celebración de la junta[201], si la solicitud fue previa; *(ii)* verbalmente en el acto de la junta o por escrito dentro de los siete días siguientes a su terminación, si la solicitud era coetánea y por la naturaleza de la información solicitada no fuera posible satisfacer el derecho del accionista en ese mismo momento[202].

---

[199] Anticipando la reforma que habría de traer la Ley 26/2003, la PCSM disciplinaba por separado el ejercicio del derecho de información. Si era previo a la junta, debía serlo por escrito y hasta el quinto dia anterior al previsto para la celebración de la junta en primera convocatoria (art. 394); si coetáneo, verbalmente y *durante todo el acto de la junta*.
En la regulación del deber de respuesta, la PCSM era algo más precisa que lo que luego fue la Ley 26/2003: por escrito, *de forma individual o conjunta, antes de la constitución o en el momento de ésta*, si la solicitud fue previa; verbalmente en el acto de la junta o por escrito dentro de los siete días siguientes a su terminación, si la solicitud era coetánea y por la naturaleza de la información solicitada no fuera posible satisfacer el derecho del accionista en ese mismo momento (art. 397).

[200] Aunque la ley, ya desde 1951, viene recurriendo a la disyuntiva "o" para describir las formas de ejercicio, lo que puede dar pie a concebirlas como alternativas y mutuamente excluyentes, nada impide a nuestro juicio que la solicitud verbal proceda de quien ya recurrió al modo escrito, bien para solicitar alguna aclaración o complemento sobre los extremos iniciales de su petición (la STS de 22 de marzo de 2000 juzga satisfecho el derecho de información por las respuestas dadas oralmente en la junta, pese a la negativa previa a informar por escrito; en el mismo sentido, sentencias de 22 de julio de 2005 y 10 de febrero de 2006), bien para añadir otros.

[201] La ley se apartaba definitivamente de la posición mantenida por parte de nuestra mejor doctrina (GARRIGUES DÍEZ-CAÑABATE, J. y URÍA GONZÁLEZ, R., en *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, I, pág. 730; URÍA GONZÁLEZ, R., "La información…", pp. 26 y 27; URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. Mª., *op. cit.,* p. 266), según la cual la solicitud escrita debía responderse de palabra en la propia junta, pues era entonces cuando el presidente podía efectuar el control del perjuicio al interés social. La opción finalmente elegida por el legislador ya había sido avanzada por POLO DÍEZ, A., "Derecho del accionista…", p. 33, y acogida por el Alto Tribunal en su sentencia de 5 de marzo de 1966, si bien aún en el fin de siglo (STS de 22 de marzo de 2000), tras recalcar que la ley *"no establece ni cuándo ni cómo los administradores o los obligados a informar, deben proprocionar la información"*, solo se aventuraba a afirmar genéricamente que *"lógicamente hay que proclamar que ello se deberá hacer en el momento en que tal información pueda ser utilizada por el accionista para la emisión del voto, ya que otra ocasión haría ilusorio tal derecho",* lo que tanto servía para afirmar una tesis como la contraria.

[202] La fórmula de 2003, a pesar del avance, era evitablemente imperfecta; la forma de expresión del derecho variaba de forma inopinada según fuera previo a la junta (informaciones, aclaraciones o preguntas) o durante la junta (informaciones y aclaraciones, ya no preguntas). El deber del órgano

Al limitarse la reforma a las anónimas, el socio de una limitada seguía padeciendo el tenor del art. 51 de la LSRL de 1995, mero calco del art. 112 TRLSA de 1989. En suma, con la Ley 26/2003 se reabre la brecha en el derecho de información en función del tipo social que trajeron consigo las leyes de 1951 y 1953, brecha que aún hoy perdura y que la Ley 31/2014 no ha hecho sino agrandar.

Pero, sin duda, la reforma más trascendente de la Ley 2003 es la que afectó al estatuto del administrador. El escuálido patrón de conducta del art. 127 se desarrolla a través de tres nuevos preceptos (127 *bis, ter y quáter*) consagrados, respectivamente, a los deberes de fidelidad, lealtad y secreto. La fidelidad se mide en relación al interés social, entendido —en el sentido más institucionalista— "como interés de la sociedad" (art. 127 *bis, in fine*). Pero es el deber de lealtad en el que el anabolismo se hace más patente; de la simpleza del "representante leal" se pasa a una regulación detallada de las situaciones de conflicto de interés, que combina el deber de abstención con la comunicación *ad intra* (resto de consejeros) y *ad extra* (memoria e informe anual de gobierno corporativo); comienza así un proceso de musculación del deber de lealtad que, aún hoy, tras las Leyes 31/2014 y 5/2021, parece lejos de agotar su capacidad de hipertrofia.

2.3. LA LEY 19/2005.

La evolución normativa previa a la refundición de 2010 culmina con la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, que *(i)* declara la validez de la junta ordinaria celebrada fuera de plazo, poniendo fin a una jurisprudencia vacilante, *(ii)* regula el complemento de convocatoria como derecho de minoría e *(iii)* introduce la posibilidad de asistencia a la junta por medios telemáticos.

El art. 95 TRLSA, reproducción sustancial del art. 50 de la LSA de 1951, disponía en un cuerpo único que *«[l]a junta general ordinaria, previamente*

de administración se reducía a "facilitar" o "proporcionar" la información, de forma escrita o verbal, según hemos visto.

convocada al efecto, se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para censurar la gestión social, aprobar, en su caso, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado.» La Ley 19/2005 determina que el párrafo único del artículo 95 TRLSA pase a ser el apartado primero de dicho artículo, introduciendo un nuevo apartado con la siguiente redacción:

> «2. La junta general ordinaria será válida aunque haya sido convocada o se celebre fuera de plazo.»

El art. 95 TRLSA, cuando se trataba de grandes sociedades, recibía en la práctica —como hoy su sucesor, el art. 164— riguroso cumplimiento, por razones obvias. Pero en el ámbito de las pequeñas sociedades, anónimas cerradas y limitadas (artículo 45.2 LSRL), no era raro el caso en que la junta de cierre de ejercicio no se celebrara dentro del plazo marcado por la ley. Ante su impugnación, se apreciaban en la jurisprudencia tres posturas: una más restringida y apegada a la literalidad de la ley, que declaraba la nulidad de la junta, derivando a la convocatoria judicial como única posibilidad para la aprobación de las cuentas (SSTS de 19 de abril de 1960, 4 de mayo de 1961, 10 de mayo de 1967 y 27 de octubre de 1983); una segunda, más flexible y alejada del puro formalismo de que adolecía la primera, que admitía la validez de la junta extemporánea siempre que se convocara y celebrara con el carácter de extraordinaria (sentencia de 11 de noviembre de 1968, reiterada, en un *obiter dicta*, por la posterior de 31 de octubre de 1984, caso Banco de Valladolid); y una última que preconizaba la validez de la junta fuera de plazo aunque se hubiera convocado y celebrado como ordinaria (sentencia de 6 de febrero de 1987).

Cuando la doctrina y el tráfico ya habían asumido esta última línea jurisprudencial, la sentencia de 6 de abril de 2003 efectuó un giro regresivo a la tesis más primitiva, anulando, nueve años después de su celebración, una junta convocada un 20 de junio y celebrada efectivamente el 12 de julio, y que tenía por objeto, no solo la aprobación de las cuentas, sino una ampliación de capital mixta y una modificación estatutaria. La crítica generalizada que mereció la sentencia motivó una enmienda (la nº 34) del Grupo Parlamentario Socialista al Proyecto de Ley sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España (BOCG de 16 de

marzo de 2005, núm. 19-5, p. 24), proponiendo la adición al art. 95 del citado apartado 2º.

La posibilidad de solicitar, en sociedades anónimas, un complemento de convocatoria se reconoce mediante la adición de dos nuevos apartados el art. 97 (3 y 4). El complemento se instituye como derecho de minoría, reservado a los accionistas que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social. A ellos se reconoce la facultad de solicitar que se publique un complemento a la convocatoria de junta general de accionistas incluyendo uno o más puntos en el orden del día. El ejercicio de este derecho se somete, tan solo, al requisito formal de su notificación fehaciente, dirigida al domicilio social, donde habrá de recibirse dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria. Surge entonces el deber del órgano de administración de publicar el complemento de la convocatoria con quince días de antelación como mínimo a la fecha establecida para la reunión de la junta, determinando la falta de publicación en plazo la nulidad de la junta.

La asistencia a la junta por medio telemáticos se configura como una opción estatutaria, con el condicionante de que el medio elegido deberá garantizar debidamente la identidad del sujeto. En la convocatoria, en tal caso, "*se describirán los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los accionistas previstos por los administradores para permitir el ordenado desarrollo de la junta. En particular, podrá determinarse por los administradores que las intervenciones y propuestas de acuerdos que, conforme a esta Ley, tengan intención de formular quienes vayan a asistir por medios telemáticos, se remitan a la sociedad con anterioridad al momento de la constitución de la junta."* Si, más allá de intervenciones y propuestas, los socios ejercitan su derecho de información durante la junta de modo telemático, se satisfará necesariamente por escrito dentro de los siete días siguientes.

3. EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL.

3.1. LA REDACCIÓN ORIGINAL.

Cumpliendo el mandato legal contenido en la Disposición Final séptima de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales, el gobierno publica 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.

Como era de esperar en un texto refundido que nacía, además, con una confesada vocación de provisionalidad[203], a la espera de un futuro Código Mercantil, las novedades fueron escasas, en número e intensidad.

La fórmula de acuerdos impugnables sufrió un ligero pulido aprovechando su traslado al art. 204. La "Ley", con mayúscula, como objeto primario de protección, se degradó a simple *ley*, y la lesividad pasó de afectar a los "intereses de la sociedad" al *interés social.*

Los mecanismos de reparación del acuerdo, unidos en un mismo asiento normativo en el TRLSA de 1989 (art. 115.3) se desgajaron con acierto en función del tiempo de eliminación del vicio invalidante: si previo al proceso, como cláusula de cierre del art. 204, a fin de salvarlos de la impugnación; si posterior, en el art. 207, dentro del proceso de impugnación, como enervante del mismo.

La dualidad de plazos de caducidad en función de la clase de nulidad se mantuvo en sus propios términos, así como la legitimación, que no experimentó más variación que el cambio obligado de *accionista* por *socio*, para abrazar a los que lo fueren de una limitada.

[203] Concluyendo la exposición de motivos, el refundidor confiesa que *"[e]l texto refundido nace —y es importante destacarlo— con decidida voluntad de provisionalidad; nace con el deseo de ser superado pronto, convirtiéndose así en un peldaño más de la escala hacia el progreso del derecho".*

La tarea de transfusión normativa se aprovechó para conseguir cierta limpieza de sangre, derivando a cuerpo más propio (LECiv), las impurezas procedimentales[204]. La única norma de cierto corte procesal que se conservó en el proceso de refundición fue la relativa a la sentencia, que se ubicó en el nuevo art. 208, aumentado su rúbrica (de la "sentencia" del art. 122 a "la sentencia estimatoria de la impugnación") sin reparar que la LECiv había reducido su contenido, al apropiarse para su nuevo art. 222.3 los efectos *erga omnes* de la sentencia[205]. El precepto permaneció, y así se mantiene, a los solos efectos de regular el reflejo registral.

3.2. LA LEY 25/2011.

Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, expresa de forma fidedigna en su extenso título el doble objeto que la impulsa.

De un lado, según su preámbulo, es ley de reforma parcial, tendente a (i) reducir los costes de organización y funcionamiento de las sociedades de capital, (ii) introducir algunas normas de modernización —que se dicen reclamadas insistentemente por la práctica— y (iii) suprimir algunas —que no todas— de las más

---

[204] La previsión relativa al tipo de procedimiento que habría de seguirse pasó al art. 249.3 LECiv; la necesaria acumulación de impugnaciones relativas a una misma junta o consejo, al art. 76.2.2º; y las medidas cautelares de anotación preventiva de demanda y suspensión, al art. 727, 5ª y 10ª. En cuanto a la competencia, para entonces ya la habían perdido los Juzgados de Primera Instancia por la creación de los Juzgados de lo Mercantil por la LO 8/2003, del 9 de julio, que reformó la LOPJ e incluyó [apartado 2.a)] en el nuevo catálogo de competencias de la nueva especie judicial *"todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional* (por referencia al orden civil) *se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas".*

[205] El art. 122.1 TRLSA disponía: *"La sentencia que estime la acción de impugnación producirá efectos frente a todos los accionistas, pero no afectará a los derechos adquiridos por terceros de buena fe a consecuencia del acuerdo impugnado".* La LECiv derogó este apartado, y su contenido, no sin antes ser mutilado, pasó a integrar el párrafo tercero del art. 222.3, que —éste sí— fiel a su rúbrica ("cosa juzgada material"), se cuidó de regular solo la extensión de efectos frente a todos los socios, aun no litigantes; la posible afectación (o inmunidad, según el caso) de terceros pasó a regirse por las normas generales (arts. 20.1 CCom y 8 RRM).

injustificadas diferencias entre el régimen de las sociedades anónimas y el de las sociedades de responsabilidad limitada y que los estrechos márgenes de la refundición no habían permitido superar.

De otro, pertenece a las denominadas leyes de incorporación, por cuanto a su través se procede a trasponer la Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas.

Se suprime el carácter obligatorio de la publicación de la convocatoria en el BORME y en un diario de los de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social, salvo que las acciones sean al portador (art. 173.3) o se trate de una sociedad cotizada [art. 516.2.a)].

La convocatoria tendrá lugar, salvo disposición en contra de los estatutos, mediante anuncio publicado en el BORME y en la página web de la sociedad, regulándose en un nuevo art. 11 *bis* los requisitos para su creación, supresión y traslado.

Con carácter voluntario y adicional a la publicación en el BORME o cuando la sociedad carezca de página web, la convocatoria se publicará en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social.

Los estatutos podrán establecer que la convocatoria se realice mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad o por cualquier procedimiento de comunicación, individual, escrita y recepticia, en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad.

Se supera la corrección de la contradicción entre el plazo que debe mediar entre la publicación de la convocatoria de la junta general de accionistas y el plazo para la celebración de la junta a solicitud de la minoría, que se amplía a dos meses (uno en el Real Decreto Legislativo 1/2010).

También es objeto de modificación el plazo para anunciar la segunda convocatoria de la junta, cuando no se hubiera podido celebrado en primera y en el previo anuncio no se hubiera previsto el día de celebración en segunda convocatoria. De los dos plazos que contenía el original art. 177.3 se mantiene el primero ("dentro de los quince días siguientes a la fecha de la junta no celebrada") y se amplía el segundo de ocho a "diez días de antelación a la fecha fijada para la reunión." Además del plazo, varían el contenido sustantivo del anuncio, que deberá expresar "el mismo orden del día".

En el derecho de información, el umbral legal para acceder a la información, por más que pueda perjudicar al interés social (art. 197.4) se mantiene en el veinticinco por ciento del capital social (donde antes se decía "cuarta parte"). La novedad radica en que los estatutos podrán fijar un porcentaje menor, siempre que sea superior al cinco por ciento del capital social[206].

El contenido de la convocatoria de la junta (art. 174) se unifica para anónimas y limitadas, extendiendo a las primeras la expresión del "cargo" (antes el "nombre" y solo para las limitadas) de las persona o personas que realicen la convocatoria.

La convocatoria del consejo sigue en manos del presidente o del que haga sus veces, previsión que se extiende a limitadas. Pero los administradores que constituyan al menos un tercio de los miembros del consejo podrán convocarlo, indicando el orden del día, para su celebración en la localidad donde radique el domicilio social, si, previa petición al presidente, éste sin causa justificada no hubiera hecho la convocatoria en el plazo de un mes (art. 246.2), novedad procedente de la PCSM de 2002.

Curiosamente —o no tanto— la genuina novedad no se anuncia en el preámbulo. Se crea un nuevo art. 348 *bis*, que reconoce, excepto para cotizadas, un

[206] Sobre al alcance y significado de la reforma, *vid.* MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., "Reformas en materia de derecho de información (modificación del art. 197.4 LSC), en *Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto-ley 13/2010, Ley 2/2011, Ley 25/2011 y Ley 1/2012)*, AA.VV., Rodríguez Artigas, F., Farrando Miguel, I. y González Castilla, F. (Dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, 2ª edit., Cizur Menor, 2012, pp. 426 a 434.

derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos, sujeto a requisitos *temporales* ("a partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad" y con un plazo para el ejercicio del derecho de separación de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria), de *legitimación* ("el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales") y *cuantitativos* (solo "en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles"). Este derecho fue posteriormente objeto de varias suspensiones; la primera, hasta el 31 de diciembre de 2014, por la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital[207]; la segunda, hasta el 31 de diciembre de 2016, en virtud de la disposición final primera del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, convalidado posteriormente por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, que confirmaba la suspensión del artículo hasta el 31 de diciembre de 2016.

El preámbulo ya anticipa que la parte más importante de la trasposición se contiene en el artículo Segundo, que modifica el Capítulo VI y reordena los Capítulos subsiguientes del Título XIV de la Ley de Sociedades de Capital, relativo a las especialidades de la junta general de accionistas de las sociedades cotizadas.

El capítulo VI pasa a dividirse en dos secciones. Es en la segunda (funcionamiento de la junta general) donde se aprecian las novedades, con tres subsecciones dedicadas, sucesivamente, a las "disposiciones generales", "participación en la junta por medio de representante" y "votación de acuerdos". En la primera subsección se consagra la igualdad de trato para todos los accionistas y se incluyen los aspectos relativos a las convocatorias, su publicidad y contenido, así como la participación a distancia, el derecho individual de información de los

[207] Lo hace mediante la adición (art. Primero.Cuatro) de una nueva Disposición Transitoria del siguiente tenor: *"Se suspende, hasta el 31 de diciembre de 2014, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 348 bis de esta Ley."*

accionistas y el derecho de minoría (cinco por ciento) de presentar propuestas fundamentadas de acuerdo sobre asuntos ya incluidos o que deban incluirse en el orden del día de la junta convocada. En la segunda subsección, se establecen normas especiales para la participación en las juntas generales de las sociedades cotizadas por medio de representante, con específica regulación del conflicto de intereses del representante. Y en la subsección tercera se establecen algunas especialidades sobre la votación en las juntas generales de las sociedades cotizadas.

Por último, la Disposición final primera introduce dos nuevos párrafos [b *ter)* y b *quáter)*] en el artículo 100 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, a fin de articular un mínimo régimen disciplinario en este ámbito, previendo dos tipos infractores en relación con los incumplimientos de las previsiones de publicidad de la convocatoria de las juntas generales de accionistas de las sociedades cotizadas (art. 516 LSC) y de la obligación de publicar los resultados de las votaciones de los asuntos tratados en la junta general de accionistas en la página web en cinco días (art. 525).

3.3. LA LEY 1/2012.

El siguiente hito viene constituido por Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital.

Se modifica el art. 11 bis, relativo a la página web, que pasa a ser obligatoria para las cotizadas, y se añaden un art. 11 *ter* para reglar el contenido de sus publicaciones (autenticidad, seguridad, acceso gratuito y responsabilidad de los administradores por incumplimiento del deber de mantenimiento de lo insertado durante el plazo exigido por la ley y por interrupción temporal de acceso) y un artículo 11 *quáter* para las comunicaciones por medio electrónicos socio-sociedad.

Por último, se confiere al art. 173 (forma de la convocatoria) su actual fisonomía.

3.4. LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL.

Por Orden de 7 de noviembre de 2006 se encargó a la Sección Segunda de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación la elaboración de un nuevo Código Mercantil que sustituyera al Código de Comercio. El 17 de junio de 2013 la Comisión hace entrega del texto del Ministro de Justicia.

Como es sabido, la Propuesta, antes de ser abandonada, sufrió diversas mutilaciones y modificaciones[208] para acabar convergiendo —en la materia que nos ocupa— ya elevada a Anteproyecto, con el paralelo Proyecto de Ley de Reforma de la LSC que culminó en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre. Las referencias que subsiguen lo son al texto de la Propuesta original.

La Propuesta mantiene las causas de impugnación históricas, declarando impugnables (art. 214-11) los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

Para los acuerdos nulos opta (art. 214-12) por un sistema de *numerus clausus*[209], que comprende:

(a) los ficticios, los falsos y los adoptados por órgano pretendidamente universal al que no haya concurrido alguno de los miembros;

(b) los adoptados con infracción grave de los requisitos legales o estatutarios para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, así como los adoptados sin que el asunto conste en el orden del día;

(c) los adoptados con violación grave del derecho de información;

---

[208] Tras el Informe del Consejo de Estado se hizo pública, en marzo de 2018, el texto revisado de la Propuesta.

[209] El preámbulo (III-18) explica que *"se han acotado, con técnica de enumeración exhaustiva, los acuerdos nulos, de manera que la anulabilidad quede configurada, por defecto, como sanción general de lo impugnable."*

(d) los acuerdos contrarios a los principios configuradores del tipo social de que se trate, los que infrinjan las normas esenciales de protección de los acreedores sociales y los que lesionen gravemente un derecho del socio; y

(e) los acuerdos que por su causa o contenido sean contrarios al orden público.

Los demás acuerdos contrarios a la ley o a los estatutos sociales y los que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o terceros serían meramente anulables (art. 214-13).

Los acuerdos adoptados en contra de lo previsto en los pactos parasociales se declaraban expresamente válidos (art. 213-21) y para la impugnación de los acuerdos sobre las modificaciones estructurales de la sociedad se establecen reglas especiales[210].

Anticipando la reforma de 2014, se incorpora la prueba de resistencia, declarando inimpugnables (art. 214-14) los acuerdos (a) por la participación en la reunión de personas no legitimadas, salvo que esa participación hubiera sido determinante para la válida constitución del órgano y (b) por la invalidez de uno o varios votos o por el cómputo erróneo de los emitidos, salvo que el voto inválido o el error de cómputo hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible.

Tampoco cabía la impugnación de un acuerdo social cuando hubiera sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro (art. 214-11.2) y en el caso de que fuera posible subsanar la causa de impugnación, el juez, de oficio o a solicitud

[210] El acuerdo de fusión (o de cesión global, *cfr.* art. 265-14) podía ser impugnado antes de la inscripción y también una vez inscrito, si bien en este último caso en tanto no transcurrieran tres meses desde la inscripción (art. 263-29.1), salvo que la fusión fuese transfronteriza, en cuyo caso la impugnación se agotaba con la inscripción (art. 263-49.1). A mayor abundamiento, si la la fusión lo hubiese sido por el procedimiento de creación de una nueva sociedad se estará, además, al régimen de nulidad del tipo societario de que se trate (art. 263-29.3). Como cautela, la impugnación del acuerdo de aprobación del balance de fusión no podía suspender por sí sola la ejecución del acuerdo de fusión (art. 236-28).

de la sociedad demandada, antes de señalar la fecha del juicio, debería otorgar un plazo razonable para la subsanación (art. 214-17.2).

El plazo de caducidad (art. 214-15) variaba en función de la entidad del vicio: un año para la nulidad y tres meses para los anulables; de los acuerdos contrarios al orden público simplemente se decía que *"[q]uedan exceptuados de esta regla los acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público".*

Los plazos de caducidad de la acción de impugnación se computarían desde la fecha de adopción del acuerdo, si hubiera sido adoptado en junta de socios, y desde la fecha de recepción de la copia del acta si el acuerdo hubiera sido adoptado por escrito. Para los acuerdos inscribibles que se hubieran inscrito, los plazos de caducidad de la acción de impugnación se computarían "también" desde la publicación de los datos esenciales de la inscripción en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Y, para el caso de que los administradores no hubieran expidido la certificación de los acuerdos sociales, los plazos de caducidad se computarían, respecto de quien hubiera solicitado la certificación de los acuerdos y de las actas de la junta de socios, desde la fecha en que, practicada la diligencia preliminar[211], los administradores de la sociedad hubieren entregado la certificación al solicitante.

La legitimación se graduaba en función del motivo de impugnación (art. 214-16). Para la impugnación de los acuerdos nulos se reconocía acción a todos los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, a los administradores y a cualquier tercero que acreditase interés legítimo. Para los acuerdos anulables, a los así como los administradores, a los socios que, cumulativamente (a) ya lo fueran al tiempo de la adopción, no hubieran votado a

[211] El art. 214-10 establecía que (1) los administradores de la sociedad estarán obligados a expedir la certificación en el plazo de quince días a contar desde la fecha de la solicitud; y (2) en el caso de que los administradores no expidieran la certificación solicitada, la persona legitimada podrá reiterar la solicitud, como diligencia preliminar, ante el Juez de lo mercantil del lugar del domicilio social antes de que transcurran los plazos de caducidad para la impugnación de los acuerdos sociales, sin necesidad de ofrecer caución.

favor del acuerdo y (c) tuvieran individual o conjuntamente la condición de minoría[212].

Esa condición de minoría se atribuía (art. 231-23) con un criterio de proprocionalidad decreciente en función del capital social, reducible por vía estatutaria:

a) En las sociedades con un capital igual o inferior a un millón de euros, el cinco por ciento del capital social o, en las sociedades limitadas, de los derechos de voto.

b) En las sociedades con un capital superior a un millón de euros e inferior o igual a diez millones, la cantidad que resulte de la aplicación del número anterior más, para el capital que exceda de un millón, el tres por ciento del capital social o, en las sociedades limitadas, de los derechos de voto.

c) En las sociedades con un capital superior a diez millones de euros, la cantidad que resulte de la aplicación del número anterior más, para el capital que exceda de diez millones, el uno por ciento del capital social o, en las sociedades limitadas, de los derechos de voto.

A los socios no legitimados para impugnar se les reconocía el derecho al resarcimiento del daño que les hubiera ocasionado el acuerdo impugnable (art. 214-16.2.II).

Como requisito de procedibilidad de la demanda se preveía que la prohibición de alegar defectos de forma en el proceso de adopción del acuerdo a quien hubiera tenido ocasión de denunciarlos en el momento oportuno, sin haberlo hecho (art. 214-16.3).

[212] La Comisión explicaba en el preámbulo que *"[e]l nuevo sistema tiene la explícita intención de contribuir a un mayor equilibrio en el juego de intereses tantas veces evidenciado entre mayoría y minoría."*

La legitimación pasiva correspondía a la sociedad y se disponía (art. 214-16.4) que cuando el demandante tuviese la representación exclusiva de la sociedad, el juez que conociere de la impugnación habría de nombrar entre los socios que hubieran votado a favor del acuerdo impugnado a la persona que haya de representarla en el proceso.

La impugnación se sometía a los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 214-17) y la declaración judicial que estimara la impugnación de un acuerdo inscribible habría de inscribirse en el Registro Mercantil, determinando, además, la cancelación de la inscripción, así como la de todos los asientos posteriores que resulten *manifiestamente* contradictorios con ella (art. 214-18).

La impugnación de los acuerdos del consejo se concentraba en una sola norma (art. 231-101), que se remitía a lo previsto para los acuerdos de la junta, salvo en lo afectante a la legitimación y a la caducidad. Los administradores podían impugnar los acuerdos nulos o anulables del consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración en el plazo de un mes desde su adopción; y también podían hacerlo los socios de minoría en el plazo de un mes desde que tuvieren conocimiento de los mismos, siempre que no hubiera transcurrido un año desde su adopción.

La Propuesta preveía la posibilidad del arbitraje de derecho estatutario (art. 213-20) encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral, exigiéndose, para la introducción en los estatutos de la cláusula de sumisión, el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones sociales o a las acciones en que se dividiera el capital social.

Las especialidades para cotizadas se contenían en el art. 283-22 que, para el caso de juntas generales o especiales, concedía legitimación a la minoría, directamente o por medio asociación que la represente, y al órgano competente para la supervisión del mercado de valores. La impugnación tendría la consideración de

hecho relevante a los efectos de la legislación sobre mercado de valores. La demanda de impugnación de acuerdos sociales que formulare el órgano competente para la supervisión del mercado de valores se anotaría preventivamente en el Registro mercantil en el que la sociedad figure inscrita, pudiendo solicitar en el escrito de demanda la suspensión del acuerdo impugnado.

3.5. LA LEY 31/2014.

El sistema de impugnación español exigía una modernización. QUIJANO GONZÁLEZ[213], en las proximidades de la reforma, imputaba al sistema vigente *"tres deficiencias serias: su deficiente técnica jurídica; el no estar acorde con lo que podemos considerar el panorama societario actual, ni en la perspectica tipológica, ni en la dimensión actual, y su desactualización comparada".*

Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo es la clave de bóveda del actual sistema de impugnación de acuerdos sociales. Las innovaciones, sin embargo, alcanzan a una pluralidad de normas, afectantes tanto a la junta como al consejo.

La Ley se confiesa en el preámbulo tributaria del Estudio de la Comisión de expertos[214] en materia de gobierno corporativo, creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, presentado el 14 de octubre de 2013 y cuyas recomendaciones se han respetado en su "práctica totalidad".

[213] QUIJANO GONZÁLEZ, J., "Ideas generales y reforma del sistema de impugnación español de los acuerdos sociales", en La Notaría, 2-2013, p. 61.

[214] La composición de la Comisión de Expertos es la siguiente: Representantes del sector público: La presidenta de la CNMV, Dña. Elvira Rodríguez Herrer, que asume la presidencia de la Comisión de Expertos. La vicepresidenta de la CNMV, Dña. Lourdes Centeno Huerta. Dos representantes del Ministerio de Justicia: D. Juan Bravo Rivera, subsecretario de Justicia; y Dña. Marta Silva de Lapuerta, Abogada General del Estado. Dos representantes del Ministerio de Economía y Competitividad: D. Miguel Temboury Redondo, subsecretario de Economía y Competitividad; y D. Íñigo Fernández de Mesa Vargas, secretario general del Tesoro y Política Financiera. Representantes del sector privado: D. Cándido PAZ-ARES Rodríguez y D. Fernando Vives Ruiz, nombrados a propuesta del Ministerio de Justicia. D. Fernando Peñalva Acedo y D. Tomás Garicano Rojas, nombrados a propuesta del Ministerio de Economía y Competitividad. D. Manuel Conthe Gutiérrez y D. Enrique Piñel López, nombrados a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

El Acuerdo del Consejo de Ministros encomendó a la Comisión de Expertos la elaboración de un estudio en el que analizara la situación del buen gobierno de las sociedades en España y propusiera cuantas medidas permitieran mejorar la eficacia y responsabilidad en la gestión de las sociedades españolas, a fin de alcanzar el más alto nivel de cumplimiento de los criterios y principios internacionales de buen gobierno.

En particular, *(i)* valorar la potenciación del papel de la junta en el control de las políticas de retribución de los órganos de gestión y alta dirección de la sociedad, *(ii)* proponer las medidas que se deban adoptar para que la función de los administradores tenga por finalidad el incremento del valor de la compañía y la adecuada retribución del accionista, prestando especial atención al sistema de remuneraciones, que deben estar supeditadas al logro de este objetivo, a la responsabilidad derivada de sus actuaciones y al establecimiento de reglas claras respecto a los mecanismos que pueden permitir a los administradores y a otros agentes influir en las juntas de socios, en las que se deben evitar los conflictos de interés y amparar las legítimas expectativas de los socios minoritarios; y *(iii)* proponer iniciativas destinadas a que la información suministrada por los administradores a los socios y a los mercados sea veraz y comprensible.

Para que esas propuestas no quedaran en meros fuegos de artificio, el Acuerdo contemplaba asimismo que en el plazo de cuatro meses desde su constitución, la Comisión debía remitir el estudio[215] elaborado a los ministerios de Economía y Competitividad y Justicia, a efectos de su elevación al Consejo de Ministros, a fin de que el Gobierno, a partir de ese informe y, en los dos meses siguientes, aprobara las reformas o propuestas normativas que resulten necesarias, y la CNMV, en el plazo de cuatro meses, complete la revisión del Código Unificado. Cumplido ese itinerario, se promulgó la Ley el 3 de diciembre de 2014.

[215] Para una visión general de ese estudio, *vid.* VIVES RUIZ, F., "Sentido de la propuesta de reforma en el Estudio de la Comisión de Expertos en materia de gobierno Corporativo", en *Comentarios a la reforma del régimen de la junta general de accionistas en la reforma de buen gobierno de las sociedades*, AA.VV., Ibañez Jiménez (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, consultada edición digital en Proview®.

Las modificaciones que introduce afectan principalmente a la junta[216] y al consejo. Son tantas en número que vamos a limitar la exposición a las más transcendentes en orden a la formación de la voluntad a través del acuerdo y la (im)posibilidad de su impugnación.

Comenzando por la junta, se añade el art. 160 una letra f) a fin de reserva a este órgano la competencia para decidir sobre actos traslativos de activos esenciales y se amplía a las anónimas la posibilidad de la junta de impartir instrucciones al órgano de administración en asuntos de gestión (art. 161).

La regulación de los conflictos de interés en el socio, hasta entonces privativa de las sociedades limitadas, se eleva a norma general, con algunas especialidades para anónimas. El apartado 2 del art. 190 —deducción de las acciones o participaciones del socio conflictuado para el cómputo de la mayoría— se mantiene, rodeándose de un listado de conflictos tasados [letras *a)* a *e)* del art. 190.1], en que la privación del derecho de voto opera *ex ante*, y otros casos de conflictos de interés no tipificados, en que no hay privación, pero el acuerdo puede ser impugnado por lesivo siempre que el voto del socio o socios incursos en conflicto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo.

El derecho de información en la sociedad anónima se limita, no ya en la forma y tiempo de ejercicio (que solo sufren mejoras de redacción), sino para extender los motivos de denegación y reducir su vulneración como causa de impugnación[217]. El perjuicio al interés social como causa única de enervación se amplía a los casos en que la información solicitada sea innecesaria para la tutela de los derechos del socio,

[216] Una panorámica de la afectación de la reforma sobre la junta puede encontrase en SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "Algunos cambios en la regulación de la junta general en el informe de la Comisión de Expertos (y en el Anteproyecto de Ley de modificación de la LSC), en *Comentarios a la reforma del régimen de la junta general de accionistas en la reforma de buen gobierno de las sociedades*, AA.VV., Ibañez Jiménez (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, consultada edición digital en Proview®.

[217] El preámbulo señala que *"[s]i bien el régimen actual para el ejercicio de este derecho es, con carácter general, adecuado, resulta sin embargo conveniente diferenciar entre las consecuencias jurídicas de las distintas modalidades de este derecho, así como modular su ejercicio atendiendo al marco de la buena fe."*

o existan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales o su publicidad perjudique a la sociedad o a las sociedades vinculadas.

Pero la reforma más importante se contempla en el nuevo apartado, según el cual la vulneración del derecho de información ejercido durante la junta solo facultará al accionista para exigir el cumplimiento de la obligación de información y los daños y perjuicios que se le hayan podido causar, pero no será causa de impugnación de la junta general. El informe de la Comisión de Expertos, considerando que así como *"el ejercicio del derecho de información previo a la junta está directamente ligado al interés del accionista de formarse una opinión que le permita un ejercicio diligente de sus derechos como accionista durante la junta y, en concreto, del derecho de voto"*, de su ejercicio durante la junta *"[n]o puede afirmarse lo mismo o, al menos no con la misma rotundidad"*[218], por lo que proponer que *"[l]a vulneración del derecho de información ejercido por el accionista durante la junta no puede ser motivo de impugnación de los acuerdos adoptados en ella, por existir una evidente descoordinación entre el derecho supuestamente vulnerado (que, por la mera posibilidad legal de ser atendido tras la junta general no incide en su desarrollo) y la consecuencia que se pretende: la impugnación de los acuerdos adoptados en dicha junta"*[219].

Se introduce el deber de votar separadamente los asuntos que sean sustancialmente independientes, y, en todo caso, (a) el nombramiento, la ratificación, la reelección o la separación de cada administrador; (b) en la modificación de estatutos sociales, la de cada artículo o grupo de artículos que

[218] Los Expertos, en apoyo de sus propuestas, refieren cómo, en legislaciones comparables como la británica, el derecho a intervenir durante la junta no se considera una forma de ejercicio del derecho de información, sino un derecho autónomo de aquel, del que gozan los accionistas con la finalidad de exponer opiniones o intercambiar puntos de vista sobre la evolución de la sociedad.

[219] *"En realidad* —afirman— *la experiencia práctica nos enseña que el ejercicio del derecho de información durante la junta esconde muchas veces propósitos ajenos a su finalidad y, en ocasiones, se usa de forma abusiva con el propósito de crear artificialmente un motivo de impugnación. Por ello, la reforma pretende lograr un adecuado equilibrio de los distintos intereses en juego sin limitar en modo alguno su ejercicio, mediante (i) la diferenciación entre las consecuencias jurídicas de las distintas modalidades de su ejercicio, y (ii) la incorporación de las cautelas del artículo 231—71 de la PCM para acotar el ejercicio del derecho de información al marco de la buena fe y evitar un ejercicio abusivo de este."*

tengan autonomía propia y (c) aquellos asuntos en los que así se disponga en los estatutos de la sociedad.

El régimen de mayorías en anónimas (art. 201) se clarifica[220]. La alusión a la mayoría "ordinaria" se suple por la mayoría "simple" (más votos a favor que en contra).

En cotizadas, el art. 518 (Información general previa a la junta) amplía su contenido, añadiendo, entre otros extremos *[d)]* los textos completos de las propuestas de acuerdo sobre todos y cada uno de los puntos del orden del día o, en relación con aquellos puntos de carácter meramente informativo, un informe de los órganos competentes comentando cada uno de dichos puntos.

[220] Según el preámbulo, *"despejando así de forma definitiva las dudas interpretativas que este artículo había suscitado en la práctica."* El informe de la Comisión de Expertos reconoce que *"el cómputo de la mayoría suscitó importantes dudas interpretativas y, en concreto, sobre si el precepto* (en relación con el antiguo art. 93 TRLSA) *establecía una mayoría relativa (mayor número de votos a favor que votos en contra) o absoluta (más de la mitad de los votos presentes o representados en la junta) y, en definitiva, cuál era la consideración que debían merecer los votos nulos, en blanco y las abstenciones. (…) De las dos posibilidades existentes, esta comisión de expertos considera que es preferible optar por el criterio de la mayoría relativa, pues entiende que el resultado así obtenido es el que expresa mejor la voluntad de los accionistas. El criterio de la mayoría absoluta implica que, para la adopción de cualquier acuerdo, los votos a favor deben representar más de la mitad de los votos presentes o representados en la junta general o, dicho en otros términos, que deben superar a la suma de los votos en contra, los votos en blanco, las abstenciones y los votos nulos. Esto supone, en definitiva, dar a los votos en blanco y a las abstenciones un efecto equivalente al voto en contra, cuando su significación, manifestada expresamente por los accionistas, es muy distinta. Cierto es que, frente a estas consideraciones, algún sector doctrinal ha pretendido oponer el argumento de que la utilización del criterio de la mayoría relativa supondría equiparar el voto en blanco o la abstención con los accionistas ausentes cuando, aducen, no puede tener el mismo valor, puesto que uno muestra interés en acudir y formar parte del cuerpo deliberante, y el otro no. Sin embargo, lo que debe tenerse en cuenta es que la participación del accionista que acude a la reunión y vota en blanco o se abstiene se traduce en el ejercicio del derecho de asistencia (que le permite estar presente y participar en la reunión, intervenir, formular preguntas y, cuando así se establezca, percibir la prima de asistencia), pero no en el del derecho de voto. En relación con este último, el accionista que vota en blanco o se abstiene expresa su voluntad de no participar en la decisión, y respecto del derecho de voto su posición debe asimilarse a la del accionista que no asiste a la junta ni se hace representar. Por todo ello, se entiende que el cómputo de la mayoría para la adopción de acuerdos en la junta general de accionistas debería efectuarse teniendo en cuenta únicamente los votos a favor frente a los adversos, lo que, además de facilitar la formación de la mayoría, permite respetar plenamente la voluntad de los accionistas que, aun asistiendo a la junta, deciden no participar en la adopción de la decisión".*

El porcentaje de capital necesario para solicitar el complemento de convocatoria baja del cinco al tres por ciento y la falta de publicación en plazo del complemento ya no será "causa de nulidad de la junta", sino "causa de impugnación".

La posibilidad de ejercicio del derecho de información previo a la junta (art. 520) se amplía temporalmente, al reducirse el día final del séptimo previo a su celebración al quinto. Se añade un nuevo apartado 2, a fin de que las solicitudes válidas de informaciones, aclaraciones o preguntas realizadas por escrito y las contestaciones facilitadas por escrito por los administradores se incluyan de forma obligatoria en la página web de la sociedad; y el que era hasta entonces apartado 2 cae al 3 para aquellos casos en que la respuesta a una pregunta concreta ya estuviese disponible de manera clara, expresa y directa (antes "clara y directamente") para todos los accionistas en la página web de la sociedad bajo el formato pregunta-respuesta, supuesto en que los administradores podrán limitar su contestación a remitirse a la información facilitada en dicho formato.

Y se incluye un nuevo artículo 521 *bis* para disponer que en las sociedades anónimas cotizadas los estatutos no podrán exigir para asistir a la junta general la posesión de más de mil acciones.

Pero es en la impugnación de acuerdos, ya de la junta, ya del consejo, donde el legislador plasma su ansia reformista. Se modifica el art. 204 (acuerdos impugnables), el 205 (caducidad), el 206 (legitimación), 251 (impugnación de acuerdos del consejo) y 495.2 (especialidades para cotizadas).

El preámbulo explica de este modo el objeto y objetivo de la reforma:

> "[S]e han ponderado las exigencias derivadas de la eficiencia empresarial con las derivadas de la protección de las minorías y la seguridad del tráfico jurídico. En consecuencia, se adoptan ciertas cautelas en materia de vicios formales poco relevantes y de legitimación, para evitar los abusos que en la práctica puedan producirse. Al mismo tiempo, se unifican todos los casos de impugnación bajo un régimen general de anulación para el que se prevé un plazo de caducidad de un año. La única excepción son los acuerdos contrarios al orden público, que se reputan imprescriptibles. En el caso de las sociedades

cotizadas, el plazo de caducidad se reduce a tres meses para que la eficacia y agilidad especialmente requeridas en la gestión de estas sociedades no se vean afectadas. En lo que respecta a la legitimación y con el objetivo de evitar situaciones de abuso de derecho, solo estarán legitimados para impugnar los accionistas que reúnan una participación de minoría del 1 por ciento para las sociedades no cotizadas y del 0,1 por ciento para las cotizadas. No obstante, la Ley permite que los estatutos sociales reduzcan estos umbrales y además amplía el concepto de interés social, de forma que en adelante se entenderá que se ha lesionado el interés social cuando el acuerdo se impone de manera abusiva por la mayoría."

El Informe de la Comisión parte de que el régimen de impugnación de los acuerdos de la junta general es esencial para la correcta configuración del gobierno de las sociedades. Y, a la hora de reflexionar sobre la oportunidad y alcance de su reforma, afirma haber partido de que la impugnación es, al tiempo, instrumento básico para preservar el interés social y la protección de las minorías y, por otro, aspecto esencial para la seguridad del tráfico jurídico y la eficiencia empresarial. La Comisión se sorprende de la poca atención que el legislador español ha dedicado a este "capítulo crucial" del derecho de sociedades en comparación con los países de nuestro entorno, a pesar de que *"las normas que hoy regulan la materia en España son sustancialmente iguales a las de la ley de 1951, que- según ha mostrado la práctica de más de sesenta años- adolecen de notables deficiencias, que la hacen pecar tanto por defecto (en la protección material de las minorías) como por exceso (en las oportunidades que brinda para el abuso del derecho de impugnación y la consiguiente puesta en peligro de la necesaria seguridad del tráfico":*

"Entre tanto, los países de nuestro entorno, conscientes de su importancia, han reformado en tiempos recientes la regulación de la impugnación de los acuerdos sociales (sirvan, como ejemplo, los casos de Alemania o Italia). Más allá de los detalles, es relevante destacar ahora con carácter general que sus reformas tienen evidentes similitudes: la configuración de la impugnación de los acuerdos sociales como una institución en cierto modo autónoma e independiente del régimen común de nulidad de los actos y negocios jurídicos; un diseño más amplio de las causas de impugnación (señaladamente en lo relativo al concepto de interés social, que incluye también el interés del socio común o del común de los socios, frecuentemente amenazado por el interés del socio mayoritario), y la adopción de ciertas cautelas en materia de vicios formales poco relevantes y de legitimación, cuyo propósito es evitar el uso estratégico y puramente oportunista de la acción de impugnación por socios desaprensivos."

Ciertamente, España iba ya con retraso frente a Italia y Alemania. En Italia, el Decreto 6-2003, de 17 de enero, de reforma orgánica de la disciplina de la sociedad de capital y de la sociedad cooperativa, modificó los arts. 2777 y siguientes del *Codice.*

La acción de impugnación pasa a ser un derecho de minoría (uno por mil del capital social en el caso de sociedades que recurran al mercado de capital riesgo y el cinco por ciento en el caso de otras sociedades), pudiendo los que no alcancen ese umbral (reducible o excluible por vía estatutaria) derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios que les cause la no conformidad del acuerdo con la ley o los estatutos.

La resolución no podrá ser anulada *(i)* por la participación en la junta de personas no autorizadas, salvo que dicha participación fuera decisiva para la correcta constitución de la junta conforme a los artículos 2368 y 2369, *(ii)* por la nulidad de votos individuales o el recuento erróneo de los mismos, a menos que el voto nulo o el recuento erróneo fueran decisivos para la obtención de la mayoría requerida ni *(iii)* por el carácter incompleto o inexacto de las actas, salvo que impidan determinar el contenido, los efectos y la validez de la resolución.

La anulación de la resolución no cabe si la resolución impugnada es sustituida por otra adoptada de conformidad con la ley y los estatutos y, en este caso, el juez decidirá sobre las costas del litigio, normalmente a cargo de la sociedad, y sobre la indemnización de los daños y perjuicios, quedando a salvo en todo caso los derechos adquiridos por terceros en virtud de la resolución sustituida.

La terminación anticipada del procedimiento puede tener lugar, no sólo por la carencia sobrevenida de objeto, sino también por la pérdida de la legitimación, de modo que, si en el curso del procedimiento dejase de existir el número de acciones exigido como consecuencia de transmisiones por escritura entre vivos, el juez podrá no pronunciar la nulidad y dispondrá la indemnización de daños y perjuicios, si los hubiere.

En los casos de falta de convocatoria de la junta, ausencia del acta e imposibilidad o ilegalidad del objeto de la junta, el acuerdo podrá ser impugnado por cualquier persona que tenga interés en el plazo de tres años desde su inscripción o depósito en el registro mercantil, si el acuerdo es susceptible de inscripción o

depósito, o desde su transcripción en el registro de juntas, si el acuerdo no es susceptible de inscripción o depósito.

Las resoluciones que modifiquen el objeto social de la sociedad disponiendo actividades ilegales o imposibles podrán ser impugnadas sin límite de tiempo. No se considerará que falta la convocatoria si es expedida por un miembro del órgano de administración o de control de la sociedad y es idónea para que los legitimados para asistir sean informados oportunamente de la convocatoria y de la fecha de la reunión. No se considerará que falta el acta si contiene la fecha del acuerdo y su objeto y está firmada por el presidente de la junta o el presidente del consejo de administración o de vigilancia y por el secretario o el notario.

La impugnación de un acuerdo nulo por falta de convocatoria no podrá ser ejercitada por quien haya manifestado posteriormente su consentimiento a la celebración de la junta. La nulidad de la resolución por falta de acta puede subsanarse mediante acta levantada antes de la siguiente reunión. La resolución surte efecto a partir de la fecha en que se adoptó, sin perjuicio de los derechos de terceros que de buena fe desconocían la resolución.

En Alemania, la Ley sobre integridad empresarial y modernización del derecho de evasión (UMAG), de 22 de septiembre de 2005, modifica la *Aktiengesetz* (apartado 4 del § 243). Sólo podrá ejercitarse una acción por suministro de información incorrecta, incompleta o denegada si un accionista objetivamente juzgado hubiera considerado el suministro de la información como un requisito previo esencial para el correcto ejercicio de sus derechos de participación y de socio. La acción de anulación no podrá basarse en una información incorrecta, incompleta o insuficiente en la junta general sobre la determinación, la cuantía o la procedencia de la compensación, la indemnización por despido, el pago adicional u otras compensaciones, si la ley prevé un procedimiento de evaluación de las reclamaciones de valoración.

La Ley 31/2014 modifica la cláusula general de impugnación, añadiendo a la trilogía clásica la infracción del reglamento de la junta[221] y del consejo[222], no previstas hasta entonces[223]. Y, en la línea de la STS de 7 de diciembre de 2011, eleva el abuso del derecho de la mayoría como causa autónoma de impugnación[224], de

[221] Entre las recomendaciones de la Comisión se encontraba *"crear una nueva causa de impugnación, consistente en la infracción de los reglamentos de junta o, en el caso del consejo, del reglamento del consejo. De este modo, se crea un remedio útil para combatir las infracciones de estas normas internas de creciente importancia en la vida de las sociedades, sobre todo en las cotizadas, donde estas piezas de desarrollo normativo son obligatorias."*

[222] Para un análisis preliminar de esta causa de impugnación puede consultarse MARTÍNEZ SANZ, F., "La impugnación de acuerdos del consejo de administración por infracción del reglamento del consejo (art. 251.2 LSC)", en *Junta General y consejo de administración en la sociedad cotizada*, AA.VV., Fernando Rodríguez Artigas, Luis Fernández de la Gándara, Jesús Quijano González, Alberto Alonso Ureba, Luis Antonio Velasco San Pedro y Gaudencio Esteban Velasco (Dirs.), edit. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, edición consultada en Proview®.

[223] Pese al silencio de la ley hasta la reforma de 2014 no eran pocas las voces que en la doctrina clamaban por permitir la impugnación de las infracciones reglamentarias: PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., "El enforcement de los pactos parasociales", Actualidad Uría-Menéndez, núm. 3, 2003, p. 39, defendiendo su admisión como causa distinta de las expresamente previstas; EMPARANZA SOBEJANO, A., "El reglamento de la junta de accionistas tras la nueva Ley 26/2003, de 17 de julio, de transparencia de las sociedades cotizadas", Revista de Derecho de Sociedades, núm. 21, 2003, pp. 160 y ss.; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "El escaso éxito del reglamento de junta de accionistas como instrumento de revitalización de ese órgano", Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 104, 2006, pp. 114 y 115; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª., "Naturaleza y fuerza jurídica del reglamento del consejo de las sociedades cotizadas", Revista de Derecho de Sociedades, núm. 26, 2006, pp. 265 y 266 o RAMOS HERRANZ, I., "El reglamento de la junta general en las sociedades anónimas cotizadas", en Revista de Derecho Mercantil, nº 255, 2005, pp. 187 a 216, si bien la edición consultada se halla en *Summa,* Derecho de Sociedades, Vol. III, p. 1616 y 1617, subsumiendo el supuesto en la lesión del interés social. De admitirse que es una nueva causa de impugnación, se plantearía el problema de su posible aplicación a infracciones anteriores a la entrada en vigor de la Ley 31/2014, que ALONSO LEDESMA, C., *op. cit.* RB-11.12. y FARRANDO MIGUEL, I., "La reforma de la LSC y el régimen transitorio de la impugnación de acuerdos sociales (1)", Diario La Ley, núm. 8491, 2015, p. 7, defienden en virtud de la Disposición Transitoria Primera del Código Civil; no obstante, la discusión, a la luz del tiempo transcurrido, ha quedado como una cuestión de interés puramente académico, sin que tengamos constancia de que haya dado lugar a pronunciamiento judicial alguno.

[224] La Comisión entendía como medida "especialmente relevante" la ampliación del concepto de interés social: *"Con frecuencia, nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia, a la vista del tenor literal de la norma reguladora de las causas de impugnación, se han resistido a incluir dentro de las infracciones del patrimonio social aquellos casos en que los acuerdos, aun cuando no afectan negativamente al interés social, resultan injustificadamente lesivos para los accionistas minoritarios (aumentos de capital no necesarios para el desarrollo de la empresa y planificados única y exclusivamente con la finalidad de diluir a la minoría, opresión de los accionistas minoritarios mediante prácticas recurrentes de no distribución de dividendos, etc.). Es cierto que, en algunas ocasiones, al problema se le ha encontrado remedio canalizando su tratamiento por la vía del abuso del derecho y configurándolo como abuso de mayoría. No obstante, el desarrollo de esta doctrina es aún muy incipiente. En opinión de esta comisión, resulta, por ello, oportuno eliminar los obstáculos formales o literales existentes en la normativa actual consagrando expresamente este supuesto como causa de impugnación, lo que facilitará —en línea con otras experiencias comparadas— la lucha contra prácticas societarias que constituyen abusos flagrantes."* En la doctrina se ha criticado la inclusión de esta nueva causa de impugnación como una subespecie de de los acuerdos lesivos. En opinión de QUIJANO GONZÁLEZ, J., "La reforma del régimen de la impugnación de los acuerdos sociales: aproximación a las principales

suerte que *"[l]a lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios*[225]*."*

Se adoptan —anuncia el preámbulo— ciertas cautelas en materia de vicios formales poco relevantes y de legitimación, para evitar los abusos[226] que en la práctica puedan producirse y se restringe la impugnación del derecho de información, que se había convertido en un "semillero de pleitos"[227], abundando en las recomendaciones de la Comisión de expertos[228]. Estos propósitos cristalizan en

---

novedades", en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, AA.VV., Academia Matritense del Notariado, edit. Colegio Notarial de Madrid, 2015, p. 93, "hubiera sido preferible configurar los acuerdos abusivos como una categoría autónoma de los acuerdos impugnables", opinión de la que también participan MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., "El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos de las juntas generales en las sociedades de capital: las causas de invalidez y los motivos de inimpugnabilidad", en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 137, 2015, p. 101.; ALONSO LEDESMA, C., "La naturaleza del reglamento de la junta y su infracción como causa de impugnación de los acuerdos sociales", en *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada*, AA.VV., Fernando Rodríguez Artigas, Luis Fernández de la Gándara, Jesús Quijano González, Alberto Alonso Ureba, Luis Antonio Velasco San Pedro y Gaudencio Esteban Velasco (Dirs.), T. I, edit. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, 1ª edit., febrero de 2016, consultada en formato Proview®, RB-11.1; PULGAR EZQUERRA, J., "Impugnación de acuerdos sociales: en particular abusos de mayoría", en *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada*, *op. cit.,* RB-8.8; GALLEGO CÓRCOLES, A., "La impugnación de acuerdos de la junta general por abuso de mayoría", en Revista de Derecho Mercantil, núm. 308, abril-junio de 2018, consultada en formato Proview®, epígrafe 2.

[225] La final redacción del precepto supuso una ligera —pero no irrelevante— modificación respecto al texto del Anteproyecto, en que se hacía decir al art. 204 lo siguiente: *"Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría para obtener un beneficio propio en detrimento injustificado de los demás socios."*

[226] Destaca VIVES RUIZ, F., "Impugnación de acuerdos sociales. Defectos procedimentales relevantes: delimitación y legitimación para impugnar", en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 147, julio-septiembre de 2017, p. 33, que la reforma era *"necesaria desde una perspectiva práctica. Los tribunales de justicia, con especial frecuencia desde finales del siglo pasado, han interpretado de forma flexible la regulación por exigencia de una realidad que, una y otra vez, desbordaba el marco legal y recurrieron en numerosas ocasiones a la figura del abuso del derecho como límite al ejercicio indiscriminado de la impugnación."*

[227] Tomo la expresión del magistrado GARCÍA GARCÍA, E., "Impugnación de acuerdos sociales: Experiencia judicial", en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, AA.VV., Academia Matritense del Notariado, edit. Colegio Notarial de Madrid, 2015, p. 42.

[228] Para la Comisión estos casos de improcedencia de impugnación "se explican por sí mismos": *"cuando la impugnación se funde en la infracción irrelevante de los requisitos procedimentales, establecidos por la ley, los estatutos o el reglamento de la junta y, en su caso, del consejo, pues en ese caso —como viene sosteniendo nuestra jurisprudencia en materia de abuso de la nulidad por vicios de forma— no subsiste un interés legítimo en la anulación, supuesto al cual es equiparable el caso en que la infracción se base en la incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en*

un nuevo apartado 3, conforme al cual no procederá la impugnación basada en los siguientes motivos:

a) La infracción de requisitos meramente procedimentales[229] establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, salvo que se trate de una infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos, así como cualquier otra que tenga carácter relevante.

b) La incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información *con anterioridad a la junta*[230], salvo que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación.

c) La participación en la reunión de personas no legitimadas, salvo que esa participación hubiera sido determinante para la constitución del órgano.

---

respuesta al ejercicio del derecho de información cuando la información incorrecta o no facilitada no hubiera sido esencial para el ejercicio razonable, por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación. También se propone la explicitación legal de la improcedencia de la impugnación fundamentada en la participación en la junta de personas no legitimadas cuando no ha sido determinante para la válida constitución del órgano o en la invalidez de uno o varios votos, o por el cómputo erróneo de los emitidos, salvo que el voto inválido o el error de cómputo hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible (la llamada «prueba de resistencia», ampliamente admitida ya por la doctrina).”

[229] Nótese el cambio de redacción frente al Anteproyecto (*“la mera infracción de los requisitos procedimentales establecidos por la ley”*, comenzaba diciendo este mismo apartado). La mejora técnica es notable porque la infracción no admite grados, existe o no.

[230] La introducción del inciso que destacamos en cursiva, omitido en el Anteproyecto, fue propuesta por el Informe del CGPJ, que efectuó dos recomendaciones en grado de subsidiariedad. Como principal (55), *“agregar al final del art. 197.5 LSC, tras la frase “no será causa de impugnación de la junta general”, un inciso del tenor siguiente: “salvo lo dispuesto en la letra b/ del tercer apartado del artículo 204”.* Y (56), *“[c]on carácter subsidiario, se recomienda al menos reformular la redacción del art. 204.3.b) LSC, a fin de cohonestarla con la del art. 197.5 LSC, pues si a fin de cuentas la falta de suministro de información suficiente o la incorrección de la suministrada sólo puede tener virtualidad impugnatoria —si afectase de forma esencial al ejercicio razonable por el socio medio del derecho de voto u otro derecho de participación— cuando se trate de información solicitada con anterioridad a la celebración de la junta, sería apropiado que este matiz tuviera reflejo en el propio art. 204.3.b), de tal forma que pasara a decir [en subrayado la aclaración propuesta]:* “b) la incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información, salvo que la información incorrecta o no facilitada, solicitada con anterioridad a la junta, hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación”.

d) La invalidez de uno o varios votos o el cómputo erróneo de los emitidos, salvo que el voto inválido o el error de cómputo hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible.

Como corolario y requisito de procedibilidad, se prevé que no podrá alegar defectos de forma en el proceso de adopción del acuerdo quien, habiendo tenido ocasión de denunciarlos en el momento oportuno, no lo hubiera hecho.

A fin de evitar la pendencia excesiva de los procedimientos, se instituye un mecanismo judicial de corte, mediante la creación de un incidente de previo pronunciamiento (del que solo se *regula* la denominación) en el que se decidirá sobre el carácter esencial o determinante de esos motivos de impugnación.

Con ese mismo fin se prevé el archivo del procedimiento, por carencia sobrevenida de objeto, si la revocación o sustitución hubiera tenido lugar después de la interposición. Si la revocación o sustitución fuere previa, la impugnación deviene imposible. En ambos casos, la falta de acción o su archivo no perjudica el derecho del socio a instar la eliminación de los efectos o la reparación de los daños que el acuerdo le hubiera ocasionado mientras estuvo en vigor.

Dejando atrás la distinción entre acuerdos nulos y anulables[231], se consigue unificar el plazo de impugnación a un año, con la única excepción de los acuerdos contrarios al orden público, que se reputan imprescriptibles, por cuanto solo en ellos perviven los atributos de una nulidad radical. En el caso de las sociedades cotizadas, el plazo de caducidad se reduce a tres meses[232].

[231] Distinción que la Comisión de Expertos (3.9) tildara de "artificial".

[232] La enésima recomendación de los Expertos fue ampliar el plazo de impugnación, *"aboliendo la distinción entre acuerdos nulos (contrarios a la ley) y acuerdos anulables (contrarios a los estatutos y al interés social). En la propuesta que se eleva al Gobierno se unifican todos los casos de impugnación bajo un régimen general de anulación para el que se prevé un plazo de caducidad de un año. La única excepción son los acuerdos —verdadera o radicalmente nulos— que, por sus circunstancias, causa o contenido son contrarios al orden público, que se reputan imprescriptibles. El plazo de un año se reduce, en el caso de las sociedades cotizadas, a tres meses, debido a la mayor necesidad en este ámbito de lograr pronto la debida estabilidad de los acuerdos sociales."*

El abandono[233] de las reminiscencias contractuales de la nulidad y anulabilidad supone una vuelta a los orígenes[234], de modo que ya solo cabe distinguir entre acuerdos nulos de pleno derecho (los contrarios al orden público) y simplemente impugnables (todos los demás)[235].

La legitimación[236] se reserva a los administradores, los terceros que acrediten un interés legítimo, los socios (que ya lo fueran antes de su adopción[237]) que reúnan una participación del 1 por ciento para las sociedades no cotizadas y del 0,1 por ciento para las cotizadas[238]. Esta transformación del derecho de

[233] Abandono parcial, pues para los efectos de la sentencia el art. 208 insiste en conservar la nulidad en lugar de la ineficacia, como sería más propio.

[234] GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Vid*. nota 122. Sobre este particular, PERDICES HUETOS, A., "Retorno a la impugnación de los acuerdos de la junta de accionistas", en *Comentarios a la reforma del régimen de la junta general de accionistas en la reforma de buen gobierno de las sociedades*, AA.VV., Ibañez Jiménez (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, consultada edición digital en Proview®, en especial el epígrafe III. También MUÑOZ PAREDES, Mª.L., "Los acuerdos impugnables en el nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales (art. 204.1 LSC), en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, AA.VV., Academia Matritense del Notariado, edit. Colegio Notarial de Madrid, 2015, pp. 109 a 137, en particular 128 y ss.; la misma autora en "Los acuerdos sociales impugnables", en Revista de Derecho Mercantil, núm. 296, 2015, pp. 159 a 182.

[235] *Vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y MASSAGUER FUENTES, J., "Artículo 204", en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014) [Sociedades no cotizadas]*, AA.VV., Juste Mencía (Coord.), edit. Thomson Reuters Civitas, 2015, consultada en formato Proview®, RL-1.7, [12].

[236] Entre las medidas para minimizar el riesgo del uso estratégico y oportunista del derecho, "[l]a primera y seguramente más importante" para los Expertos consiste en restringir la legitimación: *"Hasta la fecha cualquier accionista, aunque poseyera una sola acción, podía poner en jaque a la sociedad con una acción de impugnación, normalmente basada en vicios menores de procedimiento, según acredita la jurisprudencia. La PCM reaccionó frente a esta grave problemática de la práctica subiendo el listón, aunque seguramente ha ido demasiado lejos. De acuerdo con ella, solo están legitimados para impugnar los accionistas que reúnan una participación de minoría, que se cifra en el 5 % del capital en las sociedades ordinarias y en el 1 % en las sociedades cotizadas. La Comisión de Expertos ha considerado que no debía llegarse a una restricción tan acusada y por eso propone umbrales considerablemente más bajos, inspirándose para ello en precedentes vecinos y, concretamente, en el caso italiano: el 1 % para las sociedades no cotizadas y el 0,1 % o uno por mil del capital para las cotizadas.*

[237] Vuelve así la ley al criterio clásico del Tribunal Supremo (expresado por las sentencias de 9 de octubre de 1993, 2 de diciembre de 1999, 30 de enero de 2002, 17 de febrero de 2003, entre otras), abandonado por el propio Tribunal en la sentencia de 18 de junio de 2012, comentada por SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., en "Impugnación de acuerdos y legitimación activa", entrada de su blog —homónimo— de 4 de julio de 2012, disponible en http://jsanchezcalero.com/impugnacion-de-acuerdos-y-legitimacion-activa/, última consulta 23 de abril de 2024.

[238] El Informe del CGPJ se preguntaba (59) si las restricciones cuantitativas a la legitimación de los socios acaso, acumuladas a los supuestos de inimpugnabilidad del art. 204.3, *"podrían provocar un excesivo estrechamiento de la legitimación si se ponen en combinación con las previsiones del art. 204.3 LSC en proyecto, que ya impedirán la impugnación por infracciones no relevantes de los requisitos*

impugnación de derecho individual a derecho de minoría trata de poner coto a las prácticas abusivas de lo que se ha venido en llamar "accionistas depredadores" (*räuberische Aktionäre*), que adquirían una sola acción —o las suficientes para poder acudir a la junta— para luego ejercitar de forma abrumadora el derecho de información y así crear deliberadamente un motivo de impugnación con el que extorsionar a la sociedad[239].

Si el acuerdo es contrario al orden público (y lo podrá ser no solo por su causa y contenido sino también por sus "circunstancias"[240]), estará legitimado cualquier socio, aunque hubieran adquirido esa condición después del acuerdo, administrador

procedimentales para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, y un buen número de otras impugnaciones basadas en la incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad, la participación en la reunión de personas no legitimadas así como la invalidez de uno o varios votos o el cómputo erróneo de los emitidos. Teniendo en cuenta estas restricciones a la impugnación de los acuerdos, resulta menos justificado limitar al mismo tiempo la legitimación para impugnar, y más si el argumento que se ofrece, como hace el informe CEGC, es la necesidad de evitar impugnaciones basadas en vicios menores de procedimiento. El resultado puede ser que el socio quede incluso de peor condición que los terceros con interés legítimo, ya que éstos padecerán las mismas condiciones objetivas que restringirán la impugnación sin estar sujetos a canon alguno de representatividad." A pesar de los reparos expresados por el órgano de gobierno de los jueces, la doctrina venía reclamando, por diversos cauces, una restricción de la legitimación, bien exigiendo que el impugnante fuera socio antes del anuncio de convocatoria y mantuviera esa condición durante el posterior proceso (DE LA OLIVA SANTOS, A., "¿Debe limitarse el derecho de impugnación de los acuerdos en las sociedades anónimas cotizadas?", en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 104, 2006, pp. 163 y ss.), bien exigiendo (también) un porcentaje mínimo de capital, al menos para los acuerdos anulables (QUIJANO GONZÁLEZ, J., "Bases para una revisión del derecho de impugnación de los acuerdos sociales", en *La modernización del derecho de sociedades de capital. Cuestiones pendientes de reforma*, Alonso Ureba, A., Alonso Ledesma, C., Esteban Velasco, G., (dirs), T. I, edit. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 261 a 292).

[239] Sobre esta problemática puede consultarse el trabajo de referencia en la materia, FUENTES NAHARRO, M., "El accionista depredador. Un acercamiento a su figura y su problemática a partir de la experiencia comparada", en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 128/2012, pp. 7 a 34, consultado en versión digital (BIB 2013\139062).

[240] Entre los acuerdos que son contrarios al orden público por sus circunstancias la Comisión incluye *"aquellos que simplemente no se han tomado porque no se ha celebrado o, ni siquiera convocado, la junta general",* concluyendo, como razón para tan tajante afirmación, que *"[l]os acuerdos inexistentes no pueden sobrevivir con el paso del tiempo".*

o tercero[241] (art. 206.2). Como mecanismo compensatorio[242] de aquella conversión del derecho de impugnación en derecho de minoría, el art. 206.1.II contempla que *"[l]os estatutos podrán reducir los porcentajes de capital indicados y, en todo caso, los socios que no los alcancen tendrán derecho al resarcimiento del daño que les haya ocasionado el acuerdo impugnable*[243]*".*

La aparente avulsión que supuso la Ley 31/2014, es, es realidad, un aluvión, pues el nuevo terreno ganado por la norma no ha sido fruto de una abrupta corriente legislativa, sino efecto paulatino de la corriente de doctrina y jurisprudencia que venían reclamando una actuación legislativa decidida, en orden a aquilatar el derecho de impugnación. En los capítulos sucesivos esta relación se hará más patente.

De aquellas tres deficiencias que dejábamos apuntadas al comienzo de este epígrafe, ya podemos avanzar que juzgamos superada la tercera (la desactualización comparada) y más dudosamente la primera (la deficiente técnica jurídica) y la segunda (el no estar acorde con lo que podemos considerar el panorama societario actual, ni en la perspectica tipológica, ni en la dimensión actual").

---

[241] PERDICES HUETOS, A., *op. cit.,* III, apunta en orden a la legitimación que *"llama algo la atención la genérica capacidad procesal de cualquier tercero en los casos de contrariedad al orden público, sin necesidad al menos expresa de alegar interés alguno."* Ciertamente, no hubiera estado de más la precisión que, no obstante, debemos entender implícita. En el mismo sentido, MASSAGUER FUENTES, J., "Artículo 206", en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014) [Sociedades no cotizadas]*, AA.VV., Juste Mencía (Coord.), edit. Thomson Reuters Civitas, 2015, consultada en formato Proview®, RL-1.9, que refiere que *"la legitimación se extiende a los terceros que —aunque calle la norma— posean un interés legítimo, a los que en este caso —y en ello consiste la especialidad de esta regla— simplemente se libera de la exigencia de acreditarlo (…) de modo que sonbre la sociedad demandada pesa la carga de alegar y probar que el tercero impugnante (…) carece de interés legítimo para impugnar"*. En contra, aparentemente, MUÑOZ PAREDES, Mª.L., "Los acuerdos impugnables…" p. 121, para quien *"la acción para impugnar los contrarios al orden público es pública, al comprender a cualquier socio, administrador o tercero (art. 206.2), sin que se les exija un interés legítimo (que antes sí se exigía a los terceros para la impugnación de los acuerdos nulos)".*

[242] El informe de la Comisión de Expertos explicaba que "*los accionistas que queden debajo de ese umbral no quedan indefensos, ya que en todo caso se les reconoce el derecho de proceder contra la sociedad reclamando la indemnización de los daños y perjuicios que les haya ocasionado el acuerdo impugnado."*

[243] El Informe del CGPJ puso el foco el el término "impugnable", cuyo empleo, a su juicio (60) *"da cabal idea de que la restricción subjetiva de la legitimación va a operar sobre aquel universo de acuerdos sociales que, desde el punto de vista objetivo, sí serían susceptibles de impugnación, dando lugar al efecto cumulativo al que hemos hecho referencia"* (*vid.* nota 236).

3.6. LA LEY 5/2021.

El epílogo de la evolución normativa lo constituye la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas.

La reforma no incide de forma directa en la impugnación de acuerdos, reduciéndose, en lo que a la LSC se refiere, a la incorporación del derecho a identificar a los accionistas, la regulación de los *proxy advisors,* la elevación del grado de detalle del informe anual de remuneraciones, ciertas previsiones en orden a las operaciones vinculadas en sociedades cotizadas, la introducción como corolario del deber de lealtad de la subordinación del interés particular de los administradores al interés de empresa o las denominadas "acciones de lealtad", entre otras.

La afectación a la materia que es objeto de nuestro estudio viene dada por la modificación del art. 182.1 (asistencia telemática) y la adición del art. 182 *bis* (junta exclusivamente telemática). En la junta híbrida, recordemos, la Disposición final primera.3 de la Ley 19/2005, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, modificó el art. 97 del TRLSA de 1989, añadiendo un quinto apartado del siguiente tenor:

> "Si los estatutos prevén la posibilidad de asistencia a la junta por medios telemáticos, que garanticen debidamente la identidad del sujeto, en la convocatoria se describirán los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los accionistas previstos por los administradores para permitir el ordenado desarrollo de la junta. En particular, podrá determinarse por los administradores que las intervenciones y propuestas de acuerdos que, conforme a esta Ley, tengan intención de formular quienes vayan a asistir por medios telemáticos, se remitan a la sociedad con anterioridad al momento de la constitución de la junta. Las contestaciones a aquellos de estos accionistas que ejerciten su derecho de información durante la junta se producirán, por escrito, durante los siete días siguientes a la junta."

Del TRLSA la tomó el TRLSC, que la reprodujo, todavía restringida a las anónimas, con la simple variación del *modo* de suministro de la información —de "contestaciones" a "respuestas" — y la matización del *tiempo,* que pasó a "los siete días siguientes *a la finalización* de la junta."

Ese diferimiento de la respuesta, que ya mereció entonces acer(t)adas críticas de la doctrina[244], se mantiene como posibilidad tanto en el actual art. 182 como, por remisión (art. 182 *bis.*5), en la junta exclusivamente telemática, acompañada de la añadida previsión de que los administradores contesten —se presume oralmente— *"durante la propia reunión".*

Por lo demás, el art. 182 tan solo es objeto de un ligero *restyling*, que afecta a al *desarrollo* de la junta como criterio rector de las previsiones de la convocatoria — que evoluciona de "ordenado" a "adecuado"— y al destinatario de la información, que se generaliza —de "accionistas" a "socios", para acoger a las sociedades limitadas[245]— y amplía —a "sus representantes" —.

La buena experiencia de las juntas totalmente virtuales durante el período excepcional del COVID-19[246] animó al legislador a elevar esa posibilidad a norma de alcance general en el art. 182 *bis,* sujetando la modificación estatutaria precisa para su inclusión a una mayoría cualificada de dos tercios (apartado 2). Para tutelar de forma adecuada los derechos de los socios, el legislador dispuso una serie de cautelas que se extienden desde el momento mismo de la convocatoria —cuyo anuncio ha de informar de *"los trámites y procedimientos que habrán de seguirse para el registro y formación de la lista de asistentes, para el ejercicio por estos de sus derechos y para el adecuado reflejo en el acta del desarrollo de la junta"* — hasta el día de la junta, cuya efectiva celebración queda supeditada *"en todo caso a que la*

[244] *Vid.,* por todos, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., "El derecho de información del accionista en los supuestos de ampliación del orden del día. Su ejercicio en los supuestos de asistencia telemática de la Junta general", en Revista de Derecho de Sociedades, núm. 26, 2006, pp. 39 y ss.

[245] Posibilidad ya adelantada por la Res. DGRN de 19 de diciembre de 2012.

[246] *Cfr.* arts. 40 y 41 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

identidad y legitimación de los socios y de sus representantes se halle debidamente garantizada y a que todos los asistentes puedan participar efectivamente en la reunión", a cuyo fin se conmina a los administradores a *"implementar las medidas necesarias con arreglo al estado de la técnica y a las circunstancias de la sociedad"*, que permitan el uso de *"medios de comunicación a distancia apropiados, como audio o video, complementados con la posibilidad de mensajes escritos durante el transcurso de la junta, tanto para ejercitar en tiempo real los derechos de palabra, información, propuesta y voto que les correspondan, como para seguir las intervenciones de los demás asistentes por los medios indicados."*

Esas cautelas parecen haber dado buen resultado, pues las incidencias a efectos impugnatorios son, hasta el presente[247], nulas.

[247] Aunque la base de datos del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) no recoge el 100% de las resoluciones (*sí*, del Tribunal Supremo; *casi,* de las Audiencias Provinciales; pero, *aún no todas* de los Juzgados de lo Mercantil), a día 2 de mayo de 2024 no aparece ninguna resolución que anule acuerdos por infracción de los arts. 182 ó 182 *bis* (filtrando búsqueda por precepto).

CAPÍTULO IV. CAUSAS DE IMPUGNACIÓN.

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN. 2.- CLÁUSULA GENERAL. 3.- ACUERDOS CONTRARIOS A LA LEY, ESTATUTOS O REGLAMENTOS. 3.1.- EL ABUSO DE DERECHO COMÚN. 3.2.- EL ORDEN PÚBLICO COMO SUBESPECIE. 3.3.- PRINCIPALES SUPUESTOS. 3.3.1.- Impugnación de cuentas anuales por vulneración de la imagen fiel. 3.3.2.- Retribución de los administradores. 4.- ACUERDOS QUE LESIONEN EL INTERÉS SOCIAL. 4.1. Del acuerdo lesivo al acuerdo abusivo. 4.2. Los acuerdos puramente lesivos. 4.3. Los acuerdos adoptados con abuso de mayoría. 4.3.1. "Necesidad razonable, interés propio y detrimento injustificado", en *abstracto*. 4.3.2. La abusividad en *concreto*: el aumento de capital dilutorio. 5.- EL PACTO PARASOCIAL OMNILATERAL.

1. INTRODUCCIÓN.

Decía GARRIGUES[248] que la impugnación de acuerdos sociales es uno de los problemas más arduos del derecho de sociedades y así como es fácil concluir cuando es válido un acuerdo, es difícil saber cuándo es nulo y, sobre todo, cuáles son las consecuencias de esa nulidad.

Si esto era así en aquellos primeros pasos de nuestro moderno derecho de sociedades, cuánto más en el derecho vigente.

Con la Ley 31/2014 el terreno de lo impugnable ha mutado de forma considerable. De la sencillez de la Ley de 1951 (acuerdos contrarios a la ley, los estatutos o lesivos al interés social) hemos pasado a un juego de excepciones y contraexcepciones que hace muy complejo catalogar qué puede impugnarse y qué no o, mejor dicho, qué impugnaciones tienen perspectivas de prosperar y cuáles no[249].

[248] GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., "Nulidad e impugnabilidad de los acuerdos de la Junta General de la sociedad anónima", Revista de Derecho Mercantil, nº 3, 1946, págs. 415 a 430.

[249] QUIJANO GONZÁLEZ, J. "La reforma…", p. 103, no oculta su preocupación por el carácter sustancialmente abierto de la reforma: *"El volumen de conceptos en blanco, de elementos indefinidos que resultarán decisivos en su valoración y aplicación (…) es tal, que el margen de arbitrio judicial (…) terminará siendo tan significativo como la propia reforma".*

Esa complejidad quizás aconsejara comenzar la exposición con un diagrama en árbol que esquematizara el art. 204, pero abdico de esta tarea, al menos en su expresión gráfica.

Quedándonos en la dialéctica, antes de la Ley 31/2014 un esquema en árbol de la impugnación de acuerdos sociales tendría muy poca raíz (legislativa) y mucha rama (judicial). Con el derecho actual la imagen se ha invertido, pues el legislador ha hecho norma muchas de las máximas de experiencia judiciales, con el fin —conseguido— de re(con)ducir el número de impugnaciones.

Tras casi una década de aplicación judicial de la Ley 31/2014, no resulta aventurado avanzar que lo que en principio parecían más acuerdos impugnables, al añadir a los acuerdos lesivos al interés social los (solo) lesivos para la minoría, han sido en realidad (muchos) menos.

Si repasamos las decenas de miles de sentencias dictadas en los años que precedieron a la reforma de 2014, observamos que la gran mayoría de ellas se nutrían de infracciones de ley; el recurso excesivo a estatutos modelizados, puro trasunto del texto legal, hacían excepcionales las infracciones estatutarias; y la lesión al interés social, aun presente, tenía un peso porcentual bajo.

Tras la Ley 31/2014 los jueces de lo mercantil tenemos menos ocasión de enjuiciar la legalidad de los acuerdos, pues muchas de las infracciones de ley (las meramente procedimentales o no determinantes del voto individual —derecho de información— o colectivo) no son aptas para sustentar una acción impugnatoria. Desde esta perspectiva cuantitativa, la ganancia frente al régimen previgente es indudable[250].

[250] Convenimos con VIVES RUIZ, F., *op. cit.,* p. 34 cuando afirma, sobre la Ley 31/2014, que pese a que "sus objetivos de simplicidad y eficiencia no se han conseguido plenamente (…), *con todo, el nuevo régimen legal compara, con clara ventaja, con el derogado y se adapta mejor a las necesidades de la realidad societaria actual."*

Pero nuestra labor, con ser menor en número, ha ganado en complejidad, pues, así como es sencillo objetivar una infracción de ley, no lo es tanto (de hecho, no lo es en absoluto) determinar si la imposición de un acuerdo es *abusiva*, el requisito procedimental *relevante*, la información omitida *esencial* o la participación o el voto *determinantes*[251].

A fin de tratar de hacer sencillo lo complejo, iré de lo abstracto a lo particular, de la fórmula general del art. 204.1 al juego de excepciones y contraexcepciones del art. 204.3.

2. CLÁUSULA GENERAL.

El art. 204 comienza, como sus antecesores, con la cláusula general, según la cual son impugnables los *"acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o terceros"*, precisando en su segundo párrafo que *"[l]a lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría".* Imposición abusiva que también define por la conjunción de tres elementos: (i) que el acuerdo no responda a una necesidad razonable de la sociedad; (ii) que se adopte por la mayoría en interés propio y, cumulativamente, (iii) en detrimento injustificado de los demás socios.

[251] ALONSO LEDESMA, C., *op. cit*., RB-11.1, aun reconociendo los "numerosos aspectos positivos" de la reforma, entiende que *"adolece de importantes defectos que empañan la labor modificadora y suscita numerosas dudas interpretativas y, por tanto, también aplicativas, que en una materia tan sensible como la impugnación de acuerdos, en lugar de proporcionar certeza y seguridad jurídica puede generar incertidumbre e inseguridad y, como consecuencia, un probable aumento de la litigiosidad."*

El art. 204.1, por tanto, define *objeto* y *causa* de la impugnación. Dedicaré este capítulo a la(s) causas(s), dejando para los subsiguientes el objeto de la impugnación.

La causa de su impugnabilidad tanto puede ser la contrariedad a la ley, la oposición a los estatutos o a los reglamentos de la junta o el consejo o la lesión (amplificada) del interés social.

3. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LEY, ESTATUTOS O REGLAMENTOS.

La fórmula de acuerdos impugnables sufrió con la refundición de 2010 un ligero pulido. Aprovechando su traslado al art. 204, la "Ley", con mayúscula, como objeto primario de protección, se degradó a simple *ley* y la lesividad pasó de afectar los "intereses de la sociedad" al *interés social.*

La degradación de la letra inicial sirvió para dejar claro que el término "ley" debía ser objeto de la más amplia interpretación tanto en *continente* como en *contenido,* a fin de comprender no solo la ley en sentido formal, sino otras normas con rango de ley e, incluso, inferior[252]; tanto las normas de la propia LSC como las extracorpóreas[253] recogidas en el derecho común, civil o mercantil, y en la normativa especial (*v. gr.* Ley de Modificaciones Estructurales o Reglamento del Registro Mercantil) o reglamentaria (Real Decreto 821/1991 relativo al derecho de representación proporcional, que, aun dictado en desarrollo del art. 137 TRLSA, quedó a salvo de la derogación expresa, *cfr.* Disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 1/2010).

[252] ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., "Artículo 204", *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, p. 1440.

[253] CABANAS TREJO, R., "Cambios en el régimen de la junta general de las sociedades de capital en la reforma del gobierno corporativo (Ley 31/2014, de 3 de diciembre)", en Diario La Ley, núm. 8442, 16 de diciembre de 2014, p. 11, señala que la fórmula legal comprende "cualquier ley, no solo la LSC", lo que reitera, en idénticos términos, en "Nuevo régimen de plazos y cómputo de la caducidad de la acción de impugnación (art. 205.1 y 2 LSC)", en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, AA.VV., Academia Matritense del Notariado, edit. Colegio Notarial de Madrid, 2015, p. 388.

No obstante, desde el texto inicial de 1951 la doctrina[254] venía entendiendo, de forma pacífica, que así debía ser, hasta el punto de que GARRIGUES y URÍA, en su *Comentario,* ya habían procedido a degradar de hecho (*ley* por *Ley*) lo que habría de esperar, de derecho, más de medio siglo.

Aclarado que el término ley ha de ser entendido en sentido amplio, resta como único aspecto de interés determinar si para erigirse su infracción en causa de impugnación ha de tratarse de normas imperativas o también de las dispositivas, asumiendo como punto de partida que, como decía JIMÉNEZ DE PARGA[255], la frontera entre unas y otras "a veces parece dibujada en el desierto"[256].

Norma dispositiva, es sabido, es aquella que el legislador dispone solo para el caso de que los socios, por medio de los estatutos, no prevean otra cosa.

---

[254] GÓMEZ ORBANEJA, E., "El proceso de impugnación de la Ley de Sociedades Anónimas", Revista de Derecho Privado, 1955, p. 124; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., "Los acuerdos impugnables en la sociedad anónima", *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Vol. I, 1995, p. 384; EMBID IRUJO, J.M., "Notas sobre la impugnación de acuerdos sociales en la Ley española de Sociedades Anónimas", Noticias de la Unión Europea, nº 121, 1995, p. 51; SÁNCHEZ CALERO, F., *La Junta general en las sociedades de capital*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 364 y 365 y n. 28.

[255] JIMÉNEZ DE PARGA, R., "La impugnación de los acuerdos sociales en la ley reguladora de la sociedad anónima", *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Broseta Pont*, AA.VV., T.II, edit. Tirant lo Blanc, Valencia, 1995, p. 1806.

[256] ARROYO MARTÍNEZ, I., ["Artículo 56", *Comentarios a la ley de Sociedades de responsabilidad limitada*, Arroyo, Embid y Górriz (Coords.), 2ª ed, edit. Tecnos, Madrid, 2009, p.717] proponía como criterio para delimitar la norma imperativa y la dispositiva el tiempo verbal, de forma que fueran normas imperativas todos aquellos artículos que empleen el verbo en futuro o imperativo. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Los principios configuradores del tipo societario", publicado en Almacén de Derecho, 20 de febrero de 2017, https://almacendederecho.org/los-principios-configuradores-del-tipo-societario) reconoce el problema de *"determinar cuándo una norma es imperativa o dispositiva, puesto que, en buena parte de los casos, la ley no lo aclara expresamente. La regla general —hay excepciones— para estos casos es que, salvo que haya razones de protección de terceros o de protección de minorías —en el caso de sociedades que funcionan de acuerdo con el principio mayoritario— debe entenderse que las normas son dispositivas (arts. 117 y 121 C de c. y art. 28 LSC)."* Así, afirma, "*la doctrina tiende a considerar imperativas las normas que regulan el funcionamiento y organización de la sociedad lo que incluye el procedimiento de constitución de la sociedad; las reglas sobre la nulidad; el sistema de valoración de aportaciones; la disciplina del capital social; la configuración de los órganos sociales; el ámbito del poder de representación y el régimen de responsabilidad de los administradores; la impugnación de acuerdos sociales; las cuentas anuales y la modificación de estatutos y régimen de las modificaciones estructurales. Téngase en cuenta, no obstante, que, en muchas materias, conviven normas imperativas y dispositivas como ocurre, por ejemplo, con la regulación estatutaria de la responsabilidad por negligencia de los administradores o la posibilidad de modificar los quórum para modificar los estatutos sociales."*

GARRIGUES y URÍA[257], no sin ciertas dudas[258], postularon restringir el término ley a las normas imperativas, entendiendo que los arts. 67 y 68 LSA de 1951 no hacían más que reiterar lo declarado con carácter general en el art. 4 (hoy 6) del Código Civil, que, al decir de la doctrina civilista[259], exigía que la norma violada fuera dirigida contra el acto en forma que lo repudie y estigmatice y que posea, además, verdadera eficacia legal, eficacia que —afirmaban— no se da en las normas secundarias que por su naturaleza puedan ser renunciadas expresa o tácitamente.

Con ello no terminaban de aclarar el tratamiento que debía recibir el acuerdo que infringiera una norma dispositiva. Aunque reconocían que *"en realidad la valoración que el ordenamiento jurídico expresa en las normas dispositivas difiere muy poco de la que presta a las disposiciones estatutarias"*[260] no se atrevieron a asimilar expresamente la infracción de unas y otras, considerando ambas anulables.

Quedaba, pues, un espacio en el art. 67 LSA de 1951 que ni la infracción de la norma imperativa ni de la estatutaria lograban colmar. Si la primera quedaba circunscrita a las normas de *ius cogens* y a las estatutarias que fueran mera reproducción de ellas[261], y la segunda a los casos en que el estatuto regulaba, en forma distinta, aquello que una norma dispositiva le permitía, faltaba por filiar, a efectos impugnatorios, la infracción de una norma dispositiva cuando los socios no

---

[257] GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J. y URÍA GONZÁLEZ, R., *Comentario…,* I, 2ª edit., pp. 632 y 633. En la 3ª edición se reitera la opinión, sin más añadido que el cambio de numeración del art. 4 CC al 6.3, las citas en su apoyo de GIRÓN TENA, J. (*Derecho de Sociedades Anónimas*, pp. 318 a 320), RUBIO GARCÍA-MINA, J. (*Curso de Derecho de sociedades anónimas,* p.243) y FAIRÉN GUILLÉN, V. [*El proceso en la Ley de Sociedades Anónimas (estudio sobre los artículos 67 a 70*), Barcelona, 1964, p. 44] y las reservas de GÓMEZ ORBANEJA ("El proceso de impugnación de la Ley de Sociedades Anónimas", p. 125). El texto se reproduce, con la inclusión entre los primeros de GIMENO SENDRA, V. (*El proceso de impugnación de acuerdos en las sociedades anónimas y cooperativas*, 2ª edit. Madrid, 1985), en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J.Mª. *op. cit.,* pp. 333 y 334.

[258] Los autores reconocen (*ibídem,* p. 632) que *"no distinguiendo en art. 67 entre unas y otras leyes no parece que pueda seguirse distinto criterio en un caso y en otro, reputando nulos los acuerdos contrarios a preceptos imperativos y anulables los que violen normas dispositivas. Pero acaso —concluyen— esa interpretación sea demasiado rígida."*

[259] DE CASTRO Y BRAVO, F., Derecho Civil de España, T. I, 1ª edit., p. 449.

[260] GARRIGUES DÍAZ CAÑABATE, J y URÍA GONZÁLEZ, R., *Comentario…,* I, p. 633.

[261] *Ibidem,* p. 633.

hubieran dispuesto norma que la contradijera, con el peligro, cierto, de que, por no ser reconducible a los casos de nulidad ni anulabilidad, quedara huérfana de protección.

Bajo la vigencia del TRLSA de 1989, la doctrina mercantilista, aunque continuó siendo tributaria de la jurisprudencia emanada en torno al art. 6.3 del Código Civil, ya se decantaba con claridad por encuadrar la violación de normas dispositivas como infracción paraestatutaria[262]. La impugnación era posible, si bien sometida al breve plazo de caducidad de cuarenta días. Esta es la orientación del *Código das Sociedades Comerciais* portugués, que distingue entre la infracción de *"preceitos legais que não possam ser derrogados, nem sequer por vontade unânime dos sócios"*, que da lugar a la nulidad absoluta [art. 56.1 d)] y las restantes, que solo dan lugar a la anulabilidad [art. 58.1 a)].

La jurisprudencia era menos generosa en razonamientos y se limitaba (STS de 27 de noviembre de 2006) a aseverar que el término "ley" utilizado en los apartados 1 y 2 del art. 115 TRLSA (hoy art. 204) no tenía un sentido distinto del que resulta del art. 6.3 del Código Civil o que (STS de 10 de noviembre de 2011) *"la nulidad prevista en el artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas se refiere a la infracción de normas de derecho cogente, no a las que tienen carácter dispositivo".* Aclarar cuál fuera el régimen al que debían quedar sujetas estas últimas no parecía estar entre las (pre)ocupaciones del Alto Tribunal, a pesar de la advertencia velada que dejaba el párrafo cuarenta y tres de la sentencia de 10 de noviembre de 2011: los acuerdos enjuiciados no lesionaban los intereses de la sociedad y no infringían

[262] SÁNCHEZ CALERO, F. (*La Junta General…),* sin dejar de reconocer que *"en tanto estas normas* (por las dispositivas) *no son modificadas por los estatutos en cierto modo dejan de ser dispositivas y pueden aplicarse de forma imperativa al régimen de la sociedad"* (p. 365), concluía que *"su infracción dará lugar a un acuerdo anulable"* (p. 366). Para CABALLOL I ANGELATS, LL., ("Artículo 115", *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Arroyo-Embid (dirs.), edit. Tecnos, Vol. II, Madrid, 2001, p. 1113) su régimen *"debería ser el propio de la violación de los estatutos".* Bajo la anterior legalidad, ARROYO MARTÍNEZ, I., (*op. cit,* p. 717) sostuvo que *"[e]l silencio estatutario, en una materia no imperativa, pone en marcha la previsión legislativa y si el acuerdo se aparta de lo que establece la ley, la contravención es nula relativamente porque, infringiendo la ley, la materia no es de orden público."* Y JIMÉNEZ DE PARGA, R., *op. cit*., p. 1805, reconocía disentir *"del punto de vista, sin duda autorizado, que establece una proximidad entre las cláusulas estatutarias y las normas dispositivas, pues estamos en presencia de dos categorías distintas, aunque no necesariamente excluyentes, pero que merecen, en atención al sistema establecido en la Ley, un tratamiento también distinto."*

los estatutos, por lo que, de no ser contra ley o contra el orden público, la controversia no debía resolverse con fundamento en la caducidad, sino en la inexistencia de causa de impugnación. Esto es, la Sala no excluía que, de ser la norma dispositiva, el acuerdo ni siquiera fuera impugnable.

En la actualidad, reducido el binomio histórico de nulidad y anulabilidad a la simple impugnabilidad y unificado el plazo de caducidad, la discusión ha perdido, a nuestros ojos, todo interés, pues nos parece indiscutible que tan *impugnable* es un acuerdo contrario a una norma imperativa como a una dispositiva, aunque no falten autores que, aún hoy, sigan defendiendo lo contrario[263].

Las normas dispositivas, en palabras de DE CASTRO[264], *"no han sido puestas por las leyes a modo de modelo o ejemplo"* o, como decía SÁNCHEZ CALERO[265], como *"simple auxilio de descuidados o desmemoriados*". Si los socios no hacen uso de la libertad regulatoria que les concede la norma, ésta acaba resultando de obligado cumplimiento del mismo modo que aquella que es imperativa por naturaleza, por lo que ambas, la imperativa *ex lege* y la imperativa *ex voluntate*, son supuestos de infracción de ley y la discusión no pasa de un mero ejercicio dialéctico sin más utilidad práctica que limitar la afectación al orden público a las normas imperativas.

La infracción estatutaria como causa de impugnación es, desde el punto de vista cuantitativo, poco significativa, invocándose, las más de las veces, como argumento de refuerzo de una infracción de ley de la que la norma estatutaria es reproducción o concreción. Si el acuerdo es contrario al tenor de los estatutos,

---

[263] No puedo compartir la opinión de ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y MASSAGUER FUENTES, J. ["Artículo 204", *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, edit. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, edición Proview, (52)] cuando afirman que *"[h]a de tratarse de normas imperativas. Si son dispositivas o supletorias de la autonomía privada, no cabrá hablar de infracción ni de que el acuerdo sea contrario a la ley".* Si los socios no han hecho uso de la autonomía privada que la ley les concede mediante una previsión estatutaria que, por ejemplo, elimine el derecho de examen contable del art. 272.3, la infracción de ese derecho constituye, obviamente, una infracción de ley.

[264] DE CASTRO Y BRAVO, F., "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", Anuario de Derecho Civil, Vol. 35, nº 4, 1982, p. 1061.

[265] SÁNCHEZ CALERO, F., *Ibidem,* p. 365.

resulta indiferente que los mismos (o su posterior modificación) estén o no inscritos en el registro mercantil[266]. Distinto del acuerdo puramente contrario es el acuerdo de derogación singular, en que los socios no quieren violar los estatutos, sino excepcionar su vigencia transitoriamente en algún extremo particular, que serán impugnables solo si en su proceso de adopción incurren en alguna infracción a la que el art. 204 atribuya el carácter de impugnable[267].

El acuerdo también puede ser impugnable por violar preceptos reglamentarios de la junta o el consejo[268], que, por afectar a extremos de índole formal u organizativa, solo serán cauce de impugnaciones por defectos procedimentales[269] que ni siquiera, en la mayoría de los casos, serán propiamente de origen reglamentario, sino infracciones de normas legales o estatutarias que los reglamentos han optado por reproducir[270].

---

[266] ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., "Artículo 204", *op. cit*., p. 1442. También, CABANAS TREJO, R., "Cambios en el régimen de la junta general…", n. 35.

[267] ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., "Artículo 204", *op. cit*., p. 1442, y, con un amplio recorrido de la doctrina alemana, CAMPINS VARGAS, A., "Derogación singular de los estatutos sociales", en Revista de Derecho Mercantil, núm. 242, 2001, pp. 1685 a 1710; la edición consultada fugura en *Summa*, Derecho de Sociedades, Vol. III, pp. 715 a 735. CABANAS TREJO, R., "Cambios en el régimen de la junta general…", n. 3, insiste en que *"[n]o debe excluirse* (la posibilidad de) *la derogación singular, es decir, un acuerdo de JG contrario a la previsión estatutaria, pero sin modificar el texto de los estatutos, que siguen siendo imperativos para el futuro, siempre que el acuerdo derogatorio cumpla todos los requisitos formales y decisorios que hubieran sido necesarios para llevar a cabo la reforma de los estatutos, aunque no se implante."*

[268] QUIJANO GONZÁLEZ, J., "La reforma…", *op. cit.,* p. 92, no parece aplaudir la novedad, cuya *"aplicación práctica(…) planteará, sin duda, la misma casuística que venía planteando la infracción de los estatutos: no todas las normas contenidas en los reglamentos tienen el mismo carácter; las habrá más obligatorias, más dispositivas, o simplemente más orientativas; unas afectarán a aspectos más esenciales del funcionamiento de la junta, y otras a requisitos meramente procedimentales, excluidos de la impugnación (…); habrá normas reglamentarias, que reproducen cláusulas estatutarias o preceptos legales; las habrá que precisan o desarrollan una regla de superior nivel; y cabrá la posibilidad de que la contradigan, planteando así una vieja cuestión de jerarquía de fuentes a efectos de impugnación."*

[269] GARCÍA DE ENTERRÍA, J., "La impugnación de acuerdos sociales. Una visión práctica", en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, AA.VV., Academia Matritense del Notariado, edit. Colegio Notarial de Madrid, 2015, pp. 32 y 33, cuestiona el acierto de haber abierto la posibilidad de impugnar acuerdos por infracción del reglamento de la junta, atendido su carácter secundario, subordinado y procedimental, lo que la hace inidónea para afectar a cuestiones como las mayorías o derechos de los socios, que solo pueden abordarse en los estatutos.

[270] ALONSO LEDESMA, C., *op. cit.* RB-11.2, afirma que una lectura de los reglamentos de la junta de las sociedades cotizadas revela que se han limitado *"en su mayor parte, a reproducir sustancialmente las normas legales o estatutarias que regulan el funcionamiento o desarrollo de la junta general, sin apenas especificación de aspectos que contribuyan a complementar, desarrollar o ampliar, en la medida*

3.1. EL ABUSO DE DERECHO COMÚN.

La ampliación del concepto de ley a las normas extrañas a la LSC ha permitido incardinar dentro del catálogo de supuestos de acuerdos contrarios a la ley los adoptados con infracción del art. 7 CC, que, tras proclamar la exigencia de que los derechos se ejerciten conforme a las exigencias de la buena fe, dispone que la ley no ampara el abuso del derecho ni su ejercicio antisocial, de modo tal que cualquier acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

Entre esas medidas judiciales se ha encontrado, desde la LSA de 1951, la acción impugnatoria del acuerdo social que incurriera en abuso de derecho, en cuanto contrario a la ley.

La jurisprudencia, durante la vigencia del TRLSA de 1989, vino sosteniendo de forma repetida que, aunque el art. 115 silenciara el abuso de derecho o de poder entre las causas de impugnación, ello no constituía un obstáculo insuperable para fundar en tales motivos la impugnación, pues eran supuestos reconducibles a la

---

de lo posible, las normas legales o estatutarias". Sirva como ejemplo de lo anterior el reglamento de la junta de CAIXABANK, que comienza con una exposición de su finalidad: **"***El presente Reglamento se aprueba por la Junta General de Accionistas de "CaixaBank, S.A." (en adelante, la Sociedad) en cumplimiento de lo dispuesto en la normativa vigente, con el objeto de desarrollar los preceptos legales y estatutarios en lo referente al desarrollo de la Junta General de Accionistas. De acuerdo con el objetivo propuesto, no se pretende la reproducción de los preceptos legales y estatutarios sobre la Junta General, aun cuando en algún momento se puede reiterar alguno de ellos en aras a una mayor claridad expositiva. Tampoco se pretende una regulación de los derechos básicos de los accionistas por cuanto se trata de materias que vienen fijadas por la Ley y los Estatutos y no sería apropiado intentar su regulación a través de un reglamento que debe tener como objeto primordial aspectos procedimentales."* Como concluye la autora, RB-11.5, *"los reglamentos hasta ahora aprobados con esencialmente "conservadores" en el sentido de que no han aprovechado la posibilidad que legalmente se les ofrece de innovar en determinados aspectos concernientes a la junta, algo que ahora resultará más difícil de lograr dada la eventualidad de que la infracción de esa norma reglamentaria puede ser objeto de una acción de impugnación".*

infracción de ley[271]. Se lograba así reducir el margen de impunidad de aquellos acuerdos que, por resultar neutros o beneficiosos para el interés social, escapaban de la causa de impugnación por lesividad, pero encerraban un comportamiento abusivo.

Ahora bien, tras la tipificación expresa en el art. 204 (en la redacción dada por la Ley 31/2014) de los acuerdos abusivos como subespecie de los lesivos, surgió ineludiblemente la cuestión de si aún había espacio de impugnabilidad para otros acuerdos abusivos que no cumplan esos requisitos.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 14 de febrero de 2018, ha aclarado la convivencia y coordinación entre el abuso de derecho general (el del art. 7 del CC) y el abuso de derecho del art. 204.2.II LSC, de suerte que:

(i) Si la conducta en que cristaliza el acuerdo social reúne los caracteres típicos del art. 204.2.II, *"no es preciso acudir a la disciplina general del art. 7.2 del Código Civil puesto que se ha tipificado expresamente cuál es la consecuencia jurídica de tal conducta en el ámbito societario";*

(ii) Pero si *"el abuso de derecho en que se ha incurrido al adoptar el acuerdo social no es reconducible a ese supuesto de acuerdo «lesivo» del interés social específicamente previsto en el art. 204.1 TRLSC, tanto antes como después de la reforma"*, como *"[a]sí ocurre cuando el abuso de derecho*

[271] SSTS de 2 de mayo de 1984, 10 de febrero de 1992, 1 de marzo de 2006, 10 de diciembre de 2008, 7 de diciembre de 2011, 17 de enero de 2012 (citada erróneamente por la STS de 14 de febrero de 2018, que refiere el día de su dictado al 7 de enero) o 20 de septiembre de 2017. En realidad, la sentencia de 7 de diciembre de 2011 incluía un razonamiento sobre el abuso de derecho que el Alto Tribunal (e incluso, el mismo ponente, en la sentencia de 17 de enero de 2012) ha obviado en sus resoluciones posteriores; distinguía esta sentencia, de forma errónea y un tanto confusa, a mi juicio, entre abuso de derecho, ejercicio antisocial del mismo y fraude de ley. Con respecto al abuso, sostiene que *"no cabe descartar el abuso de derecho como causa de impugnación de acuerdos lesivos, sujeta al plazo de caducidad de cuarenta días"*, pero *"[m]ayores dificultades se plantean cuando se pretende que el abuso de derecho subjetivo contraría la ley, ya que: 1) El abuso subjetivo no cuestiona la legalidad de la actuación de quien incurre en él. 2) De estimarse la conculcación de la norma, no tendría sentido acudir a la doctrina del abuso del derecho, dado que, como afirma la sentencia 127/2009, de 5 de marzo, "un ilícito (infracción legal) por principio no es abuso del derecho".* Completaba la Sala su razonamiento admitiendo la contrariedad a la ley cuando el derecho se ha ejercitado de forma antisocial (advirtiendo que "en tales supuestos, no cabe sustentar la "nulidad" de los acuerdos sociales en el "abuso de derecho" sin más, ya que es necesario identificar cuál es el derecho ejercitado y precisar por qué es antisocial la concreta forma en que se ha ejercitado y concretar la norma infringida".

que supone la aprobación del acuerdo social no lesiona propiamente el interés social (…) por cuanto que el perjuicio se produjo para un tercero ajeno a la sociedad" o no *"nos encontramos ante un «abuso de la mayoría» en perjuicio de la minoría social (…) porque el supuesto acuerdo se adoptó de forma unánime por todos los socios y el perjuicio se produjo a un tercero (…) [e]n tal caso, el supuesto ha de reconducirse al régimen general del art. 7.2 del Código Civil."*

Esta sentencia concluye que *"[l]a expresión «que sean contrarios a la ley» que se contiene en el art. 204.1 TRLSC ha de entenderse como contrariedad al ordenamiento jurídico, por lo que es causa de nulidad que el acuerdo social haya sido adoptado en fraude de ley (art. 6.4 del Código Civil), de mala fe (art. 7.1 del Código Civil) o con abuso de derecho (art. 7.2 del Código Civil). "*

Para que sea apreciable un abuso de derecho genérico el Alto Tribunal[272] exige la constatación de varios requisitos positivos:

(a) El uso formal o externamente correcto de un derecho;

(b) El daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, mas sin que baste para provocar la nulidad del acuerdo el hecho de que afecte negativamente al derecho de un tercero, pues el ejercicio —incluso lícito— de los derechos por parte de sus titulares supone hacer uso de un haz de facultades que, normalmente, afectan negativamente al ámbito jurídico de los terceros, sin que ello los convierta en ilícitos[273].

(c) La inmoralidad o antisocialidad de esa conducta, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, o sin verdadero interés en ejercitarlo, esto es, en ausencia de interés legítimo), o en forma

[272] Sentencias de 7 de junio de 2011, 26 de septiembre de 2012, 3 de abril de 2014, 30 de enero de 2017, 14 de febrero de 2018, 5 de julio de 2022 y 25 de octubre de 2022.

[273] En argumento un tanto circular las SSTS de 14 de febrero de 2018 y 25 de octubre de 2022 afirman que *"[l]o que provoca la nulidad del acuerdo es que esa afectación negativa al derecho de un tercero o, lo que es lo mismo, el perjuicio para el tercero, ha sido producido por un acuerdo contrario a la ley, y que esa contrariedad a la ley consiste en que el acuerdo constituye un abuso de derecho".*

objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo).

Y, negativamente, el Tribunal Supremo también ha declarado que la apreciación del abuso de derecho no exige que concurra otra infracción legal añadida, y en concreto, que se haya infringido un determinado precepto de la LSC, por cuanto que se trata de una actuación aparente o formalmente amparada en la ley, pero que, por las excepcionales circunstancias que en ella concurren, constituye una extralimitación que la ley no ampara.

Entre esas circunstancias se hallan el cambio inadvertido de las formas de convocatoria[274], la privación del derecho de asistencia y voto por defectos de representación tolerados en el pasado[275], la ampliación de capital para frustrar una opción de compra sobre el paquete mayoritario de participaciones[276], el intento de burlar otras resoluciones judiciales[277], la negativa injustificada al reparto de dividendos (antes de la Ley 31/2014)[278] o el acuerdo de aumento de capital en un euro con renuncia a la suscripción del socio único, con el fin de perder la unipersonalidad y retardar la toma de decisiones[279]. No obstante, tras la tipificación del abuso de derecho societario, la invocación del abuso de derecho genérico —al menos como causa autónoma de impugnación— se halla en franca regresión[280], a lo

[274] STS de 20 de septiembre de 2017, que a su vez cita las de 2 de mayo de 1984 y 1 de marzo de 2006.

[275] STS de 5 de julio de 2022.

[276] STS de 14 de febrero de 2018.

[277] STS de 25 de octubre de 2022. Sobre la misma, *vid.* comentario de PALÁ LAGUNA, R., "La nulidad por abuso de derecho de los acuerdos sociales adoptados en perjuicio de tercero. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1ª] de 25 de octubre de 2022", en Revista de Derecho Mercantil, núm. 328, abril-junio de 2023, pp. 11 y ss. Consultada versión digital.

[278] STS de 7 de diciembre de 2011, SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 7 de mayo de 2014, SAP de Madrid, sec. 28ª, de 1 de abril de 2016, luego seguidas, en ambas Audiencias, por otras muchas.

[279] SJP nº 7 de Vitoria (con competencia en materia mercantil) de 19 de julio de 2016.

[280] En opinión de PALÁ LAGUNA, R., *op. cit.,* RR-11.7, *"[e]stamos (…) ante un motivo de impugnación de acuerdos sociales de escaso éxito en la práctica y ello por varias razones: en primer lugar, porque el motivo de impugnación no es subsumible en el conflicto intrasocietario (abuso de la mayoría); en segundo lugar, porque el demandante ha de probar la concurrencia de los tres requisitos que la jurisprudencia entiende deben concurrir para apreciar abuso de derecho ex art. 7.2 del Código Civil de*

que contribuye el hecho de que, tras la unificación del plazo de caducidad, hayan cesado los intentos de hacer pasar por acuerdos abusivos[281] (sujetos al plazo de caducidad de un año) acuerdos meramente anulables (sujetos, hasta la Ley 31/2014, al plazo brevísimo de cuarenta días)[282]. De hecho, de las cincuenta y ocho sentencias dictadas en los últimos seis años por juzgados de lo mercantil y Audiencias[283] que citan la STS de 14 de febrero de 2018[284] en sus fundamentos, solo once se refieren propiamente al abuso de derecho como causa de impugnación, ocho de ellas para apreciarlo[285] y las tres restantes para rechazar que concurra[286].

---

forma indubitada, al implicar la nulidad de los acuerdos por contravenir la ley (art. 204.1 LSC en relación con el art. 7.2 CC) a instancias de un tercero no socio una injerencia en la autonomía de la voluntad de la persona jurídica societaria. Injerencia no discutida para aquellos acuerdos sociales contrarios al orden público, pero no tan pacífica en los supuestos de adopción de acuerdos contrarios a la ley."

[281] La AP de Barcelona, sec. 15ª (sentencias de 4 de junio de 2004 y 5 de febrero de 2014), para frenar las tentativas de camuflar como abuso de derecho causas de anulabilidad, se vio obligada a restringir el concepto a los casos en que el abuso fuera "patente y manifiesto".

[282] Esos intentos a los que hago referencia en el texto son el peaje que hubo que pagar por recurrir al abuso de derecho allí donde no alcanzaba la lesión del interés social. Como subraya MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., "Los acuerdos adoptados con abuso de mayoría en perjuicio de los socios minoritarios", en Revista de Derecho Mercantil, núm. 310, 2018, p. 108, n. 5, *"[s]e suscitaba la paradoja de que mediante el recurso de apelar a la prohibición de abuso fundada en el art. 7 CC, se proporcionaba una protección mayor que en el supuesto de acuerdos lesivos (contrarios al interés social en beneficio de algún socio o tercero), por el hecho de ser estos "anulables" con rigurosos requisitos de legitimación (…) y un corto término para impugnar (40 días)."* Por eso celebra la autora (p. 111) que la Ley 31/2014 haya puesto fin a un "trato más favorable (…) que no tenía justificación alguna".

[283] Según la base de datos del CENDOJ (última consulta el 27 de marzo de 2024).

[284] *Vid.,* a propósito de las SSTS de 14 y 15 de febrero de 2018, CARRASCO PERERA, A., "La (im)procedencia de impugnar acuerdos societarios sobre la base del abuso de derecho de los socios", en Gómez-Acebo & Pombo, Análisis, marzo de 2018, pp. 1 a 7, en que distingue entre el abuso de derecho *relacional*, que es el subsumible en el art. 7, y el *no relacional.*

[285] SJM nº 7 de Madrid de 25 de julio de 2023 (modificación estatutaria del régimen de transmisión de participaciones), SAP de Burgos, sec. 3ª, de 25 de octubre de 2022 (acuerdo del consejo que pretende dejar sin efecto otro previo de la junta), SAP de Orense, sec. 1ª, de 20 de diciembre de 2022 (elevación estatutaria al 30% del *quorum* del art. 272.3), SAP de Murcia, sec. 4ª, de 21 de enero de 2021 (aumento de capital), SAP de Toledo, sec. 1ª, de 25 de septiembre de 2019 (junta celebrada físicamente en Notaría, ausente el Notario por enfermedad, y sin presencia de los socios mayoritarios), SJM nº 3 de Oviedo de 8 de mayo de 2020 (aumento de capital con frustración de opción de compra de un tercero), SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 12 de febrero de 2019 (abuso de derecho en la convocatoria,) y SAP de Cáceres, sec. 1ª, de 6 de abril de 2018 (atesoramiento de beneficios), en estas dos últimas como argumento de refuerzo del abuso de mayoría tipificado.

[286] SAP de Madrid, sec. 28ª, de 13 de mayo de 2022 (modificación estatutaria del régimen de transmisión de participaciones), SJM nº 7 de Madrid de 23 de julio de 2022 (retribución de administradores) y SAP de Sevilla, sec. 5ª, de 15 de febrero de 2019 (cese *ad nutum).*

3.2. EL ORDEN PÚBLICO COMO SUBESPECIE.

La proyección del orden público a efectos impugnatorios se reduce a aquellos acuerdos que, por su *causa*, *contenido* o *circunstancias* puedan afectarle. Se combinan, pues, aspectos internos (causa y contenido) y externos (circunstancias) al acuerdo en sí.

El orden público es un concepto transversal que se halla presente, como límite a la autonomía de la voluntad, en todos los sectores del ordenamiento jurídico.

Limitándonos al derecho privado, en el Código Civil hallamos referencias al orden público en sede de fuentes del derecho, como límite a la costumbre (art. 1.3); en la exclusión de ley aplicable y renuncia de derechos, cuya validez se hace depender de la no afectación del interés o el orden público (art. 6.2); en la aplicabilidad de la ley extranjera, impedida cuando resulte contraria al orden público (art. 12.3); como causa de denegación de la nacionalidad (art. 21.2); o, en fin, como límite a la libertad de establecimiento de servidumbres (art. 594) o de pactos, cláusulas y condiciones (art. 1255).

En la LSC la noción de orden público está presente en las causas de nulidad de la sociedad [no expresión de objeto o ser éste ilícito o contrario al orden público, *cfr.* art. 56.1.e)] y en sede de impugnación, ya para aclarar que de resultar afectado la acción no caducará ni prescribirá[287] (art. 205) como para fijar los sujetos legitimados (art. 206.2).

Pero en ningún texto legislativo, actual o pretérito, encontramos una definición, siquiera aproximativa, de lo que haya de entenderse por orden público.

[287] ALONSO LEDESMA, C., *op. cit.*, RB-11.1 manifiesta no entender *"por qué al indicar el distinto régimen al que estos acuerdos (…) quedan sometidos se señala que la acción para impugnar tales acuerdos "no caduca no prescribe" haciendo referencia a dos figuras (caducidad y prescripción) bien distintas."* La razón de esa precaución del legislador, que bien puede parecer superflua, por redundante, se halla en que bajo la legislación previgente algún autor postulaba someter la acción de impugnación de acuerdos contrarios al orden público a prescripción, en concreto al plazo de 4 años de anulabilidad del art. 1301 CC (DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., "Los procedimientos judiciales en la nueva legislación societaria", Revista La Ley, núm. 1, 1990, pp. 1049 a 1065).

En la LSA el orden público no estaba presente. Sí lo estaba en el Anteproyecto de 1947, cuyo artículo 68 disponía que *"[p]odrán ser impugnados, según las normas y dentro de los plazos establecidos en los artículos siguientes, los acuerdos sociales que contradigan la ley, el orden público o las buenas costumbres, se opongan a los estatutos, vulneran las bases esenciales de la sociedad, lesionen los derechos de los accionistas o violen, en beneficio de uno o varios de éstos, los intereses sociales."* La calificación de un acuerdo como contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres suponía que la acción de impugnación no quedaba sujeta al plazo de caducidad.

La referencia al orden público se eliminó en la LSA de 1951, si bien la doctrina[288] advertía que dentro de la amplia categoría de los acuerdos nulos debían ser incluidos también los contrarios a la moral, al orden público y a las buenas costumbres (arts. 1116, 1255 y 1275 CC).

El TRLSA de 1989 recuperó el concepto, no en el elenco de causas de impugnación (art. 115), sino para exceptuar de la caducidad anual de los acuerdos contrarios a la ley *"los acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público".*

Esta previsión pasó al art. 205.1 TRLSC de 2010 con su mismo tenor literal, hasta que la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, añadió como elemento valorativo de la contravención del orden público, amén del contenido y causa de los acuerdos, "sus circunstancias"[289].

Entre ambas refundiciones, la Propuesta de Código Mercantil sancionaba con la nulidad de pleno derecho [art. 214-12 *e)*] los acuerdos que por su causa o contenido fueran contrarios al orden público, pero tipificando como supuestos autónomos de nulidad *[d)]* precisamente parte de aquellos que, como veremos,

[288] GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., URÍA GONZÁLEZ, R., *op. cit.,* T. I, p. 627. En contra, GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952, pp. 318 y 319, para quien la exclusión del orden público (y de las buenas costumbres) impedía su invocación como causa de impugnación.

[289] Adición que MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., "El nuevo régimen de impugnación…", p. 97, no juzga *"coherente con la excepcionalidad de los supuestos de contrariedad con el orden público y con la necesaria seguridad jurídica que debe regir su concreción".*

tradicionalmente se han considerando integrantes de esa categoría —los acuerdos contrarios a los principios configuradores del tipo social de que se trate— y otros que podrían serlo sin dificultad (los que infrinjan las normas esenciales de protección de los acreedores sociales y los que lesionen gravemente un derecho del socio)[290].

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 20 de diciembre de 2022 reconoce la dificultad de reducir a definiciones o categorías cerradas el concepto de orden público:

> "Se trata de un sintagma polisémico que presenta una significación jurídica distinta en el ámbito del Derecho público (administrativo, penal) y en el Derecho privado, en el ámbito internacional y en el interno. Dentro del ámbito jurídico-privado (arts. 6.2, 12.3, 1255 CC, entre otros) aparece caracterizado como límite al principio de la autonomía de la voluntad. Pero incluso circunscrito a este ámbito carece de un sentido unívoco. En concreto, por lo que se refiere al orden público societario, el sentido que cabe atribuirle no equivale o se ciñe a una institución de protección exclusivamente frente a vulneraciones de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución (como sucede en el caso del art. 41.1, f de la Ley de Arbitraje). Comporta una noción más amplia que delimita un ámbito de protección frente a los acuerdos sociales que vulneren normas imperativas que afecten a la esencia del sistema societario, a los principios configuradores de la sociedad, así como a las normas que afecten a los derechos básicos de los socios, sin que, por tanto, se limite a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas por la Constitución (sentencia 913/2006, de 26 de septiembre)."

Lo único claro en los acuerdos que contravienen el orden público es que constituyen una *"subcategoría dentro de los acuerdos contrarios a la ley"* (STS de 16 de marzo de 2015), de modo que *"no se puede calificar de contrarios al orden público todos los acuerdos que resulten contrarios a una norma legal prohibitiva imperativa"* (s. de 21 de marzo de 2013), interpretación extensiva que debe rechazarse *"toda vez que podría suceder que un concepto lato generara tal ampliación de las posibilidades de impugnación que pudiera llegar a destruirse la regla de*

[290] El elenco de la Propuesta de Código Mercantil tenía una clara inspiración en el § 241 de la *Aktiengesetz* e importaba la polémica que en Alemania se produjo sobre si la referencia a los acuerdos que sean incompatibles con la naturaleza de la sociedad era o no una categoría autónoma del orden público, al venir ambas causas diferenciadas en la enumeración de acuerdos impugnables. Da cuenta de la misma MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., "El nuevo régimen de impugnación…", p. 78 y n. 36.

caducidad, sin duda introducida para la seguridad del tráfico" (ss. de 28 de noviembre de 2005 y de 29 de noviembre de 2007). Se trata de una limitación a la facultad de impugnar que responde a la finalidad de *"facilitar la certeza de las relaciones jurídicas para evitar la perturbación tardía del tráfico jurídico"* (s. de 15 de noviembre de 2004).

De tan genéricas proclamas podemos extraer una sola certeza: el orden público es privativo de las normas imperativas[291], pero no toda infracción de norma imperativa afecta al orden público.

El resto, esto es, su concepto, es tan etéreo que resulta difícilmente aprehensible. La sentencia de 16 de marzo de 2015 parte del reconocimiento de que *"se trata de una válvula del sistema jurídico compuesta por un conjunto de directivas"* que la sentencia de 19 de julio de 2007 ya calificara de *"ciertamente indeterminado*[292]*".*

El orden público se ha querido encontrar en:

(a) *"[A]cuerdos, convenios o negocios que suponen un ataque a la protección de los accionistas ausentes, a los accionistas minoritarios e incluso a terceros, pero siempre con una finalidad, la de privarles de la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 CE"* (s. de 18 de mayo de 2000);

(b) *"[U]n acuerdo que vulnere de algún modo normas imperativas que afecten a la esencia del sistema societario, así como normas relativas a derechos fundamentales"* (s. de 26 de septiembre de 2006);

[291] Por no resultar afectada una norma imperativa, sino una dispositiva, la STS de 16 de marzo de 2015 rechaza que infrinja el orden público un acuerdo social que hace uso de la facultad que le concede una norma de esa naturaleza, en aquel caso el art. 53.4 LSRL de 1995, que permitía la creación de participaciones de voto plural.

[292] La alusión al carácter "indeterminado" del concepto es frecuente. URÍA, MENÉNDEZ, MUÑOZ PLANAS (*op. cit.,* p. 325), admiten que el concepto presenta *"serias dificultades de concreción"* y SÁNCHEZ CALERO, F., (*op. cit.,* p. 368) que su determinación "no resulta fácil". GULLÓN BALLESTEROS, A. ("Artículo 6", *Comentario del Código Civil*, Vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 35) lo admite sin ambages como *"uno de los (…) más indeterminados que existen"*, al igual que la STS de 19 de julio de 2007 ("ciertamente indeterminado").

(c) Los *"principios configuradores de la sociedad"* (ss. 21 de febrero de 2006, 30 de mayo de 2007, 19 de julio y 29 de noviembre de 2007);

(d) *"[E]n los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los principios básicos del orden social en su vertiente económica, ya que de sociedades de capital se trata"* (s. de 4 de marzo de 2002);

(e) *"[L]os principios y directivas que, en cada momento, informan las instituciones jurídicas y que, por considerarse esenciales por la sociedad, no pueden ser derogadas por los particulares" (*ss. de 21 de febrero de 2006, 19 de julio de 2007, de 19 de abril de 2010 y 16 de marzo de 2015);

(f) *"[D]erechos que afecten a la esencia del sistema societario"* (ss. 18 de mayo de 2000, 26 de septiembre de 2006).

Con ánimo de superar la dispersión, la sentencia de 20 de diciembre de 2022 concluye que *"comprende, en síntesis, los derechos garantizados por la Constitución de proyección en el ámbito societario, y los principios esenciales y configuradores del derecho societario".*

En la doctrina, la invocación de los derechos constitucionales y de los principios configuradores de las sociedades de capital ha sido también una constante. En el ámbito constitucional se ha hablado del orden público constitucional[293], de los principios y derechos protegidos por la Constitución[294] o, más limitadamente, de los derechos fundamentales[295] del socio, lo que reduciría el espectro a los arts. 14 a 29 del texto fundamental.

[293] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *op.* cit., pp. 388 y 389.

[294] VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T. I, edit. Bosch, 3ª ed., p. 612. Como tal expresión, por su generalidad, podía incluir los principios rectores de la política económica y social (arts. 39 a 52 C.E.), posteriormente el mismo autor (*Introducción al Derecho Mercantil*, edit. Tirant lo Blanch, 9ª edit., Valencia, 1996, p. 255) lo reduce a los supuestos en que estén comprometidos los derechos y libertades constitucionales del socio.

[295] CABALLOL I ANGELATS, LL., *op. cit.,* p. 1111; GIMENO SENDRA, V. *op. cit.,* p. 563; LÓPEZ CURBELO, J., "Algunas consideraciones en torno al artículo 116 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989", Actualidad Civil, 1992, nº 2, pp. 326 y 327.

No obstante, se ha advertido[296] que en la LSC el concepto de orden público es, en parte, más restringido, y, en parte, más amplio. Más restringido, porque acuerdos que podrían ofender derechos constitucionales en el ámbito público, pueden ser válidos en el privado societario[297]. Y, más amplio, porque, junto a los derechos reconocidos en la Carta Magna, han de situarse los acuerdos que vulneren los principios configuradores del tipo social a los que alude el art. 28 LSC (antes art. 10 TRLSA), entre los que los autores incluyen la falta de responsabilidad de los socios por las deudas sociales, el carácter capitalista de la sociedad o los derechos legales mínimos de los accionistas[298], lo que vendría a suponer, en la práctica, una vuelta a la doctrina clásica de las bases esenciales[299], presente en la cláusula general del Anteproyecto de 1947 y suprimida en la LSA de 1951.

Decíamos antes que el orden público debe quedar restringido a las normas imperativas. Pero con esto no es suficiente, porque no todas las normas imperativas tienen por objeto, directo o indirecto, la tutela del orden público[300].

Dentro de la causa trimembre de impugnabilidad, las infracciones de preceptos estatutarios, salvo que sean simple reproducción de normas imperativas, no pueden afectar al orden público, porque se ocupan de disciplinar aspectos que, precisamente por solo comprometer intereses privados disponibles por los socios, no pueden afectar el orden público.

---

[296] ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, "Artículo 205", *op. cit.* pp. 1449 y 1450.

[297] El citado autor pone como ejemplo el acuerdo de una SL, cuyo objeto social fuera la edición de publicaciones sobre el Islam, por el cual se aprobara una modificación estatutaria que exigiera profesar esa religión para ser administrador.

[298] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *op. cit.*, p. 389.

[299] URÍA, MENÉNDEZ, MUÑOZ PLANAS, *op. cit.,* p. 326.

[300] La SAP de Madrid, sec. 28ª, de 10 de febrero de 2014 señala que *"tampoco se identifica con el orden público toda vulneración de norma imperativa. Una norma imperativa puede plasmar una decisión de política jurídica sin que para ello se vea involucrado el orden público, que se refiere a los principios fundamentales y rectores de la comunidad (o, en nuestro caso, configuradores de la sociedad), lo que muestra la trascendencia que ha de tener cualquier infracción para su apreciación, por mucho que afecte a derechos esenciales del socio."*

Tampoco atentan contra el orden público los acuerdos que lesionan el interés social y, aún más claramente, los que lesionan los intereses de la minoría[301]. Podría discutirse, no obstante, si los acuerdos lesivos y abusivos comprometen el orden público cuando alcanzan relevancia penal; recordemos que el Código Penal tipifica como delito la imposición de acuerdos abusivos (art. 291 del Código Penal) o la adopción de acuerdos lesivos adoptados por una mayoría ficticia, obtenida por abuso de firma en blanco, por atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente carezcan del mismo, por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por la ley o por cualquier otro medio o procedimiento semejante (art. 292); aunque no han faltado voces en el doctrina[302] que identifican cualquier tipicidad penal con una infracción del orden público, esa opinión debe ser matizada, distinguiendo cuando el acuerdo lesiona exclusivamente intereses privados singulares, en que el propio Código, en su art. 296.1, aclara que solo serán

[301] La STS de 26 de septiembre de 2006 razona que *"el acuerdo que se impugnó por la hoy recurrente podría haber sido contrario a los intereses de la acreedora, pero no al orden público (…) y por ello quedaba afectado por el plazo de caducidad de un año.* La SAP de Madrid, sec. 28ª, de 16 de febrero de 2024 reconoce que *"[l]a tarea interpretativa para determinar qué normas legales de todas las comprendidas en el Derecho de sociedades caen dentro de aquello que se considera orden público societario siempre es costosa. No obstante, las cuestiones que se refieren al interés social, sea cual fuera la posición doctrinal que se adopte sobre ello, cuando se está en Derecho privado y, dentro de éste, en el ámbito contractual, como es el del contrato de sociedad, no puede considerarse incluido en aquel concepto indeterminado de orden público societario. En esencia, el interés social, como el de los propios socios, se encuentra íntimamente vinculado a un principio dispositivo afectante a la esfera patrimonial de esos sujetos privados, sometido a su autonomía de la voluntad en cada momento. Esto no quiere significar que la lesión del interés social no constituya causa de impugnación de acuerdos sociales, como de hecho tipifica el reseñado art. 204.1 TRLSC, sino que cuando ello se produce, muy difícilmente puede sostenerse que se esté en el restringido ámbito propio de las normas de orden público societario que permita escapar a la regla general de caducidad de la acción impugnatoria (…) Desde esa perspectiva, los intereses de los socios minoritarios, en la medida que pudieran estar reflejados en los intereses de la propia sociedad, únicos que las normas de los arts. 204 y 190.3 TRLSC toman en consideración, gozan de una posibilidad de autotutela suficiente con el mecanismo de impugnación del acuerdo, sin que su disposición se sujeta a reglas de orden público y, por tanto, queda sometida al general plazo de caducidad del art. 205 TRLSC, en el término aplicable".*

[302] FARRANDO MIGUEL, I., "La excepción de orden público a la caducidad de la acción de impugnación de acuerdos sociales", en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje el profesor José María Muñoz Planas*, AA.VV., Piloñeta Alonso e Iribarren Blanco (Coords.), edit. Civitas, Madrid, 2011, p.199) defiende que también se conceptuén como contrarios al orden público *"los que constituyan un ilícito penal como pudieran ser, por ejemplo, los acuerdos lesivos para la sociedad o alguno de sus socios adoptados por una mayoría ficticia (art. 292 CP), las falsedades de las actas de las juntas, etc.* ". CASTAÑER CODINA, J. ("Acuerdos sociales contrarios al orden público (arts. 205.1 y 206.2 LSC), en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, AA.VV., Academia Matritense del Notariado, edit. Colegio Notarial de Madrid, 2015, pp. 154 y 155) incluye cualquier ilícito penal, en especial los societarios. *Vid.* también ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., "Artículo 205", *op. cit.,* p. 1450; CABALLOL I ANGELATS, LL., *op. cit,* p. 1112.

perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, del caso de que la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas (art. 296.2), en que, entonces sí, el orden público se ve afectado, y decae la necesidad de denuncia, alcanzando la cualidad de delito perseguible de oficio o a instancias del Ministerio Fiscal. Si la excepción de orden público se fundamenta exclusivamente en la ilicitud penal de la conducta, será exigible para su operatividad la firmeza del pronunciamiento penal de condena[303].

La doctrina, consciente de la dificultad de lograr avances en el campo conceptual, se ha afanado en proporcionar ejemplos de acuerdos contrarios al orden público: el que declare que la sociedad anónima no responde frente a terceros con todo su patrimonio, sino simplemente con su capital; la irresponsabilidad de los socios por los dividendos pasivos[304]; o el acuerdo de aprobación de cuentas con una revalorización de activos sin habilitación legal[305].

Bajando de las musas al teatro, en la jurisprudencia el caso prototípico de acuerdos contrarios al orden público son los adoptados en juntas supuestamente universales (SSTS de 30 de mayo, 19 de julio, 28 de noviembre de 2007, 19 de abril de 2010).

Al supuesto de juntas universales que no lo fueron se suman los que privan al socio de su cuota de liquidación (s. de 29 de noviembre de 2007) o del derecho de

---

[303] La doctrina se ha mostrado dividida a este respecto. Donde CABALLOL I ANGELATS, LL. (*op. cit*., p. 1112) exige sentencia condenatoria por su carácter constitutivo, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. Mª. ("Nulidad de los acuerdos sociales, orden público y principios configuradores de la sociedad anónima. Comentario a STS 30 de mayo de 2007", Revista de Derecho de Sociedades, nº 30, 2008, pp. 552 y 553) no ve preciso esperar a la firmeza cuando el acuerdo sea palmariamente contrario a la norma penal. Nos parece más correcta la primera opción, ya que resulta aventurado que el juez mercantil emita un juicio de legalidad penal, con el riesgo de que su apreciación resulte luego contradicha por el tribunal penal competente. Ahora bien, si cuando el actor invoca la infracción del orden público la existencia de una infracción penal es un argumento accesorio o a mayor abundamiento, el juez mercantil será plenipotenciario para valorar la existencia de aquélla, salvo que concurran los presupuestos para apreciar prejudicialidad penal conforme al art. 40.2 LECiv: 1.ª Que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil.2.ª Que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.

[304] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *op. cit*., p. 389.

[305] VICENT CHULIÁ, F., "En torno al concepto y fuentes del derecho contable", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, AA.VV., T. I., edit. Civitas, Madrid, 1996, p. 622.

suscripción preferente (s. de 30 de octubre de 1984), los pactos que excluyen a uno o más socios de toda parte en las ganancias o las pérdidas (s. de 20 de diciembre de 2022). También habría afectación del orden público, según la SJM nº 6 de Madrid de 31 de marzo de 2023, en el caso de acuerdos adoptados por una socia única aquejada de un deterioro cognitivo[306].

Por el contrario, no se ha considerado afectado el orden público por un acuerdo de ejercicio de acción social sin respetar el *quorum* legal (s. de 11 de abril de 2003), ni aquel que decide imputar las pérdidas a un socio por operaciones realizadas en nombre de la entidad, pero sin consentimiento ni autorización de ésta (s. de 21 de febrero de 2006) o un acuerdo de reducción de capital con amortización de acciones (s. de 26 de septiembre de 2006). Tampoco, ya en el ámbito de juzgados y Audiencias, la percepción por el administrador de su retribución (SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 19 de noviembre de 2008), el cese *ad nutum* de un administrador (SAP de Sevilla, sec. 4ª, de 15 de febrero de 2019), la restricción de un plazo estatutario para la transmisión de los derechos de adquisición preferente en un aumento de capital ni la dilución subsiguiente a abstenerse de participar, incluso aunque la operación no fuese "modélica" (SAP de Madrid, sec. 28ª, de 27 de abril de 2018).

Un mero repaso por esos casos reales en que judicialmente se ha reconocido que un acuerdo violentaba el orden público revela que lo eran por su contenido (o por su falta, caso de las juntas o acuerdos inexistentes). Pero al lado del contenido o juntamente con él, el orden público puede resultar atacado por las causas del acuerdo o por sus circunstancias.

Importando el concepto de causa de los negocios jurídicos, por *causa* se ha entendido tanto los motivos que impulsaron su adopción como el propósito práctico perseguido con el mismo[307]. La causa, desde un punto de vista ontológico, es previa

[306] La sentencia es ciertamente peculiar, pues, pese a concluir que la actora carece de legitimación activa, sigue examinando las cuestiones de fondo, entre ellas la posible caducidad de la acción de impugnación (bajo la rúbrica, doblemente errónea, de prescripción de la acción de nulidad), para acabar desestimando igualmente la demanda, afirmando que al tiempo de la junta la socia tenía la suficiente capacidad para entender y adoptar el acuerdo. No obstante, como son escasas las sentencias que aprecian la excepción de orden público, se ha preferido incluir la cita que omitirla y que sea el lector quien discrimine su (in)utilidad.

[307] STS de 21 de febrero de 2006. En la doctrina, FARRANDO MIGUEL, I., *op. cit.,* p. 190.

al acuerdo y, de ordinario, permanece en la esfera interna del sujeto o sujetos promoventes del acuerdo y no se hace visible al exterior. De hecho, la causa generalmente hay que deducirla de las consecuencias visibles del acuerdo, con lo que el deslinde conceptual entre los acuerdos contrarios al orden público por su "causa" y por su "contenido" es evanescente.

La limitación en el TRLSA de 1989 de la excepción de orden público a los acuerdos que lo enfrentaran por su "causa" o "contenido" generó la duda de si los acuerdos con vicios de forma de convocatoria, constitución y/o adopción podían beneficiarse de la ausencia de caducidad. El Tribunal Supremo, en un principio, se mostró reacio a incluir los acuerdos adoptados en juntas afectadas con vicios de convocatoria dentro de los acuerdos que por su causa o contenido contrariaban el orden público. Así, en la sentencia de 18 de mayo de 2000[308], una socia impugnaba los acuerdos adoptados en una junta universal a la que no habían concurrido todos

---

[308] En su Fundamento de derecho Primero razona así la desestimación del motivo de casación: *"A) El primer submotivo se basa en la infracción del artículo 116-1 de la Ley de Sociedades Anónimas.*
Este submotivo debe ser desestimado. Efectivamente el referido precepto societario que regula la caducidad de la acción para impugnar los acuerdos sociales, determina que los acuerdos nulos caducarán al año, con excepción de los acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público. Pues bien, la tesis casacional de este submotivo la fundamenta la parte recurrente en que los acuerdos adoptados por la Junta de accionistas de la sociedad "T., S.D.P., S.A." de 7 de junio de 1.987, no resultó válidamente constituida porque se celebró sin convocatoria previa y no concurrió a ella la totalidad de los accionistas.

Pero con respecto a dichas tesis no hay mas remedio que determinar que, aún en el supuesto, de que dichas causas no informan que dicha Junta no fuera válida como se afirma en la sentencia recurrida, ello no indica que los acuerdos en cuestión fueran nulos por ser su causa o contenido contrarios al orden público. Pues podrá determinarse que podía haber acuerdos nulos por haber sido conseguidos por Juntas que no se han constituido —o desarrollado correctamente— que hipotéticamente pudieran ser los de la referida Junta de 7 de junio de 1.987, lo que no tendría nada que ver con acuerdos nulos contrarios al orden público, que, por otra parte, y que a su vez podían ser informados en una Junta constituida correctamente, y que a pesar de lo cual pudieran ser merecedores de sufrir tal tacha.

A la par de todo lo anterior, hay que decir que en el orden jurídico el concepto de orden público en el área de los acuerdos sociales es de los denominados indeterminados, y que generalmente se aplica a acuerdos, convenios o negocios que suponen un ataque a la protección de los accionistas ausentes, a los accionistas minoritarios e incluso a terceros, pero siempre con una finalidad la de privarles de la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24-1 de la Constitución Española.

Y en el presente caso los acuerdos cuestionados se refieren a una ampliación de capital y a la suscripción de las acciones de dicha ampliación —con renovación incluida—, por lo que "per se" no se podrán calificar, con arreglo a lo anterior, como atentatorios al orden público.

Por ello como conclusión, hay que afirmar que la acción de caducidad cuyo plazo de ejercicio es el de un año a partir de la publicación del acuerdo no contrario al orden publico societario, ha perdido todas sus posibilidades de ejercicio por una obvia razón cronológica, ya que la demanda iniciadora de la presente contienda judicial se presentó el 22 de septiembre de 1.993."

los accionistas; el Alto Tribunal declara caducada la acción atendiendo a que el acuerdo, por su contenido (ampliación de capital) no podía enfrentar el orden público societario. En la de 4 de marzo de 2002 el Alto Tribunal recurre a la figura del retraso desleal en el ejercicio del derecho (aquí impugnatorio), para rechazar una impugnación del nombramiento de administradores pasados diez años de la junta aparentemente universal. Del mismo modo, la sentencia de 29 de septiembre de 2003[309], aun dando por probada la inasistencia de los socios impugnantes a la junta, estimó la excepción de caducidad poniendo el acento, otra vez, en el contenido del acuerdo, que lo era de reelección de consejero. Pero siendo esto cierto, también lo es que esa corriente se ve superada a partir de la sentencia de 30 de mayo de 2007, que sin llegar a renegar públicamente de los antecedentes del propio Tribunal, no vacila en aseverar que *"crear la apariencia de un Junta universal que no se ajusta a la realidad y con el propósito de eludir la intervención de socios que desconocen su existencia ataca los más elementales principios de la vida social; y los acuerdos, por su causa, infringen la normativa legal (arts. 99 LSA y 48 LSRL) afectando al orden público societario".* Este giro jurisprudencial se consolida con la sentencia de 19 de julio de 2007, en que la Sala rechaza el criterio del juez de instancia, que había apreciado caducidad por entender que la vulneración de normas imperativas sobre constitución, asistencia y participación quedaban fuera del concepto de orden público; el contenido del acuerdo, como en el precedente de 18 de mayo de 2000, era una ampliación de capital para responder a las exigencias de adaptación de la Disposición Transitoria Tercera.2 deL TRLSA de 1989[310] y ello no impide a la Sala

[309] Fundamento de derecho Tercero: *"El motivo se estima porque el art. 116 del citado TR excepciona del plazo de caducidad del año los acuerdos que por "su causa o contenido resultaren contrarios al orden público". El acuerdo impugnado consiste en la reelección como consejero de la sociedad, y Secretaría del Consejo, de D. Juan Miguel (que fue fundador, con el padre de los actores, de la sociedad recurrente). Es evidente que cualquiera que sea el concepto de orden público que se tenga, el consignado acuerdo no puede decirse que "por su causa y contenido" infrinja el orden público. Es un acuerdo tan ilegal como los declarados nulos, y por la misma causa, y por tanto sujeto al plazo de caducidad del año."*

[310] La D.T. Tercera.2 del Real Decreto Legislativo 1564/1989 obligaba a las sociedades que tuvieran un capital inferior a 10.000.000 de pesetas, a aumentar su capital antes del 30 de junio de 1992 hasta, al menos, esa cifra o transformarse en sociedad colectiva, comanditaria o de responsabilidad limitada.

confirmar que la *"oposición al orden público, no radica en el contenido del acuerdo, sino en que fue tomado con grave lesión de los derechos del accionista, especialmente señalados en el artículo 48 LSA, derechos cuya efectiva protección constituye uno de los principios configuradores de la sociedad."* Sin apartarse de esa línea, la sentencia de 19 de abril de 2010 ratifica que *"la celebración de reuniones de socios como juntas universales sin cumplir la primera de las condiciones exigidas en el artículo 99 —la presencia de todo el capital— se ha considerado por la jurisprudencia viciada de nulidad y, además, contraria al orden público —sentencias de 29 de septiembre de 2.003, 30 de mayo y 19 de julio de 2.007—, con independencia de cuál sea el contenido de los acuerdos adoptados —sentencias de 19 de julio y 28 de noviembre de 2.007, no obstante la de 18 de mayo de 2.000—, ya que la nulidad de éstos no deriva de vicios o defectos intrínsecos, sino, por repercusión, de no valer como junta la reunión de socios en que se tomaron."* Y por su hubiere alguna duda de que el concepto de orden público, por más que legalmente constreñido a la causa y contenido del acuerdo, comprende también la observancia de los requisitos de convocatoria, añade:

> "[L]a convocatoria, efectuada con los requisitos que exigen los artículos 94, 97 y 98, o, en su defecto, los impuestos en el artículo 99 para la válida constitución de la junta universal, condicionan la aplicación del método colegiado a la válida formación de los acuerdos y, por ende, la extensión de sus efectos a todos los socios, incluidos los disidentes y los no participantes en la reunión —artículo 93, apartado 2, del Texto refundido—, de conformidad con la ley de la mayoría.
>
> Por lo expuesto se ha considerado que el cumplimiento de los requisitos del artículo 99, como alternativa a la correcta convocatoria de los socios, afecta a la esencia de la sociedad anónima, en el sentido de conjunto de principios configuradores de la misma, a los que se refiere el artículo 10 del Texto refundido."

A la vista de esta evolución, la explicación más plausible a la adición de las "circunstancias"[311] por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, es que con ello se trataba

[311] Para ALONSO LEDESMA, C., *op. cit,* RB-11.1 *"es de suponer que se trata de las circunstancias en que se hubieran adoptado".* También MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., *"El nuevo régimen de impugnación…",* p. 97: *"supuestamente las de adopción del acuerdo".* PERDICES HUETOS, A., *op. cit.,* III, se pregunta *"¿[q]ué es contrario al orden público por sus circunstancias?"* y se contesta: *"Pues bien: a nuestro juicio, por contrariedad al orden público por razón de las circunstancias se debe entender precisamente lo que disponía como causas de nulidad radical el nonato artículo 214.12 del Código Mercantil, siendo de ese modo radicalmente nulos o contrarios, circunstancialmente al orden público si se quiere, los acuerdos pertenecientes a cualquiera de los siguientes grupos o tipos: a) los ficticios, los falsos y los adoptados*

de dar carta de naturaleza legal a una línea jurisprudencial consolidada, del mismo modo que sucedió con la limitación de las causas de impugnabilidad del art. 204.3. En suma, el legislador habría seguido las recomendaciones del Informe de la Comisión de Expertos que precedió a la Ley 31/2014 cuando propuso *"ampliar el supuesto de los acuerdos radicalmente nulos por contrariedad al orden público, incluidos no solo aquellos que lo son por su causa o contenido, sino también por las circunstancias en que se adoptan; el caso ejemplar es el de aquellos acuerdos que simplemente no se han tomado porque no se ha celebrado o, ni siquiera se ha convocado, la junta general. Los acuerdos inexistentes no pueden sobrevivir con el paso del tiempo*[312]*."*

Así, en la doctrina[313] se ha explicado la razón de esa novedad en las dificultades existentes para incluir dentro del orden público los defectos de

---

por órgano pretendidamente universal al que no haya concurrido alguno de los miembros, b) los adoptados con infracción grave de los requisitos legales estatutarios para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, así como los adoptados sin que el asunto conste en el orden del día, c) los adoptados con violación grave del derecho de información, d) los que resulten contrarios a los principios configuradores del tipo social de que se trate —sea lo que sea eso—, los que infrinjan las normas esenciales de protección de los acreedores sociales, y los que lesionen gravemente un derecho del socio." CABANAS TREJO, R., "Cambios en el régimen de la junta general…", p. 14 entiende que, *"[a]l haber incluido expresamente las "circunstancias" del acuerdo, entran en esta categoría las juntas o acuerdos falsos o simulados".*

[312] ALONSO LEDESMA, C., *op. cit,* RB-11.1 critica la opción elegida por el legislador de 2014, entendiendo preferible establecer un listado cerrado al modo alemán, *"para no dejar a determinación de la doctrina y de los tribunales la dilucidación de qué acuerdos son contrarios al orden público sea por su causa, contenido o circunstancias."* CONDE TEJÓN, A., "De la nulidad/anulabilidad a la impugnabilidad de los acuerdos sociales. La caducidad de la acción de impugnación [art. 205 LSC y art. 495.2 c) LSC], en *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad Cotizada, op. cit.,* T. I, RB-14.5, apunta a este respecto que *"[d]urante la tramitación parlamentaria de esta Ley se pretendió disponer esta ampliación de forma aún más expresa. Así, en el congreso de los diputados el grupo parlamentario socialista presentó la enmienda 71, y en el senado el grupo parlamentario socialista presentó la enmienda 86 y el grupo parlamentario Entesa pel progrés de Catalunya presentó la enmienda 38, todas ellas con contenido idéntico y fueron rechazadas, que pretendían que la referencia al orden público versara así:* «Por excepción a lo establecido en el apartado primero, no caducará la acción de impugnación de los acuerdos ficticios, falsos o adoptados por órgano pretendidamente universal al que no haya concurrido alguno de los miembros o de aquellos que por su causa o por su contenido sean contrarios al orden público». *No se justificaron durante la tramitación parlamentaria los motivos por los que se decidió desechar esta mayor precisión, pero bien pudiera ser que el legislador considerara que, habida cuenta de la abundante jurisprudencia al respecto, el carácter contrario al orden público de este tipo de acuerdos no resulta conflictivo, por lo que esa genérica referencia a las circunstancias basta para darles amparo, al igual que a otros posibles supuestos aún no reconocidos por la jurisprudencia, mientras que, en caso de concretar más la fórmula, podrían plantearse dudas sobre la admisibilidad de nuevos supuestos que en la actualidad no gozan de ese reconocimiento jurisprudencial".*

[313] CASTAÑER CODINA, J., *op. cit,* pp. 144, 145 y 146.

constitución de la junta o de adopción del acuerdo, por no afectar ni a la causa ni a su contenido, singularmente en juntas presentadas como universales cuando no había existido siquiera reunión o, existiendo, no había estado presente todo el capital social.

Esto exige algunas matizaciones. En primer lugar, ello no quiere decir que toda infracción de las formas de convocatoria, constitución o adopción que excedan de lo meramente procedimental [art. 204.3.a)] integren un supuesto de afectación del orden público. A mi juicio este es un paso que el legislador de 2014 no dio. No parece equilibrado, desde un punto de vista de política legislativa, que las infracciones de las reglas de convocatoria, constitución y/o adopción del acuerdo oscilen entre la completa inimpugnabilidad y la absoluta impugnabilidad: o no cabe la impugnación o es posible en todo tiempo. Esta opción interpretativa debe descartarse; como regla general, si la infracción es relevante estará sujeta al plazo de caducidad de un año.

En segundo término, ni siquiera la inobservancia de los requisitos de la junta universal (art. 178 LSC) ha de ser, siempre y en todo caso, atentatoria del orden público. La respuesta judicial esté lejos de ser automática. El mismo Tribunal Supremo, en su sentencia de 16 de marzo de 2015[314] aplica la regla de caducidad anual a un caso en que los socios ni siquiera se reunían para la adopción de acuerdos, en una práctica conocida y consentida por *todos*:

> "Quienes así actúan no pueden después afirmar —como aquí hacen al cabo de diez años— que, por razones de orden público, la acción de impugnación de los acuerdos, en cuya adopción intervinieron del relatado

[314] *"Es cierto* —motiva la Sala— *que en la sentencia 222/2010, de 19 de abril —siguiendo a otras— declaramos que el cumplimiento de las normas sobre válida constitución de las juntas universales, como alternativa a la exigencia de una correcta convocatoria de los socios, afecta a la esencia del régimen jurídico de este tipo de sociedad, de modo que la celebración de tales reuniones de socios sin cumplir aquellas condiciones, constituye causa de nulidad y de infracción del orden público.*

Sin embargo, las circunstancias concurrentes en el caso que enjuiciamos imponen de inmediato la procedencia de exceptuar de dicha doctrina —o, lo que es lo mismo, de aplicar a la acción de impugnación la regla de caducidad anual— aquellos supuestos en que —como había declarado probado el Juzgado de lo Mercantil y no negado, expresa o implícitamente, la Audiencia Provincial—, por la reiterada decisión de los socios —exteriorizada " acta concludentia"—, las juntas universales no se reúnen de hecho, los temas se tratan por los partícipes en sus conversaciones telefónicas o aprovechando encuentros familiares y las actas se redactan después de aquellas o de estos, siendo firmadas por todos, sucesivamente, en sus respectivos domicilios."

modo, no caducan en el plazo señalado por la norma en general para los acuerdos nulos."

En el caso anterior todos los socios conocían y aceptaban la falta de formalidades en la adopción de acuerdos. Pero, incluso en el caso de que se presente como universal una junta que no lo era por faltar a la formación de la voluntad alguno de los socios, es apreciable una tendencia judicial creciente a negar la aplicación de la excepción de orden público cuando el socio tuvo la oportunidad de conocer el acuerdo (se entiende dentro del plazo de caducidad). La SAP de Madrid, sec. 28ª, de 10 de febrero de 2014[315] expone con detalle los argumentos que la conducen a aplicar el plazo de caducidad:

> "En el caso concreto de las juntas universales podemos apreciar que la existencia de acuerdos contrarios al orden público se relaciona con la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y parte de dos presupuestos:
>
> El primero es que el socio se vea privado de su derecho de voto, es decir, de la propia participación en la formación de la voluntad social. Pero este presupuesto no es suficiente. Se requiere además que el acuerdo permanezca oculto.
>
> Se trata de situaciones en las que resulta afectado el derecho a la tutela judicial efectiva del socio en la faceta correspondiente al derecho a obtener una resolución de fondo, que siempre encontraría el obstáculo del plazo de caducidad de los acuerdos nulos. En efecto, celebrada la junta universal sin su presencia y sin su conocimiento, bastaría esperar al transcurso del plazo de caducidad para hacer inatacable el acuerdo, quebrándose así de modo palmario el derecho a la tutela judicial del socio, que es privado de todo cauce de impugnación.
>
> Es el propósito de eludir la intervención del socio y de ocultar el acuerdo lo que se considera contrario al orden público en esta faceta. Así, la STS de 30 de mayo de 2007 viene a precisar la causa de contradicción con el orden público:
>
> > "[...] crear la apariencia de un Junta universal que no se ajusta a la realidad y con el propósito de eludir la intervención de socios que desconocen su existencia [...] (énfasis añadido).

[315] Esta sentencia pertenece a la "saga" Mazacruz. GARCIA GARCÍA, E., (*op. cit.,* p. 45, nota 6), magistrado integrante de la sección —aunque no formara parte de la deliberación— la identifica nominalmente como "Ismajes S.A.", confusión que trae causa de que ese mismo día la Sala dicta dos sentencias, una de impugnación de acuerdos sociales, en que era parte Mazacruz, y otra de responsabilidad de administradores, en que fue parte Ismajes.

Es esto lo que justifica la destrucción de la regla de la caducidad, establecida en garantía de la seguridad del tráfico.

Por eso el Tribunal Supremo, en su sentencia de 4 de marzo de 2002, siguiendo un concepto restringido de orden público en el ámbito societario, señala que infringirían el orden público los acuerdos, convenios o negocios que atacaran esa protección [de accionistas ausentes, accionistas minoritarios e incluso terceros] siempre que tuvieran la finalidad "de privarles de la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 de la Constitución Española".

Incluso carece de sentido que acuerdos adoptados impidiéndose al socio ejercer su derecho, pero conocidos por éste, puedan ser asimilados a los acuerdos contrarios al orden público, por lo que debe rechazarse que la mera vulneración del derecho ya sirva para destruir la regla de la caducidad, ya que ello no comporta por sí la infracción del derecho a la tutela judicial, dado que el socio interesado podrá acudir a los tribunales dentro del plazo de caducidad establecido para el ejercicio de las acciones de impugnación. Por esta razón considera el TS en la citada sentencia de 4 de marzo de 2002 que no puede resultar contrario al orden público aquello que no se efectúa "a espaldas" del socio, en relación a una impugnación de acuerdos de junta universal.

Es por ello que el tipo de situaciones descritas, que se pueden producir en el ámbito de las juntas universales, dan lugar a acuerdos que se consideran contrarios al orden público, evitándose así que el socio se vea privado de su derecho de impugnación de acuerdos ante la aplicación del plazo de caducidad.[316]"

Sin movernos de Audiencia y sección, es también el caso de la sentencia de 22 de julio de 2022[317], en que el juzgado, primero, y la Sala en alzada, después,

[316] Esta misma fundamentación se repite en la posterior sentencia de 26 de mayo de 2014.

[317] Fundamento de derecho segundo: *"La sentencia apelada considera caducada la acción al haber transcurrido el plazo de caducidad sin que los acuerdos puedan considerarse contrarios al orden público por no tratarse de acuerdos que hayan permanecido ocultos, sino que, por el contrario, se hicieron públicos a través del Registro Mercantil dentro del plazo de impugnación de un año, por lo que la demandante pudo tener acceso a los mismos. Destaca, además, que tratándose de una sociedad en la que los socios están ligados con vínculos de parentesco o amistad, carece de lógica que la actora no se interesara por la marcha institucional de la sociedad durante varios años.*

Tampoco se trata de acuerdos frontalmente atentatorios contra principios configuradores de la sociedad y, como tal, vulneradores del orden público.

Participamos de la tesis de la sentencia apelada que rechaza que los acuerdos adoptados en las juntas universales vulneren el orden público en tanto que no permanecieron ocultos sino que fueron objeto de publicidad registral a través de los respectivos depósitos de las cuentas anuales al poco tiempo de la celebración de las respectivas juntas como indica la sentencia apelada y no se discute por el apelante, y de la inscripción de la ampliación de capital (7 de junio de 2017) y del cambio de órgano de administración (19 de septiembre de 2017), sin que los acuerdos fueran impugnados en el plazo de un

niegan la infracción del orden público y aplican el plazo de caducidad a acuerdos adoptados en juntas sedicentemente universales por el hecho de que los acuerdos, por su contenido (aprobación de cuentas, ampliación de capital, cambio del órgano de administración), habían tenido acceso registral y no permanecido ocultos[318].

El transcurso del tiempo sin impugnar, aun no existiendo plazo de caducidad, es el argumento al que se ase la SJM nº 2 de Barcelona de 6 de octubre de 2021 para rechazar la impugnación de un acuerdo de ampliación de capital en una junta nomanada como universal en que constaba acreditada la ausencia del impugnante. El juzgado acude —como ya hiciera la STS de 4 de marzo de 2002— a la *verwirkung*, juzgando desleal impugnar pasados quince años[319]. La Audiencia Provincial de

---

año desde que tuvieron publicidad a través del Registro Mercantil, en la hipótesis de que la demandante no asistiera a las juntas."

[318] Con menor esfuerzo argumentativo podemos citar la SAP de Murcia, sec. 4ª, de 26 de abril de 2012: *"Ello permitiría apreciar la caducidad de la acción para impugnar acuerdos sociales, pues los conocía desde el primer momento y habría transcurrido el plazo del año previsto en el artículo 116 de la LSA , al que se remitía el art. 56 LSRL , no pudiendo admitirse en el presente caso la nulidad radical sin plazo de caducidad, pues de lo expuesto se desprende que no se ha actuado a espaldas del socio ahora demandante."*

[319] Fundamento de derecho tercero: *"Sobre la base de los hechos anteriormente expuestos, la conclusión que se alcanza no puede ser otra que estimar que el ejercicio del derecho de impugnación por parte del socio demandante es abusivo, por un conjunto de argumentos que deben ser valorados de forma conjunta.*

El ejercicio de la acción se produce más de quince años después de la adopción del acuerdo. Cierto es, que el ejercicio de la acción de nulidad no está sometida a plazo alguno, pero ello no excluye la valoración y procedencia de su ejercicio; y ha quedado demostrada la aquiescencia del demandante.

El demandante no ha ofrecido motivo alguno, ni justificación mínima que explique el ejercicio tan tardío del derecho. Nótese que la sociedad se constituyó en 1988 y el acuerdo se adoptó en el año 2005, por lo que gran parte de la "vida" de la sociedad, el capital social estuvo distribuido en los términos actuales, en los que el socio demandante no alcanzaba el 5%.

Refiere que conoció el acuerdo en fechas recientes. Sin embargo, esta juzgadora no puede compartir tal alegación. El acuerdo de impugnación fue elevado a público como refleja el documento núm.3 aportado por la demandante y fue depositado en el Registro en fecha 5 de diciembre de 2005, por lo que —al margen de que fuera o no la práctica habitual— ello permitió en todo momento su conocimiento por parte del demandante. Por otro lado, tampoco se explica cómo se habría conocido quince años después, lo que sería relevante para justificar su ejercicio; es decir, si pudo conocerlo quince años después, —sin mayor explicación— pudo conocerlo también años atrás. En tanto que tampoco se justifica porqué en el momento actual se quiere ejercitar y no con anterioridad, pues los efectos de la disminución del porcentaje de participación se prolongan durante años y respecto de ello el demandante ha mantenido una actitud pasiva. No asistía las juntas y no hacía uso de sus derechos, lo cual contrasta con el supuesto interés que tiene tras el ejercicio de esta acción.

Además, como se ha expuesto, el demandante tenía una mala relación con su familia. Por su condición de socio, lo lógico es que en tanto que se encontraba en situación de minoría hubiere defendido sus derechos, o al menos se hubiera preocupado por los mismos, como parece hacer ahora. El demandante decidió no intervenir ni participar en la gestión de la sociedad durante años. No es un hecho controvertido que no acudía a las juntas, y, por tanto, debe ser consecuente con su actuación. En todo momento pudo intervenir, interesarse por la administración, acudir a las juntas, sin embargo, adoptó

Barcelona, sec. 15ª, de 11 de abril de 2022 confirma la sentencia porque *"de lo expuesto se deduce que el socio conoció el acuerdo de ampliación o pudo conocerlo, al menos desde el momento en que se publicó el mismo en el BORME, previa inscripción en el Registro Mercantil".*

una actitud pasiva, aún cuando era conocedor de que la relación con el resto de socios no era buena. Y ello resulta aceptable, pero no es coherente con la actitud mantenida al ejercitar su acción de forma tardía sin justificación alguna, pero exigiendo la nulidad del acuerdo por vulnerar su porcentaje de participación; pues si el socio hubiera tenido verdadero interés lo habría realizado con anterioridad."

La excepción de orden público debe ser invocada en la demanda por la parte que pretende su amparo, sin que quepa su introducción en una alegación posterior[320] ni en sede de recurso[321], como tampoco la apreciación de oficio[322].

[320] El actor, consciente como es de que ha superado el plazo de caducidad, debe alegar y justificar en la demanda la concurrencia de la excepción, sin que pueda admitirse su alegación en un momento posterior (ya sea la audiencia previa o las conclusiones). En la SAP de Madrid, sec. 28ª, de 7 de febrero de 2024 reprochamos al actor (que había acumulado en su demanda una acción de impugnación y una acción social de responsabilidad) que *"[t]odo el esfuerzo argumental que se echa a faltar en la demanda, se pretende suplir, primero, en fase de conclusiones y, aún con mayor énfasis, en este recurso. Resulta muy expresiva a este respecto la STS de 17 de diciembre de 2014, a cuyo tenor:* "Aunque esta Sala ha admitido que la pretensión procesal experimente un cierto desarrollo durante el transcurso del proceso, producto de lo que metafóricamente se ha llamado "biología de la pretensión procesal", esa posibilidad de desarrollo tiene unos límites, y esos límites son los que resultan del art. 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la exigencia de permitir una adecuada defensa a las demás partes del proceso: las alegaciones fundamentales que determinan el objeto del proceso deben haber sido realizadas por la parte demandante en su demanda y no pueden ser admitidas las realizadas con posterioridad, sea en el trámite de conclusiones del juicio, sea en alguno de los recursos que pueda interponer contra las sentencias obtenidas en las sucesivas instancias."

[321] La SAP de Madrid, sec. 28ª, de 16 de febrero de 2014 afea a la actora que introdujera la cuestión del orden público en fase de conclusiones de la instancia, lo que le lleva a su rechazo: *"La Sentencia de la primera instancia ya reprochó a la demanda (…) no haber siquiera citado aquella institución del orden público, la que solo afloró en las alegaciones de las partes en el postrero momento procesal de las conclusiones en el acto de juicio. Frente a ello, el recurso señala ahora que lo que considera infracción de orden público societario se le evidenció con la práctica de la prueba, por lo que se alegó en conclusiones. Es inviable esa tesis, desde su propia formulación. No cabe en modo alguno construir alegaciones de parte referidas al planteamiento del objeto del litigio a la vista del resultado de la prueba, ya que ello confunde dos planos nítidamente diferenciables en la actuación de parte dentro del proceso, los de alegación y los de prueba. Este último solo se dirige a acreditar las afirmaciones fácticas que hayan sido previamente vertidas en los actos de alegación legalmente previstos. Lo que no es posible es introducir en el procedimiento nuevas alegaciones de una forma totalmente extemporánea, tras la preclusión de los actos de alegación, a la vista del resultado de las pruebas practicadas. En particular, no es admisible erigir el informe de conclusiones en un acto procesal de alegación, ya que ni tienen esa naturaleza o finalidad, ni pueden innovarse en ellas argumentos que no estuvieran ya recogidos en el procedimiento bajo los actos de alegación legalmente fijados.De hecho, llamativamente, la demanda (…) reproducía el art. 205 TRLSC subrayando precisamente aquella parte donde se refería al cómputo del plazo de 1 año de caducidad, lo que ya da idea de que ni invocó ni tuvo intención alguna de invocar que la acción entablada no se sometiese a la caducidad, sino más bien lo contrario."* En el mismo sentido, pero con menor profusión de razonamientos, la SAP de Sevilla, sec. 4ª, de 15 de febrero de 2019, a cuyo tenor *"[n]o es aceptable en esta alzada, por otro lado, plantearse la posibilidad de aplicar el segundo inciso del artículo 205.1 de la LSC, es decir, la no sujeción de la acción a plazo de caducidad alguno por ser el acuerdo contrario al orden público. Y ello porque la parte actora, en ningún pasaje de su escrito rector ni en la audiencia previa, denunció vulneración alguna del orden público, motivo por el cual no puede ahora plantear tal cuestión."*

[322] No obstante, en la SAP de Madrid, sec. 28ª, de 16 de febrero de 2014, que citamos en la nota precedente, la Sala no descarta que quepa la aplicación de oficio: *"Y si, pese a todo, se ha de observar de oficio la concurrencia de infracción de normas de orden público societario, ha de concluirse que no puede apreciarse su presencia en este caso."* Es lógico que no se atreva a descartarlo, porque el Tribunal Supremo, en las ocasiones que ha tenido para pronunciarse, no lo ha hecho con claridad. En la sentencia de 4 de marzo de 2002 entra a resolver si concurre o no la excepción pese afirmar primeramente que *"no (fue) invocado en la demanda pero sí añadido en el recurso para rebatir la caducidad de la acción".* En la de 11 de abril de 2003 va más allá y asegura que *"la Audiencia pudo estimar de oficio la falta de validez del acuerdo"* por contrario al orden público, para acabar

Para concluir, nos resta examinar si la excepción de orden público es de aplicación a los acuerdos del consejo de administración. La duda procede de que el art. 251.2 limita el reenvío a lo establecido para la impugnación de los acuerdos de la junta a *"las causas de impugnación, su tramitación y sus efectos",* pero no en lo relativo a la legitimación (art. 206) ni a la caducidad (art.205), que es donde se contienen las excepciones de orden público para la junta general. *A fortiori*, el apartado 1 del art. 251 dispone normas especiales de legitimación y caducidad, sin ampliar ni una ni otra por el hecho de que esté comprometido el orden público.

La doctrina se halla dividida entre quienes defienden la aplicación extensiva del orden público a los acuerdos del consejo[323] y quienes la niegan, restringiéndola a la junta[324]. En mi opinión, ni la literalidad del art. 251 ni la ubicación sistemática de la excepción en los arts. 205 y 206[325] son argumentos de suficiente peso para limitar la excepción de orden público a los acuerdos de la junta, pues, sin poder negar la defectuosa técnica legal, la misma es superable, ya que el reenvío *ex* art.

recogiendo velas en la de 10 de noviembre de 2011 *"ya que no fue alegada tempestivamente ni se argumenta suficientemente".* A favor de la apreciación de oficio, en cualquier instancia, CASTAÑER CODINA, J., *op. cit.,* p. 165 y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª., *op. cit.,* pp. 547 y 553.

[323] URIA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. Mª., *op. cit.*, p. 324; CABALLOL I ANGELATS, LL., "Artículo 116", *op. cit*., p. 1134; FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R. y GIMENO-BAYÓN COBOS, R., *Praxis mercantil, Sociedades mercantiles, sociedades anónimas: Junta general y administradores*, Barcelona, 1991, p. 298; POLO SÁNCHEZ, E., "Artículo 143", *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima*, T. VI, edit. Civitas, Madrid, 1992, pp. 535 y 536; JIMÉNEZ DE PARGA, R., *op. cit.,* p. 1815; JUSTE MENCÍA, J., *Los derechos de la minoría en la sociedad anónima*, Revista de Derecho de Sociedades, Monografía, núm. 3, 1995, p. 403; ALCALÁ DIÁZ, Mª.A., *La impugnación de los acuerdos del consejo de administración de la sociedad anónima*, edit. Civitas, Madrid, 1998, pp. 175, 175 y 221; SENENT VIDAL, Mª. J., *La impugnació dels acords socials a la cooperativa*, Universitat Jaume I, Servei de Comunicació y Publicacions, Castellón, 2003, p. 197; SALELLES CLIMENT, J.R. "Artículo 251", en Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, AA.VV., Rojo-Beltrán (Dirs.), T. I, Edit. Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2010, p. 1815; CASTAÑER CODINA, J., *op. cit*, pp. 166 y 167; QUESADA GONZÁLEZ, Mª.C., "Impugnación de acuerdos del consejo de administración (art. 251 LSC)", en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, AA.VV., Academia Matritense del Notariado, edit. Colegio Notarial de Madrid, 2015, pp. 326 y 327.

[324] SÁNCHEZ CALERO, F., "Artículo 143", *op. cit.,* p. 547 y más tarde en *Los administradores…, op. cit.,* pp. 665 y 666; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª., *op. cit.,* pp. 544 y 545; DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, N., *Los acuerdos del consejo de administración, Especial referencia a su régimen de impugnación*, edit. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 253 y 330 a 334.

[325] *Vid.* DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, N., *op. cit.* p. 331.

251.2 incluye las causas de impugnación[326], dentro de las cuales podemos entender comprendida sin dificultad la infracción del orden público como subespecie de los acuerdos contrarios a la ley; tampoco debe ser óbice la celeridad y seguridad del tráfico[327], que, si bien justifican en el consejo una reducción de los plazos generales de caducidad, no hasta el punto de descartar que determinadas infracciones, por su gravedad, puedan ser impugnadas en todo tiempo. Ahora bien, si admitimos que el orden público opera como límite tanto para la junta como para el consejo, deberíamos extender igualmente el régimen de legitimación[328] para los acuerdos de este último, de modo que, frente al tenor literal del art. 251.1 (solo los socios con un 1% del capital), pudiera impugnar cualquier socio (art. 206.2). Esta es la solución por la que opta —no sin dudas— la SAP Madrid, sec. 28ª, de 3 de diciembre de 2021:

> "10.- Los apelados no discuten que carecían de los requisitos de legitimación contemplados en el artículo 251.1 LSC para recurrir judicialmente el acuerdo del Consejo de Administración objeto de la Litis y que la demanda se interpuso fuera del plazo de treinta días a que dicho precepto se refiere. En consecuencia, la legitimación activa y la falta de caducidad de la acción únicamente pueden sostenerse a partir de la premisa de que la infracción denunciada conculca el orden público.
>
> 11.- Tal y como señala el recurrente, el artículo 251.1 LSC contiene una regulación especial referente a la legitimación activa y a los plazos de caducidad respecto a la impugnación de acuerdos del Consejo de Administración, mientras que el artículo 252.2 LSC se remite a la regulación de la impugnación de acuerdos de la Junta General para todo lo referente a "causas de impugnación, tramitación y efectos".
>
> 12.-. Asiste la razón a los recurridos en punto a que dicho precepto no contempla el supuesto en que el acuerdo es contrario al orden público, lo que

[326] El origen de que el reenvío alcance ahora a las *causas* y a los *efectos,* se debe a la enmienda núm. 62 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, que contaba con la siguiente justificación: *"Se propone modificar la redacción del apartado 2 de este artículo para aclarar y precisar el alcance de la remisión al régimen establecido para la impugnación de los acuerdos de la junta general, de tal forma que no haya duda de que alcanza a las causas de impugnación y a su tramitación y efectos."*

[327] Con mayor profusión de argumentos sobre la necesidad de limitar temporalmente la posibilidad de impugnación por las especiales funciones del consejo, *vid.* SÁNCHEZ CALERO, F., "Artículo 143", *op. cit.,* p. 547 y *Los administradores…, op. cit.,* pp. 665 y 666; y DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, N., *op. cit.* p. 332 y n. 1012.

[328] El argumento de mayor calado para defender la no aplicación del orden público a los acuerdos del consejo es precisamente el legitimatorio. Como señala DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, N., *op. cit.* p. 332, *"si los contrarios al orden público fueran nulos* in radice, *se debería reconocer legitimación, al menos, a cualquier accionista sin referencia a su participación en el capital social"*; el art. 251.1 no prevé esa legitimación extensa, luego no juega la excepción.

conduce a plantearnos la aplicación analógica de los artículos 205.1 (plazos de caducidad) y 206.2 (legitimación activa), ambos de la LSC.

13.- Es cierto que la STS núm. 160/2015 de 10 de septiembre, parcialmente transcrita, resalta el carácter especial de la regulación contenida en el artículo 251.1 LSC, aunque no podemos pasar por alto que, en el supuesto analizado, el Tribunal Supremo partió de la premisa de que no se había infringido el orden público. Esto no obstante, el Alto Tribunal hizo la siguiente puntualización:

> *"Por tanto, aunque hubiera tenido participación social suficiente, los acuerdos, fueran nulos o anulables, hubieran ganado firmeza, pues, en ningún caso, son contrarios al "orden público", como se ha visto anteriormente".*

14.- Por consiguiente, aunque se trate de un pronunciamiento "obiter dicta", parece deducirse, a sensu contrario, que, si los acuerdos hubieran sido contrarios al orden público, no habrían ganado firmeza.

15.- Concretamente en relación a la legitimación activa, parece difícilmente conciliable con el principio de tutela judicial efectiva una práctica societaria que carezca de acceso a la jurisdicción cuando estén en juego derechos fundamentales de los socios."

3.3. PRINCIPALES SUPUESTOS.

Si toda infracción de ley —entendida en sentido amplio— es susceptible de integrar el supuesto que estudiamos, fácilmente se comprenderá que todo intento de enumeración es vano. Por tanto, nos vamos a detener en los supuestos más frecuentes en la praxis judicial, relegando al capítulo VII las infracciones tipificadas.

3.3.1. Impugnación de cuentas anuales por vulneración de la imagen fiel.

La vulneración del principio de imagen fiel de las cuentas anuales constituye uno de los motivos de impugnación más frecuentes en el tráfico.

Al órgano de administración compete la formulación de las cuentas y a la junta [art. 160 a)] decidir sobre sobre su aprobación, la aplicación del resultado y la

aprobación de la gestión social, reserva competencial que se reitera en el art. 272.1 y en el art. 164.1.

En orden a la aprobación de cuentas, hemos de comenzar recordando que el acuerdo del consejo aprobando la formulación de las cuentas no es directamente impugnable[329]. La STS de 5 de julio de 2002 aclara que *"la formulación de las cuentas anuales no se configura como un acuerdo confiado al Consejo de Administración dentro de su ámbito de competencias sino como una propuesta debida y necesaria para iniciar la secuencia formulación-verificación-aprobación que culmina con el verdadero acuerdo en esta materia, reservado a la junta general de accionistas",* de modo que, *"[y]a se califique, por tanto, como acto debido, ya como deber u obligación de los administradores para con la sociedad, lo decisivo es que la formulación de las cuentas anuales (…) no tiene el carácter de acuerdo del órgano colegiado de administración contra el que quepa impugnación autónoma (…), sino de propuesta orientada a la futura adopción del verdadero acuerdo por la junta general de accionistas, que será el acto realmente impugnable".*

La SAP de Madrid, sec. 28ª, de 15 de febrero de 2013, tras hacerse eco de la STS de 5 de julio de 2002, se apresura a matizar que esto *"no puede interpretarse en el sentido de que la irregular formulación de las cuentas sociales constituye un acto inocuo e irrelevante, o que la aprobación en junta general tiene consecuencias convalidatorias (no podría tenerlas por cuanto, como ya vimos, estamos hablando de competencias atribuidas a otro órgano social), sino en el de que los efectos jurídicos de la irregularidad han de ponderarse en su proyección sobre el acuerdo aprobatorio de las cuentas por parte de la junta general y viabilizarse en su caso a través de la impugnación de este último, en el entendimiento de que si la formulación de las cuentas no se atuvo a las exigencias legales se originó un vicio que se transmite al ulterior acuerdo de la junta."*

Sentado lo anterior, cuando se dice quebrantada la imagen fiel el precepto que se ve comprometido es el art. 254 (antiguo art. 172 TRLSA), a cuyo tenor:

[329] *Vid.* PALÁ LAGUNA, E. y PALÁ LAGUNA, R., "Impugnabilidad del acuerdo del Consejo de administración de una sociedad anónima, de formulación de las cuentas anuales", en Revista de Derecho de Sociedades, núm. 9, 1997, pp. 297 a 311; OLMEDO PERALTA, E., "La difícil naturaleza jurídica de la formulación de cuentas anuales: no acuerdo-no impugnabilidad", *ibídem*, núm. 41, 2013, pp. 109 a 142.

> "1. Las cuentas anuales comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria.
>
> "2. Estos documentos, que forman una unidad, deberán ser redactados con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, de conformidad con esta ley y con lo previsto en el Código de Comercio".

El principio de imagen fiel no se agota en su proclamación abstracta en este precepto, sino que es el resultado de la aplicación de las normas y principios contables. Estas normas y principios indican la forma *regular* de comportarse contablemente, por lo que es preciso que empecemos por definirlos.

El Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, establece en su Primera Parte (Marco conceptual de la contabilidad), en el apartado 7, que «*se considerarán principios y normas de contabilidad generalmente aceptados los establecidos en:*

a. *El Código de Comercio y la restante legislación mercantil.*
b. *El Plan General de Contabilidad y sus adaptaciones sectoriales.*
c. *Las normas de desarrollo que, en materia contable, establezca en su caso el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, y*
d. *La demás legislación española que sea específicamente aplicable».*

De la Primera Parte del PGC podemos extraer los siguientes principios esenciales:

a) Las cuentas anuales deben redactarse con *claridad*, de forma que la información suministrada sea *comprensible y útil* para los usuarios al tomar sus decisiones económicas, debiendo mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales.

b) A ello se llegará por medio de la *aplicación sistemática y regular de los requisitos, principios y criterios*, atendiendo a la realidad económica de las operaciones y no sólo a su forma jurídica.

c) La información incluida en las cuentas anuales debe ser *relevante* y *fiable*. La información es *relevante* cuando es útil para la toma de decisiones económicas, es decir, cuando ayuda a evaluar sucesos pasados, presentes o futuros, o bien a confirmar o corregir evaluaciones realizadas anteriormente. La información es *fiable* cuando está libre de errores materiales y es neutral, es decir, está libre de sesgos, y los usuarios pueden confiar en que es la imagen fiel de lo que pretende representar. Una cualidad derivada de la fiabilidad es la integridad, que se alcanza cuando la información financiera contiene, de forma completa, todos los datos que pueden influir en la toma de decisiones, sin ninguna omisión de información significativa.

d) Adicionalmente, la información financiera debe cumplir con las cualidades de *comparabilidad* y *claridad*. La comparabilidad debe permitir contrastar la situación y rentabilidad de las empresas. Por su parte, la claridad implica que, sobre la base de un razonable conocimiento de las actividades económicas, la contabilidad y las finanzas empresariales, los usuarios de las cuentas anuales, mediante un examen diligente de la información suministrada, puedan formarse juicios que les faciliten la toma de decisiones.

e) La contabilidad de la empresa se desarrollarán aplicando obligatoriamente los principios contables de *empresa en funcionamiento, devengo, uniformidad, prudencia, no compensación e importancia relativa.*

La SAP de Madrid, Sección 28ª, de 14 de noviembre de 2014 recuerda que *«[l]os principios contables (…) no son reglas con las que pueda el empresario jugar a su conveniencia, sino que son de preceptivo cumplimiento (…) como garantía de que se ofrece la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de una empresa».*

No toda infracción contable compromete la imagen fiel. Es preciso que tenga la entidad suficiente, cuantitativa o cualitativamente, para alterar de forma sustancial la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad; si no la tuviere, quedaría cubierta por el principio de importancia relativa.

La *«importancia relativa»* es un principio contable de aplicación obligatoria

que se definía en el PGC de 1990 en los siguientes términos:

> «Podrá admitirse la no aplicación estricta de algunos de los principios contables, siempre y cuando la importancia relativa en términos cuantitativos de la variación que tal hecho produzca sea escasamente significativa y, en consecuencia, no altere las cuentas anuales como expresión de la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa».

En el actual PGC se enuncia así:

> «Se admitirá la no aplicación estricta de algunos de los principios y criterios contables cuando la importancia relativa en términos cuantitativos o cualitativos de la variación que tal hecho produzca sea escasamente significativa y, en consecuencia, no altere la expresión de la imagen fiel. Las partidas o importes cuya importancia relativa sea escasamente significativa podrán aparecer agrupados con otros de similar naturaleza o función».

El desarrollo de este principio se hallaba en un inicio en la Norma Técnica de Auditoría sobre el concepto de «Importancia Relativa» (en adelante, NTAIR), publicada por la Resolución del ICAC de 14 de junio de 1999, hoy sustituida por las NIA-ES 320 sobre importancia relativa o materialidad en la planificación y ejecución de la auditoría[330]. Esta norma explica que los marcos de información financiera a menudo se refieren al concepto de importancia relativa en el contexto de la preparación y presentación de estados financieros y aunque dichos marcos de información financiera pueden referirse a la importancia relativa en distintos términos, por lo general indican que:

(a) Las incorrecciones, incluidas las omisiones, se consideran materiales si, individualmente o de forma agregada, cabe prever razonablemente que influyan en las decisiones económicas que los usuarios toman basándose en los estados financieros;

(b) Los juicios sobre la importancia relativa se realizan teniendo en cuenta las circunstancias que concurren y se ven afectados por la magnitud o la

[330] Adaptada para su aplicación en España por la Resolución del ICAC de 15 de octubre de 2013.

naturaleza de una incorrección, o por una combinación de ambas; y

La NTAIR señalaba que la importancia relativa de las incidencias resulta habitualmente de evaluar sus aspectos cualitativos y cuantitativos. Los aspectos cualitativos hacen referencia a la naturaleza de las incidencias, a la información necesaria y suficiente para obtener una interpretación y comprensión adecuadas de las cuentas anuales auditadas, así como a la corrección de dicha información. Los aspectos cuantitativos hacen referencia a la magnitud monetaria de las incidencias encontradas y a su efecto relativo sobre las cuentas anuales y documentos contables tomados en su conjunto; desde el punto de vista cuantitativo, las cuentas no reflejarán la imagen fiel si la infracción (o conjunto de infracciones) altera de forma significativa o muy significativa la situación patrimonial o financiera que se proyecta al exterior.

En el ámbito concursal, en que la comisión de una *irregularidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera* es, "en todo caso", causa de culpabilidad del concurso (art. 443.5º TRLC), los jueces estamos más acostumbrados a definir y calibrar la relevancia cualitativa o cuantitativa. La STS de 27 de octubre de 2017 señala a este respecto que *"la irregularidad será cualitativamente relevante cuando impida al tercero tener una información correcta y suficiente del estado patrimonial de la empresa y, especialmente, cuando oculte la existencia de una causa de disolución o de una situación de insolvencia". "Y lo será cuantitativamente* —sigue el Alto Tribunal— *cuando el importe económico de la incidencia, en relación con el tamaño de la empresa, altere significativamente la situación patrimonial y financiera que se proyecta al exterior."* Así como en el ámbito impugnatorio es inusual medir la afectación a la imagen fiel en términos porcentuales, en la calificación concursal es de lo más común: la SAP de Álava de 5 de julio de 2010 juzga relevante una desviación en el activo de un 16% y una variación en el pasivo que supera el 44%; la SAP de Pontevedra, Sección 1.ª, de 6 de febrero de 2012, confirma la relevancia de la irregularidad *«al afectar a un porcentaje superior al 25% de la masa activa»*; la SAP de Madrid, Sección 28.ª, de 17 de mayo de 2013 se acoge a un 26'06% de varianza. En el extremo opuesto, la SJM n.º 3 de Barcelona de 18 de febrero de 2008 juzga irrelevantes diferencias en la valoración de existencias del 2% y 4'5%. La relevancia no siempre se mide en

términos porcentuales; de hecho, el Tribunal Supremo suele evitarlos.[331]

Por semejanza con el derecho concursal, la alusión a los parámetros cuantitativos y cualitativos se ha ido haciendo hueco en las sentencias de impugnación de acuerdos sociales. La SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 16 de enero de 2020 insiste en que *"[l]a simple existencia de partidas en las cuentas anuales consignadas según criterios para su contabilización que pudieran ser susceptibles de discusión no supone motivo bastante para justificar la nulidad del acuerdo aprobatorio de las mismas ni no resultase patente que con ello se generaba una importante distorsión de la imagen fiel".* Esa misma Audiencia, en sentencia de 16 de enero de 2020, califica como "relevante cuantitativamente" la inclusión no justificada de un crédito por importe de casi medio millón de euros; en la sentencia de 11 de diciembre de 2020 la relevancia se concluye por comparación entre el importe del crédito no provisionado (tres millones) y la cifra de patrimonio neto (un millón). La SAP de Valencia, sec. 9ª, de 2 de julio de 2020 descarta que las infracciones denunciadas por el socio tengan relevancia cuantitativa o cualitativa y la sentencia de esa misma sección de 25 de mayo de 2020 confirma la distorsión de la imagen fiel atendiendo a la cuantía de la incidencia. Los criterios cualitativos han llevado a apreciar una alteración de la imagen fiel cuando las cuentas se formulan aplicando el principio de empresa en funcionamiento a pesar de estar la sociedad en liquidación (SSAAPP de Barcelona, sec. 15ª, de 22 de octubre de 2010 y Lugo, sec. 1ª, de 11 de abril de 2018).

Sin alcanzar tal grado de detalle, la Sala 1ª ha reputado nulos los acuerdos de aprobación de un balance que no cumplía los requisitos legales (s. de 26 de noviembre de 1990) o que omitía una partida esencial, por más que se aludiera a la misma en la memoria (s. de 14 de noviembre de 2000), sobrevaloraba los activos,

[331] Sentencia de 22 de mayo de 2019, reducción del activo por créditos por deudores varios de 1'6 millones a 440 mil euros, sin que conste justificación; s. de 5 de junio de 2020, falta de contabilización de deuda por impuesto de sociedades de 2'3 millones; s. de 18 de junio de 2020, contabilización en el activo —y no en el pasivo— de una factura de 2'2 millones que carecía, a mayores, de soporte documental; s. de 26 de octubre de 2021, inclusión en el activo de crédito incobrable contra la matriz de 5'8 millones.

que debían reflejarse por su valor de adquisición (s. de 11 de febrero de 2002) o evitaba reflejar un pacto parasocial (s. de 3 de noviembre de 2014).

En tribunales inferiores se ha estimado la demanda cuando existen dos balances incompatibles (SJM nº 1 de Zaragoza de 13 de marzo de 2015), una activación indebida de créditos fiscales (SJM nº 2 de Palma de Mallorca de 6 de marzo de 2015) o falta el informe de auditoría (SAP de Málaga, sec. 6ª, de 20 de mayo de 2015).

Al contrario, la demanda ha fracasado cuando solo se constatan desfases mínimos (SAP de Segovia, sec. 1ª, de 16 de junio de 2014, SSAP de Barcelona, sec. 15ª, de 11 de noviembre de 2014 y 17 de abril de 2019, SJM nº 8 de Barcelona de 4 de marzo de 2020, SAP de Valencia, sec. 9ª, de 30 de marzo de 2021), la partida discutida había sido incluida en la contabilidad cuando el impugnante fue administrador (SAP de Segovia, sec. 1ª, de 16 de junio de 2014) o se había aplicado el mismo criterio contable que entonces (SAP de Valencia, sec. 9ª, de 20 de enero de 2014).

A la hora de determinar la relevancia, el juicio de ponderación ha de ser conjunto, no individualizado[332]. Una irregularidad, aisladamente considerada, puede tener una proyección externa no significativa, pero, unida a otras, alcanzar el efecto distorsionador sancionado.

La irregularidad no queda excluida por el hecho de que su existencia sea constatable mediante un examen de las cuentas anuales, ya provenga el mismo de un profano ya de un experto en la materia. La STS de 11 de abril de 2023 incide en que *[l]a obligación de formular y aprobar unas cuentas que contengan información fiable, estandarizada y redactada conforme a criterios técnico-contables (…) tiene como función primordial ofrecer información sobre la situación patrimonial y financiera a los terceros;* pero —añade— *"[e]ntre estos terceros se encuentran los propios socios, en tanto que esas cuentas anuales formuladas por el órgano de administración coadyuvan en la rendición de cuentas de dicho órgano de*

[332] SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 22 de octubre de 2010: *"[T]endremos que valorar las incorrecciones u omisiones denunciadas tanto en su apreciación individual como en su valoración agregada o de conjunto (…)".*

administración y su aprobación constituye un requisito para la efectividad de su derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales (…), una vez acordada la aplicación de resultados."

A estos efectos, la infracción contable será relevante —parafraseando la NTA sobre errores e inexactitudes (aprobada por Res. ICAC de 15 de junio de 2000, en adelante, NTAEI)— cuando tenga la aptitud, desde un punto de vista abstracto, para influir en la decisión de un usuario razonable, entendiendo por tal la persona prudente con una comprensión básica de las cuentas y de lo que éstas pueden representar. En la actualidad la NIA-ES 320, sobre importancia relativa o materialidad en la planificación y ejecución de la auditoría, señala que «*los juicios sobre las cuestiones que son materiales para los usuarios de estados financieros se basan en la consideración de las necesidades comunes de información de los usuarios en su conjunto. No se tiene en cuenta el efecto que las incorrecciones puedan tener en usuarios individuales específicos, cuyas necesidades pueden ser muy variadas.»* En similares términos se expresaba la NTA 2.5.16: basta con que la incorrección haga probable que el juicio de una persona razonable, que confía en la información, se hubiera visto influenciado o su decisión afectada como consecuencia del error u omisión.

Si hay relevancia, cuantitativa y/o cualitativa, el elemento intencional —a efectos impugnatorios— es irrelevante. La NTAEI distinguía entre «irregularidades» y «errores», en función de que el elemento intencional estuviere o no presente. Lo dicho es aplicable a la NIA-ES 240[333], sucesora natural de la NTAEI, relativa a las responsabilidades del auditor en la auditoría de estados financieros con respecto al fraude, que distingue entre «fraude» y «error».

Toda vez que las cuentas anuales forman una unidad (art. 254.2 LSC), una

[333] La NIA-ES 240 es de aplicación obligatoria para los auditores de cuentas y sociedades de auditoría en el desarrollo de los trabajos de auditoría de cuentas referidos a las cuentas anuales o estados financieros correspondientes a ejercicios económicos que se inicien a partir de 1 de enero de 2014 así como para los trabajos de auditoría de cuentas contratados o encargados a partir del 1 de enero de 2015, independientemente de los ejercicios económicos a los que se refieran los estados financieros objeto del trabajo.

irregularidad cometida en el balance puede quedar sanada por la información contenida en la memoria. La SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 21 de julio de 2023 rechaza que las cuentas violen la imagen fiel porque la falta de provisión de un crédito tiene *completa explicación en la memoria".* A la inversa, el quebranto a la imagen fiel puede proceder precisamente de la memoria, si ésta, lejos de cumplir su función de completar, ampliar y comentar el contenido de los otros documentos que integran las cuentas anuales (art. 259) y de contener las indicaciones específicas que le exigen la LSC, el CCom y los reglamentos (art. 260), omite esa información. Es el caso de la SAP de Madrid, sec. 28ª, de 14 de julio de 2023, que centra el quebranto de la imagen fiel en la omisión en la memoria de la información sobre operaciones vinculadas; la SAP de Murcia, sec. 4ª, de 28 de mayo de 2020, a su vez, califica como relevante, cuantitativa y cualitativamente, una omisión en la memoria de operaciones de vinculadas de 4´2 millones de euros, que representa un 9'40% del total facturado en el ejercicio.

Un informe de auditoría favorable no excluye ni sana una posible vulneración de la imagen fiel. Según mi criterio, constatada la irregularidad y su relevancia, cuantitativa y cualitativa, la misma no queda eliminada por la sola existencia de la opinión favorable del informe de auditoría de las cuentas anuales pues, como recuerda la STS de 20 octubre 2011, el valor del informe de auditoría se aproxima al valor de una prueba pericial sometida a las reglas de la sana crítica.

En suma, un informe de auditoría sin tacha no elimina la infracción contable y el juez tiene libertad para apreciar su existencia. La mera existencia de un informe de auditoría en que se deniegue la opinión tampoco es incompatible con que las cuentas reflejen la imagen fiel, pues como razona la STS de 8 de febrero de 2013, *"no es posible equiparar la denegación de una opinión por el auditor con la opinión desfavorable, y porque la denegación no impide necesariamente que las cuentas puedan reflejar la imagen fiel de la sociedad."*

La SAP de Murcia, sec. 4ª, de 28 de mayo de 2020 afirma que *"no podemos olvidar que esa auditoría es un documento privado de naturaleza mercantil, efectuado por un profesional; y sin perjuicio de ser una prueba técnica contable especialmente relevante, es objeto de libre valoración por los tribunales (…) Aunque se diga en esa*

auditoría que las cuentas anuales muestran la imagen fiel del patrimonio y situación financiera (…), ello no significa que debamos necesariamente someternos a esa apreciación al no haber pericial que la contradiga, pues sería tanto como diferir la resolución de la controversia al auditor, con quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE."

La infracción de la imagen fiel no es el medio para expresar la disconformidad con las operaciones subyacentes. Así, una retribución excesiva del órgano de administración podrá ser contraria al art. 217, pero no al art. 254 si su reflejo contable es correcto. La STS de 11 de abril de 2023, ya citada, aclara —confiemos de forma definitiva— que si *"[l]as retribuciones se pagaron (…) ese pago ha de quedar reflejado en las cuentas anuales".* Reflejar un hecho económico, aunque el mismo pueda ser considerado perjudicial o, incluso, ilícito, no viola la imagen fiel ni constituye, por tanto, infracción de ley. Tampoco su contabilización puede ser lesiva del interés social (*"no puede plantearse la ilicitud o el carácter lesivo del negocio subyacente mediante la impugnación del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales que reflejaron sus consecuencias patrimoniales"*) ni constitutiva de abuso de derecho (*"[q]ue el acuerdo ponga de relieve un abuso no puede significar que sea la causa del abuso (…) [s]i el socio minoritario entiende que tal abuso se produce, dispone de remedios que van más allá de dejar a la sociedad sin las cuentas aprobadas")* o abuso de mayoría *("[t]ampoco puede considerarse un abuso de la mayoría en detrimento de los demás socios, pues no se explica cómo puede perjudicar a esos otros socios la aprobación de unas cuentas anuales que reflejan la imagen fiel de la situación patrimonial y financiera de la sociedad").*

Esa independencia entre la potencial lesividad del hecho económico y su reflejo contable ha llevado a excluir la infracción del principio de imagen fiel en supuestos en que había un correcto reflejo contable de un pacto de indemnización (SAP de Almeria, sec. 1ª, de 16 de junio de 2014), anticipos y préstamos a socios (SAP de Granada, sec. 3ª, de 17 de septiembre de 2015), una venta por precio vil (SAP de Zaragoza, sec. 5ª, de 15 de enero de 2015), la facturación en liquidación de un bufete (SJM nº 1 de Zaragoza de 13 de marzo de 2015) o una retribución excesiva (STS de 18 de diciembre de 2018, SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 13 de julio de 2022, SAP de Valencia, sec. 9ª, de 19 de abril de 2023).

Por su carácter técnico, es necesario que en la demanda se identifiquen correctamente las irregularidades (SSAP de Pontevedra, sec. 1ª, de 13 de julio de 2016; Madrid, sec. 28ª, de 10 de junio y 21 de octubre de 2011 y 5 de diciembre de 2014; o Guadalajara, sec. 4ª, de 4 de julio de 2016; SJM nº 4 de Madrid de 17 de febrero de 2014[334]) y se precise el impacto sobre el activo y/o el pasivo (SAP de Pontevedra, sec. 1ª, de 30 de mayo de 2012, SAP de Vizcaya, sec. 4ª, de 5 de noviembre de 2019) y la norma o principio infringido (SAP de Valencia, sec. 9ª, de 18 de diciembre de 2020), *"sin que resulte posible hacer descansar el éxito de la acción impugnatoria (…) sobre una mera duda abstracta de infidelidad"* (SAP de Almeria, sec. 1ª, de 20 de octubre de 2020).

Precisamente por aquel carácter técnico, aunque no es necesario sí muy conveniente que se acompañe a la demanda un informe pericial (SAP de Valencia, sec. 9ª, de 29 de marzo de 2023, SJM nº 2 de Madrid de 5 de noviembre de 2014) que detalle las irregularidades, determinando la norma o principio contable infringido, su relevancia, individual o conjunta, cuantitativa y/o cuantitativa, y mostrando al órgano judicial cuál debería ser la imagen correcta si se eliminaran o corrigieran los defectos que se denuncian. El informe es casi imprescindible cuando el informe de auditoría concluye que las cuentas representan la imagen fiel; la SAP de Madrid, sec. 28ª, de 13 de enero de 2023 rechaza la impugnación por falta de *"prueba que suministre una base técnica contrastable que permita rebatir con fundamento las conclusiones alcanzadas en el informe de auditoría."*

Declarada la nulidad del acuerdo de aprobación de cuentas, se suscita la duda de si provoca un "efecto arrastre[335]" sobre las de ejercicios sucesivos. La STS de 8 de

---

[334] La indicación tiene que hacerse precisamente en la demanda, bien de forma directa, bien por remisión al informe pericial que la acompañe. La citada sentencia dice a este respecto: *"En tercer lugar se alude a la existencia de graves errores y contradicciones. No se concreta en la demanda (que es donde se tiene que hacer) esos errores y contradicciones, lo que ya sería suficiente para rechazar el motivo de impugnación. Tampoco se indica que infracción de la normativa contable se aprecia en la elaboración de las cuentas anuales ni en qué aspecto no reflejan la imagen fiel. Frente a estas alegaciones, existe un informe de auditoría, auditor designado por el Registrador Mercantil a instancia de socio minoritario, en el que se concluye que las cuentas anuales del ejercicio 2010 que han sido auditadas expresan en todos los aspectos significativos la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la sociedad. Por ello se debe rechazar el motivo de impugnación alegado."*

[335] *Vid.* LARA GONZÁLEZ, R., "Impugnación sucesiva de cuentas anuales: el efecto arrastre (art. 204.1 LSC)", en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, AA.VV., Academia Matritense del Notariado, edit. Colegio Notarial de Madrid, 2015, pp. 295 a 308.

febrero de 2013, como antes las de 20 de octubre de 2011 y 9 de julio de 2012, argumenta que *"la impugnación de las cuentas anuales de un ejercicio anterior no afecta, en principio, a las cuentas de los ejercicios posteriores aprobadas antes de que alcance eficacia la estimación de la impugnación, en cuanto que la nulidad de las cuentas impugnadas no provoca la nulidad de todas las cuentas anuales de los ejercicios posteriores que se basaron en la información contable contenida en las cuentas impugnadas. Ni es necesario, una vez que consta la firmeza de la anulación de las cuentas, que se corrijan todas las demás cuentas de los ejercicios posteriores aprobadas mientras estaba pendiente la impugnación, sin perjuicio de que, en las siguientes cuentas pendientes de aprobación, se tengan en consideración las correspondientes modificaciones".*

Sí hay efecto arrastre del acuerdo *"relativo a la aplicación del resultado, vicario del anterior, y de la gestión social, en tanto que no puede adoptarse un acuerdo sobre la bondad de la gestión social tomado sobre la base de unas cuentas que han sido anuladas, siendo éstas, precisamente, las que suministran a los socios los elementos fundamentales para valorar la gestión sometida a escrutinio de los socios"* (SAP de Madrid, sec. 28ª, de 5 de mayo de 2014).

3.3.2. Retribución de los administradores.

La ley 31/2014 introdujo numerosas novedades en el régimen retributivo de los administradores sociales. El art. 130 del TRLSA de 1989 disponía que *"[l]a retribución de los administradores deberá ser fijada en los Estatutos. Cuando consista en una participación en las ganancias, solo podrá ser detraída de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y la estatutaria y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del 4 por 100, o el tipo más alto que los Estatutos hayan establecido."*

Por su parte, la LSRL de 1995 preveía en su art. 66 lo siguiente:

> "1. El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos establezcan lo contrario, determinando el sistema de retribución.

2. Cuando la retribución tenga como base una participación en los beneficios, los estatutos determinarán concretamente la participación, que en ningún caso podrá ser superior al diez por ciento de los beneficios repartibles entre los socios.

3. Cuando la retribución no tenga como base una participación en los beneficios, la remuneración de los administradores será fijada para cada ejercicio por acuerdo de la Junta General."

El sumatorio de ambos preceptos resultó, refundición mediante, en la primitiva versión del art. 217, a cuyo tenor:

"1. El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de retribución.

2. En la sociedad de responsabilidad limitada, cuando la retribución no tenga como base una participación en los beneficios, la remuneración de los administradores será fijada para cada ejercicio por acuerdo de la junta general de conformidad con lo previsto en los estatutos."

La Ley 31/2014 ha mantenido la regla general de gratuidad, salvo que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración. No obstante, supone un giro importante en esta materia, pues no sólo hace expresa la distinción entre funciones deliberativas (las realizadas por los administradores «en su condición de tales») y ejecutivas (*cfr.* art. 249.3), sino que profundiza en la transparencia del régimen retributivo, en interés, no sólo de los socios, sino de los propios administradores.

La exigencia de previsión estatutaria, en efecto, sirve tanto a socios como a administradores, aunque de forma más enérgica a los primeros. La STS de 17 de diciembre de 2015 así lo declara:

«Como recordábamos en la sentencia núm. 412/2013, de 18 de junio, esta Sala ha afirmado que la exigencia de que consten en los estatutos sociales el carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución "aunque también tutela el interés de los administradores, tiene por finalidad primordial potenciar la máxima información a los accionistas a fin de facilitar el control de la actuación de éstos en una materia especialmente sensible, dada la inicial contraposición entre los intereses particulares de los mismos en obtener la máxima retribución posible y los de la sociedad en minorar los gastos y de los accionistas en maximizar los beneficios repartibles -en este sentido: la sentencia 441/2007, de 24 de abril, afirma que su finalidad es

"proteger a los accionistas de la posibilidad de que los administradores la cambien (la retribución) por propia decisión"; y la sentencia 448/2008, de 29 de mayo, que "se inspira en la conveniencia de hacer efectivo el control de los socios sobre la política de retribución de los administradores, mediante una imagen clara y completa de ella"»

Los estatutos han de prever el *an*, pero no el *quantum*[336], que queda a determinación de la junta. La previsión estatutaria alcanza asimismo al sistema de remuneración, que podrá consistir en, entre otros, en uno o varios de los siguientes:

(a) una asignación fija,

(b) dietas de asistencia,

(c) participación en beneficios[337],

(d) retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia,

(e) remuneración en acciones o vinculada a su evolución,

(f) indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador y

(g) los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos.

---

[336] No obstante, la Res. DGRN de 19 de febrero de 2015 admite que el grado de detalle de los estatutos alcance a la cantidad exacta a percibir por el administrador, por más que la vocación de permanencia de los estatutos no lo aconseje, pues el cambio de los parámetros del art. 217.4 obligará a una modificación estatutaria que de otra forma sería evitable mediante un simple acuerdo de la junta de modificación de la retribución. Debemos entender superada la llamada "doctrina del milímetro", así bautizada por la doctrina al calor de la crítica de las SSTS, Sala 3ª, de 13 de noviembre de 2008, 21 de febrero y 26 de septiembre de 2013, que, a los meros efectos tributarios, exigen para la deducibilidad de la retribución en el Impuesto de Sociedades que los estatutos fijaran exactamente la cuantía de la retribución.

[337] La Resolución de la DGRN de 15 de julio de 2015 recuerda que «*[e]s doctrina asentada de esta Dirección General que cuando la retribución de los administradores consista en una participación en las ganancias, la medida de tal participación —es decir, el tanto por ciento en que se cifra— debe constar en los estatutos con toda certeza, y debe ser también claramente determinable su base, pudiendo o no señalarse un límite máximo de percepción. Precisamente por esto se ha exigido para estos supuestos que los estatutos prevean expresamente la cobertura de partidas preferentes que introduce la Ley a fin de que no quepa incertidumbre sobre la base de cálculo del porcentaje de remuneración (vid. Resoluciones de 11 de diciembre de 1995 y 6 de mayo de 1997).*
(…)
En el supuesto que da lugar a la presente la mera previsión de una remuneración para los administradores consistente en un porcentaje de los beneficios antes de impuestos no satisface las anteriores exigencias al no prever expresamente que su satisfacción deba respetar las partidas preferentes a que se refiere el art. 218.3 de la Ley de Sociedades de Capital».

Antes de la reforma de 2014, la jurisprudencia, en relación con el art. 66 LSRL, ya se había pronunciado a favor de la combinación de varios sistemas retributivos. La STS de 9 de abril de 2015, con cita de los precedentes de 24 de abril de 2007, 19 de diciembre de 2011, 10 de febrero de 2012 y 25 de junio de 2013, advertía de que, *«[a] pesar de expresarse la norma reglamentaria en singular, nada se opone para que el sistema revista una cierta complejidad o sistemas mixtos".* En el mismo sentido cabe citar las Resoluciones de la DGRN de 12 de noviembre de 2003, 16 de febrero de 2013 o 17 de junio de 2014, que admiten la combinación de sistemas, en forma acumulativa, pero no alternativa, de modo que no será lícito el que el sistema concreto a aplicar dependa de la voluntad de la junta

Para que la cláusula estatutaria supere el filtro de legalidad ha de expresar el sistema o sistemas de retribución con claridad y precisión (Rr. de 16 de febrero de 2012 y 21 de enero de 2016).

Para llegar a la retribución concreta por el mero ejercicio de las funciones de administrador es preciso recorrer tres fases sucesivas:

(a) Fijación en los estatutos del sistema de retribución de los administradores en su condición de tales.

(b) Aprobación por la junta general del importe máximo de la remuneración anual para el conjunto de los administradores, acuerdo que podrá tener lugar una vez iniciado el ejercicio[338].

(c) Acuerdo entre los administradores o del consejo para la distribución interna[339] (salvo que la junta disponga otra cosa).

[338] La STS de 13 de mayo de 2021 dispone que "*tanto la fijación inicial como las eventuales modificaciones no necesariamente han de realizarse con antelación al comienzo del ejercicio al que se pretenda aplicar. También se acomoda a la finalidad del precepto que esta aprobación se haga, como es el caso, muy avanzado el ejercicio económico, pues lo relevante es que la junta preste su autorización o conformidad durante ese ejercicio." Vid.* sobre ella, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J, "El momento de la aprobación por la Junta General del importe máximo de la retribución de los administradores", en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, nú. 163, 2021, pp. 365 a 390.

[339] Se supera así la regla del art.124.3 RRM, según el cual «*[s]alvo disposición contraria de los estatutos la retribución correspondiente a los administradores será igual para todos ellos»*

El acuerdo interno puede fijar retribuciones asimétricas para cada administrador. Se ha suscitado la duda de si esa asimetría puede alcanzar, no a la cuantía de la retribución, sino a su propia existencia; esto es, que unos administradores sean retribuidos y otros no. La Resolución de la DGRN de 24 de mayo de 2013, en el régimen previgente, ha declarado que "*no existe argumento conceptual en contrario",* para luego matizar:

> "En los supuestos de administración solidaria o mancomunada en los que la igualdad entre los miembros del órgano deriva de la propia aplicación de las previsiones legales carece de justificación alguna prever un trato desigual en el hecho de la existencia de remuneración (…)
>
> Supuesto distinto es el de aquellas sociedades que están dotadas de un órgano de administración de estructura compleja en los que es perfectamente posible distinguir funciones distintas a llevar a cabo por los administradores en función del cargo que ostenten. "

Esta distinción entre aquellos administradores que ostenten un cargo especialmente retribuido de aquellos que pueden no ser retribuidos o pueden serlo de forma distinta, lleva a la DGRN *"a la siguiente cuestión"*: si es posible condicionar dicha circunstancia al trabajo realizado para la sociedad, a lo que también responde afirmativamente:

> "La respuesta sólo puede ser positiva pues es precisamente dicha circunstancia la que justifica, la que causaliza, la retribución especial (…)
> Es la regulación legal del órgano de administración la que da lugar a ello al prever que, en órganos de administración de cierta complejidad, existan miembros que lleven a cabo especiales labores."

Ahora bien, advierte:

> "si nada empece que dicho pronunciamiento sea distinto para los distintos administradores y que se determine en función del tipo de trabajo que se lleva a cabo, no puede quedar al arbitrio de la junta la decisión de si determinado cargo ha de ser o no retribuido. Ello equivaldría a dejar en manos de la junta no sólo la cuantía de la retribución cuando así se haya dispuesto sino el hecho mismo de la existencia de retribución."

Para la percepción por el administrador de la retribución se requiere el cumplimiento cumulativo de los tres requisitos antes apuntados. Mas su cumplimiento es condición necesaria, pero no suficiente para la legítima percepción de la retribución. La remuneración, además, debe ser *adecuada*. Para medir la adecuación, tarea siempre compleja por el grado de subjetividad, el art. 217.4 facilita varios parámetros de proporcionalidad, temporalidad y comparabilidad: la remuneración deberá guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables.

Aun a falta de previsión estatutaria, la jurisprudencia ha legitimado la precepción de retribución en casos de sociedades cerradas cuando por la actitud del resto de socios se haya podido generar fundadamente en el administrador la confianza de que podía percibir la retribución y que no se le iba a reclamar su devolución (SSTS, Sala 1.ª, de 18 de junio de 2013[340], 11 de septiembre de 2015[341], entre otras).

En relación a la compatibilidad de una retribución estatutaria con otra extraestatutaria, la jurisprudencia (por todas, STS, Sala 1.ª, de 17 de diciembre de 2015) ha venido exigiendo la concurrencia de un elemento objetivo de distinción «preciso y cierto» entre las actividades debidas por el mero ejercicio del cargo de administrador [excluidas de la relación laboral por el art. 1.3 c) ET] y las realizadas por otro título, ya sea éste una relación laboral común (SSTS, Sala 4.ª, de 29 de septiembre de 2008, 27 de enero de 1992, 26 de diciembre de 2007), de alta dirección (*cfr.* art. 1.2 del RD 1382/1985) o un contrato mercantil, elemento cuya

[340] En esta sentencia los socios, a pesar de la previsión estatutaria de gratuidad del cargo, habían acordado (incluido el impugnante) que el administrador percibiera una retribución, lo que lleva a la Sala a concluir que *"[t]al conducta es apta para generar fundadamente en el administrador la confianza en una coherencia futura sobre tal cuestión y, por ello, en que podía percibir la remuneración por haber sido acordada por todos los socios, incluido el hoy actor y en que no se le iba a reclamar la devolución de tales cantidades. Tal comportamiento, en cuanto significativo, prolongado y contradictorio con la pretensión deducida en la demanda, convierte a ésta en inadmisible, en aplicación de la doctrina de los actos propios, manifestación del principio general de buena fe."*

[341] La Sala confirma el criterio de la sentencia precedente, pero, al existir retribuciones previas al acuerdo y posteriores al mismo, matiza que *"esta confianza y creencia del administrador en modo alguno puede predicarse de las percepciones anteriores a la Junta de marzo de 2008 al no existir acuerdo o deliberación entre socios sobre esta materia que justificara esta confianza o creencia".*

apreciación tropieza con la dificultad añadida de que las funciones de los administradores prácticamente son omnicomprensivas, pues ni la LSA ni la redacción original de la LSC discriminaban entre las funciones políticas o deliberativas y las ejecutivas o de gestión.

Para el caso de que la forma de organización sea la de consejo de administración y alguno de sus miembros llevare a cabo funciones ejecutivas, el art. 249.3 exige la celebración de un contrato que detalle los conceptos retributivos, aprobado previamente por el propio consejo con el voto favorable de dos terceras partes y que, a mayores, deberá ser conforme con la política de retribuciones acordada, en su caso, por la junta general. Este contrato, según la STS, Sala 1ª, de 26 de febrero de 2018[342], está sometido al régimen del art. 217, así en la necesidad de previsión estatutaria, como en los parámetros de adecuación.

En las sociedades cotizadas, salvo disposición contraria de los estatutos, el cargo de consejero de sociedad cotizada será necesariamente retribuido (art. 529 *sexdecies*).

[342] La trascendencia de esta sentencia explica la atención que ha merecido de la doctrina. *Vid.,* sin vocación omnicomprensiva, JUSTE MENCÍA, J. y CAMPINS VARGAS, A., "Interpretación del régimen legal de retribución de administradores. A propósito de la STS de 26 de febrero de 2018", en Revista de Derecho de Sociedades, núm. 53, 2018, BIB 2018\11302; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., " *Perseverare Diabolicum* (A propósito de la STS 26-II-2018 y la retribución de los consejeros ejecutivos)", en *InDret* , 2/2018; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "La retribución de los consejeros ejecutivos y los estatutos sociales", publicado en Almacén de Derecho el 5 de marzo de 2018, disponible en https://almacendederecho.org/la-retribucion-los-consejeros-ejecutivos-los-estatutos-sociales, última consulta el 23 de abril de 2024; MARÍN DE LA BÁRCENA, F. "El Tribunal Supremo interpreta el régimen de retribución de los administradores de las sociedades de capital tras la reforma de 2014 (STS 1ª de 26 de febrero de 2018)", en blog Gómez-Acebo & Pombo, accesible en https://www.ga-p.com/publicaciones/el-tribunal-supremo-interpreta-el-regimen-de-retribucion-de-los-administradores-de-las-sociedades-de-capital-tras-la-reforma-de-2014-sts-1a-de-26-de-febrero-de-2018/, última consulta el 23 de abril de 2024; COHEN BENCHETRIT, A., "Comentario a la STS, Sala primera, de 26 de febrero de 2018, sobre retribución de administradores sociales: determinación del ámbito subjetivo del principio de determinación estatutaria de la remuneración. Retribución del consejero con funciones ejecutivas", en Revista de Derecho de Sociedades, núm. 53, 2018, consultada edición digital (BIB 2018\11303); GUERRERO TREVIJANO, C., "La reserva estatutaria en materia de remuneración de administradores (A propósito de la STS de 26 de febrero de 2018)", en La Ley Mercantil, núm. 45, 2018, pp. 3 y ss.; CABANAS TREJO, R., "La sentencia del Supremo sobre la retribución del consejero ejecutivo ¿y ahora qué?", en Diario La Ley, núm. 9193, 9 de mayo de 2018, pp. 2 y ss; ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., "Remuneración de administradores: ¿qué hay que acordar en Junta tras la STS de 26 de febrero de 2018?", blog Hay Derecho, 27 de mayo de 2018, accesible en https://www.hayderecho.com/2018/05/27/remuneracion-de-administradores-que-hay-que-acordar-en-junta-tras-las-sts-de-26-de-febrero-de-2018/, última consulta 14 de abril de 2024.

La ley distingue entre la retribución de los consejeros "en su condición de tales) (art. 529 *septdecies*) y "por el desempeño de funciones ejecutivas" (art. 529 *octodecies*). Para los primeros, la remuneración deberá ajustarse:

(a) Al sistema de remuneración previsto estatutariamente.

(b) A la política de remuneraciones, que deberá ser aprobada por la junta como punto separado del orden del día (art. 529 *novodecies*) y deberá incluir necesariamente el importe máximo de la remuneración anual a satisfacer al conjunto de los consejeros en aquella condición y los criterios para su distribución.

Como último escalón, la determinación de la remuneración individual de cada consejero en su condición de tal corresponderá al consejo de administración (art. 529 *septdecies*.3, conforme a los criterios de distribución fijados en la política de remuneraciones, en atención a sus funciones y responsabilidades (art. 529 *septdecies*.2).

Sentados los principios legales básicos de la retribución de los administradores, procede entrar a examinar las causas de su impugnación, anticipando que, en la práctica, se reducen a sociedades no cotizadas, fundamentalmente de carácter cerrado[343].

Por principio, la impugnación puede venir referida al acuerdo de modificación estatutaria o al acuerdo de la junta por el que se fija de forma concreta la retribución para cada ejercicio; en algunos casos, la impugnación y la declaración de nulidad afecta a ambos acuerdos, como en la STS de 19 de septiembre de 2017 en que el Alto Tribunal rechaza la licitud (con arreglo al art. 66 LSRL) del precepto estatutario que se limitaba a prever que *«[e]l cargo de administrador será retribuido en la forma que se estipule para cada ejercicio en junta general [...]»,* lo que suponía

[343] Como pone de relieve SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. "La responsabilidad del administrador que percibe una retribución inadecuada", en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 168, 2022, p. 7 edición digital (BIB 2023\665), *"es en relación con las sociedades no cotizadas y, en especial, con la inacabable mayoría de pequeñas sociedades de capital, donde el régimen vigente ha planteado dudas desde su introducción".* Y es lógico que así sea, pues, como subraya el autor, *"[e]l art. 217.4 supone la recepción de disposiciones inspiradas en similares criterios que, en forma de recomendaciones, figuraban en nuestros códigos de buen gobierno".*

dejar a criterio de la junta no solo la cuantía, sino también el sistema de retribución, nulidad del acuerdo que *"lleva consigo"* la nulidad de los acuerdos de retribución *"que se adoptaron sin que existiera un precepto estatutario que fijara un sistema retributivo del que tales acuerdos fueran concreción."* En la misma línea, puede citarse la SAP de La Coruña, sec. 4ª, de 14 de febrero de 2014, en que se atacaba tanto el acuerdo por el que se convertía en retribuido el cargo frente a la gratuidad anterior, como el acuerdo por el que se fijaba la retribución, a lo que accede la Sala en el entendimiento de que *"no son aislables separadamente, siendo el primero de ellos el instrumento para lograr el propósito de hacer efectiva la retribución".* Esta aseveración, quizás válida para aquel caso concreto, no es extrapolable a otros; podrá suceder que el acuerdo de modificación estatutario sea válido por ser vulgar remedo del texto legal[344] y, por su carácter genérico, resulte inocuo[345], de modo que lo impugnable sea el acuerdo de fijación de la retribución, ya por infringir la ley (o los estatutos, en su caso), ya por ser lesivo para los intereses sociales o constitutivo de un abuso de mayoría[346]. Del mismo modo, el mero cambio de un cargo gratuito a

[344] Por ejemplo, con una cláusula del siguiente estilo: "El cargo de administrador será retribuido, consistiendo la remuneración en una cantidad fija que será determinada por la junta general para cada ejercicio."

[345] LA SAP de Valencia, sec. 9ª, de 10 de mayo de 2017 sanciona *que "el acuerdo es una modificación legal, adoptada por la mayoría y que, por sí es inocua"*, por lo *que "el abuso y el perjuicio podrá predicarse de cada uno de los acuerdos que, en la concreta determinación del importe retributivo, se diera por la junta."* La SJM nº 16 de Madrid de 18 de julio de 2022 afirma que *"la modificación estatutaria aprobada bajo el punto 4º del orden del día, no puede considerarse contraria al artículo 217 LSC, ni tampoco constitutiva de ningún abuso de mayoría, en la medida en que la misma, por sí sola es inocua respecto a la cuantía de las retribuciones que han de percibir los administradores. No altera la situación preexistente, por cuanto confirma el carácter no gratuito del cargo y simplemente modifica la composición de las retribuciones, al objeto de que una parte de ellas venga integrada por una partida fija, que debe determinar la Junta General."*

[346] Bajo la anterior legalidad, ante la orfandad de parámetros legales, la retribución excesiva solía atacarse a través de la lesividad al interés social. La Sala 1ª del Tribunal Supremo, a través de las sentencias de 13 y 25 de junio de 2012 (ambas del mismo ponente, Excmo Sr. Gimeno-Bayón Cobos), relativas a una acción social, acuñó la denominación de "retribuciones tóxicas" para definir aquellas que resultan *"contrarias a los intereses sociales y a los límites que impone la conjunción del deber de lealtad societaria y la moral",* terminología que la Sala abandonó tras la marcha del ponente de la Sala, y que solo puede encontrarse en épocas recientes en la STS de 26 de febrero de 2018 (en el fundamento de derecho duodécimo, al referir las alegaciones del recurrente). Aún hoy, tras la reforma de 2014, un recorrido por las resoluciones judiciales permite comprobar cómo la causa de ineficacia suele repartirse (cuando no compartirse) entre la infracción de ley, la lesión del interés social y el abuso de mayoría.

retribuido no implica, por sí solo, que el acuerdo sea lesivo, pudiendo, incluso, reputarse beneficioso para la sociedad[347].

En cuanto a los parámetros a valorar, el art. 217.4, como hemos adelantado, dispone que la remuneración deberá guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables. De estos tres criterios, solo la situación económica se adecúa bien a las pequeñas sociedades; en este tipo de sociedades, relevantes para la economía nacional en su conjunto, pero singularmente irrelevantes, y con una base personalista muy acusada, hablar de importancia o comparabilidad parece poco apropiado[348] [349].

---

[347] La SAP de Madrid, sec. 28ª, de 16 de enero de 2017 contiene una serie de reflexiones que nos parecen del mayor interés: *"Que un acuerdo como el ahora examinado resulta provechoso para quienes en el momento de su adopción ostentan el cargo de administradores sociales parece algo incuestionable. Sin embargo, el incremento del gasto que comporta el derecho de retribución, con constituir siempre un gravamen para la sociedad, no necesariamente ha de representar una decisión lesiva para los intereses de ésta desde el momento en que la medida es capaz de estimular el celo de los administradores perpetuando su interés por mantenerse en la empresa y, con ello, procurar una gestión más eficaz de la misma, lo que, en definitiva, bien pudiera redundar en provecho —y no en demérito— del interés social, toda vez que el gravamen representado por el incremento del gasto aspiraría a ser compensado —o, mejor, optimizado— con las correspondientes mejoras en la cuenta de resultados que pudieran ser, directa o indirectamente, consecutivas a ese estímulo retributivo. En todo caso, no está de más añadir que el acuerdo retributivo puede perfectamente estar fundado en la mera consideración de la mayoría conforme a la cual resulta simplemente justo que se compense el mayor sacrificio que con su labor asumen los administradores en comparación con el resto de los socios, aun cuando esa mayoría ni siquiera aspire, a su vez, a obtener aquella clase de rentabilidad indirecta en términos de mayor rendimiento. Lógicamente, las precedentes reflexiones resultan genéricamente predicables de cualquier acuerdo societario que introduzca la retribución de los administradores allí donde antes no existiera, y por tal motivo puede afirmarse, con idéntico grado de generalidad, que ese tipo de decisión no puede calificarse de perjudicial para el interés social desde un punto de vista abstracto. Serán más bien los acuerdos que anualmente adopte la junta general dotando de contenido económico al derecho retributivo instaurado los que, en su caso, puedan incurrir en excesividad, desproporción o falta de justificación, y ello en términos tales que, analizada la situación económica de la empresa, quepa calificarlos de objetivamente perjudiciales para el interés social más allá de cualquier otra consideración."*

[348] De forma elocuente, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "La responsabilidad del administrador…", *op. cit.,* p. 8, se pregunta: *"¿Cómo se mide la importancia o la comparabilidad de tantas sociedades anónimas o limitadas encuadrables en la categoría de microempresas? ¿Cómo conectar en esas sociedades la remuneración de los administradores con la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo?".*

[349] La heterogeneidad de los supuestos hace difícil prever el resultado de la acción de impugnación. Ya lo aventuraba FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "El misterio de la remuneración de los administradores de las sociedades no cotizadas", en Revista de Derecho Mercantil, núm. 297, 2015, versión digital (BIB 2015\4108): *"[L]a cautela residual de la cláusula de cierre del art. 217.4 Ley de Sociedades de Capital ofrece una tutela insuficiente por cuanto exige una costosa actuación judicial de incierto éxito y de ineficiente diseño."*

La importancia de la sociedad debe medirse en términos objetivos, no de implantación social o raigambre histórica. A falta de orientación legal, podrá atenderse a su activo y pasivo, cifra de negocio, número de centros de trabajo y empleados, etc.

En relación con la situación económica[350] que tuviera en cada momento[351], ya antes de la reforma de 2014 era habitual juzgar el carácter lesivo del acuerdo en función de la capacidad de la sociedad para hacer frente al gasto. La STS de 29 de marzo de 2007 disponía a este respecto:

> "La presencia de la lesión se ha de apreciar, en consecuencia, de las

[350] La SAP de Valencia, sec. 9ª, de 19 de abril de 2023, con una seguridad que para mí quisiera, no vacila al aseverar que *"la parte recurrente equivoca palmariamente el parámetro para analizar la situación económica de la empresa. En absoluto es relevante cuál sea la cifra de negocio o el volumen de actividad de la sociedad, sino que hay que atender al resultado económico de cada ejercicio".* Sí convengo con la SJM nº 3 de Madrid de 8 de febrero de 2023 cuando señala que *"la situación económica de la compañía y demás circunstancias que señala el art. 217.4 (…) únicamente se pueden predicar respecto de una sociedad individualizada y no de varias conjuntamente, sean o no grupo de sociedades."*

[351] ¿Qué hemos de entender por situación económica "en cada momento? Si la retribución se fija por la junta para cada anualidad, parece que el elemento temporal de referencia debe ser el ejercicio en que se acuerda (¿y/o en el que se abona, de ser distintos?). Lo anterior no soluciona todos los problemas, pues hay empresas que, por su giro, tienen ejercicios muy dispares, lo que obligaría a ir ajustando al alza o a la baja, año a año, la retribución. Por eso, y porque el art. 217.3 dispone que el importe máximo permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación, hacía estas reflexiones en la SJM nº 1 de Oviedo de 18 de octubre de 2017, ya asumo de principio que discutibles: *"Otro dato a valorar es el giro social de la empresa; en el ciclo constructivo no todos los ejercicios son iguales, es más, suelen apreciarse oscilaciones muy relevantes, que no por ello deben trasladarse sin más a la retribución de los administradores, pues de entenderse así hallaríamos que al comienzo de la obra (y previamente, en su caso, con el proceso de adquisición de los solares), en que los ingresos por ventas son nulos frente al alto endeudamiento externo, un órgano de administración no debería percibir retribución o acaso en una cantidad mínima, y a la conclusión y entrega de aquélla, en que se perciben todos los rendimientos y se cancela deuda hipotecaria, su retribución se vería disparada. El escenario societario ideal, al menos a criterio de este juzgador, es que las sociedades fijen una retribución que tienda a permanecer invariable en el medio-largo plazo, lo que a la par que evita ligar la misma a ciclos de explotación irregulares, otorga cierta seguridad a los administradores (uno de los objetivos implícitos de la reforma operada por la Ley 31/2014) y contribuye a reducir la conflictividad social."* Finalizaba, no obstante, con na advertencia: *"asumiendo que el clima de conflictividad interno no va a desaparecer ni, seguramente, reducirse, no conviene que la sociedad haga una lectura equivocada de esta sentencia, como título legitimador* ad eternum *de la actual retribución: antes al contrario, de persistir la actual atonía del mercado inmobiliario y la situación de pérdidas, debería procederse a un ajuste del coste que a la sociedad supone el cargo de administrador, no tan drástico, desde luego, como sugiere la actora, pero sin duda significativo y no meramente cosmético."*). La SAP de Valencia, sec. 9ª, de 19 de abril de 2023, en que el acuerdo impugnado había sido adoptado en una junta de mayo de 2021, afirma que el ejercicio a considerar no es 2021, como proponía la sociedad demandada (porque se había producido, según la sentencia, "un incremento descomunal en la cifra de negocio"), sino 2020; aunque, acto seguido, se autoenmienda y asume el criterio de la parte actora, *"tomando como referencia los seis ejercicios anteriores —suficiente tiempo para valorar la tendencia y la evolución de la sociedad— y el resultado de cada ejercicio."*

circunstancias concurrentes en el caso concreto, siempre con cautela y ponderación, para no interferir en la voluntad social y en la esfera de acción reservada por la Ley y los estatutos a los órganos sociales; sin perjuicio, claro está, de la facultad de los tribunales de controlar y corregir la extralimitación de la actuación de éstos que lesiona los intereses de la sociedad. En esa labor esta Sala ha tomado en consideración, para determinar la ilicitud de la retribución fijada en favor de los administradores sociales, además de su importe, la situación económica de la sociedad, la necesidad o no de la actuación de varios administradores retribuídos y las funciones a desempeñar, así como la finalidad o propósito perseguido, y la posibilidad o no de ser el impugnante administrador social —Sentencia de 5 de marzo de 2004, cuyos fundamentos recoge, a su vez, la de 12 de enero de 2007."

La SAP de Madrid, sec. 28ª, de 5 de febrero de 2014 explica cómo interaccionan la fijación de la retribución y la capacidad económica para satisfacerla, y así como capacidad solutoria es condición necesaria para considerar lícita la retribución, no toda retribución capaz de ser soportada por la sociedad deviene necesariamente inatacable:

"Sentado lo anterior, la capacidad económica de la sociedad para hacer frente a las retribuciones es requisito necesario para no apreciar el carácter lesivo del acuerdo. Si la sociedad no puede atender las retribuciones sin riesgo de su situación financiera y patrimonial o, simplemente, eludiendo por esta vía la participación en las ganancias de los demás socios, el acuerdo, directamente y sin necesidad de mayores razonamientos, sería anulable por su carácter lesivo para los intereses sociales en beneficio de los perceptores de la retribución.

Ahora bien, el hecho de que la sociedad, en principio, tenga capacidad económica para atender el pago de la retribución no evita por sí sólo el posible carácter lesivo del acuerdo impugnado."

En ese sentido, la STS de 5 de marzo de 2004 recuerda que la situación económica no actúa aisladamente, sino que deben tenerse en cuenta otros parámetros:

"Aunque obviamente la situación económica de la sociedad es un factor a tomar en cuenta en orden a determinar la ilicitud de la retribución, asimismo es muy importante ponderar si concurre o no la necesidad de dos administradores retribuidos y las funciones a desempeñar"

La SJM nº 16 de Madrid de 18 de julio de 2022 entiende que *"el hecho de que los propios administradores se hayan visto obligados a renunciar al cobro inmediato de una parte sustancial de esos emolumentos es la prueba más elocuente de que su percibo es incompatible con la situación económica de la empresa",* censurando no solo la parte fija de la retribución, sino la variable, para cuyo cálculo se atendía, no a la rentabilidad, sino al volumen de negocio, lo que lleva al juez a calificar el acuerdo como una "vampirización de beneficios"[352].

El comparable para medir la adecuación de la retribución lo refiere el art. 217.4 a los estándares de mercado de empresas, lo que obliga a recurrir a periciales[353] que efectúan un estudio de las retribuciones que, en empresas asimilables, se perciben por los administradores[354]. No obstante, el comparable excede a veces del concepto "empresa" para alcanzar también las actividades desarrolladas por el administrador. Es el caso de las SSAP de Barcelona, de 12 de septiembre de 2017 y 17 de abril de 2019, que en una empresa cuyo objeto se limita a la administración de un patrimonio inmobiliario, juzgan apropiado recurrir como medida de la retribución a lo que se abona en el mercado a un administrador de fincas:

> "19. No se ha discutido que el objeto social consiste, en sustancia, en la administración del patrimonio inmobiliario que ostenta la sociedad, patrimonio que se encuentra en régimen de alquiler y que a ese fin se aplican

[352] La SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 7 de diciembre de 2022 censura que la retribución *"supone más de la mitad de los beneficios de la sociedad",* lo que considera *"muy relevante en la medida en que (…) supone en su mayor parte una desviación (o prededucción) de los beneficios que obtiene la sociedad, de forma que se rompe el principio de que la distribución debe ser equitativa y corresponder a la participación efectiva en el capital".*

[353] La SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 7 de diciembre de 2022 lamentaba que *"no disponemos de información acerca de cuál es la retribución en empresas comparables porque ninguna de las partes ha aportado al proceso esa información que hubiera constituido un parámetro valioso para el enjuiciamiento de si la retribución de 95.000 euros al año que se ha señalado el administrador único, solo en concepto de ejercicio del cargo de administrador, constituye una retribución desproporcionada. Esa ausencia de información adecuada para juzgar si la retribución fijada era adecuada no pesa sobre los demandantes, como hemos adelantado en el fundamento anterior, sino que debe pesar sobre la sociedad y sobre el socio mayoritario, a la vez administrador de la sociedad y la ausencia de un esfuerzo probatorio razonable es razón suficiente para justificar la íntegra estimación de la demanda."*

[354] En el procedimiento que resolví por SJM nº 1 de Oviedo de 18 de octubre de 2017 se me presentó por la sociedad demandada una pericial que, a partir de una muestra de 463 empresas pequeñas en Asturias, concluía que la retribución anual bruta media era de 59.617 euros, siendo la impugnada de 60.000 euros.

tanto el administrador como un administrativo contratado recientemente. Por ello creemos que no es irrazonable el criterio que proponen los recurrentes para juzgar si las retribuciones fijadas son o no desproporcionadas, esto es, acudir a las retribuciones que se abonan en el mercado a los profesionales que se ocupan de una actividad similar, los administradores de fincas. Somos conscientes que el cargo de administrador de una sociedad no se limita a las funciones propias de un administrador de fincas, ya que también incluye otras obligaciones accesorias, tales como las contables y de administración de la sociedad. No obstante, ello no invalida ese criterio, sino que determina que se deba emplear con la prudencia necesaria.

20. El argumento que sostienen los impugnantes, ahora recurrentes, es que las retribuciones de un administrador de fincas están en alrededor de un 5 % de los ingresos procedentes de los inmuebles administrados, mientras que el Sr. Fidel se ha atribuido unas remuneraciones que están próximas al 20 % de los ingresos (18,96 % en 2012 y 19,44 % en 2013), esto es, son casi cuatro veces superiores.

21. Debemos compartir con los recurrentes que el porcentaje del 5 % suele reflejar en el mercado la retribución de un administrador de fincas. Ello ni siquiera ha sido cuestionado por la recurrida y se trata de un dato de conocimiento común, que no exige mayor esfuerzo probatorio. Aunque no creemos que el mismo deba fijar el límite máximo de las retribuciones del administrador, sí creemos que es un dato valioso para afirmar que un 20 % de los ingresos (alquileres) constituye un porcentaje de retribución desmesurada como retribución del administrador de la sociedad[355]."

Más discutible aún nos parece la equiparación de un administrador a un administrativo. En un caso muy similar (sociedad patrimonial familiar dedicada al arrendamiento), en la SJM nº 1 de Oviedo de 18 de octubre de 2017 afirmé que:

"Tal punto de partida no es admisible, pues supone equiparar al administrador con un mero administrativo, obviando que un administrador, máxime de un patrimonio familiar, tiene dedicación exclusiva, no goza de limitación horaria ni de treinta días de descanso vacacional y, desde luego, sus cometidos y responsabilidad distan mucho de los de un mero empleado, hasta el punto de que la actora ya le ha interpuesto una querella y ha propuesto en junta el ejercicio de una acción social. Duda este juzgador que la sociedad actora admitiera ser administradora con semejantes emolumentos."

[355] Si en las sentencias parcialmente transcritas la (des)proproción era de 4 a 1, en la SJM nº 1 de Barcelona de 3 de octubre de 2023 es de 2 a 1; se declara abusiva una retribución mensual de 300 euros porque supone un 10'7% de la renta que percibe la sociedad por su único inmueble, *"siendo un parámetros* (sic.) *habitual una cantidad no superior —salvo circunstancias excepcionales- al 5%".*

A veces el comparable no se busca fuera, sino dentro de la propia empresa. La SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 7 de diciembre de 2022 rechaza la equiparación de la retribución del administrador con el sueldo de la directora (de una residencia), porque *"hemos de suponer que incluye muchas más funciones a las correspondientes al administrador".*

En la práctica judicial los factores a ponderar para aquilatar la retribución son variados y van más allá de los tipificados en el art. 217.4. Sin ánimo exhaustivo, se atiende a la gratuidad previa del cargo[356], al auxilio de terceros[357] o a la

[356] La SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 7 de diciembre de 2022 llega a la conclusión de que la retribución está falta de proporción, por varios "indicios": *"El primero de ellos es que el cargo de administrador había venido siendo desempeñado de forma gratuita por los dos administradores (entre ellos el propio Sr. Miguel) hasta el año 2018, momento en el que se modifican los Estatutos para permitir la retribución. Ello indica, a nuestro parecer, que el cargo no exigía una especial dedicación de los administradores, pues en otro caso lo razonable es que hubieran exigido previamente el señalamiento de una retribución y no lo hicieron. No se nos ha explicado que las circunstancias hubieran cambiado de forma sustancial en cuanto a la gestión de la sociedad, más allá de que el cargo de administrador pasara a ser desempeñado por uno de los socios, razón por la que hemos de deducir que la dedicación que el ejercicio del cargo exigía no era especialmente significativa, todo ello sin perjuicio de que el administrador pudiera prestar a la sociedad otro tipo de servicios, lo que no es relevante pues la retribución cuestionada es solo por el ejercicio del cargo de administrador y la misma es compatible con la que corresponda a otros servicios laborales prestados a la sociedad."*

[357] En la SAP de Madrid, sec. 28ª, de 22 de diciembre de 2023 hacemos un esfuerzo argumentativo de los motivos que nos llevan a considerar el acuerdo un abuso de mayoría: *"Al margen de las meras alegaciones en relación con la eventual responsabilidad que podría derivarse del propio ejercicio del cargo o con respecto a la multiplicidad de supuestas actuaciones que llevarían los administradores a cabo, referentes a las firmas de contratos, aprobaciones de cuentas, etc., no puede obviarse que tales desempeños resultan en gran medida dulcificados por la constatada llevanza ordinaria de la sociedad, en el día a día, por la única empleada de la sociedad, además con el auxilio de una asesoría, lo que ya comporta un salario anual bruto de unos 60.000 euros, y 250 euros mensuales por la asesoría, lo que necesariamente viene a determinar el que se carezca de una justificación mínimamente razonable para el establecimiento de una retribución mensual a los administradores del importe acordado —4.000 euros mensuales—, cuando los mismos tampoco presentan una especial cualificación profesional, ya que ello determina el agotamiento de la práctica totalidad de los ingresos previsibles de la sociedad en perjuicio de ésta y del resto de los socios, en detrimento de su dividendo, todo ello cuando no ha existido nunca previsión estatutaria al efecto y nunca se ha cobrado retribución anteriormente por los administradores. La llevanza de la contabilidad, que es una labor que toda sociedad ha de abordar, constituye una función desarrollada materialmente por la empleada que ha testificado en juicio, por lo que los administradores únicamente tienen que desarrollar una tarea de supervisión que no se antoja compleja, teniendo en cuenta la escasa actividad desarrollada por la empresa. La preparación de las reuniones de la Junta General es un aspecto también muy puntual para el que los administradores también cuentan con el soporte de la empleada. La relación con clientes y proveedores debe considerarse escasa o insignificante, teniendo en cuenta la actividad de la sociedad. Los riesgos asumidos por los administradores tampoco constituyen un argumento de suficiente consistencia que justifique el importe de la retribución. Tales riesgos están vinculados, en términos generales, a la falta de diligencia y lo que debe retribuirse es precisamente lo contrario, la diligencia que es necesario emplear en las labores gestoras. Esta diligencia está muy vinculada al tipo de actividad a desarrollar por lo que de nuevo hemos de colegir que el esfuerzo que deben desplegar los administradores en la empresa litigiosa es muy limitado."*

dedicación que supone para el administrador[358]. Los actos propios de los impugnantes, impugnando retribuciones en un administrador que en el pasado consintieron para sí mismos o para terceros[359], tampoco resulta indiferente. Lo anterior, claro está, dependerá de que no haya un cambio en las circunstancias que justifique mudar pasividad por intolerancia. La vinculación al acto propio no es *ad perpetuam* y la STS de 19 de septiembre de 2017 así lo aclara:

> "La conformidad del demandante con que los administradores sociales hubieran cobrado diversas cantidades de la sociedad con anterioridad a la adopción del acuerdo social de modificación de los estatutos, podrá impedir que exija a los administradores la devolución de esas cantidades. Su conducta, al consentir estas retribuciones, era apta para generar fundadamente en los administradores la confianza en una coherencia futura sobre tal cuestión y, por ello, en que podían percibir la remuneración por haber sido acordada por todos los socios, incluido el hoy demandante, y en que no se les iba a reclamar la devolución de tales cantidades. Así lo ha declarado este tribunal en la sentencia 412/2013, de 18 de junio.
>
> Pero esa conducta del demandante no puede impedir que más adelante deje de estar conforme con que los administradores sigan percibiendo esas retribuciones que carecen de una previsión estatutaria válida que las sustente. Su conducta podía considerarse concluyente en generar la confianza en que no se reclamara la devolución de las retribuciones

---

[358] La SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 21 de abril de 2022 salva la retribución del administrador porque *"viene desarrollando la práctica totalidad de las tareas de gestión y administración de la sociedad desde hace varios años".*

[359] La STS de 29 de marzo de 2007 es expresiva en este sentido: *"Los hechos son reveladores de que no se ha producido perjuicio alguno para la sociedad; por el contrario, la fijación de la retribución del administrador único ha representado, pese a su indiscutible importancia, un menor gasto por este concepto, y, consecuentemente, un mayor beneficio para la mercantil respecto del alcanzado en ejercicios anteriores, siendo, por lo demás, de elevada cuantía, pues supera con creces la cifra de setecientos treinta y dos millones de pesetas anuales, después de impuestos, como indica la sentencia recurrida. Resultan significativas, además, las también elevadas retribuciones que percibían los integrantes del anterior Consejo de Administración —cuatro, siete y dieciséis millones de pesetas netos al mes, respectivamente—, cuyos cometidos asumió el administrador único desde su designación, que vio por ello incrementada su retribución mensual en unos dos millones de pesetas netos. Si aquellas retribuciones, también muy elevadas, y superiores en su conjunto a las fijadas en el acuerdo impugnado, eran lícitas, difícilmente puede negarse la misma licitud a la que, siendo inferior a la suma de aquéllas, y resultando proporcionada —dentro de la dimensión económica de las cantidades reservadas por la sociedad a las retribuciones de los integrantes de su órgano de administración— a la mayor exigencia de responsabilidad y trabajo que representaba para el administrador único ejercer las funciones y encargarse de la gestión desempeñada hasta su nombramiento por los miembros del órgano colegiado, supuso, aun dentro de su elevado importe, un beneficio económico para la entidad."*

> percibidas con su consentimiento, pero no para generar la confianza en que seguiría prestando su consentimiento indefinidamente."

En el mismo sentido, las SSAP de Barcelona, sec. 15ª, de 12 de septiembre de 2017 y 17 de abril de 2019, que valoran que, pese a que *"[l]os acuerdos impugnados no se han apartado de lo que había venido siendo tónica general durante los veinte años anteriores"*, no es *"un dato definitivo, particularmente cuando las circunstancias se han modificado de forma tan trascendente"*: *"Ahora existe una minoría que antes no existía"* y *"mientras la carga de trabajo efectivo ha disminuido de forma notable (…), la retribución se ha mantenido en parámetros similares, y ha seguido aumentado de forma progresiva."*

El alcance del control judicial también ha sido objeto de discusión. ¿Se limita a anular el acuerdo o puede fijar la retribución? La Audiencia Provincial de Barcelona, en las sentencias arriba citadas niega que entre las potestades del juez se halle fijar el importe a percibir:

> "15. Es cierto, no obstante, que esa capacidad de interferencia que puede ejercitar el juez a la hora de analizar si el acuerdo fijando la retribución del administrador era perjudicial para la minoría no puede sustituir el libre albedrío de los socios, que deriva del principio de libertad de empresa. El control judicial no debe alcanzar a determinar cuál es la retribución razonable, sustituyendo a la voluntad de la junta general, sino que se debe limitar a examinar si el acuerdo de la junta supone o no un abuso de derecho, esto es, un abuso por parte de la mayoría de su posición en la sociedad. En definitiva, se trata de un control de mínimos de razonabilidad, no de máximos."

Nos parece evidente que no compete al juez fijar el importe concreto (siquiera aproximado) de la retribución, arrogándose una competencia que solo pertenece a la junta. Extender a las retribuciones el criterio fijado por la STS de 11 de enero de 2023 para los dividendos nos parece injustificado. Tampoco compete el juez, aunque así se solicitara, incluir en el fallo una condena (que solo puede ser a la sociedad, que es quien pasivamente soporta la acción) a que los administradores reintegren las cantidades que, caso de anularse el acuerdo, deben ser objeto de devolución. Pese a ello, no es infrecuente encontrar en sentencias, tanto de juzgados como de Audiencias, condenas de este tipo. Como ejemplo, la SJM nº 1 de Bilbao de

18 de febrero de 2021, que culmina su fallo así: "(…) *debiendo reintegrarse al patrimonio social las cantidades que hubiesen sido abonadas a los consejeros al amparo de dichos acuerdos".* Este pronunciamiento es un claro error, sustantivo y procesal. Desde el punto de vista sustantivo quienes deben devolver lo percibido son los administradores, ya voluntariamente, ya conminados a ello (incluso judicialmente a través de una acción social); y, procesalmente, es inejecutable, porque, de admitirse, sería posible acabar imponiendo multas coercitivas a la sociedad por no cumplir, cuando no depende el cumplimiento de su voluntad, sino de la de terceros. Cuestión distinta es que a la acción impugnatoria se acumulara la acción social, entendiendo que existe un nexo por razón de la causa de pedir. Otro caso similar —aún peor que el anterior— puede verse en la SAP de Soria, sec. 1ª, de 26 de febrero de 2018, que incluye en su parte dispositiva el siguiente pronunciamiento: *"Imponiendo a la sociedad la obligación de exigir a los administradores la devolución de las cantidades que han percibido como consecuencia del acuerdo anulado, o en caso de que no lo hagan, que ejercite las acciones pertinentes."* La doctrina correcta podemos hallarla en la SAP de Madrid, sec. 28ª, de 8 de abril de 2022; en ella se trataba de la nulidad de un acuerdo por el cual habían sido devueltas al socio mayoritario unas aportaciones previas; y ante la pretensión de que procediera a su reintegro en el procedimiento de impugnación del acuerdo-base, el ponente aclara que *"[l]a eventual recuperación de las cantidades que, con posterioridad al acuerdo anulado, hubieran sido devueltas al socio mayoritario, amparado en la ejecución del acuerdo impugnado, sería un efecto reflejo, que no directo, de esta sentencia. Por lo tanto, debería ventilarse en el cauce procesal correspondiente contra quien, formalmente, es un tercero (…) que no ha sido parte en este litigio (dirimido entra la socia […] y la sociedad […]). Que la declaración de nulidad de los acuerdos sociales alcance al socio de la entidad demandada, aunque aquél no hubiera litigado, como así lo postula el artículo 222.3 de la LEC, no implica que este tribunal pueda emitir además pronunciamientos de condena dineraria dirigidos directamente no contra la parte aquí demandada, sino contra el patrimonio de quién no ha sido parte en el procedimiento. Porque una consecuencia de esa índole pugnaría con el derecho a la tutela judicial efectiva que postula el artículo 24 de la Constitución española."* En la STS de 11 de abril de 2023 creemos ver un apoyo a lo anterior cuando refiere de forma tangencial (allí se discutía la imagen fiel por el reflejo

contable de la retribución): *"[s]i la administradora restituyera, voluntariamente o por estimación de una acción de responsabilidad social, las retribuciones aprobadas por el acuerdo de la junta que fue anulado (…)".*

4. ACUERDOS QUE LESIONEN EL INTERÉS SOCIAL.

4.1. DEL ACUERDO LESIVO AL ACUERDO ABUSIVO.

El art. 204 declara impugnables los acuerdos que *"lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros".* La actual configuración de la tercera causa de impugnación es el resultado de sucesivos intentos de dar con la formulación más correcta.

El Anteproyecto de LSA de 1947 (art. 68) permitía la impugnación de aquellos acuerdos que *"contradigan la ley, el orden público o las buenas costumbres, se opongan a los estatutos, vulneran las bases esenciales de la sociedad, lesionen los derechos de los accionistas o violen, en beneficio de uno o varios de éstos, los intereses sociales. Asimismo serán impugnables los acuerdos en que la mayoría necesaria para adoptarlos se haya obtenido por la concurrencia de votos que no debieron emitirse en razón de un interés, propio o ajeno, que estuviese en pugna con el interés social"*

La LSA de 1951 suprimió las referencias a las bases esenciales de la sociedad y a los derechos de los accionistas y los intereses "sociales" mudaron a los intereses "de la sociedad".

GARRIGUES[360], intérprete casi auténtico de la ley, glosaba así el precepto:

> "El interés de los accionistas en que la junta general respete siempre en sus decisiones los mandatos de la ley y de los estatutos es evidente. Pero al lado de la impugnabilidad de esos acuerdos, había que colocar la de aquellos otros que lesionen los intereses sociales en beneficio de uno o varios

[360] GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE J., *Tratado de Derecho Mercantil*, II, Madrid, 1947, edit. Revista de Derecho Mercantil, p. 1005.

> accionistas, porque esos acuerdos, aunque están revestidos de ordinario con ropaje legal, en el fondo, entrañan un grave peligro para los demás accionistas. Precisamente es a través de acuerdos de esa índole donde tiene manifestación más clara el abuso y la extralimitación del poder de las mayorías. Cuando la mayoría, que debe ser intérprete del interés social, como interés superior común a todos los accionistas, toma un acuerdo que, sin violar la ley o los estatutos, pospone los intereses de la sociedad al interés egoísta de uno o varios socios, hay que permitir a los demás la impugnación del acuerdo como único medio de defender los intereses de la sociedad y los intereses propios, que van inexcusablemente unidos al interés social común.[361]"

Años más tarde[362] el propio autor dejaría bien clara cuál fue la intención del legislador de 1951. La desaparición de la mención a las "bases esenciales" contenida en el Anteproyecto la explicaba por *"encerrar una reminiscencia contractualista de la sociedad anónima que la ley española quiere evitar"*[363]. Y, en la necesidad de definir qué sea el interés de la sociedad —que reconoce *"algo tan subjetivo, vago e inconcreto"*[364]— afirma que *"la ley española no ha tenido presente un interés institucional distinto del de los accionistas y superior a éste*", de suerte que, existiendo unanimidad entre los socios, nunca podría entenderse comprometido el interés social[365]. La ley española se alejaba así de la *Unternehmen an sich* alemana[366] [367]. No

---

[361] Ya en compañía de URÍA[361] (GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J. y URÍA GONZÁLEZ, R., *Comentario*…, I, p. 634) diría que, *"recogiendo esas exigencias, nuestra ley ampara eficazmente el derecho de las minorías cuando resulte atropellado por la fuerza de los poderes mayoritarios, permitiendo la impugnación de los acuerdos en que se lesionen los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas. Si esa impugnación no fuese posible, sería irritantemente injusto el postulado de la sumisión del accionista al voto de la mayoría."*

[362] GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE J., "La Protección de las minorías…".

[363] *Op. cit.,* p. 1074.

[364] *Ib.,* p. 1076.

[365] *Ib,* p. 1079. GIRÓN TENA, J., *Derecho de…*, pp. 328 y 329, advertía, en la misma línea, de la conveniencia de evitar la "transpersonalización" en la búsqueda del interés social.

[366] GARRIGUES (*ib.,* p. 1079), negando a ASCARELLI (ASCARELLI, T., "Interesse sociale e interesse comune nel voto", Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1951, pp. 1145 y ss.), descartó que la ley española acogiera "lo que los alemanes han llamado "el interés de la empresa en sí."

[367] Como es sabido, esta doctrina tiene su origen en la obra de KLEIN, F., *Die neueren Entwicklugen in Verfassung und Recht der Aktiengesellschaft*, Manz, 1904, sucesivamente desarrollada por el que fuera ministro alemán RATHENAU, W., *Vom Aktienwesen. Eine geschäftliche Betrachtung*, Berlín, 1917, HAUSMANN, F., *Vom Aktienwesen und vom Aktienrecht, Mannheim-Berlín-Leipzig,* 1928 y NETTER, O., *Zur aktienrechtlichen Theorie des "Unternehmen an sich"*, Leizpig, 1932, a quien ESTEBAN VELASCO,

había en la mente del legislador, según su criterio, un interés social superior —y quizás distinto— al interés común de los socios: *"el interés común es la suma de los intereses particulares de los socios, pero también es cierto que para componer ese interés común el socio ha hecho dejación de una parte de su interés egoísta, sacrificándolo, en cierto modo, al interés social. El interés particular del socios en tanto será respetable en cuanto se realice a través del interés de la sociedad"*[368]. Solo cuando la mayoría deja de personificar el interés social se legitima a la minoría para impugnar, no buscando su interés particular, sino el interés social, que ha pasado a representar: "*[N]o se protege la opinión de la minoría como tal (…) sino que se protege la opinión de la minoría en cuanto ésta coincida con la ley o con los estatutos o con el interés social"*[369].

La jurisprudencia, interpretando esta causa de impugnación, vino exigiendo que a su través se tutelaran los intereses generales de la sociedad y no los particulares del accionista demandante[370]. Y aunque pudiera entenderse que se mantenía así una cuidada equidistancia entre las diversas concepciones del interés social, sin llegar a expresar su preferencia por alguna de ellas, en la sentencia de 19 de febrero de 1991 el Alto Tribunal se decanta claramente por la contractualista[371]:

G., *El poder de decisión en las sociedades anónimas, Derecho Europeo y reforma del Derecho español*, Edit. Civitas, Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1982, p. 124, atribuye el esfuerzo más serio en orden a su elaboración dogmática. Según esta teoría, puede identificarse un interés de la empresa, propio y distinto del de sus accionistas, que no son los únicos interesados en su supervivencia (también lo están "los trabajadores y los consumidores y, en general la colectividad", ESTEBAN VELASCO, G., *op. cit.* nota 50, p. 131) y deben subordinar sus intereses egoístas al superior interés de la sociedad.

[368] *Op. cit.,* p. 1077.

[369] *Op. cit.,* p. 1073.

[370] En la STS de 25 de enero de 1968 la Sala, interpretando el art. 67 LSA de 1951, sanciona que "*son los intereses generales de la sociedad los que se han de ventilar*", reprobando al accionista porque en su demanda *"no se ventilan intereses sociales, sino intereses particulares en contra de la sociedad".*

[371] En esta sentencia la Sala Primera da por probada una maniobra de vaciamiento de una sociedad, orquestada por dos socios en favor de una tercera sociedad, de la que eran propietarios. Y si bien parece comenzar con cierto matiz institucionalista *("declarando la existencia de una decisión societaria que dio pie a una lesión para la mercantil "Estudio 2.000, S. A.», al permitir dejarla huérfana de actividad comercial"),* en realidad anula el acuerdo porque*, "abusando del ejercicio del derecho de decisión"*, con el mismo se infringió *"la causa primaria del contrato societario",* que no es otra que *"el lucro individual del accionista se y (sic.) realice dentro de la sociedad anónima, y a través del interés o beneficio social".*

> "En torno a la idea o concepto del interés social existen dos teorías completamente opuestas: la institucionalista, que considera a la sociedad anónima como una "institución-corporación», en la que el interés social que allí se persigue es distinto del de sus socios, viniendo a coincidir con los intereses de los componentes de la empresa (accionistas, administradores, acreedores, trabajadores, etc.); y la teoría contractualista, consagrada en nuestra legislación, según la cual el interés social no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común el reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social".

Los intereses de la minoría solo eran susceptibles de protección en cuanto fueran coicidentes con el interés social. Y, así, la STS de 20 de febrero de 2003 rechazó la infracción del art. 67 por cuanto *"(…) la mera exposición razonada del motivo está transida de un velado temor que aflora en cada uno de los alegatos, no de perjuicios para los intereses de la sociedad, sino de los minoritarios (…), lo que legalmente no es protegible por invocación del artículo 67 (hoy 115) de la Ley".*

La STS de 29 de marzo de 2007, en esa misma línea, declaró que *"la lesión al interés social es, por lo tanto, presupuesto necesario para que proceda declarar la nulidad del acuerdo impugnado, interés éste que es trascendente al particular de los socios, aun cuando se entienda conformado por la suma de los intereses individuales de los accionistas".* El acuerdo impugnado era la fijación de una retribución al administrador único que el impugnante entendía excesiva; la Sala, considerando que aun siendo elevada era menor que el sumatorio de las percibidas por el anterior consejo, concluyó que *"supuso, aun dentro de su elevado importe, un beneficio económico para la entidad"*, de modo que *"[l]a eventual lesión del interés particular del accionista que, desplazado del órgano de administración de la sociedad —y, por tanto, sabedor desde ese momento de que iba a dejar de percibir la retribución que hasta entonces disfrutaba—, no logra obtener un inmediato rendimiento de la sociedad, al haberse aplicado los beneficios sociales a reservas voluntarias, sin reparto de dividendos, no justifica la pretensión impugnatoria del acuerdo de que se trata, pues no es dable identificar ese interés particular, susceptible de tutela a través de otros medios impugnatorios —y con distinto objeto— diferentes del aquí empleado, con el interés social, que, según se ha dicho, es trascendente al interés individual de los accionistas."*

No había, pues, lesión del interés social ni tampoco —pese a los intentos del socio recurrente de hallar un motivo hábil de casación— un ejercicio abusivo del derecho, pues *"si no hay lesión del interés social, no cabe apreciar el abuso de derecho (…) como tampoco (…) la inmoralidad o antisocialidad de un daño que no se aprecia".*

Hubo que esperar hasta la STS de 7 de diciembre de 2011 para hallar un giro en la interpretación del interés social. Esta sentencia, tras reconocer que no existe una posición uniforme sobre qué debe entenderse por "intereses de la sociedad"[372], centra su atención en la causa lucrativa que es la base del contrato de sociedad, considera lesivos del interés social no sólo los acuerdos que contrarían el interés de la sociedad, sino tan solo los intereses de la minoría:

> "Desde esta perspectiva (…) los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos (…) deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría…"

---

[372] "*33. Ahora bien, no existe una posición uniforme sobre qué debe entenderse por "intereses de la sociedad", dadas las clásicas posiciones enfrentadas entre teorías institucionalista y contractualista que sintetiza la sentencia de 19 febrero 1991 , según la que "*[e]n torno a la idea o concepto del interés social existen dos teorías completamente opuestas: la institucionalista, que considera a la Sociedad Anónima como una «institución-corporación», en la que el interés social que allí se persigue, es distinto del de sus socios, viniendo a coincidir con los intereses de los componentes de la empresa (accionistas, administradores, acreedores, trabajadores, etc.); y la teoría contractualista, consagrada en nuestra legislación, según la cual el interés social no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social", *a esa clasificación cabe añadir otras —monistas, dualistas; pluralistas, finalistas, posibilidad de discriminar en función del acto o acuerdo, etc.*

34. El artículo 127.bis del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas introducido por la Ley 26/2003, de 17 de julio —hoy 226 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, parece inclinarse por un concepto institucionalista —[l]os administradores desempeñaran su cargo como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad..." —, *sin embargo, la jurisprudencia no deja de tener en consideración criterios contractualistas —así la sentencia de 12 de julio de 1983 se refiere al interés social como "*el interés común de los socios", *y la referida sentencia 186/2006, de 7 marzo , con cita de la de 11 de noviembre de 1983 , que "éstos (los intereses de la sociedad) resulten de la suma de los de todos aquellos"—.*

35. También la recomendación 7 del Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas aprobado el 22 de mayo de 2006 por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores opta por una interpretación contractualista que pone énfasis "en el interés común de los accionistas o, si se prefiere, en el interés del accionista común" que responde mejor a las expectativas de los inversores dirigida a "la maximización, de forma sostenida, del valor económico de la empresa".

En la posterior sentencia de 17 de enero de 2012, el ponente[373] hace más amplio el razonamiento, completándolo con un histórico de los pronunciamientos de la Sala sobre el concepto de interés social:

> "60. La jurisprudencia de esta Sala no deja de tener en consideración criterios contractualistas -así la sentencia de 12 de julio de 1983 se refiere al interés social como *"el interés común de los socios"*; la 825/1998 de 18 de septiembre , reproduciendo la de 19 febrero 1991, lo hace a que, lo hace a que *"no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios , de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social"*; la 193/2000, de 4 de marzo, a que *"para que un acuerdo sea impugnable es preciso que sea lesivo para el interés social (como suma de intereses particulares de los socios); la 1086/2002, de 18 de noviembre, a que "ha de entenderse que procede considerar lesión a los intereses generales de la sociedad, entendidos como intereses comunes de todos los socios"*; la 186/2006, de 7 marzo, con cita de la de 11 de noviembre de 1983, que "*éstos (los intereses de la sociedad) resulten de la suma de los de todos aquellos"*; y la 400/2007, de 12 de abril, a que *"[e]l interés social que defiende el artículo 115.1 no es, efectivamente, el de los accionistas individualmente considerados (sentencias de 29 de noviembre de 2002 y 20 de febrero de 2003), sino el común a todos ellos (sentencias de 11 de noviembre de 1983, 19 de febrero de 1991, 30 de enero de 2001 y 29 de noviembre de 2002), el cual, a modo de cláusula general, permitirá integrar la relación contractual para resolver los conflictos en cada caso concreto"* , dando a entender que, dentro del respeto a la sociedad institución, se permite la heterointegración del pacto societario, de conformidad con lo previsto en el artículo 1258 del Código Civil, que veta comportamientos contrarios a la buena fe.
>
> 61. Por ello, la sentencia 1086/2002, de 18 de noviembre, se refiere a la *"proyección consecuente a la defensa de los participantes minoritarios"* y, la referida sentencia 873/2011, de 7 de diciembre, a que "*los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos —tanto si se califica el ejercicio del voto como abuso de derecho, como si se entiende que constituye un abuso de poder— deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría, de tal forma que, aunque el artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas , aplicable para la decisión del recurso por razones temporales —hoy 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital— silencia el "abuso de derecho" y el "abuso de poder", ello no constituye un obstáculo insuperable para la anulación de los acuerdos sociales en tales supuestos, ya que, a tenor del artículo 7 del Código Civil , son contrarios a la ley*

[373] El mismo de la sentencia de 7 de diciembre de 2011, Excmo. Sr. GIMENO-BAYÓN COBOS.

—en este sentido apuntan las sentencias de 10 de febrero de 1.992 , 1136/2008, de 10 de diciembre, y 770/2011, de 10 de noviembre—."

Más próxima en el tiempo, la sentencia de 20 de diciembre de 2017, sin dejar de confesar la cautela[374] con que se ha conducido la Sala en sus últimos pronunciamientos, no vacila en afirmar que *"el hecho de que pueda considerarse contrario al interés social un acuerdo adoptado por la mayoría del capital social muestra que el interés social no es necesariamente el interés de la mayoría del capital social."* Y, para culminar el recorrido por la jurisprudencia, la sentencia de 21 de diciembre de 2021 concluye que *"en una sociedad de capital, el interés social, aunque no se agote en el interés propio de sus socios, viene en gran medida conformado por dicho interés. No en vano, la sociedad tiene una connatural finalidad económica (lucro), que presidió su constitución y el desarrollo de su actividad, y que ordinariamente redunda en beneficio de sus socios. Lo anterior no impide que, al reconocer personalidad jurídica propia a la entidad, distinta de sus socios, y al dotarla de un objeto social y, consiguientemente, de una finalidad, pueda hablarse de un interés de la propia sociedad. Este interés social no se identifica con el de los socios, pero se nutre del interés de estos últimos, y por eso la jurisprudencia referencia el interés social al interés del conjunto de los socios."*

La doctrina ya advertía que en materia de impugnación de acuerdos sociales quiebra la ecuación de identidad entre voluntad social mayoritaria e interés social[375]. El presupuesto para que el interés de la mayoría pueda valer como interés

---

[374] Esta sentencia resuelve un recurso de casación en una sección de calificación concursal, con un conflicto entre matriz y filial concursada, de la que aquélla es socia y administradora única (conozco bien el caso, pues mía fue la sentencia de instancia). Por ello no ha de extrañar que el ponente diga que *"no parece, por tanto, que el supuesto de sociedad unipersonal en que el administrador es el socio único sea el más adecuado para delimitar conceptualmente el deber de lealtad del administrador social, entendido como deber de obrar en el mejor interés de la sociedad, evitando intervenir en situaciones de conflicto e informando al resto de administradores o a la junta general de la existencia del conflicto de intereses. Y menos aún* —completa el lamento— *para resolver la controversia entre la concepción contractualista y la institucionalista del interés social que determina el deber de lealtad del administrador social, que esta sala en sus últimas sentencias ha abordado con cautela (sentencias 873/2011, de 10 de noviembre, y 991/2011, de 17 de enero de 2012)."*

[375] ARROYO MARTÍNEZ, I., "Reflexiones en torno al interés social", Revista de Derecho Mercantil, nº 240, 2001, pp. 421 a 440. También en *Summa*, Derecho de Sociedades, Vol. III, p. 663, que es la edición manejada. La SAP de Pontevedra, sec. 1ª, de 20 noviembre de 2014 pone de manifiesto que *"el socio puede ejercitar sus derechos en la forma que estime conveniente, pero en su actuación no podrá vulnerar el interés de la sociedad ni incurrir en comportamientos abusivos. Una conducta abusiva en el ejercicio*

de la sociedad es que sea legítimo. Si no lo es, bien porque persigue un beneficio particular, bien porque pretende lesionar los intereses legítimos de otros socios, deja de constituir un interés social en cuanto se dirige a un objetivo que se aparta de la comunidad de fin del contrato de sociedad[376]. Esta idea de la comunidad de fin, no obstante, debe ser relativizada, pues los intereses de los socios pueden diferir; de hecho, los distintos perfiles de socios[377] y de sociedades[378] dificultan en el caso concreto el hallazgo de ese interés común, búsqueda que aún adquiere perfiles más complejos cuando se entrecruza el interés de grupo[379].

---

de los derechos del socio, además, supone una quiebra de la esencia del contrato de sociedad que, a la postre, impone a todos los socios un deber de lealtad o de fidelidad a la causa del contrato, tanto a los minoritarios para prevenir conductas que obstaculicen la marcha de la sociedad, como a los mayoritarios, evitando comportamientos dirigidos a perjudicar a quienes ostentan un menor peso en las decisiones de la sociedad, pues el interés social no se identifica necesariamente con el interés de una mayoría de socios."

[376] POLO SÁNCHEZ, E. "Abuso o tiranía. Dialéctica entre mayoría y minoría en la sociedad anónima", en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, T.II, edit. Civitas, Madrid, 1996, p. 2777. Precisa el autor (p. 2779) que los intereses de mayoría y de la minoría pueden ser ambos legítimos, en cuyo caso se impone el principio mayoritario; pero si uno de los intereses es ilegítimo (sin poder excluir que lo sean ambos), *"el interés de la sociedad sería el otro, con independencia de que fuera defendido por la mayoría o por la minoría".* Resultan también de utilidad las reflexiones de SENENT VIDAL, Mª. J. en "El concepto de interés social en la cooperativa", Revista de Derecho Mercantil, núm. 244, 2002, pp. 705 a 724, si bien la edición consultada se halla en *Summa,* Derecho de Sociedades, Vol. III, pp. 853 a 869, en especial 863 y ss.

[377] *Vid.* nota 361.

[378] *Vid.* MEGÍAS LÓPEZ, J., "Abuso de mayoría y de minoría en las sociedades de capital cerradas", Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 132, 2013, BIB 2014\515, p.9.; y, para la noción de interés social en cotizadas, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada", en Revista de Derecho Mercantil, núm. 246, 2006, pp. 1653 a 1726 (edición consultada en *Summa,* Derecho de Sociedades, Vol. III, pp. 871 a 931).

[379] CABANAS TREJO, R., "Cambios en el régimen de la junta general…", n. 43, explica que, *"en el ámbito de un grupo de sociedades, donde las instrucciones de la matriz pueden dañar a la sociedad filial en beneficio de aquélla o de otra filial, con socios externos minoritarios que ven mermado el valor de su participación (…) aunque materialmente el perjuicio recae en la minoría, conceptualmente se debe hablar de lesión al interés social entendido como interés común, ya que el socio mayoritario se ve compensado desde fuera merced a la integración en el grupo. Sin perjuicio de que opere la inversión de la carga de la prueba (…), la conformidad al interés social puede resultar de la previsión de una compensación adecuada como instrumento de superación del daño que las instrucciones de la dirección del grupo puedan causar a una sociedad del mismo [SAP de Barcelona (15) de 21 de junio de 2013, rec. 73/2012; STS de 12 de abril de 2007, rec. 1946/2000]. Por eso constituye un capítulo central de la dogmática de los grupos de sociedades todo lo relativo a la protección de los socios externos, llegándose a contemplar el pago de una compensación a los mismos por la reducción en el beneficio que percibiría el socio caso de no existir el grupo, o de una compensación directa a la sociedad que evite posibles reclamaciones (DE ARRIBA FERNÁNDEZ, Mª. L., Derecho de Grupos de Sociedades, Madrid, 2004, pág. 423; para ALFARO ÁGUILA-REAL, J., Interés social y derecho de suscripción preferente, Madrid, 1995, pág. 43, el deber de fidelidad del socio mayoritario no le exige abstenerse de tomar tal decisión, sólo le exige compensar a la minoría en la pérdida del valor de su participación como consecuencia de la ejecución de la estrategia de grupo)."* Efectivamente, en el marco de un grupo de sociedades, como

realidad funcional, no orgánica, confluyen diversos intereses en tensión; un interés de «grupo», que puede o no coincidir en abstracto con el de la sociedad matriz, aunque en la práctica converjan; un interés de cada una de las sociedades-isla, entendido en el más tradicional sentido institucionalista; un interés de los minoritarios de cada sociedad, apartados de las fuentes de poder, a los que no resulta indiferente hacia donde fluyen los beneficios o quién soporta los perjuicios, pues suelen carecer de participación en el resto de sociedades; y, finalmente, un interés de los acreedores, que han contratado con las particulares sociedades, bien en exclusiva atención al capital social o patrimonio de cada una de ellas, bien guiados por la apariencia de una eventual asunción de responsabilidad por la dominante. En Francia la doctrina Rozemblum, surgida en el ámbito penal con la sentencia que resuelve el caso que le da nombre, exige, para validar la actuación de la matriz y dejar a salvo su responsabilidad o la de sus administradores, la concurrencia de tres presupuestos:

a) Que las medidas dañosas se enmarquen en una política de grupo coherente común, elaborada para el conjunto del grupo [«*Pour échapper aux prévisions des articles 425 et 437 de la loi du 24 de Juillet, le concurs financier apporté par les dirigeants de fait ou de droit d'une société à une autre enteprise d'un même groupe dans lequelle ils son interessés directement ou indirectement, doit être dicté par l'intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au régard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe* (…)»].

b) Que no perjudiquen de modo exclusivo a la filial, que debe obtener una contrapartida suficiente cuando menos en el medio plazo (…*il ne doit ni être démunie de contreparties ou rompre l'equilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées*…).

c) Que las medidas no sobrepasen la capacidad económica y financiera de la filial, poniendo en peligro su supervivencia («…*ni excéder les possibilités finnacières de celles qui en supportent la charge*.»

En el Derecho italiano el Decreto legislativo de 17 de enero de 2003 introduce en el Título V (*Della società*) del Libro V del *Codice* un nuevo capítulo IX (*Direzione e coordinamento di società*) en que se contienen disposiciones relativas a la responsabilidad de la sociedad o ente *capogruppo* frente al socio único y los acreedores de la sociedad *controllata* (art. 2497), a las obligaciones de publicidad concernientes a la pertenencia a un grupo y de motivación de las decisiones sociales influenciadas por la actividad de dirección y coordinación (art. 2497 *bis* y *ter*), a la hipótesis en que viene reconocido un derecho de separación al socio de la sociedad dependiente (art. 2497 *quater*) y a la disciplina de la financiación intra grupo (art. 2497 *quinquies*). Las disposiciones del art. 2497 pueden resumirse en dos principios fundamentales:

a) El de correcta gestión societaria y empresarial;

b) El de responsabilidad en caso de violación de ese principio, frente a los socios y acreedores de la dominada, salvo cuando el daño resulta inexistente a la luz del resultado conjunto de las actividades de dirección y coordinación o bien es íntegramente eliminado como consecuencias de operaciones dirigidas a este fin.

Es lo que se ha venido en denominar *teoria dei vantaggi compensativi*, que halla reflejo legislativo no sólo en el art. 2497 citado sino también en el art. 2634, que dentro de las disposiciones penales del *Codice* en materia societaria, castiga a los administradores, directores generales y liquidadores que, teniendo un interés en conflicto con el de la sociedad y al fin de procurarse, a sí o a otros, un injusto provecho u otra ventaja adopten actos de disposición de los bienes sociales causando intencionalmente un daño patrimonial a la sociedad, disposición que se completa con la exclusión del carácter injusto del beneficio si éste se compensa para la filial con ventajas conseguidas o fundadamente previsibles derivadas de la pertenencia al grupo. Ni el legislador ni la jurisprudencia españoles son ajenos a esta sensibilidad en materia de grupos. La propuesta de Código Mercantil en sus arts. 291-10 y ss., al tiempo que reconocía a los administradores de la sociedad dominante la facultad de impartir instrucciones en interés del grupo a los administradores de la dependiente, aunque la ejecución de las mismas pueda ocasionar a éste un perjuicio, establecía una serie de líneas rojas: 1. Las instrucciones no han de ser contrarias a la ley o a los estatutos de la sociedad dependiente; 2. No han de poner en riesgo su solvencia. 3. El perjuicio para la dependiente deberá

Esta concepción amplia del interés social, comprensiva también del exclusivo interés de la minoría, ha obtenido carta de naturaleza legislativa con la reforma operada en la LSC por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, pues *"[l]a lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios".*

Esta orientación estaba patente ya en alguna sentencia, como la STS de 26 de mayo de 2005, a cuyo tenor:

> "Privar al socio minoritario sin causa acreditada alguna, de sus derechos a percibir los beneficios sociales obtenidos y proceder a su retención sistemática, ya que se declara probado que MARKESTIL, S.L. nunca ha repartido dividendos entre sus socios, se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener el amparo de los Tribunales, pues se trata de actitud impeditiva afectada de notoria ilicitud, que justifica la impugnación promovida y estimada del acuerdo de aplicación del resultado, pues todo ello significaría consagrar un imperio despótico de la mayoría, en este caso dos socios hermanos, frente a la minoría (el demandante que recurre)."

---

determinarse teniendo en cuenta el conjunto de ventajas y desventajas que tenga para la misma su pertenencia al grupo. 4. En el caso de que se cause algún perjuicio a la dependiente por actuar sus administradores siguiendo las instrucciones recibidas de la dominante, ésta deberá compensar adecuadamente a aquélla en el plazo máximo de 1 año, plazo que se contará desde la fecha de la instrucción si el perjuicio a la filial fuera objetivamente previsible. En el ámbito judicial, la recepción de la teoría de las ventajas compensatorias es muy reciente, pero se ha extendido con cierta rapidez, curiosamente en un terreno distinto de aquel que la vio nacer; si tiene su germen en el derecho societario, señaladamente en las acciones de responsabilidad de los administradores, es el campo concursal donde tiene lugar su florecimiento, abonado por la crisis vivida a partir del año 2008. Sin embargo, ha sido el caso Alphaspray, en que se ejercitaba una acción social de responsabilidad (por desviación de clientela de una filial española a una nueva sociedad en Francia), el que ha permitido que obtengamos una sentencia del Tribunal Supremo en la materia, de 11 de diciembre de 2015, en donde la Sala, pródiga en argumentos, concluye que deber de lealtad viene referido al interés de la sociedad que se administra y no al de otras, aunque pertenezcan al mismo grupo o sea la sociedad dominante, y sin que el interés de grupo pueda justificar sin más, el daño que sufra una sociedad filial y que puede repercutir negativamente tanto en sus socios externos, que ven como se reduce injustificadamente el valor de su participación en el capital social, como en sus acreedores, que pueden ver frustrada la satisfacción de sus créditos contra la sociedad por la disminución injustificada del patrimonio social.

Tanto esta sentencia como la posterior de 7 de diciembre de 2011, ante la falta de apoyo normativo en el art. 115 TRLSA y, más tarde, en el art. 204 TRLSC, se vieron obligadas a recurrir a la doctrina del abuso del derecho del art. 7.2 del Código Civil. En la actualidad, tras la reforma operada en el art. 204 por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, ya no es preciso acudir al Título Preliminar del Código Civil, pues el legislador societario nos da una definición auténtica —pero no agotadora— de lo que debemos entender por acuerdo abusivo.

El socio, en definitiva, tiene un deber de lealtad o fidelidad que se proyecta tanto hacia el interés social como hacia el resto de socios y que le obliga a votar en conformidad al fin común. Este deber de fidelidad es reconocido por nuestros tribunales; a este respecto se ha hecho común la cita de la SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 12 de septiembre de 2017, a cuyo tenor los socios *"tienen un deber de fidelidad frente a la sociedad y frente a sus consocios, deber que se impone siempre que el socio tenga la posibilidad de influir sobre los derechos ajenos sin el consentimiento de sus titulares. Por eso la jurisprudencia ha controlado las decisiones mayoritarias, en el marco de la impugnación de los acuerdos sociales, desde la perspectiva del abuso de derecho: abusa de su derecho de voto el socio mayoritario que adopta decisiones sociales con clara desconsideración de los intereses de los demás socios*[380]."

[380] Con similar reflexión, la SJM nº 1 de Palma de Mallorca de 12 de abril de 2017: *"Queda claro que cuando se hace referencia a esa necesidad razonable, la idea que subyace es el interés de la mercantil y no el particular de los socios. Y no cualquier interés, sino que la razonabilidad debe estar presente y manifestarse sin que quepan actuaciones arbitrarias; lo cual debe diferenciarse de las meramente discrecionales, aquellas que por política de conveniencia son adoptadas por los órganos sociales, en el marco de las atribuciones de gestión y modificación estatutaria que se atribuye al régimen de la mayoría. Desde este punto de vista, esa discrecionalidad vendría condicionada por la lealtad de tratar de obtener el interés común, aquel que está presente a lo largo del contrato societario que constituye una mercantil. Por el contrario, cuando el interés social queda quebrado por la obtención de una ventaja particular, opuesto al general de la sociedad, la reacción del sistema es declarar esa conducta como abusiva. Precisamente es abusivo, porque no existe una necesidad razonable que amparar, sino la defensa de un interés propio y espurio que, aprovechándose del juego de la mayoría, trata de imponer sacrificios injustificados a la minoría, quebrando sus intereses en el proyecto colectivo (…) En consecuencia, a entender de este juzgador, no se comprende la necesidad razonable de la empresa y del interés social en la adopción de tales acuerdos. La discrecionalidad empresarial, no puede ser amparo para una serie de toma de decisiones que van en contra del interés común de la sociedad, es decir no se puede aprovechar el socio mayoritario de la configuración de voto, menospreciando al minoritario para de esta manera, obviando el contrato social que rige la sociedad, es decir el interés común, e imponiendo una serie de acuerdos, pues ello delataría un comportamiento desleal de la mayoría para con la sociedad, ende con el socio minoritario."*

4.2. LOS ACUERDOS PURAMENTE LESIVOS.

Comenzando por los acuerdos lesivos en el sentido tradicional, para la apreciación de esta causa de impugnación la jurisprudencia ha venido exigiendo la concurrencia cumulativa de:

(a) Una lesión del interés social, no del interés particular del socio impugnante[381], entendida en sentido meramente potencial, sin necesidad de que dicho daño se produzca[382];

(b) El beneficio de uno o varios socios o de un tercero, aunque la utilidad la reciban a través de persona interpuesta o de forma no inmediata[383], beneficio que no ha de entenderse exclusivamente en el sentido de puro interés económico, sino comprensivo de cualquier ventaja de carácter político-social o profesional.

(c) Una relación de causalidad entre la lesión del interés social, producida por el acuerdo, y el beneficio experimentado por el socio o tercero.

---

[381] STS de 25 de enero de 1968.

[382] Aun cuando la STS de 16 de abril de 1970 declara que *"para el éxito de la acción de impugnación de los acuerdos sociales por lesionar en beneficio de uno o varios accionistas los intereses de la sociedad se requiere la justificación del resultado lesivo"*, el Alto Tribunal, desde la sentencia de 2 de julio de 1963 venía admitiendo *"la impugnación del acuerdo desde el momento en que sea tomado", "sin esperar a que la lesión se produzca"* con su ejecución. La STS de 10 de julio de 1997 afirmó que *"no es necesario que el daño o la lesión efectivamente se produzca, y tenga constancia materializada, ya que es suficiente que exista peligro potencial de que se ocasione (SS. 19 febrero 1991 que cita las de 11 mayo 1968 y 11 noviembre 1980). Ello quiere decir que no basta con que subjetivamente se sospeche que se va a causar el daño, pues es necesario que se aporten pruebas objetivas suficientes de las que pueda presumirse o deducirse, en un proceso lógico normal y con racionalidad media, que se ocasionará el resultado negativo advertido y denunciado, con la mayor carga de probabilidad, toda vez que la suposición se proyecta hacia hechos futuros, que precisan del necesario apoyo en actuales y concurrentes"*. Con menor amplitud argumental, la de 9 de octubre de 2000, según la cual *"[r]esulta evidente, como ha declarado la Jurisprudencia, que la lesión para la sociedad a que se refiere el art. 115.1 LSA no tiene que ser actual, y puede consistir en un daño potencial"*; y la 400/2007, de 12 de abril, con cita de otras muchas, que *"como la lesión de ese interés común normalmente será consecuencia de la ejecución del acuerdo, la jurisprudencia admite la anulación de éste aunque la lesión sea potencial conforme a una previsión o prognosis razonable (...) Por otro lado, al menos en ese grado de probabilidad fundada, ha de probarse la realidad, efectiva o futura, de la lesión para que la impugnación pueda alcanzar éxito (...)*."

[383] STS de 11 de mayo de 1968. Con posterioridad, las sentencias de 19 febrero de 1991 y 18 de noviembre de 2002: "*[e]l "requisito del beneficio de uno o varios socios, no hay que entenderlo exclusivamente en el sentido de puro interés económico, sino que también puede consistir en cualquier ventaja de carácter político-social o profesional".*

La lesión al interés social es una causa de impugnación autónoma, que no requiere (pero no excluye) la previa violación de un precepto legal o estatutario[384]. De hecho, es frecuente que nuestros tribunales anulen por lesivos acuerdos que (también) son contrarios a la ley o a los estatutos, quizás guiados por la causa de impugnación que haya sido expresamente invocada en la demanda. Así, no es difícil encontrar resoluciones que anulen por lesiva (y/o abusiva) una retribución excesiva del órgano de administración, aunque la misma también suponga una infracción del art. 217.4 LSC[385]. En la actualidad, común el plazo de caducidad, la cuestión carece de trascendencia.

No procedo a una enumeración de resoluciones judiciales que declaran acuerdos lesivos —o que rechazan tal consideración— porque el casuismo y la heterogeneidad de los supuestos la harían inútil para extraer de ella conclusiones de carácter general.

4.3. LOS ACUERDOS ADOPTADOS CON ABUSO DE MAYORÍA.

El art. 204.2.II, como es sabido, dispone que *"[l]a lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría."* Y, sin solución de continuidad, proporciona una definición auténtica de lo que ha de entenderse por tal:

> "Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios".

[384] STS de 2 de julio de 1963.

[385] SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 11 de julio de 2019 o SAP de Soria, sec. 1ª, de 26 de febrero de 2018.

Una aproximación literal al precepto podría llevar a concluir que lo abusivo no es el contenido del acuerdo, sino la forma de imponerlo[386]. Pero esta conclusión, con ser conforme con la letra de la norma, poco aporta, pues si la mayoría abusa de su posición para imponer un acuerdo es porque es esperable que su contenido le favorezca.

Continuando con la labor de exégesis, para que exista un abuso de mayoría se exige, de forma acumulativa, que (i) el acuerdo no responda a una necesidad razonable de la sociedad y (ii) se adopte por la mayoría en interés propio y (iii) en detrimento injustificado de los demás socios.

El carácter acumulativo de los presupuestos implica que, de faltar cualquiera de ellos, el acuerdo no será abusivo *ex* art. 204.2.II, sin perjuicio de que pueda serlo al amparo del art. 7 CC. Por ello, si el acuerdo responde a una necesidad razonable de la sociedad, el juez debe detener su examen, pues no en vano la justificación del acuerdo desde el punto de vista del interés de la sociedad convierte automáticamente en justificado el detrimento del interés de la minoría, siendo irrelevante que del acuerdo se siga entonces un beneficio de la mayoría[387]. Sin embargo, si se llegare a concluir que no existe necesidad razonable no ha de concluirse de forma indefectible que el perjuicio a la minoría existe y es injustificado, sino que deberá valorarse de forma autónoma la concurrencia de este presupuesto.

---

[386] QUIJANO GONZÁLEZ, J., "La reforma…", *op. cit.,* p. 93 pone de relieve que "*lo relevante para su impugnación no es tanto el hecho de que el acuerdo en cuestión sea materialmente abusivo por su contenido, sino que lo que le hace abusivo es la forma en que la mayoría lo impone."*

[387] GALLEGO CÓRCOLES, A., *op. cit.,* epígrafe III.3.1 defiende que al haber especificado el legislador que el detrimento sea injustificado, "*lleva a entender* sensu contrario, *que es posible que el acuerdo no obedezca a una necesidad razonable de la sociedad, se adopte por la mayoría en interés propio y cause o sea susceptible de causar un daño justificado a los demás socios."* Habría de precisar que, en este escenario, ausente el interés de la sociedad, el conflicto se presentaría entre los intereses particulares y egoístas de los socios.

4.3.1. "Necesidad razonable, interés propio y detrimento injustificado", en *abstracto*.

Los requisitos que enuncia la norma obligan a un ejercicio complejo de valoración[388]. Pero, sin duda, es el concepto de "necesidad razonable" el de más difícil aprehensión. Si solo atendemos al término *necesidad*, el primer impulso nos lleva a buscar la justificación del acuerdo en la imprescindibilidad del mismo. Pero, aunque nos quedáramos en este análisis parcial del concepto, en la vida social hay pocas decisiones que se presenten como necesarias, esto es imprescindibles, indispensables, perentorias e insustituibles por otras. Si enfrentamos el concepto de necesidad a un aumento de capital los goznes de la norma saltan de inmediato. En un escenario extremo de causa de disolución por pérdidas, un aumento de capital podría aparecerse como *necesario*, pero en realidad no lo es, pues existen otras formas alternativas, ya para lograr la supervivencia de la empresa (reducir capital, reestructurar, concursar, concertar préstamos participativos o convertir en tales los sustitutivos del capital, hacer aportaciones del art. 118 PGC), ya para dejarla morir (liquidar societaria o concursalmente); pero es una medida *razonable* —y puede que la más conveniente— para el interés de la sociedad, que es pervivir.

La ley, consciente de que no se puede situar la justificación del acuerdo en la absoluta necesidad, trata de relativizarla, adjetivándola como razonable ("objetiva" en el art. 214-11 Anteproyecto de Código Mercantil[389]). Basta con que la necesidad sea razonable para legitimar el acuerdo. Así calificada, la necesidad deja de ser sinónimo de imprescindiblidad, perentoriedad o insustituibilidad. Pero seguimos

[388] Para QUIJANO GONZÁLEZ, J., *ibídem,* p. 93, el artículo 204 combina *"tres elementos de compleja valoración en el caso concreto: el acuerdo no responde una necesidad razonable de la sociedad (lo que es bastante menos que la lesión del interés social); la mayoría lo adopta en interés propio (del socio mayoritario, cuando lo haya, sin duda; pero no todos los socios que integran la mayoría, cuando sean varios, tienen porque tener el mismo interés propio); los demás socios sufren un detrimento injustificado (es el interés de la minoría, y no el interés social, el verdaderamente lesionado)."*

[389] En la versión primera de la Propuesta de Código Mercantil (2013) se mantiene en sus propios términos la lesión al interés social como causa de impugnación. Pero a medida que la Propuesta de Código y el Proyecto de Ley de mejora del gobierno corporativo coinciden en el tiempo, el art. 214-11 pasa a incluir como abusivos *"los que, sin responer a una necesidad objetiva de la sociedad, se adopten por la mayoría en detrimento injustificado de los demás socios".*

sin saber qué significa que una necesidad sea razonable. En esta tarea la jurisprudencia previa a la Ley 31/2014 nos puede servir de guía interpretativa.

En efecto, la fisonomía del abuso del art. 204.2.II contiene rasgos comunes con la esbozada por el Tribunal Supremo en la STS de 7 de diciembre de 2011:

> "los acuerdos de la mayoría que no persigan razonablemente el interés conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos -tanto si se califica el ejercicio del voto como abuso de derecho, como si se entiende que constituye un abuso de poder- deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respecto razonable de los intereses de la minoría".

Contrastando ambas observamos que lo que convertía en abusivo para el Alto Tribunal el acuerdo es que, siendo la expresión del principio mayoritario, no respondiera razonablemente al interés conjunto de los socios, con perjuicio a los minoritarios. En tanto que lo que determina el abuso para el legislador es que el acuerdo no responda a una necesidad razonable de la sociedad. Los términos son similares, pero el significado es bien distinto: donde el Tribunal Supremo habló de "interés de la sociedad", el art. 204 ha optado por "necesidad"; y donde la Sala Primera ligó la razonabilidad a la forma en que el acuerdo se ajusta a aquel interés, el art. 204 muda el adverbio modal por un adjetivo que califica a la necesidad[390].

Intepretando literalmente ambas fórmulas, sin duda la jurisprudencial es gramaticalmente más correcta que la legal, pues para que un acuerdo sea legítimo no tiene por qué responder a una necesidad de la sociedad, sino al interés de la sociedad. *Necesidad*, según la Real Academia de la Lengua es aquello a lo que es imposible sustraerse, faltar o resistir. Calificar como *razonable* una necesidad es una incorrección lingüística y jurídica, pues la necesidad no entiende de razón. La

[390] *"[Q]uizás lo correcto sea* —afirma GALLEGO CÓRCOLES, A, *op. cit.*, epígrafe 3.2— *que el adjetivo "razonable" no califique a "necesidad", sino al "acuerdo social" tomado como "respuesta" a esa necesidad y que, por tanto, el acuerdo no se considere abusivo si "es respuesta razonable a una necesidad de la sociedad".* No podemos más que convenir con la autora, salvo en la insistencia en hablar de necesidad.

"necesidad" es un término absoluto; existe o no, sin graduaciones ni matices; y si existe, es indiferente que sea razonable o que deje de serlo. Tratando de hallar la lógica del precepto, la alusión a la "necesidad razonable" me trae a la memoria el principio de la lógica leibniciana de "razón suficiente", pues en definitiva se trata de dilucidar si el interés de la sociedad ha sido razón suficiente —que no única ni exclusiva— para la adopción del acuerdo o éste ha venido motivado por otros motivos, como la búsqueda del interés propio y el perjuicio del ajeno.

Si en la tesis doctoral de Schopenhauer la razón suficiente tiene una raíz cuádruple, el test de abusividad exige asimismo analizar cuatro elementos: *(i)* Tiene que existir un interés de la sociedad, no una necesidad[391]; *(ii)* el acuerdo debe responder razonablemente a ese interés, *(iii)* no adoptarse por la mayoría en interés propio ni *(iv)* en detrimento injustificado de los demás socios. Si no hay interés de la sociedad y sí solo un interés propio de la mayoría, el acuerdo será abusivo; si hay interés de la sociedad, pero el acuerdo no responde al mismo de forma razonable, porque busca favorecer el interés de la mayoría y perjudicar el de la minoría, el acuerdo será abusivo[392].

Si no es preciso que el acuerdo sea necesario para los intereses de la sociedad, sí ha de ser conveniente y conducente a su consecución. La conveniencia, además, en cuanto causa justificativa de su adopción, ha de ser razón *suficiente*, sustancial y

---

[391] MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., "El nuevo régimen de impugnación…", habla indistintamente de "justificación razonable" (p. 98), decisión de atesoramiento "razonablemente aconsejada por la situación económica de la sociedad" (p. 99) o, al contrario, "sin una mínima justificación económica (p. 99) o acuerdo "sin una motivación razonable fundada en el interés social (p. 101); GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M., "Los grupos de casos de acuerdos abusivos", en Boletín Mercantil Uría-Menéndez, núm. 76, 2019, disponible en https://www.uria.com/es/publicaciones/6522-los-grupos-de-casos-de-acuerdos-abusivos, última consulta 7 de abril de 2024, refiere que "*cuando se habla de "necesidad razonable" de la sociedad se está queriendo decir que para excluir el abuso no basta que el acuerdo no perjudique el patrimonio social. Es necesario algo más. Y ese algo más se sitúa en la existencia de una razón objetiva que, desde la perspectiva del interés social, justifique la adopción del acuerdo y el consiguiente sacrificio de la minoría. No es necesario que el acuerdo sea absolutamente imprescindible para la compañía. Pero sí ha de responder a una justificación objetiva que esté por encima del sacrificio de la minoría".*

[392] La SAP de Madrid, sec. 28ª, de 3 de febrero de 2023 desestima la demanda (la operación conflictiva era la venta de un activo social) porque *"no puede sostenerse que no haya un motivo razonable para la decisión adoptada en la junta, ni que la mayoría solo haya actuado movida por el único ánimo de causar detrimento injustificado a la minoría social, porque ni ello se advierte desde un punto de vista objetivo ni se ha desvelado ningún sustento sólido para concluirlo así. La mera discrepancia del criterio mayoritario no es motivo bastante para la impugnación de lo acordado en junta con arreglo al procedimiento legal."*

no cosmética[393]; si el beneficio para el interés social es mínimo o cosmético comparado con el beneficio para el interés de la mayoría y/o el menoscabo de la minoría, el acuerdo pierde su justificación. Si admitiéramos que cualquier acuerdo que convenga al interés social, aunque no fuere necesario, colma la exigencia de "necesidad razonable" y enerva el carácter abusivo del acuerdo, llegaríamos al mismo estado de cosas en que nos hallábamos con los acuerdos lesivos, en que bastaba cualquier beneficio para el interés social para destruir la causa de impugnación. La "necesidad razonable" se halla en algún punto intermedio entre la absoluta necesidad y la mera conveniencia y ese punto a nuestro juicio se encuentra en el principio causal de "razón suficiente". Si los jueces no podemos identificar la conveniencia al interés social como razón (auto)suficiente del acuerdo, esa razón debemos buscarla en otro círculo de intereses, que no pueden ser otros que los de la mayoría que impone su adopción.

Ese *interés propio* de la mayoría tiene que tener un enlace causal con la adopción del acuerdo, pues la definición de acuerdo abusivo del art. 204 exige que el acuerdo se adopte por la mayoría "en" interés propio. *Interés* no es equivalente a *beneficio*. El art. 204, en el Anteproyecto, decía cosa distinta: *"Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría para obtener un beneficio propio en detrimento injustificado de los demás socios."* Se ha cambiado la preposición (de "para" a "en"), suprimido el verbo ("obtener") y mudado "beneficio" por "interés", restando componentes finalistas y de materialidad a la fórmula. Pero, aunque asimilemos interés y beneficio, recordemos que en los acuerdos lesivos la jurisprudencia ha asimilado al beneficio económico cualquier ventaja de carácter político-social o profesional y no creo que debamos sostener en sede de abusivos una interpretación más estricta que en sede de lesivos, antes al contrario.

Es más, puede que el interés que mueva a la mayoría proceda simplemente de su deseo de perjudicar a la minoría porque entiende que en su perjuicio está su

[393] MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., "El nuevo régimen de impugnación…", p. 101, se refiere "acuerdos que (…) carecen de una utilidad *apreciable* para la sociedad" (la cursiva es nuestra).

ganancia o su disfrute[394], supuesto en que los dos requisitos (interés propio y detrimento ajeno) tenderían a confundirse[395].

La ley refiere el interés que impulsa el acuerdo a "la mayoría". Es irrelevante, a nuestro juicio, que la mayoría preexista al acuerdo o sea concomitante y circustancial. Esa mayoría puede ser o no homogénea; puede no serlo por variar el sentido de los votos en una misma junta en función del contenido de cada acuerdo[396]; y aun siendo una mayoría estable, los intereses de cada uno de los socios que la componen pueden diferir, dificultando la concreción de ese "interés propio" que impone el precepto. Esa dificultad de hallar un interés cómun cuando la mayoría es plural en su composición constituye un argumento añadido para relajar la carga probatoria del demandante en la identificación del "interés propio"[397], de suerte

[394] Con acierto apunta MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., "Los acuerdos…", p. 121, que *"en el ámbito de las sociedades cerradas con conflictos que a menudo son personales o familiares (donde hay divorcios e hijos que se alinean con uno u otro progenitor, etc.), la intención primordialmente emocional y vengativa no puede excluirse como motivación"* y no vacila en afirmar que *"es un supuesto de abuso de derecho por su intencionalidad primordial o exclusiva de perjuicio."* De esos ejemplos que da la autora estamos sobrados en la práctica judicial y constituyen una parte estadísticamente muy significativa de nuestro trabajo en materia de impugnaciones.

[395] Es el caso, a nuestro juicio, de la SAP de Madrid, sec. 28ª, de 25 de octubre de 2019, en el que acuerdo impugnado —y que la Audiencia anula— es la reducción del número de consejeros de cuatro a tres para evitar la entrada del minoritario por representación proporcional, pues *"el porcentaje de participación del demandante en el capital social sobrepasa la cuarta parte, pero no llega a la tercera".* Hay detrimento (injustificado, para la Sala) del minoritario, pero no hay más interés propio de la mayoría que liberarse de su molestia presencia. Tan es así que la Audiencia concluye que el acuerdo se impuso por la mayoría de forma abusiva porque *"a falta razones que lo justifiquen y el visto el modo en que se actuó, resulta claro que el acuerdo social (…) no tuvo otro objeto que despojar al demandante de su derecho a que el cuarto consejero (…) fuera designado a su instancia por el sistema de representación proporcional".* Ninguna referencia al interés propio, que la Sala da por sentado o entiende implícito en el perjuicio ajeno.

[396] MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., "Los acuerdos…", p. 106, n. 1, destaca que *"[n]o se exige de la mayoría y de la minoría ningún elemento de permanencia o preexistencia al acuerdo: mayoría es la que se produce como consecuencia de la aritmética de los votos respecto del acuerdo impugnado, y puede no ser la misma que la de otros acuerdos adoptados en la misma junta"*. Con ser cierto lo anterior —y útil a los efectos que nos interesan en el texto— la autora reconoce, como no podía ser de otra forma, que el contexto natural de los acuerdos abusivos son sociedades con mayorías estables e identificadas subjetivamente. Sobre la formación en sociedades cerradas de mayorías estables, *vid.* las reflexiones de ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Los problemas contractuales en las sociedades cerradas", Indret, núm. 308, 2005, disponible en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/308_es.pdf, última consulta el 10 de abril de 2024.

[397] QUIJANO GONZÁLEZ, J., *ibídem*, p. 93, advierte que el interés propio puede ser el del socio mayoritario, cuando lo haya, pero en otro caso, *"no todos los socios que integren la mayoría, cuando sean varios, tienen por qué tener el mismo interés propio".* ALONSO LEDESMA, C., *op. cit.,* RB-11.1, insiste en esa misma idea: *"tampoco será fácil establecer en todos los casos que existe un "interés propio de la mayoría" habida cuenta de que no siempre la mayoría (salvo que exista un socio de control) tiene*

que, descartada la presencia de una "necesidad razonable" de la sociedad y presente el detrimento injustificado de la minoría, el interés propio de la mayoría acabará siendo objeto de presunción[398].

La búsqueda del interés propio generalmente llevará implícito el detrimento del interés ajeno. A nuestro entender basta la mera intención, no siendo preciso que el acuerdo efectivamente cristalice en provecho del bloque mayoritario y correlativo perjuicio del disidente.

4.3.2. La abusividad en concreto: el aumento de capital dilutorio.

Un examen abstracto o en *estático* de los requisitos del art. 204.2.II, con ser necesario, es insuficiente. O al menos lo es a la vista de las resoluciones judiciales que se van dictando en su aplicación. Por eso creo que es preferible recurrir a casos reales para ver las dificultades con que nos estamos encontrando los jueces a la hora de valorar si un determinado acuerdo es abusivo.

Este ejercicio de aproximación a la norma *en movimiento* no puede acometerse a través de un repaso casuístico, pues la diversidad de los hechos dificulta, si no impide, obtener por deducción conclusiones de carácter general, que es el propósito que nos proponemos. Resulta preferible, por tanto, acudir asupuestos paradigmáticos de acuerdos abusivos, entre los cuales el propio Informe de Expertos cita del atesoramiento indebido de beneficios y los aumentos de capital con ánimo dilutorio. Como la negativa al reparto de dividendos hemos preferido

---

un interés homogéneo del que pueda afirmarse que es perseguido con intención de perjudicar a la minoría."

[398] MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., "El nuevo régimen de impugnación…", p. 101 defiende, en este sentido, que *"[n]o es necesario, para el reconocimiento de un supuesto abuso en detrimento de la minoría, la presencia de un concreto beneficio de la mayoría, a no ser que se dé a esta expresión un sentido poco riguroso y escasamente operativo"*, estimando preferible (n. 82) la redacción contenida en la enmienda núm. 70 del Grupo Socialista en el Congreso, que prescindía de enunciar el "interés propio" en la definición de acuerdo abusivo. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Cuando acaba la sequía: la obligación de repartir dividendos", en Revista de Derecho de Sociedades, núm. 70, enero-abril de 2020, consultada en Proview®, RR-1.11 sostiene que los requisitos ("necesidad razonable", "interés propio" y "detrimento injustificado") son, en realidad, dos: *"El primero actúa, simplemente, como indicio de la abusividad (…) El segundo y el tercero no son sino una forma positiva y negativa de referirse a que el acuerdo (…) impacta de forma diferente sobre el mayoritario y el minoritario".*

situarla dentro del capítulo VI, en cuanto manifestación de un acuerdo "negativo" o desestimatorio[399], he estimado preferible recurrir al aumento de capital como instrumento para reflejar las dudas interpretativas que presenta el precepto y tratar de ir superándolas.

El aumento de capital, siendo una medida razonable en abstracto, puede no serlo en el caso concreto, ya por su carácter innecesario[400], la modalidad de aumento

[399] Sin perjuicio de que no ignoremos que puede reputarse abusivo el acuerdo "positivo" de reparto del 25% con ánimo de bloqueo del derecho de separación *ex* art. 348 *bis*. Así podría ser si, pudiendo repartir más, la sociedad reparte el mínimo que le "exige" el art. 348 *bis* para frustrar el derecho de separación. La SAP de Valencia, sec. 9ª, de 26 de enero de 2021, rechaza que el reparto de un tercio, que el actor reputaba abusivo por ir dirigido a impedir su derecho de separación, lo fuera: *"[L]a Sala considera que la cantidad de beneficios destinada a su reparto entre los socios no puede ser considerada ni nula ni irrisoria a los efectos de apreciar abusividad de la mayoría. En primer lugar, porque se acordó un reparto como dividendos de un tercio de los beneficios obtenidos. Ello supone un porcentaje que garantiza, con creces, el derecho de la minoría sin que ello suponga impedir el libre desarrollo de la voluntad societaria a través de la mayoría de la participación societaria y en el que no se puede interferir judicialmente. Mucho más en un caso de sociedad anónima en la que el régimen de transmisión de las acciones es libre. En segundo lugar, si bien es cierto que el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital no es una norma que imponga a las sociedades qué porcentaje de beneficios deben ser repartidos como dividendos sino que es una norma que regula cuándo se va a poder ejercitar el derecho de separación, también lo es que su parámetro sí que puede ser valorado como un criterio legal interpretativo para abordar la cuestión de cuándo el reparto de beneficios es irrisorio a los efectos de valorar si el acuerdo es adoptado por abuso de la mayoría. Así las cosas y desde esta perspectiva hermenéutica (realizada también por el juzgador en la instancia), se llega, de nuevo, a la conclusión de que el porcentaje acordado de reparto de dividendos no es irrisorio y, por ello, que el acuerdo no se adoptó con abuso de mayoría. En tercer lugar, la propia parte apelante reconoce que esta forma de repartir los beneficios venía siendo la habitual en la sociedad en los ejercicios anteriores."*

No obstante, no hemos de perder de vista, como señala con agudeza GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M., "El problema de la insuficiencia de los dividendos", publicado en Almacén de Derecho el 28 de febrero de 2023, https://almacendederecho.org/el-problema-de-la-insuficiencia-de-los-dividendos, última consulta de 29 de abril de 2024, que *"un reparto por encima del umbral no es por sí solo garantía de que el acuerdo no se considerará abusivo, del mismo modo que un reparto por debajo de ese umbral tampoco garantiza que el acuerdo será considerado abusivo. Volvemos siempre al mismo lugar: habrá que prestar atención a las circunstancias concurrentes."*

[400] En la SAP de Vizcaya, sec. 4ª, de 17 de marzo de 2023 la Sala concluye el carácter abusivo del aumento, atendidas (i) las magnitudes económicas de las cuentas anuales, (ii) el reparto de 700.000 mil euros en el último ejercicio, (iii) el levísimo incremento de la cifra de capital (de 60.000 a 180.000 euros) y (iv) que los fondos propios en los últimos cinco ejercicios superaron los 4 millones de euros, lo que le lleva a afirmar que *"nada significativo reporta al interés social".*

elegida (dineraria o no, mixta, con prima o sin ella)[401], ya por su cuantía[402], la incidencia en el porcentaje de capital del minoritario[403] o por el tiempo de su adopción; o, incluso, por la existencia de otra medida alternativa[404] igualmente

[401] GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M., "Los grupos de casos de acuerdos abusivos", *op. cit.,* advierte que *"[n]o será suficiente, para ello, con argumentar que todo acuerdo de ampliación de capital es por definición beneficioso para la sociedad. Habrá de acreditarse (por la sociedad) que ese concreto acuerdo y, en particular la modalidad elegida, está objetivamente justificado en razones concretas vinculadas al mejor desarrollo de la actividad social."*

[402] La cuantía del aumento puede ser un indicio del carácter abusivo del acuerdo, ya por exceso (por encima de la cuantía razonable el aumento puede encerrar un fin dilutorio), ya por defecto (un aumento a todas luces insuficiente para satisfacer las necesidades de la sociedad puede ser abusivo porque se logre la convicción judicial de que su finalidad no fue superar una causa de disolución o la insolvencia —pues no se han removido— sino diluir al minoritario). La SJM nº 3 de Valencia de 20 de septiembre de 2021 considera abusivo el acuerdo de ampliación porque *"los términos económicos en que se pretendía realizar (…) en ningún caso permitirían remover la patológica situación financiera en la que se encontraba la sociedad".*

[403] Por ya tener el socio impugnante menos del 5% del capital antes del aumento, la SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 16 de noviembre de 2018 considera que *"el riesgo de dilución (…) no es trascendente".* En la SJM nº 3 de Valencia de 21 de septiembre de 2022, aunque el juez reconoce que la actora bajó su participación, como consecuencia del aumento, del 2'44% al 0'56%, *"hasta ubicarse (…) en una posición de pérdida de los mecanismos impugnatorios normalmente previstos en el art. 206 LSC",* considera irrelevante ese dato porque no ha mediado una situación de abuso de la mayoría social.

[404] Más complejo es el caso en que haya alternativas y todas ellas razonables. A este respecto creo oportuno reproducir las atinadas reflexiones de GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M., "Los grupos de casos de acuerdos abusivos", *op. cit.: "En este punto no es descartable que se llegue a plantear si puede reclamarse la justificación de que, entre las distintas alternativas posibles para satisfacer la "necesidad razonable" de la compañía, se ha optado por la que exige un menor sacrificio a la minoría. Se impone sin embargo la cautela, porque no parece fácil establecer como requisito para entender que hay "necesidad razonable" que la opción elegida sea imperativamente la menos onerosa para la minoría. La Ley habla sólo de "necesidad razonable", expresión que no puede entenderse directamente equivalente a "la alternativa menos gravosa para la minoría" de entre todas las posibles. El impacto del acuerdo en la esfera de la minoría será un factor a considerar, pero no el único. Más bien parece que el análisis deberá situarse en un equilibrado punto medio que valore la razonabilidad del acuerdo y, en ese mismo registro, sus consecuencias para los minoritarios. En particular, habrá de actuarse con mucho cuidado de no invadir la esfera de decisión que, por la regla de la protección de la discrecionalidad empresarial, corresponde a la propia compañía."*

En mi opinión, si la opción elegida por la sociedad es razonable —en el sentido expresado en el texto —y también lo es la defendida por la minoría como contrafactual, el principio mayoritario debe imponerse. El problema es cuando, siendo en principio ambas razonables, lo es mucho más la postulada por la minoría y, al tiempo, menos lesiva para sus intereses; en ese caso, si la prueba que se practique en el procedimiento revela, sin lugar a dudas, que la alternativa de la minoría es mucho más favorable al interés social (y no le causa detrimento o el causado es menor), habrá que presumir que el interés que mueve a la mayoría no es el de la sociedad (pues de ser así acogería la opción que a ésta más conviene) sino el de perjudicar a la minoría. A veces, empero, no es preciso recurrir a la presunción, porque la prueba hace evidentes el beneficio propio y el menoscabo ajeno; es el caso de la SJPI nº 7 de Vitoria de 14 de junio de 2021, en que los socios mayoritarios optan, en perjuicio del socio minoritario (pero con mayor potencia económica) y de la propia sociedad y en beneficio propio (el miedo a diluirse ellos) por una emisión de obligaciones en lugar de un aumento de capital, que la juez califica como *"la opción económica y financieramente más lógica y positiva para la sociedad"*

razonable (o más razonable) — en el sentido de idónea para conseguir el fin pretendido— pero menos perjudicial para el interés de la minoría. En este sentido, la SAP de La Coruña, sec. 4ª, de 15 de diciembre de 2021 aporta ejemplos de aumentos que reputa abusivos:

> "[U]n incremento del capital social desproporcionado a las necesidades de la sociedad, cuando se emitan acciones o participaciones sociales a un valor manifiestamente inferior al real, se efectúe en momentos en los cuales los socios minoritarios no puedan o no les resulte atractivo ejercitar el derecho de suscripción preferente entregando fondos propios para la gestión de la mayoría, se lleve a cabo con infracción del derecho de información, o cuando la mayoría acuda a la ampliación por medio de una asistencia financiera de la propia sociedad."

Sin necesidad de recurrir a ejemplos, la SAP de Madrid de 23 de noviembre de 2012 sanciona con nulidad, por abusivo (art. 7 CC) un aumento de capital en que tanto la modalidad (compensación de créditos cuando solo la mayoría los titulaba y en el pasado se hicieron mixtas), como la falta de necesidad (ya se había superado la causa de disolución con otras medidas y la empresa había alcanzado los ratios del sector) y el tiempo de su adopción (seguidamente a la remoción de la causa disolutoria y en tiempo muy próximo a la fecha en que se hicieron los préstamos) revelaban que se había elegido la opción "más agresiva" entre las posibles con el único propósito de dañar los intereses de la minoría.

Aunque la realidad nos ofrezca casos muy extremos como este, en la operación de aumento de capital y su eventual catalogación como acuerdo abusivo arrastramos el lastre de una jurisprudencia muy renuente a concebir que un acuerdo de tal naturaleza pueda ser lesivo (o no conveniente) para el interés social.

En la STS de 17 de marzo de 1994 se analizaba la legalidad (tanto por infracción del art. 115 TRLSA como del art. 7 CC) de un acuerdo de aumento de 10'5 millones de pesetas. Y la Sala, aun admitiendo que *"existían sin repartir las siguientes reservas voluntarias: De ejercicios anteriores a 1989, 7.238.208 pesetas, y del ejercicio 1989, 4.944.471 pesetas ascendiendo las reservas a un total de 12.182.679 pesetas que quedaron sin repartir"*, señala que *"también es cierto que se aprobó que dicha ampliación se llevase a cabo mediante la emisión de 10.500 acciones por su valor*

nominal de 1.000 pesetas cada una, sin prima y mediante aportaciones en dinero, teniendo las nuevas acciones los mismos derechos que las existentes con anterioridad, al participar de los resultados de la sociedad desde 1 de agosto de 1990, sin que existiese aprobación de los ejercicios de 1985 a 1988", y el posible daño queda protegido mediante la *"llamada preferente a los antiguos titulares para la suscripción proporcionada de las nuevas acciones y, en su caso, con la posibilidad de venta de derechos percibiendo en el precio la adecuada compensación".*

Esto es, el aumento se puede colegir sin dificultad que no era necesario (la sociedad tenía más reservas que la cuantía del aumento) ni consta que obedeciera al propósito de la adquisición de activos o de empreder una expansión. No había necesidad ni tampoco "necesidad razonable" en los términos del actual art. 204.

Más preocupante es la STS de 4 de marzo de 2000. En el caso allí enjuiciado, los minoritarios —que aglutinaban el 40% del capital social— aducían, según refiere la Sala, que la ampliación de capital no obedecía a justa causa ni se realizaba en beneficio de la sociedad, sino única y exclusivamente en su perjuicio. El Alto Tribunal, tras recordar que la impugnación de acuerdos sociales puede tener lugar por contrariarse la ley, oponerse a los estatutos, o lesionar, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad, reconoce no ver la lesión que se produce o puede producir a la sociedad con el aumento. Lo inquietante es el razonamiento:

> "Con independencia de si era o no oportuna la ampliación de capital, para que un acuerdo sea impugnable es preciso que sea lesivo para el interés social (como suma de intereses particulares de los socios, Ss. 5 julio 1986 y 19 febrero 1991); la existencia de un beneficio para uno o varios accionistas o un tercero; y un nexo causal entre la lesión y el beneficio (S. 18 septiembre 1998), y en el caso de autos no se ha probado la concurrencia de estos presupuestos, sin que baste la mera alegación (S. 5 julio 1986, y las que cita), ni puedan servir de fundamento los eventuales perjuicios que puedan derivarse para los accionistas minoritarios, cuando además tuvieron la posibilidad de evitarlos suscribiendo las nuevas acciones, consiguientes a la ampliación de capital, que les fueron ofrecidas, incluso prorrogando el plazo para facilitarles el ejercicio de tal derecho."

Si aceptamos que es irrelevante que el aumento sea o no oportuno y que en un aumento dinerario el perjuicio del minoritario siempre es evitable a través del ejercicio del derecho de suscripción preferente, y trasladamos ambas ideas al campo de los acuerdos abusivos, es fácil concluir, ya de partida, que ningún aumento dinerario podrá ser catalogado como tal. Y algo similar acontecería con los acuerdos no dinerarios, pues bastaría con que el acuerdo conviniera al interés social, aunque no fuera necesario en absoluto.

La SAP de Valencia, sec. 9ª, de 21 de febrero de 2011 resuelve el recurso de apelación interpuesto por los minoritarios de una sociedad que defendían que el acuerdo de aumento era nulo por fraude de ley y/o oneroso (quizás se quería decir abusivo, pues se hacía invocación de los arts. 6 y 7 CC) y, por ende, lesivo para la sociedad y para los demandantes, pues —se decía— no era necesario para la sociedad y solo buscaba la dilución. La Audiencia, sin excesivos miramientos, califica las alegaciones de los recurrentes como "meras especulaciones (…) sin más justificación que su propia apreciación subjetiva", para acabar afirmando, con copiosa cita de la STS de 4 de marzo de 2000, que (i) *"una decisión social en orden a realizar un aumento del capital social responde a criterios económicos y/o financieros propios de la estrategia empresarial de toda sociedad mercantil"* y (ii) "*[a] la luz de la doctrina jurisprudencial expuesta no cabe sino desestimar el presente motivo del recurso de apelación, por cuanto la posibilidad de concurrir o no a la ampliación del capital por parte de los socios minoritarios, y en su caso el resultado de una eventual dilución de su porcentaje de participación en la sociedad, no puede obtener la calificación de acuerdo que lesione los intereses de la sociedad en beneficio de otras personas en los términos a que se refiere el artículo 115 LSA".*

Ignoramos —pues la sentencia no lo detalla— la modalidad del aumento, aunque es de presumir que lo fuera dinerario por la cita de la sentencia de 4 de marzo de 2000. En todo caso, lo que sí reconoce la Audiencia es que los minoritarios expusieron *"las razones por las que, a su juicio, no había razones económicas y/o financieras para acudir a la ampliación del capital social"* y, sin embargo, se escuda en la absoluta discrecionalidad de la sociedad (que es tanto como decir de la mayoría) para definir su estrategia empresarial, esto es, si aumenta o no, cuándo, cómo y en qué cuantía.

Podríamos rebajar nuestra preocupación por ser esta última sentencia previa a la reforma de 2014, pero es que la sentencia de 4 de marzo de 2000 extiende sus garras más allá de esa fecha. Así, la SJM nº 1 de San Sebastián de 23 de noviembre de 2017 —que la incluye entre sus citas— al examinar la concurrencia del requisito de "necesidad razonable", concluye que *"[s]olo si realmente hubiera quedado patente que no mediaba otro interés que justificase la adopción del acuerdo de ampliación de capital de la entidad que el de perjudicar a la parte demandante (y las circunstancias que así lo evidenciasen debería acreditarlas la parte actora, en tanto que son hechos constitutivos de su pretensión —artículo 217.2 de la LEC), podrían oponerse reparos a la decisión de la junta general de socios, que es soberana para adoptar el acuerdo de ampliación de capital cuando lo estime preciso y que no tiene otro límite que el respeto a la ley, a los estatutos y no sacrificar el interés social en beneficio de tercero."* La afirmación, en términos tan absolutos, nos parece discutible, pues como razonamos *supra*, puede enmascararse el interés propio de la mayoría —que es el prevalente y causa inmediata del acuerdo— con un interés social concurrente, pero de acusada accesoriedad.

Si fuera una resolución aislada no haríamos pública nuestra preocupación. El problema es que ese párrafo se arrastra de una SAP de Madrid, sec. 28ª, de 1 de julio de 2011[405], cuando ni siquiera estaba en el horizonte prelegislativo la formulación de los acuerdos abusivos y los jueces nos movíamos entre la lesividad y el abuso del art. 7 CC. Y tal es el éxito que ha tenido, que el mismo extracto aparece en otras resoluciones, antes y después de la reforma: tres de la propia sección 28ª de Madrid (ss. 27 enero de 2012, 6 de febrero de 2015 y 12 de mayo de 2017, todas del mismo ponente), SAP de Valladolid, sec. 3ª, de 4 de noviembre de 2014, otra previa del mismo Juzgado Mercantil de San Sebastián (12 de marzo de 2015), SJM nº 4 de

[405] Que a su vez tiene su origen en otra sentencia previa del mismo ponente de 23 de enero de 2009, en que se decía algo similar, pero distinto: *"Sólo si realmente hubiera quedado patente en autos que no mediaba causa real y lícita, que justificase la adopción del acuerdo de ampliación de capital de la entidad, y no se apuntase otro interés en ella que perjudicar a la demandante, podría haberse opuesto reparos a la decisión de la junta general de socios, que es soberana para adoptar el acuerdo de ampliación de capital cuando lo estime preciso y que no tiene otro límite que el respeto a la ley, a los estatutos y no sacrificar el interés social en beneficio de tercero."* Esta frase se incorpora —con la oportuna cita— por la SAP de Cádiz, sec. 5ª, de 14 de julio de 2010 y por la SAP de Valencia, sec. 9ª, de 22 de diciembre de 2010.

Barcelona de 18 de abril de 2018 y SJM nº 1 de Pamplona de 29 de marzo de 2019. Con el efecto multiplicador que supone la pluralidad de fuentes de las que copiar, no sería de extrañar que la cifra siguiera creciendo.

Juzgamos preferible la fórmula que el juez enuncia en el mismo párrafo:

> "Si la ampliación tiener causa objetiva y lícita que la justifique no podrá aducirse como motivo para anular el correspodiente acuerdo que éste no tuviera otra finalidad que perjudicar a un determinado socio, aguando su participación[406]."

Dejando de lado que calificar como lícita la ampliación nada aporta, pues de no serlo sería otro el motivo de impugnación, se percibe un avance, al hablarse ya de una causa *objetiva* (como en el Anteproyecto de Código Mercantil) de justificación.

Esta alusión a la existencia de una justificación suficiente del aumento la podemos hallar en diversas resoluciones, previas y posteriores a 2014.

La SAP de Madrid, sec. 28ª, de 12 de marzo de 2012 aporta una serie de consideraciones que, aun emitidas bajo el imperio de la vieja norma, son de utilidad para interpretar el actual art. 204. Impugnado el acuerdo de aumento por lesivo y, subsidiariamente abusivo (art. 7 CC), la Audiencia, ante el argumento del socio impugnante de que el aumento no se encontraba justificado en función de las *ratios* de solvencia de la sociedad, responde:

> "si bien pudiera constituir teóricamente uno de los presupuestos en los que poder fundar un juicio de abusividad en el ejercicio del propio derecho, cuestión que examinaremos más adelante, es muy diferente que afirmar que el acuerdo es lesivo: sea o no necesario o simplemente conveniente para garantizar la buena marcha de la sociedad, es decir, cuente o no con suficiente respaldo o justificación desde el punto de vista empresarial, un acuerdo cuya ejecución comporta la aportación a la sociedad de recursos propios con los

[406] Véase que donde la SAP de Madrid de 23 de enero de 2009 (nota precedente) hablaba de "causa real y lícita", el juez cambia "real" por "objetiva". Aunque no hay sinonimia, el resultado práctico es, a mi criterio, el mismo. El aumento tiene que obeceder a una causa objetiva (desde el punto de vista del interés de la sociedad) y no subjetiva (de la mayoría y en su propio interés).

que antes no contaba difícilmente puede considerarse objetivamente contrario a los intereses de aquella."

Para después añadir:

"el alegato de los demandantes relativo a la ausencia de interés para la sociedad -o lo que es igual, la falta o insuficiencia de justificación- en llevar a cabo la operación de aumento por no resultar esta precisa para asegurar la buena marcha de la entidad mercantil, podría tener en el ámbito del abuso del derecho una significación de la que, sin embargo, carece en relación con la causa de impugnación examinada en el precedente ordinal, y ello en la medida en que esa teórica falta de justificación pudiera constituir el basamento indiciario de un juicio relativo a la presencia en el sector mayoritario de la sociedad de intenciones exclusivamente lesivas dirigidas a perjudicar a los integrantes del sector minoritario, quienes, debido precisamente a cuanto se ha razonado en el precedente ordinal, carecerían de una específica prerrogativa jurídica para oponerse a la operación de aumento".

Y tras esos razonamientos, rechaza también el abuso porque:

"[e]n el expresado contexto de crisis económica general, que ya se había concretado en síntomas preocupantes para la cuenta de resultados de la sociedad, no puede sin más descartarse de manera rotunda que, pese a que la mercantil demandada contase con una importante cantidad de reservas voluntarias y un balance saneado, el deseo de la mayoría de dotar de mayor solidez a sus recursos constituyese un propósito serio, sin que quepa excluir la presencia de ese propósito por el mero hecho de que existan otras alternativas al aumento (se han sugerido la utilización con el mismo fin de las reservas ya existentes o la venta del inmueble en el que la sociedad ejerce su actividad) que en modo alguno podrían contribuir a dotar a la sociedad de esa ansiada mayor seguridad ante el riesgo de advenimiento de una coyuntura económica adversa (…) En suma, pues, para que pueda excluirse la naturaleza abusiva o lesiva de la intención que guía a la mayoría en una operación de aumento de capital no puede exigirse que dicha operación se presente como una iniciativa apremiante e indispensable para satisfacer acuciantes e inaplazables necesidades de tesorería, bastando, en cambio, con que se trate, mucho más modestamente, de una opción simplemente legítima que satisfaga, ante una evolución de los negocios que se presenta como meramente insegura, la aspiración de esa mayoría de blindar a la sociedad frente a contingencias que, aunque imprevistas, no resultan en absoluto inverosímiles, especialmente en presencia de una situación económica generalizadamente adversa."

Por último, aborda la Sala la posible incidencia que tendría la posible incapacidad del disidente para afrontar el aumento y el conocimiento de esa contingencia por la mayoría:

> "En relación con lo que acaba de apuntarse, el alegato que en la demanda (pags. 10 y 11) se utilizó para fundar el carácter abusivo del acuerdo fue el de que el administrador y socio mayoritario de la mercantil era conocedor de que los demandantes carecían de los 426.000 € que precisarían para acudir a la ampliación. Pues bien, pese a que se trata de un tipo de circunstancia que resultaría por entero irrelevante a la hora de juzgar sobre la eventual concurrencia de la causa de impugnación prevista en el Art. 115-1 *"in fine" L.S.A*. (al no incidir en ningún sentido sobre el carácter lesivo del acuerdo para el interés de la sociedad), sin embargo no podemos descartar "a priori", dada la mayor amplitud de la noción genérica del abuso del derecho como argumento capaz de determinar la ineficacia de un acuerdo societario con base en consideraciones éticas de carácter general, que la objetiva incapacidad de uno o varios socios para afrontar una aumento de capital podría constituir un elemento a tomar en consideración, en unión del conjunto de las demás circunstancias (singularmente, la intención inmoral de la mayoría y la falta de necesidad objetiva del aumento), para ponderar la presencia de abusividad. Ahora bien, afirmada esa incapacidad económica en la demanda, lo cierto es que el dato como tal no resultó incontrovertido ya que la demandada no solo negó la realidad del mismo, sino que aseguró que los actores disponían de liquidez suficiente para haber acudido al aumento al haber percibido recientemente por la venta de otra empresa la cantidad de 3.000.000 €. Realmente, este último dato quedó por completo huérfano de prueba en el proceso, pero no es menos cierto que en la misma situación de orfandad quedó el dato esgrimido por los demandantes: su carencia de medios para afrontar el aumento."

Esta idea de justificación, más que de necesidad, se repite en la SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 8 de junio de 2022:

> "Que el acuerdo no causa daño al patrimonio social es evidente, e incluso que la beneficia en la medida que se refuerzan los fondos propios (disminución del pasivo exigible e incremento del capital), pero en todo caso se considerará abusivo si genera un perjuicio al socio minoritario en beneficio de la mayoría y sin venir exigido por una justificación razonable de la sociedad. Estos tres parámetros cumulativos (que el acuerdo responda a una necesidad razonable, que se adopte por la mayoría en su interés y que se haga en detrimento injustificado de la minoría) deberán ser analizados para concluir si la operación de capitalización es respetuosa o no con el interés social."

En este caso el aumento era mixto, por compensación de créditos para los socios mayoritarios y dinerario para el minoritario (que no tenía crédito a compensar). La Audiencia valora positivamente que el discrepante tenga la posibilidad de acudir al aumento, siéndole indiferente que disponga de la capacidad económica para ello (y que esa circunstancia pueda ser, no solo conocida de la mayoría, sino la causa real del aumento):

> "(…) Debemos de partir del hecho de que al actor y socio minoritario se le ha reconocido el derecho a concurrir a la ampliación de capital, por lo que no se le somete a ningún tipo de situación injustificadamente perjudicial puesto que, a pesar de no tener ningún crédito frente a la sociedad, puede acudir al aumento de capital mediante la aportación dineraria.
>
> **18.** Nos encontramos con un acuerdo de ampliación de capital por compensación de créditos debidamente justificado por los administradores en cuanto a su necesidad y razonabilidad, en el que concurren todos los presupuestos legales para ello y respetándose las formalidades exigidas en la LSC, por lo que la sociedad es soberana para adoptar este acuerdo y los socios acreedores tienen derecho a recuperar sus créditos. El hecho de que el socio minoritario no pueda o no quiera acudir a la ampliación de capital, habiéndosele concedido esta posibilidad no puede justificar la existencia de una situación de abuso o de infracción del interés social.
>
> (…)
>
> **20.** En el caso que nos ocupa se respeta ese derecho de suscripción preferente del socio no acreedor permitiéndole acudir a la ampliación y mantener su participación en la sociedad, por lo que la operación no puede resultar perjudicial para aquel socio que puede participar en la misma. Cuestión distinta es que en el momento de la ampliación no le vaya bien llevar a cabo esa aportación dineraria, pero ello no puede ser obstáculo para la adopción del acuerdo, puesto que de ser así se le concedería al socio minoritario un derecho de veto en perjuicio de los derechos de los socios acreedores y del interés de la sociedad en mejorar su situación financiera."

Empero, la Audiencia, consciente de la trascendencia de este último aserto, que podría, de generalizarse, vaciar de contenido la causa de impugnación que analizamos, se presta a matizar:

> **"21.** Con ello no queremos decir que una ampliación de capital por compensación de créditos no pueda ser nula por infracción del interés social,

por abuso de la mayoría, aun en el caso de que se conceda el derecho de suscripción al socio no acreedor. En atención a las circunstancias del caso podría entenderse que la operación carece de justificación alguna y el único objetivo es diluir la participación del socio minoritario. Deberemos tener en cuenta la razonabilidad de la operación, el interés social y la naturaleza de los créditos.

22. En cuanto a la justificación del aumento de capital lo encontramos en el informe de los administradores donde se indica que en aras al crecimiento de la empresa y a la diversificación se considera necesario que la sociedad venga obteniendo diferentes vías de financiación y se precisa que "*la sociedad ha alcanzado un acuerdo de capitalización con los administradores de la sociedad, en la medida en que le permite el saneamiento de su situación financiera y le otorga una mayor liquidez para afrontar y desarrollar próximos proyectos. En atención a cuanto antecede y, conforme lo establecido en el art. 301.2 de la Ley de Sociedades de Capital, los dos administradores solidarios informan sobre las características del aumento de capital propuesto en los términos que se indican a continuación*." Vemos como la sociedad justifica el aumento de capital con la necesidad de sanear la situación financiera y obtener liquidez para afrontar nuevos proyectos.

23. Es cierto, como apunta la recurrente, que el demandado y administrador, Sr. Remigio, declaró en juicio que llevaron a cabo el aumento de capital ante la imposibilidad de retirar sus aportaciones puesto que la empresa no generaba suficientes beneficios para pagarlo y así recuperar sus inversiones. No dota de nulidad al acuerdo que la intención del mismo sea recuperar las inversiones realizadas por los socios durante una fase de necesidad financiera de la sociedad. Debemos recordar que los créditos proceden de inversiones realizadas en la sociedad y en parte responden a salarios dejados de percibir cuando la sociedad no podía atender puntualmente el pago (años 2013 y 2014), fechas en que el actor sí percibió sus emolumentos tras reclamarlos judicialmente, como hemos visto. Por ello, nos encontramos ante una ampliación de capital debidamente justificada por los administradores, aprobada por la junta de socios, respecto de unos créditos procedentes de préstamos realizados a la sociedad y salarios dejados de percibir, que justifican el interés social focalizado en el momento en el que la sociedad necesitaba tesorería no al tiempo de la ampliación de capital sino al tiempo en el que los socios llevaron a cabo los actos dispositivos."

He cortado la transcripción precisamente en esta última frase porque introduce un elemento distorsionador en su argumentación, al referir la justificación del interés social a un momento y operación distinto del aumento, que son los préstamos sustitutivos efectuados por los socios. Esto, lógicamente, no lo podemos compartir. La justificación del aumento no puede tener una causa tan

remota. Como tampoco deberíamos, a mi juicio, admitir que se justifique en la contestación a la demanda lo que hubo de justificarse al tiempo de adopción del acuerdo[407], concediendo a la sociedad (*rectius*, a la mayoría) una especie de segunda oportunidad, que obliga al discrepante a pleitear a ciegas, arriesgándose a perder el pleito y las costas o, cuando menos, a tener que asumir sus propios costes[408].

Aquella referencia a la "justificación razonable" la podemos encontrar también en las sentencias de las AAPP de Alicante, sec. 8ª, de 21 de octubre de 2019 (cambio del sistema del órgano de administración), Vizcaya, sec. 4ª, de 23 de diciembre de 2021 (nomina así su fundamento de derecho cuarto) o en la SAP de Valencia, sec. 9ª, de 24 de julio de 2023, que se refiere, más brevemente, a la "razonabilidad" de la medida, en este caso una modificación estatutaria por la que se elevaba el umbral correspondiente al número de acciones necesarias para participar en la junta**.**

Por último, no podíamos concluir la exposición sin incluir una referencia a la STS de 10 de enero de 2023, en el conocido asunto Pescanova, en que la Sala rechaza el carácter abusivo de un acuerdo de aumento de capital por compensación de

[407] La SAP de Vizcaya, sec. 4ª, de 23 de diciembre de 2021 (se discutía allí no un aumento, sino un acuerdo de retribución de los administradores) desecha juzgar la posible justificación del acuerdo a la vista de un informe del que los socios no disponían al tiempo de la junta: *"Lo que cabe valorar, por tanto, son las justificaciones que se dieron, y de las que los socios disponían, al adoptarse los acuerdos impugnados".* La SAP de Madrid, sec. 28ª, de 25 de octubre de 2019 (lo impugnado era un acuerdo de reducción del número de consejeros para impedir el ejercicio del derecho de representación proporcional) achaca al recurso que trate de introducir un motivo justificativo (el ahorro) que *"no fue aducido, ni antes de la junta (no hay rastro de ese motivo en reuniones del consejo ni en juntas previas), ni tampoco durante ella (véase el acta notarial)";* y añade: *"parece lógico pensar que si esa hubiera sido la razón para obrar en el modo en que lo hizo la junta (…) ese motivo debería haber sido explicitado durante ella".* En igual sentido, SJM nº 8 de Barcelona de 4 de marzo de 2020 (atesoramiento), *vid*. n. 460. Antes de la Ley 31/2014, la SAP de Madrid, sec. 28ª, de 23 de noviembre de 2012 anunciaba que el posible abuso ha de valorarse *"teniendo en cuenta, pues se trata de valorar la decisión que entonces se adoptó, las referencias y datos manejados en aquél momento, no los que eventualmente pudieran ponerse de manifiesto después, como interesadamente propone la apelante."* En la doctrina, GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M., "El problema de la insuficiencia de los dividendos", *op. cit.*, opina que el acuerdo, para resistir la impugnación, *"[h]a de tener una* ***justificación objetiva y razonable*** *desde una perspectiva económico-financiera y de desarrollo del objeto social. Bastará con que exista esa justificación para descartar el abuso; pero esa justificación ha de existir y acreditarse. Es esa la forma de concretar, en este tipo de acuerdos, la exigencia de que su adopción responda a una "*necesidad razonable*" de la sociedad, con una precisión. Cada vez se advierte más en nuestros tribunales la idea de que, en caso de beneficio distribuible, la regla ha de ser el reparto de dividendos. Podrá tomarse otra decisión, pero esta ha de estar dotada de una justificación, como decimos, objetiva y razonable****, y además preexistente a la adopción del acuerdo****"* (esta negrita es nuestra).

[408] De admitir —*quod non*— que lo que no se ha justificado (o no de modo suficiente) por la mayoría al tiempo del acuerdo puede hacerlo después, podría ser valorado como circunstancia asimilable a las dudas de hecho/derecho con objeto de excusar al actor de la condena en costas.

créditos enmarcado dentro de una más amplia operación de reestructuración, atendidas las necesidades imperiosas que acuciaban a la sociedad:

> "3. En nuestro caso, quien impugna los acuerdos de ampliación de capital social es una socia minoritaria, Pescanova, que ostentaba el 20% del capital social. Entiende que los socios mayoritarios, entidades financieras que están directamente interesadas en el acuerdo de refinanciación y en la opción de capitalización de deuda mediante la conversión de créditos en participaciones de la sociedad, han impuesto esta fórmula que permite diluir la presencia de Pescanova en la sociedad, que tras la capitalización de deuda pasaría a tener un porcentaje muy reducido (1,65%).
>
> Es cierto que los socios mayoritarios que votaron a favor de los acuerdos de ampliación de capital social son entidades financieras, que a su vez tenían créditos financieros frente a la sociedad Nueva Pescanova, y que a través de esta forma de refinanciación reforzaban su participación en el capital social en la entidad. Pero esto, por sí solo, no determina o muestra que el acuerdo se haya impuesto con abuso de la mayoría.
>
> Entre los requisitos legales antes destacados, no concurre el primero, pues los acuerdos impugnados de ampliación de capital por amortización de deuda constituyen una ejecución del acuerdo de refinanciación homologado. Respondían a una necesidad inmediata y mediata de la sociedad. Había una necesidad inmediata de dar cumplimiento al acuerdo de refinanciación homologado judicialmente, por ser el único cauce para lograrlo, y su no adopción frustraría el acuerdo de refinanciación, con las consecuencias para la compañía que podría quedar abocada a la disolución y, en su caso, liquidación concursal (…)
>
> Y, al hilo de lo anterior, existía también una necesidad mediata pues, como ya ha quedado claro y no se discute, el acuerdo de refinanciación respondía a una situación de crisis económica de la compañía que, por deudas, esencialmente financieras, tenía fondos propios negativos. De tal forma que había una necesidad real de refinanciación.
>
> 4. La circunstancia de que hubiera podido optarse por otras fórmulas alternativas de refinanciación, más acordes con el interés de Pescanova de que no se diluyera su participación en Nueva Pescanova, como la ampliación de capital con cargo a aportaciones, o por tramos, que conciliara los intereses de los socios financieros de ampliación con conversión de créditos y de Pescanova de ampliación con cargo a aportaciones, no es tan relevante en este caso como para excluir la necesidad de los acuerdos.
>
> En primer lugar, porque existía la reseñada necesidad de dar cumplimiento al concreto acuerdo de refinanciación homologado judicialmente. Esta necesidad tenía un respaldo legal. Como un incentivo negativo, el art. 165 LC tipificaba como una presunción *iuris tantum* de concurso culpable la negativa, sin causa razonable, a dar cumplimiento a los

acuerdos de refinanciación que conllevaran la capitalización de deuda, mediante la adopción de los preceptivos acuerdos sociales de ampliación de capital social, siempre que con ello se hubiera frustrado el acuerdo de refinanciación y se hubiera acabado abriendo el concurso de acreedores.

En segundo lugar, porque, existiendo una necesidad real de refinanciación para evitar la insolvencia de la compañía, aunque hubiera varias opciones lícitas, está en la legítima voluntad de la mayoría optar por la que se acomode mejor a sus intereses y no por otra que podría ajustarse mejor a los intereses del socio minoritario. Además, el acuerdo de refinanciación alcanzado fue sometido a la ratificación del consejo de administración (el 19 de enero de 2017), en el que el socio minoritario estaba representado, sin que los consejeros por él designados hubieran votado en contra (se abstuvieran), ni se hubiera impugnado el acuerdo del consejo. Todo ello con carácter previo a la homologación judicial (13 de febrero de 2017)."

Aquí había necesidad mediata e inmediata, pero esto no implica que en todos los casos deba ser así para salvar el acuerdo, bastando con que simplemente concurra una razón o justificación suficiente.

5. EL PACTO PARASOCIAL OMNILATERAL.

La violación de un pacto parasocial, al menos en el actual estado de la jurisprudencia, no es causa bastante para fundar una acción de impugnación del acuerdo social. La vigente posición del Tribunal Supremo en esta materia puede condensarse en una serie de máximas:

(i) Los pactos parasociales, a pesar de su indiscutida validez[409], no son oponibles frente a la sociedad (art. 29 LSC).

[409] En la jurisprudencia, SSTS de 27 de septiembre de 1961, 10 de noviembre de 1962, 28 de septiembre de 1965, 24 de septiembre de 1987, 26 de febrero de 1991, 10 de febrero de 1992, 18 de marzo de 2002, 19 de diciembre de 2007, 10 de diciembre de 2008 y posteriores. Y entre las anteriores a aquella primera, s. de 16 de febrero de 1901. Puede resultar llamativo que las primeras sentencias dictadas en los años 60 y la de 1901 admitan la validez de esos pactos cuando el Código de Comercio de 1885 (art. 119) disponía que *"[l]los socios no podrán hacer pactos reservados, sino que todos deberán constar en la escritura social"* y el art. 6 *in fine* de la LSA de 1951 los sancionaba con nulidad. Pero en la doctrina, al menos con la sindicación del voto, no faltaban voces muy autorizadas que proclamaban su validez, tales como GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades anónimas*, *op. cit.*, p. 313; PEDROL RIUS, A., *La anónima actual y la sindicación de acciones*, edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., "Sindicatos de accionistas", Revista de Derecho Mercantil, 1955, pp. 91 y ss., o MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., "Los pactos de sindicación para el órgano administrativo", en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, edit. Civitas, Madrid, 1978, pp. 351 y ss.

(ii) Por ello, la impugnación de acuerdos sociales que los infrinjan no puede ser acogida, salvo que, a la vez, exista una infracción de la ley, de los estatutos o una lesión del interés social.

(iii) La eficacia del pacto parasocial no puede defenderse atacando la validez de los acuerdos sociales que resulten contradictorios con los mismos, sino que debe articularse a través de una reclamación entre los contratantes basada en la vinculación negocial existente entre los firmantes del pacto, pues este no tiene efectos frente a la sociedad ni, por tanto, en un litigio de naturaleza societaria como es el de impugnación de acuerdos sociales.

(iv) Todo ello sin perjuicio de que pueda considerarse contraria a la buena fe la conducta del socio que impugna un acuerdo social que justamente da cumplimiento al pacto parasocial omnilateral en el que ha intervenido.

Ahora bien, para llegar a estos postulados, obedientemente asumidos por los órganos judiciales inferiores, el camino no ha sido fácil ni recto ni, al decir de gran parte de la doctrina, coherente.

Prescindiendo de precedentes más remotos, vamos a situarnos en la sentencia de 24 de septiembre de 1987 (as. Atlantis Playa). A su través la Sala resuelve —desestimándolo— un recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife que había acogido la acción de impugnación de una socia que externamente no aparecía como tal. El Tribunal Supremo da por probado, por conformidad de las partes, que la socia impugnante era propietaria de setenta y siete acciones de «Hotel Atlantis Playa, Sociedad Anónima», de Puerto de la Cruz, pero que, *«por razones convenientes a la Sociedad»*, estaban documentadas en favor del otro socio, que ostentaba la mayoría del capital social. Los socios habían pactado que *«los derechos de voto correspondientes a dichas acciones, participación en beneficios sociales y demás correspondientes a tales títulos»* corresponderían a la socia, como legítima propietaria. El objeto del procedimiento fue la impugnación de los acuerdos

adoptados en la junta general extraordinaria de accionistas de la sociedad el 21 de diciembre de 1984, convocada por el socio mayoritario y administrador con objeto, entre otros, de modificar los estatutos y acordar el nombramiento de administrador-gerente. Según el artículo 14 de los estatutos era *«preciso para que exista acuerdo el voto favorable de dos socios como mínimo, sin que pueda estimarse existente el adoptado con el voto de un solo socio, aunque en él se reúnan la mayoría de las acciones a no ser en los casos permitidos en que la Sociedad tenga un solo socio».* El fundamento de la impugnación se hallaba en que la demandante no concurrió con su voto a la adopción de los acuerdos impugnados siendo —como era— socia.

La Audiencia había estimado la impugnación y declarado la nulidad de los acuerdos por contrarios al art. 14 de los estatutos. En el recurso, la sociedad mantuvo que (i) habiéndole transmitido las acciones al mayoritario, aunque con carácter fiduciario, para la sociedad debía prevalecer la titularidad formal, pues (ii) *«la fiducia sólo actúa "interpartes"»* y *«es inoperante respecto a la Sociedad»,* que es ajena al pacto *«por tener personalidad jurídica independiente de todas las restantes partes implicadas en este conflicto jurídico».*

El Alto Tribunal confirma la decisión de anulación de los acuerdos —repetimos, por contraria a los estatutos, no al pacto entre los socios— reconociendo que, aunque *"los únicos intereses en presencia son reconocidamente los de la impugnante"* y los del mayoritario, la sociedad *"aun gozando de personalidad distinta e independiente de la de sus dos únicos socios no puede reputársela bastante a desligar al socio mayoritario de los pactos convenidos y reiterados, aunque lo fueran a título personal, con la impugnante".* Y, acudiendo a la doctrina del levantamiento del velo, rechaza la pretensión de que *"la persona jurídica que es la Sociedad anónima vele y oculte y haga inoperante la realidad que subyace debajo, esto es, la existencia de dos únicos socios ligados por contratos que ellos mismos reconocen como válidos"*, permitiendo que el socio mayoritario *"se desembarace (…) de las obligaciones que reconocidamente le vinculan con el otro socio, quien correlativamente quedaría despojado"*; resultado que la Sala juzga *"inadmisible a todas luces, ya se considere la realidad en su conjunto de una sociedad en manos de sólo dos socios contendientes entre sí y debatiendo sobre lo pactado «iure propio» sin presencia de otro interés*

alguno de terceros, o bien, reiterando la doctrina de esta Sala, se acuda por excepcionales razones de equidad a prescindir de la Sociedad". Todo ello para concluir que *"la aparatosa convocatoria mediante los anuncios del artículo 53 de la Ley, de una Junta General Extraordinaria de Sociedad anónima constituida reconocidamente por dos únicos socios que se hallan ligados por los pactos recordados, no puede servir, en perjuicio de la impugnante que es uno de ellos dos, para que el otro se evada de estos pactos que constituyen, artículo 1091 del Código Civil, la particular ley de los contratantes, la que no puede quedar, artículo 1256, al arbitrio de uno de ellos."*

El siguiente hito lo constituye la STS 10 de febrero de 1992, relativo a la mercantil "Munaka". Esta sociedad, según resulta de la sentencia, era de carácter familiar, formada por María-Manuela, sus dos hijos, José-Ignacio y Mikel, y la esposa de este último. Todos ellos habían suscrito un pacto parasocial que titularon «Acuerdos adoptados el 17-10-1985 por los que se dividen todas las propiedades comunes de los hermanos Mikel y José Ignacio B. A.», en cuyo apartado sexto, bajo el epígrafe «Liquidación de Munaka SA», la madre reconoce que las treinta acciones que figuran a su nombre son propiedad, por mitad, de sus hijos, a los que se compromete a transmitirlas en legal forma y, además, se obligan todos ellos a reducir el capital de la referida sociedad (con vistas a la posterior disolución y liquidación de la misma). Haciendo caso omiso de lo pactado, se celebra junta general extraordinaria en la que, con ausencia de José-Ignacio, los otros tres accionistas acuerdan la ampliación del capital social en quince millones doscientas cincuenta mil pesetas, suscribiendo Mikel el mayor número de las nuevas acciones creadas, para cuyo desembolso aportó, como propios, unos bienes inmuebles que, en otro de los pactos del expresado documento privado, reconocía que pertenecían, por mitad, a su hermano don José-Ignacio. Este impugna el acuerdo por abuso de derecho y mala fe, causante de lesión a los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas. La Audiencia Provincial de Bilbao, confirmando la de instancia, estimó la demanda interpuesta y declaró la nulidad del impugnado acuerdo social.

"Munaka" recurre en casación denunciando infracción del art. 67 LSA de 1951, aduciendo que el abuso de derecho no se encuentra incluido entre las posibles

causas de impugnación, lo que el Supremo rechaza por cuanto *"la lesión de los intereses de la sociedad, en beneficio de uno o varios accionistas (que es una de las causas de impugnación contempladas en el precepto invocado) puede producirse mediante acuerdos sociales adoptados con la intervención de las circunstancias tipificadoras del abuso de derecho (subjetiva, de intención de perjudicar o falta de una finalidad seria, y objetiva, de anormalidad en el ejercicio del mismo), que es lo ocurrido en el presente supuesto litigioso".* Como particularidad —que el Alto Tribunal valora como demostrativa del abuso de derecho— el socio preterido, al tiempo de la junta, había demandado a los firmantes del pacto en orden a obtener una declaración judicial de la validez y exigibilidad del pacto, procedimiento previo que se desarrolló en paralelo y que, alcanzada también la casación, concluyó por sentencia de 26 de febrero de 1991, en que la Sala Primera declara que *"aunque se estimase que tal acuerdo no fue tomado en Junta General de accionistas de «Munaka, S. A.» y que, por tanto, no es un acuerdo social, es claro que concurriendo en el mismo los requisitos esenciales para la validez de los contratos del art. 1261 del Código Civil, tal convenio tiene fuerza obligatoria entre quienes lo suscribieron y deben ser cumplidos a su tenor (art. 1091), dando cumplimiento no sólo a lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley, según establece el art. 1258 del Código sustantivo."* En la sentencia de 1992 el Tribunal Supremo afea a los incumplidores celebrar la junta a todo evento, *"cuando la más elemental buena fe negocial e incluso societaria (dado el ya dicho carácter estrictamente familiar de la sociedad) aconsejaba, antes de la celebración de la sedicente Junta General Extraordinaria antes referida, esperar el resultado del aludido proceso, al caber la posibilidad de que se declarara la plena validez y eficacia del repetido documento privado de fecha 17-10-1985 y se condenara a los tres demandados disidentes al cumplimiento del mismo, como así ocurrió".*

La conclusión que puede extraerse de la lectura de ambas sentencias es que era posible impugnar un acuerdo contrario a un pacto parasocial (omnilateral en ambos casos, aunque la Sala no entraba al distingo), ya lo fuera por contravención de los estatutos, ya por lesión del interés social. Así como en la sentencia de "Atlantis Playa" los estatutos contenían una norma afectada por el contenido del pacto, en el caso "Munaka" el Tribunal Supremo, como antes el juzgado y la Audiencia, acuden a

la figura del abuso de derecho, subsumiéndolo en la lesión del interés social. Por más que compartamos el resultado, la argumentación era doblemente errónea: el abuso de derecho —antes y ahora— constituye infracción de ley y el interés lesionado no era el social (que, en el caso "Munaka", a mayores, experimentaba por el acuerdo el beneficio del aumento de capital cuando lo pactado era una reducción previa a la liquidación), sino el particular del accionista impugnante. No obstante, hemos de retener en la memoria este precedente, pues así como al tiempo de su dictado la violación de un pacto parasocial no tenía fácil acomodo en la concepción del interés social entonces imperante en la jurisprudencia, en la actualidad, con la tipificación del abuso de mayoría, no percibimos mayor inconveniente teórico para la subsunción, siempre y cuando concurran los elementos normativos del art. 204.2: falta de necesidad razonable, interés propio de la mayoría y detrimento del ajeno.

Entremedias, la Resolución de la DGRN de 26 de octubre de 1989 (as. "Promociones Keops") denegaba la inscripción de unos acuerdos de cese y nombramiento de consejeros acordados en junta calificada de universal, constituida con la sola presencia del titular de los créditos garantizados con prenda sobre las acciones; y si bien el artículo 8 de los estatutos concedía al acreedor pignoraticio el ejercicio de los derechos del accionista, el contrato constitutivo de la prenda dejaba estos derechos en manos de los accionistas. Recurrida la denegación, la Dirección General desestima el recurso afirmando que, ante esa dualidad de fuentes, como regla general, si *"existiesen discrepancias, frente a la sociedad habrá de mantenerse la eficacia de la actuación realizada por quien estatutariamente aparece legitimado (…) sin perjuicio de las repercusiones que en el ámbito interno puedan derivarse"*; pero que **"***el caso planteado se singulariza porque es un único sujeto el que tiene en prenda la totalidad de las acciones de la sociedad y conoce indubitadamente la discordancia entre el contenido configurador del derecho real que ostenta y las previsiones estatutarias sobre el ejercicio de los derechos sociales en caso de pignoración de acciones",* lo que impulsa al Centro Directivo, con apoyo en dos *"principios básicos de nuestro Ordenamiento jurídico* (según los) *que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y que no debe protegerse el ejercicio abusivo de los derechos (art. 7)*, y *"la necesaria protección de los derechos de los terceros que confían en la exactitud de las apariencias legítimamente creadas"*, a declarar que esa

conducta *"no sólo es abusiva sino que además envuelve un incumplimiento contractual flagrante con grave detrimento para los propietarios de las acciones gravadas, que ven inutilizadas unas facultades jurídicas que legítimamente les pertenecen".*

A partir de entonces, el Supremo comienza a ser más restrictivo. El causante, el caso "Konrad" y sus derivadas (ss. de 10 de diciembre de 2008, 5 de marzo de 2009[410] y nº 128 y 138, ambas de 6 de marzo de 2009). Todas ellas beben de un pacto firmado entre los socios relativo al consejo de administración, de suerte que tres miembros serían nombrados por la mayoría y dos por la minoría, con un *quorum* cualificado de cuatro votos; el pacto se incorporó a los estatutos; pero, a mayor abundamiento, estos preveían (art. 19) que, de no alcanzarse la mayoría, podría el presidente convocar de nuevo al consejo, siendo en segunda vuelta suficiente el voto de tres consejeros. El grupo minoritario interpone cuatro demandas por infracción del pacto y el Tribunal Supremo confirma la desestimación de todas ellas (como lo habían sido en las instancias previas).

Comenzando por la primera en el tiempo (10 de diciembre de 2008[411]), imputa al recurrente *(i)* no citar ninguna norma legal como infringida, *(ii)* el reconocimiento de que no hay vulneración de los estatutos, y *(iii)* no alegar (y, en cualquier caso, no probar) que haya habido una lesión de la sociedad con beneficio de algunos socios o terceros. Con semejante principio era fácil intuir el final. En realidad, el recurso alegaba infracción de la doctrina jurisprudencial que, a su entender, permitía impugnar un acuerdo contrario a un pacto parasocial, al constituir una ilegalidad la vulneración de éste por ser de obligado cumplimiento para los socios y consejeros. El ponente, inmisericorde, sanciona que *"[t]al alegación carece de fundamento",* pues, con breve glosa de las sentencias de 24 de septiembre de 1987 y 10 de febrero de 1992, concluye que aquélla estima la impugnación del acuerdo social por violación de los estatutos y ésta por lesión del interés social. Y cierra el razonamiento con dos afirmaciones rotundas, que reducían las expectativas

[410] Glosada por SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. Mª, "Comentario a la Sentencia de 5 de marzo de 2009", en Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 81/2009, parte sentencias. Consultada en versión digital (BIB 2009\1041).

[411] Ponente Excmo. Sr. Corbal Fernández.

de obtener en un futuro un pronunciamiento de otro signo: (i) *"ninguna de las Sentencias citadas mantiene la doctrina alegada, al referirse a causas de impugnación de las previstas en el actual 115.1 LSA, y no a un mero pacto extrasocietario"* y (ii) *"el ordenamiento contractual no puede servir de norma "eludible o soslayable" a efectos de configurar un hipotético fraude de ley".*

La de 5 de marzo de 2009[412] es algo más generosa en su fundamentación. La Sala razona que:

> i.- "[N]o pueden considerarse contrarios a la Ley —las otras causas de impugnación ya se ha dicho que no fueron alegadas— los dos acuerdos impugnados por la mera invocación de los artículos 6, apartado 4, y 7, apartado 2, del Código Civil."
>
> ii.- "El primero de ellos exige, además de que el acto se haya realizado bajo la cobertura de una norma y persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, la existencia de otra norma eludida, que no se identifica en el motivo y que es la que debería ser aplicada en el caso de declararse el fraude de ley y, por ende, la que debería determinar cuál habría de ser el tratamiento que merece el acto considerado fraudulento".
>
> iii.- "Por otro lado, no cabe hablar de abuso de derecho, sin tener en cuenta las circunstancias del caso concreto. Entre ellas, que lo pactado por los socios debía proyectarse por voluntad de los mismos, y se proyectó, en los estatutos (…) Y que los estatutos de Camanchaca, SL, por decisión de la junta que los aprobó en su día, contienen, junto a las normas que expresaron la voluntad de dar intervención a la minoría en la administración social, otra, de aplicación supletoria, que elimina el rigor de tal exigencia".

Hasta aquí el Supremo se maneja sin dificultad, amparado en la técnica casacional. Y, cuando llega el momento de encarar las sentencias de 24 de septiembre de 1987 y 10 de febrero de 1992, el apoyo para desmarcarse de ellas lo encuentra en los hechos, sin necesidad de renegar de su contenido, que reitera (la primera anuló los acuerdos *"por la razón de ser los mismos opuestos a los estatutos (y) la ratio decidendi de la de 10 de febrero de 1.992 no fue otra que la demostración de una lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de una o varios accionistas"*)

[412] Ponente Excmo. Sr. Marín Castán.

y reinterpreta: *"la verdadera doctrina contenida en las sentencias de 24 de febrero de 1987 y 10 de febrero de 1992 (…) es que la contravención por los órganos sociales de unos pactos privados entre los socios, sobre todo si éstos son todos los socios, puede determinar la nulidad de lo acordado por resultar en definitiva contrario a la ley, a los estatutos o al interés social"*. Tras ello, desestima el recurso ya que:

> i.- "[L]a sentencia recurrida no se opone a dicha doctrina jurisprudencial, pues toma en consideración el convenio de sindicación para decidir si su contravención podría suponer una infracción de la ley o los estatutos o una lesión al interés social";
>
> ii.- "[E]l recurrente prescinde por completo de los atinados razonamientos del tribunal sentenciador, en primer lugar, sobre la plasmación de dicho convenio en los estatutos de la sociedad demandada, de suerte que el Consejo de Administración quedaba vinculado a partir de ahí no tanto al convenio como a los estatutos resultantes de la correspondiente modificación (…) de suerte que la nulidad de los acuerdos del Consejo habría dejado de tener como punto de referencia el convenio de sindicación mismo para pasar a tenerlo en los estatutos, que ya previeron lo necesario sobre las mayorías precisas para los nombramientos de miembros del Consejo de Administración y consejeros delegados de un modo que se cumplieran los términos del convenio de sindicación";
>
> iii.- "[E]l recurrente, como con acierto razona la sentencia recurrida, hubiera debido justificar adecuadamente que los acuerdos impugnados acababan infringiendo los estatutos o causaban una lesión al interés social, algo de lo que prácticamente prescinde la exposición argumental del único motivo del recurso, orientado más a alegar que los acuerdos impugnados beneficiaban al otro grupo familiar que a demostrar la lesión al interés social, elemento inherente a la tercera causa de nulidad contemplada en el art. 115.1 LSA".

Si en la sentencia de 5 de marzo podía entenderse que la Sala Primera mantenía su jurisprudencia y lo mutante eran los hechos, en las dos sentencias de 6 de marzo de 2009[413], más parcas en razonamientos, se consagra la fórmula —hoy clásica— según la cual *"la mera infracción del convenio parasocial de que se trata no basta, por sí sola, para la anulación del acuerdo impugnado"*. En la nº 128, tras copiar varios fragmentos de la dictada en la víspera, repite que el acuerdo del consejo es

[413] Ambas de la misma mano, Excmo. Sr. Ferrándiz Gabriel.

conforme a la cláusula supletoria estatutaria. En la sentencia nº 138 el problema de fondo lo constituía el nombramiento de un consejero por el grupo mayoritario cuando la minoría entendía que le correspondía en virtud del pacto. Y el Tribunal Supremo encuentra anclaje en otra previsión estatutaria, que imponía la forma de ejercer el derecho de representación proporcional, sin que la minoría la hubiese observado, sentenciando que *"el nombramiento del consejero por la mayoría (…) no fue opuesto a los estatutos, sino, como consecuencia de la falta de ejercicio del derecho reconocido a la minoría, conforme a sus disposiciones."*

La doctrina que se destila de estas sentencias es que en caso de contradicción entre los estatutos y el pacto parasocial, prevalecen los primeros, por lo que la causa de impugnación habría que buscarla en la infracción de ley —señaladamente el abuso de derecho del art. 7 CC— o en la lesión del interés social, de difícil acogimiento cuando el acuerdo es patrimonialmente neutro para la sociedad, pero lesivo para la minoría que defiende la vinculación al pacto.

Entre unas ("Atlantis Playa" y "Munaka") y otras (la serie "Konrad") las diferencias no las hallo tanto en lo que se dice, sino en cómo se dice[414]. La sensibilidad que desprendían las primeras se vuelve todo rigor en la saga "Konrad"[415].

Una vuelta a aquella laxitud se creyó ver en la sentencia de 25 de febrero de 2016[416]. Los hechos, de forma muy resumida, son los que siguen: el socio de control

[414] En palabras de SÁEZ LACAVE, Mª. I., "Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces", Indret, Barcelona, 2009, p. 20, *"[l]o importante, salvo para los nominalistas a ultranza, no es lo que se ha dicho, sino lo que se ha hecho".* Sea como fuere, lo que cualquier observador imparcial percibe es que hay un cambio brusco en la sensibilidad del Tribunal hacia los pactos parasociales, que en los primeros pronunciamientos no dudó en recurrir a fundamentos de los que hoy reniega, marginándolos a la excepcionalidad.

[415] Aun dentro de la serie KONRAD, no faltan quienes, como RUIZ-CÁMARA, J. y TORREGROSA, E., "Nuevamente a vueltas con la eficacia societaria de los pactos parasociales (a propósito de las SSTS de 6 de marzo de 2009", en Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 24-2009, p. 69, vean en la sentencia de 5 de marzo *"cierta "sensibilidad" frente a la posibilidad de aceptar que el incumplimiento de contratos entre socios pueda constituir una lesión del interés social que fundamente la impugnación de los acuerdos sociales en cuestión".* Quizás porque el grado de sensibilidad de los miembros del Tribunal era variable, el ponente de esa sentencia no formó sala en las dos de 6 de marzo, como tampoco de la previa de 10 de diciembre de 2008.

[416] *Vid.* PÉREZ MORIONES, A., "Una vez más sobre la eficacia de los pactos parasociales tras la STS de 25 de febrero de 2016", Aranzadi civil-mercantil, revista doctrinal, núm. 5, 2016, pp. 167 a 179.

de un grupo de sociedades transmite a sus hijos la nuda propiedad de sus acciones, reservándose el usufructo. Conforme al pacto, el derecho de voto corresponde al usufructuario; según los estatutos, al nudo propietario. Convocada junta, uno de los hijos se rebela y el padre, apoyado por el resto, saca adelante los acuerdos. El hijo rebelde impugna, amparándose en los estatutos, y el Tribunal Supremo, confirmando la resolución desestimatoria de alzada, rechaza el recurso con base en que la impugnación formulada por el demandante es contraria a la buena fe (art. 7.1 CC).

La sentencia comienza recordando que *"[c]uando se ha pretendido impugnar un acuerdo social, adoptado por la junta de socios o por el consejo de administración, por la exclusiva razón de que es contrario a lo establecido en un pacto parasocial, esta Sala ha desestimado la impugnación."* Y no se queda ahí, sino que hace una lectura de las sentencias de 24 de septiembre de 1987 y 10 de febrero de 1992:

> **"4.-** Ciertamente, algunas sentencias anteriores tuvieron en cuenta las particularidades que presentaba el caso enjuiciado para aplicar alguna de las cláusulas generales que sirven para evitar que la mera aplicación de ciertas reglas concretas del ordenamiento pueda llevar a un resultado que repugne al más elemental sentido jurídico. Estos mecanismos (la buena fe, en sus distintas manifestaciones -actos propios, levantamiento del velo-, el abuso del derecho) no pueden utilizarse de una forma injustificada, sino que ha de atenderse a la función que desempeñan en el ordenamiento jurídico."

Seguidamente, la sentencia aclara que *"[e]l supuesto que es objeto del recurso no consiste en la impugnación de un acuerdo social por ser contrario a un pacto parasocial, como sucedía en las sentencias a que se ha hecho referencia",* sino del *"supuesto inverso: en la adopción de los acuerdos sociales, se dio cumplimiento al acuerdo parasocial, omnilateral".*

Y aunque reconoce que, abstracción hecha del pacto, el acuerdo es contrario a la ley (art. 67.1 LSA, actualmente art. 127.1 LSC) y a los estatutos[417], pues ambos

[417] La sentencia explica que, en el caso de una de las sociedades, la limitada Inverdelval, sus estatutos (art. 10) prevén que, en caso de usufructo de participaciones, la cualidad de socio (y por tanto el derecho de voto) reside en el nudo propietario, mientras que, en el caso de la sociedad anónima, CDC Hiacre, los estatutos no contienen previsión alguna al respecto, por lo que se aplicaría la legal (en la actualidad, art. 127.1 LSC).

coinciden en atribuir el ejercicio del derecho de voto al nudo propietario, reputa la impugnación abusiva porque el demandante *"fue parte en los contratos en los que obtuvo un beneficio, la transmisión de la nuda propiedad de determinadas acciones y participaciones sociales que hasta ese momento eran propiedad de su padre, a cambio de una contraprestación, el pago del precio, y fijando ciertas condiciones relativas a la relación jurídico-societaria".* Y concluye:

> "Infringe las exigencias derivadas de la buena fe la conducta del socio que ha prestado su consentimiento en unos negocios jurídicos, de los que resultó una determinada distribución de las acciones y participaciones sociales, en los que obtuvo ventajas (la adquisición de la nuda propiedad de determinadas acciones y participaciones sociales) y en los que se acordó un determinado régimen para los derechos de voto asociados a esas acciones y participaciones (atribución al usufructuario de las acciones y participaciones sociales transmitidas), cuando impugna los acuerdos sociales aprobados en la junta en que se hizo uso de esos derechos de voto conforme a lo convenido.
>
> Quienes, junto con el demandante, fueron parte este pacto parasocial omnilateral y constituyen el único sustrato personal de las sociedades, podían confiar legítimamente en que la conducta del demandante se ajustara a la reglamentación establecida en el pacto parasocial."

Cuatro años tardó el Tribunal Supremo en tener de nuevo la oportunidad de resolver la impugnación de un acuerdo contrario a un pacto parasocial. En la sentencia de 20 de febrero de 2020, la Sala, por si la sentencia de 25 de febrero de 2016 hizo albergar alguna esperanza, comienza recordando que la mera infracción del convenio parasocial de que se trate no basta, por sí sola, para la anulación del acuerdo impugnado y que, por ello, cuando se ha pretendido impugnar un acuerdo social, adoptado por la junta de socios o por el consejo de administración, por la exclusiva razón de que es contrario a lo establecido en un pacto parasocial, se ha desestimado la impugnación. Sentada la doctrina general, aclara que las excepciones a través de los mecanismos de la buena fe, en sus distintas manifestaciones —actos propios, levantamiento del velo, abuso del derecho— no pueden utilizarse de una forma injustificada, sino que ha de atenderse a la función que desempeñan en el ordenamiento jurídico. Y aclara que *"[a]sí ocurrió en el caso resuelto por la sentencia*

103/2016, de 25 de febrero, que no consistía en la impugnación de un acuerdo social por ser contrario a un pacto parasocial, sino precisamente en el supuesto inverso: con la adopción de los acuerdos sociales impugnados se daba cumplimiento a un acuerdo parasocial, omnilateral". Y el mismo cuerpo de doctrina se reitera y reproduce en las sentencias de 17 de noviembre de 2020[418] y 7 de abril de 2022[419], sin novedades que hayan de ser reseñadas.

Como se ha puesto de manifiesto por la doctrina[420], ciertamente resulta difícil de comprender que la solución sea distinta en función de que se impugne un acuerdo contrario o conforme al pacto, pues tan desleal es firmar el pacto y luego impugnar el acuerdo conforme como imponer un acuerdo contrario al mismo y "obligar" a los cofirmantes a impugnarlo. Una es la acción, uno el pacto, pero dos las soluciones, según el Tribunal Supremo.

Atendida la composición subjetiva de la Sala, no es esperable que la misma vaya a mudar un criterio consolidado. Nos resta, pues, ver si, ajustándonos al mismo, es posible, con el actual listado de causas de impugnación, conceder mayor margen[421] a la impugnación del acuerdo que infringe un pacto parasocial omnilateral.

---

[418] *Vid.* MARÍN DE LA BÁRCENA, F., "Impugnación de acuerdos y pactos parasociales: STS 1ª de 17 de noviembre de 2020 (caso Duro Felguera)", accesible en https://www.ga-p.com/publicaciones/impugnacion-de-acuerdos-y-pactos-parasociales-sts-1a-de-17-de-noviembre-de-2020-caso-duro-felguera/; última consulta el 15 de abril de 2024.

[419] *Vid.* sobre esta sentencia, MARÍN DE LA BÁRCENA, F., "Pactos sociales omnilaterales (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 7 de abril de 2022)", en Gómez-Acebo & Pombo, Análisis, julio de 2022, pp. 1 a 5.

[420] PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., "Violación de pactos, impugnación de acuerdos y principio de no contradicción", Revista de Derecho Mercantil, núm. 325, 2022, BIB 2022\3036, p. 24; PERDICES HUETOS, A., "Pactos parasociales omnilaterales y los grandes expresos europeos", publicado en Almacén de Derecho el 11 de marzo de 2016, disponible en https://almacendederecho.org/pactos-parasociales-omnilaterales-y-los-grandes-expresos-europeos; última consulta el 15 de abril de 2024.

[421] Evitando, en lo posible, el recurso a soluciones que la doctrina aplaude en cuanto al resultado, pero censura por no *"ofrecer un mínimo de sofisticación e, incluso, un mínimo de solidez"* (PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., "Violación de pactos…", p. 2), *"extravagantes y artificiosas"* (SÁEZ LACAVE, Mª. I., *op. cit.,* p. 17;)

En mi opinión, debemos descartar que la infracción del pacto parasocial pueda asimilarse a una infracción de los estatutos, pues precisamente el pacto tiene por objeto disciplinar aspectos que, por así convenir a los firmantes, no se han querido elevar a norma estatutaria[422]. Luego, no es admisible que los estatutos protejan a quien pretende huir de ellos.

Sin duda es mejor opción acudir a la infracción de ley (art. 7 CC), a la lesión del interés social o al abuso de mayoría. La opción por una u otra causa dependerá de las circunstancias del caso concreto, como vamos a ver.

De las ideas de PAZ-ARES[423] se nutre de modo confeso la SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 12 de febrero de 2019, que resuelve el caso conocido en el tráfico como "Riera Beaune"[424]. El orden del día de la junta impugnada preveía, como acompañamiento de la censura de las cuentas del ejercicio 2014, la aprobación de un balance cerrado a junio de 2015, como presupuesto necesario para los siguientes puntos del orden del día; en concreto:

> "5. Con base al balance de la sociedad cerrado a fecha 6 de junio de 2015, y auditado, y con la finalidad de restablecer el capital social, y el patrimonio neto de la compañía disminuido como consecuencia de las pérdidas, reposición de las pérdidas acumuladas en la suma de 826. 111, 18

[422] Como sugiere en la actualidad ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "El fundamento de la impugnabilidad ex art. 204 de los acuerdos sociales que infringen un pacto parasocial omnilateral", publicado en Almacén de Derecho el 31 de mayo de 2023, disponible en https://almacendederecho.org/el-fundamento-de-la-impugnabilidad-ex-art-204-lsc-los-acuerdos-sociales-que-infringen-un-pacto-parasocial-omnilateral; última consulta el 15 de abril de 2024. Y ya antes sugería FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "El enforcement societario y registral de los pactos parasociales", en Revista de Derecho de Sociedades, núm. 29, 2007, p. 53. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., "El enforcement…", *op. cit.,* p. 40, n. 78, matiza que *"[e]sto no quiere decir, sin embargo, que en ocasiones no quepa traer a colación los pactos parasociales para fundamentar una impugnación por infracción de los estatutos. Ello ocurrirá siempre que exista una cláusula estatutaria que pueda ser interpretada o concretada con ayuda de los pactos parasociales."*

[423] Cuando el autor en "El enforcement…", *op. cit.,* p. 41, afirma que, *"por definición, el acuerdo adoptado en contravención del pacto beneficia a los accionistas que lo incumplen en perjuicio de los accionistas que reclaman su cumplimiento. El beneficio de unos y el perjuicio de otros está* in re ipsa, añadiendo, n. 80, con cita de ALFARO ÁGUILA-REAL, J., Interés social y derecho de suscripción preferente, edit. Civitas, Madrid, 1995, pp. 79 y 80, que *"[d]el mismo modo que la adopción de un acuerdo social por unanimidad excluye la posibilidad de infracción del interés social (…), la infracción de lo acordado por unanimidad fundamenta una infracción del interés social."*

[424] *Vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, J. "Los pactos parasociales de Riera Beaune", publicado en Almacén de Derecho el 20 de marzo de 2019, disponible en https://almacendederecho.org/los-pactos-parasociales-de-riera-baune; última consulta el 15 de abril de 2024.

euros, por compensación con las reservas disponibles del mismo importe, como un presupuesto necesario priva a la reducción de capital social que se abordará a continuación en virtud del art. 322 LSC.

6. Con base al balance de la sociedad cerrado a fecha 6 de junio de 2015, y auditado, y con la finalidad de restablecer el equilibrio entre el capital social y el patrimonio neto de la compañía disminuido como consecuencia de las pérdidas, reposición de las pérdidas acumuladas en la suma de 6. 895.840, 18 euros, por compensación de la prima de asunción por el mismo importe, como un presupuesto necesario previo a la reducción de capital social con las reservas disponibles del mismo importe, como un presupuesto necesario previo a la reducción de capital social que se abordará a continuación en virtud del art. 322 LSC.

7. Con base al balance de la sociedad cerrado a fecha 6 de junio de 2015 y auditado, y con la finalidad de restablecer el equilibrio entre el capital social y el patrimonio neto de la compañía disminuido como consecuencia de las pérdidas, reducir el capital social en la suma de 9. 580.000 euros mediante la reducción del valor nominal de todas las participaciones sociales existentes, que pasarán a tener un valor nominal de 1 euro a 0, 042 euros cada una de ellas."

Los acuerdos se sacan adelante con una mayoría obtenida con violación de un pacto parasocial. Los socios defraudados impugnan por tres motivos: *(i)* vulneración del *quorum* necesario para la válida constitución de la misma por contravenir el pacto parasocial; *(ii)* vulneración del pacto parasocial que establecía una mayoría cualificada del 80%; y, *(iii)* de forma subsidiaria, infracción del art. 204.2 LSC al haberse adoptado vulnerando el interés social y concurrir abuso de derecho[425].

El asunto no era sencillo y la Sala se divide. Tres magistrados, que conforman mayoría, deciden anular el acuerdo por violación del pacto parasocial omnilateral; los otros dos, en minoría, deciden expresar su disconformidad mediante la emisión de un voto particular. La confrontación de ambas posiciones nos permite exponer la tensión que tiene lugar cuando se enfrentan un interés social (pretérito) encapsulado en un pacto (vigente) y un interés social actual, encarnado en un acuerdo de reducción de capital para remover la causa de disolución.

[425] Las causas alegadas las refiere la Audiencia y, tal como se exponen, las transcribimos. Como no disponemos de la demanda no podemos contrastar si la alusión al "abuso de derecho" lo es el art. 7, como sugiere su denominación, o al "abuso de mayoría", como sugiere el precepto citado (art. 204).

El ponente comienza buscando un apoyo en sentencias previas de la Sala, en concreto la de 31 de marzo de 2016, en la que la Sección 15ª ya iba más allá de la doctrina jurisprudencial:

> "la eficacia de los pactos entre socios frente a la sociedad es una cuestión controvertida. El punto de partida lo establece el art. 29 de la LSC que establece que los pactos que los socios mantengan reservados no son oponibles a la sociedad. No obstante, en aquellos casos en los que el pacto esté suscrito por todos los socios, como ocurre en nuestro caso, la doctrina ha admitido de forma mayoritaria que el pacto es oponible a la sociedad. En ese sentido, se ha afirmado que la sociedad deja de ser un tercero ajeno e independiente a ese pacto".

En aquella sentencia, tras citar las del Tribunal Supremo relativas al caso "Konrad", la Audiencia concluía:

> "no obstante, de ahí no se deriva la idea de que para la jurisprudencia no es posible garantizar la efectividad de lo pactado entre los socios cuando su infracción es el motivo de fondo que justifica la impugnación de los acuerdos sociales, sino exclusivamente que no basta con la mera infracción del pacto entre socios. Pero es preciso dar un paso más y determinar si esa vulneración del pacto resulta incardinable dentro de las concretas causas que permiten fundar la impugnación de los acuerdos sociales".

Preparado el terreno, venía la verdadera innovación:

> "la finalidad del pacto entre socios en los supuestos de coincidencia subjetiva entre el pacto extraestatutario y los estatutos es la misma, es decir, velar por el interés social. Por esta razón, es posible aplicar de forma analógica la causa de impugnación de los acuerdos sociales cuando éstos sean contrarios al interés social, puesto que el acuerdo social que contravenga un pacto parasocial puede ser considerado una vulneración del interés social. En ese sentido se indica por PAZ-ARES que, por definición, el acuerdo adoptado en contravención del pacto beneficia a los accionistas que lo incumplen en perjuicio de los accionistas que reclaman su cumplimiento. El beneficio de unos y el perjuicio de otros está en la propia naturaleza de las cosas (in re ipsa)."

En la sentencia de "Riera Beaune" la mayoría concluye que *"[e]stos mismos argumentos deben servir para el supuesto de autos y considerar que la infracción de lo convenido en el pacto entre socios supone, por sí misma, una infracción del interés social":*

> "Consideramos que el pacto parasocial ha de servir para definir el interés social y, básicamente, las reglas que los firmantes del pacto fijaban para la adopción de los acuerdos estratégicos de la compañía, que obligaban a consensos muy amplios.
>
> Consideramos, por tanto, que los acuerdos de referencia deben ser anulados al contravenir el interés social en beneficio de uno o varios socios, interés social configurado en el pacto que vinculaba a todos los socios.
>
> Por lo tanto, debe estimarse el recurso de apelación, debiendo estimarse, con ello, la demanda inicialmente interpuesta por Bonibó, anulando la junta en cuestión por no haber alcanzado el quorum necesario para su constitución."

Y no se para ahí; consciente de las resistencias (internas y externas), intercala un argumento de refuerzo, acudiendo a la figura del abuso de derecho (aunque no se diga, el del art. 7 CC, como se deduce de la cita que hace de sentencias del Tribunal Supremo):

> "8.6. Incluso en el hipotético caso de que se afirmara que el pacto parasocial no permitiera configurar el interés de la sociedad, lo cierto es que podría también ampararse la nulidad de la convocatoria de la junta y la nulidad de los acuerdos adoptados por abuso de derecho, aunque su convocatoria se hubiera podido ajustar formal y aparentemente a los preceptos legales que regulan la convocatoria de las juntas sociales, las circunstancias anormales que concurrieron (la administradora convocante se apartó del modo en que hasta ese momento se venían convocando las juntas en la sociedad, que era una sociedad cerrada de tan solo tres socios) y la finalidad con que se actuó (impidiendo que el socio minoritario pudiera ampararse en el pacto parasocial vigente). En este sentido se ha expresado el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de septiembre de 2017, citada por la STS de 14 de febrero de 2018."

Los firmantes del voto disienten el sentido de la resolución y de su fundamentación. De principio, discrepan de la vigencia del pacto. Pero, *"aunque estuviera vigente"*, creen que:

(i) "[N]o es oponible a la sociedad demandada" y

(ii) aunque "en atención a las particularidades de cada caso pueda estimarse la impugnación de un acuerdo contrario a un pacto parasocial, no por el mero hecho de que lo infrinja, sino por haberse adoptado en contra del interés social y en beneficio de uno o varios accionistas, tomando en consideración, entre otros parámetros, el pacto entre socios para definir qué ha de entenderse por "interés social (…) ninguna de las circunstancias reseñadas concurre, a nuestro entender, en el presente caso."

(iii) No "puede sostenerse, como estima la mayoría, que el acuerdo es contrario al interés social, por el mero hecho de contravenir el convenio parasocial, lo que equivaldría a concluir, en contra de la doctrina del Tribunal Supremo, que todo acuerdo que infrinja el pacto parasocial es nulo (no por ser contrario a la Ley o a los estatutos, sino por lesionar el interés social).

(iv) "Si el interés social se identifica con el interés de los socios o con el de la mayoría, en este caso dos de los tres socios, que detentan el 66,66% del capital social, votaron a favor del acuerdo de reducción del capital social. Y si el interés social trasciende al de los socios (teoría institucionalista), coincidiendo con el interés de la empresa o el de la corporación, no parece que convenga a la sociedad mantenerse incursa en causa de disolución o que se vea abocada a la liquidación, sin desarrollar el plan urbanístico para el que se constituyó".

(v) "Según resulta de las actuaciones, como consecuencia de las pérdidas habidas en ejercicios anteriores, el acuerdo de reducción tenía por objeto restablecer el equilibrio entre el capital social y el patrimonio neto de la compañía. Por tanto, la reducción del capital social es una de las dos alternativas que el artículo 363.1º, apartado e) contempla para evitar la disolución. No nos consta que la otra -la ampliación de capital- se llegara a plantear, mucho menos por el socio disidente".

(vi) "En definitiva y como conclusión, sólo anteponiendo el contenido del pacto parasocial (que impone de hecho la unanimidad en la toma de decisiones) a la Ley, a los Estatutos, a la voluntad (y al interés) de la mayoría de los socios, que representan una mayoría abultada del capital social, y al interés, cuando no a la propia supervivencia, de la sociedad, puede sostenerse la nulidad del acuerdo[426]".

---

[426] El voto concluye con otro razonamiento, que hemos preferido degradar a nota para aligerar la lectura. En él, la minoría argumenta que el pacto ni siquiera *"se habría incumplido, ya que contempla una excepción que justifica el acuerdo social con un apoyo porcentual inferior del capital social.*

15. El pacto (punto 3.1, apartado segundo) prevé una excepción cuando la reducción de capital venga impuesta por la Ley. Pues bien, al igual que hizo el juez de primera instancia, entendemos que en este

La argumentación mayoritaria es mejorable, porque no queda claro si se anula el acuerdo *(i)* por lesivo al interés social, *(ii)* por falta de *quorum* de constitución, o, lo que es lo mismo, por la nuda infracción del pacto (precisamente lo que el TS no admite) o *(iii)* por una conmixtión de todo ello.

La fundamentación del voto particular es más depurada, pues entra de lleno en el tema que la mayoría esquivó: ¿Qué interés social ha de prevalecer? ¿El que lo fue en el pasado, solo porque el pacto siga vigente? O ¿el interés social actual en superar la causa de disolución (la "necesidad razonable" del art. 204.2.II)?

Siendo favorable a tratar de reforzar la tutela impugnatoria de los pactos de socios, la solución de la mayoría me parece forzada. Encajar "a capón" la infracción en los acuerdos lesivos para el interés social, en el entendimiento de que el pacto constituye la *única* expresión de ese interés y que su ignorancia provoca ("in re ipsa") la lesión que exige la norma, reduce a cenizas la doctrina jurisprudencial (que no digo yo que no lo merezca, pero hay que fundamentarlo mejor) y supone ignorar que el interés social es mutable[427]. Es obvio que los firmantes del pacto están vinculados contractualmente, pero ¿eso impide que si alguno entiende que es más

caso se daría la excepción prevista, ya que, conforme las valoraciones practicadas, la devaluación de los activos inmobiliarios de la compañía obligaba a registrar contablemente unas pérdidas que dejaron reducido el patrimonio neto por debajo de la mitad del capital social (art. 363.1. e. LSC), lo que, obligaba al administrador a convocar la junta (art. 365 LSC) y a la junta adoptar el acuerdo de disolución o remover la causa (art. 365 LSC). Creemos que, si la alternativa es la disolución de la sociedad, la reducción del capital para recuperar el equilibrio patrimonial es obligatoria.

16. Ciertamente, aceptamos que la cuestión relativa al cumplimiento del acuerdo de 26 de febrero de 2007 es discutible y genera dudas de derecho, pues, tal y como expone la recurrente, la reducción de capital con carácter obligatorio sólo está prevista en el artículo 327 de la LSC para las sociedades anónimas y cuando las pérdidas hayan disminuido su patrimonio neto por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital, dejando transcurrir un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio neto. Cabría entender que la reducción no era imperativa para Riera Beaune, dado que podría optar por la ampliación de capital (artículo 363, apartado e). Entendemos, sin embargo, que una recta interpretación del pacto parasocial implica considerar que, estando incursa la sociedad en causa de disolución, no es exigible la mayoría reforzada del 80% del capital social para adoptar el acuerdo de reducción o de ampliación de capital. Nos parece evidente que la intención de los socios fue facilitar la remoción de las causas de disolución."

[427] GALGANO, F., *La societá per azioni. Le altre società di capitale. Le cooperative*, edit. Zanichelli, 3ª ed., Bolonia, 1978, p. 157, distingue entre un interés social "preliminar" (uso del patrimonio social para el desarrollo de la actividad que constituye su objeto), uno "intermedio" (obtención de beneficios) y otro "final" (su reparto).

beneficioso (para la sociedad, no —solo— para él) incumplir el pacto que cumplirlo deba primar el deber de fidelidad a sus consocios que el deber de fidelidad a la sociedad? En este caso, ¿no estarían los socios impugnantes tratando de presentar como interés social lo que ya no lo es? En caso de conflicto, ¿prima el contrato parasocial sobre el de sociedad? ¿Es justo que sufra la sociedad el cumplimiento del pacto, cuando puede sufrir —indemnización mediante— el socio el incumplimiento? Si asumimos que el interés social cabalga sobre el pacto, apreciar la causa de lesividad exige una justificación adicional, que es la que echa a faltar el voto particular; es relativamente fácil identificar un beneficio para el incumplidor (recordemos que la jurisprudencia admite como tal cualquier ventaja social), pero no lo es tanto hallar el menoscabo del interés social.

Un caso menos límite es el resuelto por la SAP de Madrid, sec. 28ª, de 8 de abril de 2022, en el asunto "Marsan". Los hechos los resume muy bien la Sala:

> "I) La sociedad EDIFICIOS MARSAN SL fue constituida en el año 2003 y en su sustrato social subyacían dos entidades, ROYBA 98 SL y CONTRATAS Y OBRAS SAN GREGORIO SA. La sociedad se constituyó con un objeto de contenido amplio, relacionado con las actividades de construcción, pero el propósito era que realizara la promoción de una obra concreta en una edificación (conocida como "Cinema Coca") sita en la ciudad de Valladolid.
>
> II) Aunque la posición de socia mayoritaria de CONTRATAS Y OBRAS SAN GREGORIO SA proviene desde el inicio, en el año 2010 se produjo una ampliación de capital que solo suscribió ésta y que todavía acentuó más su situación (pues ostentaba por encima del 98 % del capital de EDIFICIOS MARSAN SL).
>
> III) Las entidades ROYBA 98 SL y CONTRATAS Y OBRAS SAN GREGORIO SA estuvieron efectuando aportaciones dinerarias a favor de EDIFICIOS MARSAN SL desde el inicio de su actividad en proporción a su participación en el capital para subvenir a sus necesidades desde 2003 a 2010. Para darle respaldo formal a esa operativa, los socios de EDIFICIOS MARSAN SL, ROYBA 98 SL y CONTRATAS Y OBRAS SAN GREGORIO SA, suscribieron un acuerdo, que instrumentaron en documento privado fechado a 1 de julio de 2003, del siguiente tenor:
>
> "PRIMERO.- Que los socios dotarán de fondos a la sociedad, mediante préstamos o de cualquier otra forma, en la misma proporción que ostentan en las participaciones sociales.

SEGUNDO.- Que los socios no podrán retirar ni reclamar tales aportaciones dineradas, si no existe unanimidad entre todos los socios de la sociedad, hasta que el edificio de la plaza del Coca de Valladolid esté totalmente construido y cuente con licencia de primera ocupación en todas sus construcciones, y se hayan producido ventas del mismo por encima del 80% de la superficie total de venta del inmueble incluyendo en el cómputo pisos, locales, trasteros y garajes.

TERCERO.- Que, excepcionalmente, y a petición de uno cualquiera de los socios y sin necesidad del consentimiento del resto de los mismos, se permitirá solicitar la devolución de los préstamos efectuados por cada uno de ellos, con anterioridad a la fecha prevista en el acuerdo segundo, siempre que se otorgue a la sociedad un plazo mínimo para la devolución de seis meses a contar desde la petición de devolución hecha en forma fehaciente a la sociedad, y el socio solicitante de la devolución consienta en la condonación a favor de la sociedad del 50% de la cantidad cuya devolución pretenda obtener, sin cuya condonación no cabrá la devolución anticipada.

CUARTO.- Los intereses de las aportaciones se devengarán anualmente al tipo de interés oficial del dinero."

IV) La entidad ROYBA 98 SL atravesó dificultades económicas que le llevaron a ser declarada en concurso en enero de 2011, ante los Juzgados de Valladolid, en cuyo seno se aprobó un convenio con sus acreedores, que tuvo más tarde que ser, incluso, modificado.

V) La entidad ROYBA 98 SL planteó una reclamación judicial en 2016 en vía judicial contra EDIFICIOS MARSAN SL para exigir el pago del 50 % correspondiente a las cantidades aportadas para su financiación y obtuvo sentencia favorable ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Valladolid (procedimiento nº 318/2016), que condenó a la sociedad demandada a pagar 329.138,70 euros. Esta condena fue luego respaldada, en lo sustancial, en apelación. Es más, en la sentencia de 28 de julio de 2017 de la sección 3ª de la AP de Valladolid se consideró que el pacto parasocial resultaba también vinculante para EDIFICIOS MARSAN SL.

VI) Mientras todavía estaba pendiente la apelación del litigio que hemos mencionada precedentemente, el órgano de administración de la entidad EDIFICIOS MARSAN SL decidió convoca *(sic.)* junta general de socios que se celebraría el día 23 de marzo de 2017. La convocatoria publicada tenía el siguiente orden del día:

"1. Examen y aprobación, en su caso, de las solicitudes de los socios ROYBA 98, S.L. y CONTRATAS Y OBRAS SAN GREGORIO, S.A. de retirada de las aportaciones realizadas para la financiación de la sociedad durante los ejercicios de 2003 a 2010; una vez producida la venta parcial de la promoción del edificio situado en la Plaza Martí y Monsó y calle San Lorenzo - Valladolid.

2. Examen de los pactos reservados entre los socios ROYBA 98, S.L. y CONTRATAS Y OBRAS SAN GREGORIO S.A. (…)"

(…)

VIII) En la junta general de la entidad EDIFICIOS MARSAN SL que fue celebrada el día 23 de marzo de 2017, fueron adoptados, entre otros, exclusivamente con el voto a favor del socio mayoritario (98,18188 % de CONTRATAS Y OBRAS SAN GREGORIO SA) y el contrario de la minoría (1,8181 % de ROYBA 98 SL), los siguientes, acuerdos:

a) al punto 1º del orden del día: "Atender los requerimientos de los socios y aplicar los siguientes criterios para la devolución de las aportaciones realizadas, siempre que lo permita la situación económico-financiera de la sociedad: 1° Devolución de las aportaciones realizadas a partir de 2010 por uno solo de los socios. 2° Devolución de las aportaciones realizadas desde 2003 a 2010, por los dos socios de la sociedad, en forma proporcional a sus aportaciones respectivas totales y limitando la posibilidadde obtener las devoluciones si existen procedimientos judiciales pendientes entre el socio y la propia sociedad"; y

b) al punto 2º del orden del día: "El Sr. Presidente aporta a la Junta el documento proporcionado por la Administración de la Sociedad y por el socio Contratas y Obras San Gregorio, S.A., que contiene copia del acuerdo de socios fechado el día 1 de julio de 2003. El documento, contenido en dos hojas se adjunta como Anexo C, se somete a la aprobación de la Junta el asumir como societarios los pactos recogidos en este documento, suscrito en su día por los socios y sin intervención de la sociedad, puestos de manifiesto en el procedimiento judicial n° 318/2016 de que se ha hecho mención en el punto anterior. El Sr. Presidente expone que los acuerdos referidos pueden ser asumidos por la sociedad, pero con algunas modificaciones, pues, en sus términos estrictos son de imposible cumplimiento, a tenor de la situación económico-financiera de la sociedad y su situación de tesorería:

Así propone:

- Modificar el punto 2° del Acuerdo, rebajando el porcentaje exigido del 80% hasta el 35 %.

- Mantener lo acordado en el punto 3° pero exigiendo la renuncia al 50% del principal más intereses que correspondan al socio solicitante y siempre que concurran dos requisitos: 1. - que no existan pleitos entre el socio solicitante y la propia sociedad y 2. - que la situación económico-financiera de la sociedad lo permita."

IX) ROYBA 98 SL no pudo conseguir que se hiciese efectivo el cobro de las cantidades adeudadas por EDIFICIOS MARSAN SL hasta diciembre de 2017, fruto de la ejecución provisional de la condena impuesta por el juzgado."

ROYBA 98 SL decide impugnar los acuerdos porque los consideraba lesivos tanto para la propia sociedad como para sí misma en su condición de minoritaria. La Audiencia efectúa una comparativa entre el *antes* y el *después* de la junta:

"[A]ntes de celebrarse la junta (…) existía un acuerdo parasocial, que había sido suscrito por quienes suponían la práctica totalidad del sustrato social de esta entidad (sus socias CONTRATAS Y OBRAS SAN GREGORIO SA y ROYBA 98 SL), que pergeñaba un determinado escenario para la regulación del régimen de las aportaciones de fondos realizadas por los socios (…) , en el cual se imponían unas claras limitaciones y condiciones a los socios para la recuperación de ese dinero. En concreto (…) resultaba precisa la unanimidad de los socios para permitir la reclamación del reintegro de esas aportaciones hasta que el edificio estuviera totalmente construido, contase con licencia de primera ocupación y se hubiese vendido por encima del 80 % de su superficie total. Y, como excepción a ella, se permitía que bastase la reclamación efectuada por uno solo de los socios, con anterioridad al hito temporal señalado en la regla general, si éste realizaba una reclamación fehaciente otorgando seis meses de plazo a la sociedad para el pago y consentía en condonar el 50 % de la cantidad debida.

En cambio, con los acuerdos sociales objeto de litigio (…) se pergeñaba (…) un escenario distinto, más favorable a los intereses del socio mayoritario. Para empezar, éste veía desaparecer los condicionantes, tanto de índole temporal, como material y cuantitativo, para poder recuperar todas sus aportaciones (…) Esta clase de previsiones suponen un perjuicio para la sociedad, pues solo persiguen debilitar los condicionantes previstos en el acuerdo parasocial para hacer que fuera más fácil poder exigir a la sociedad el pago y que ésta no pudiera tratar de oponer a los socios los términos de aquél. El acuerdo no implica sino un intento de soslayar obligaciones que, aunque convenidas con otro socio, estaban contraídas en directo beneficio de la sociedad EDIFICIOS MARSAN SL."

Lesión para el interés social existía. Y la Audiencia concluye que a la misma se suma el perjuicio individual del socio, impuesto abusivamente por la mayoría:

"[A]demás del perjuicio a la sociedad (…) lo acordado encierra también una *(sic.)* abuso de mayoría, porque lo que se perseguía era, por un lado, algo tan torcido como tratar de enervar los efectos de un convenio obtenido, vía contractual, con la aquiescencia de todos los que lo suscribieron

(…) mediante la aprobación de un acuerdo en sede societaria para cuya aprobación bastaba la voluntad del socio mayoritario. Aunque resulte obvio que jurídicamente no es admisible que se trate de dejar sin efecto un contrato por esa vía, resulta bastante claro que el propósito del acuerdo social no era otro que, cuando menos, articular una vía indirecta para buscar un escenario más proclive a los intereses unilaterales del socio mayoritario (…)

(…) Lo que se perseguía con el acuerdo era que la mayoritaria, CONTRATAS Y OBRAS SAN GREGORIO SA, se situara en un escenario mejor que aquél al que había estado sujeta la minoritaria, de manera que ésta sufriera la reducción del importe de su crédito por haber ya reclamado, en tanto que esa prevención desaparecería o se aminoraría en favor exclusivo de CONTRATAS Y OBRAS SAN GREGORIO SA. Y ello con un doble sacrificio, el de los intereses de EDIFICIOS MARSAN SL, que podía sufrir una reclamación de pago por parte de CONTRATAS Y OBRAS SAN GREGORIO SA antes de lo previsto en el pacto y sin poder oponer los límites allí previstos, y el de los derechos de ROYBA 98 SL, que vería como soportaba para el cobro de sus derechos, aunque ello fuera llegar a ser algo inminente, un trato de peor condición que el que se iba a deparar a la socia mayoritaria."

La Audiencia se enfrenta al último escollo, la jurisprudencia según la cual la mera contravención del pacto parasocial no constituirá, *per se*, el motivo de impugnación del acuerdo; y lo supera aceptando que el pacto *(i) "pueda ser, sobre todo cuando se firma por todos los socios, un reflejo del interés social que pudiera luego venir a ser sacrificado para beneficiar el particular designio del socio mayoritario"*; o bien que *(ii) "sirva de elemento de referencia que facilite la percepción de que lo acordado respondería a un puro abuso de mayoría que simplemente ocasiona detrimento a los socios minoritarios sin que ningún provecho suponga para la entidad en cuyo seno se adopta".*

Como vemos, las dos sentencias tratan de superar la doctrina jurisprudencial, de forma muy forzada en el caso "Riera Beaune", acudiendo a la lesión del interés social, y, más holgadamente, en el caso "Marsan", en que por sus circunstancias fácticas era relativamente sencillo concluir la inexistencia de la "necesidad razonable" que exige el art. 204.1.II.

Esto no implica que siempre sea posible acudir a la figura del abuso de mayoría. Si enfrentamos el acuerdo contrario a un pacto parasocial a la definición

de acuerdo abusivo del art. 204, no dudo que la parte impugnante sea capaz de argumentar y acreditar que el acuerdo ha sido adoptado por la mayoría incumplidora en interés propio y en detrimento del interés de la minoría que hace honor al pacto; pero igual que no pongo en duda de lo anterior, cuestiono seriamente que sea sencillo probar que el acuerdo no responde a una necesidad razonable; o, dicho de otra —y mejor— manera: a los incumplidores les resultará relativamente fácil acreditar que el acuerdo tiene, por su contenido (no por la forma de adoptarlo) y, desde el punto de vista de la sociedad, una justificación razonable ("necesidad", en la expresión legal). Si el acuerdo tiene una justificación objetiva, por más que para su adopción se haya conculcado el pacto, la impugnación fracasará.

Por eso creo más factible recalar en el abuso de derecho del art. 7 CC, como infracción de ley[428], pues en él es indiferente que el acuerdo sea lesivo, beneficie a la sociedad o sea patrimonialmente neutro. Lo relevante no es su contenido, sino la forma de alcanzarlo.

[428] Al equipararse la infracción de ley y la estatutaria a efectos de impugnabilidad decae el atinado reparo de PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., "El enforcement…", *op. cit.,* p. 40, de que al pasar *"por el alambique de la infracción de ley, la violación de pactos acaba convirtiéndose en una* causa de nulidad *y, por tanto, sujeta a las más generosas reglas de caducidad y legitimación",* lo que le llevaba a exclamar: "*Cómo van a ser de mejor condición a efectos de impugnación los pactos parasociales que los propios estatutos."*

CAPÍTULO V. EL OBJETO DE LA IMPUGNACIÓN.

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN. 2.- LOS ACUERDOS: CONCEPTO. 2.1.- CONSIDERACIONES PRELIMINARES. 2.2.- LOS ACTOS (O ACUERDOS) PREPARATORIOS Y EJECUTIVOS. 3.- REVOCACIÓN, SUBSANACIÓN, SUSTITUCIÓN Y CONFIRMACIÓN DE ACUERDOS. 3.1.- EL CAMINO HASTA LA ACTUAL NORMA. 3.1.1.- Efectos del acuerdo secundario en el proceso de impugnación del primario. 3.1.2.- La impugnación autónoma del acuerdo secundario. 3.1.3.- La colisión de impugnaciones. 3.2.- ESCENARIOS POSIBLES EN EL DERECHO ACTUAL.

1. INTRODUCCIÓN.

Definidas en el capítulo precedente la *causa* —en sentido amplio— de la impugnación, procede definir el *objeto*, labor que, presentándose sencilla a priori, se revela de lo más compleja.

Son impugnables, dice el art. 204.1, "los acuerdos sociales". Aunque no precisa la norma la fuente de expresión de esa voluntad social, su ubicación dentro del capítulo de cierre (IX, "La impugnación de acuerdos", arts. 204 a 208) del Título V, dedicado a la "Junta general", permite concluir, sin esfuerzo, que la ley ha preferido asignar a la junta, como órgano soberano, las normas troncales, previendo para el consejo solo excepciones, que afectan al *objeto* de la impugnación ("acuerdos del consejo o de cualquier otro órgano colegiado de administración"), a las *causas* (añadiendo la infracción del reglamento del consejo de administración), al círculo de *legitimados* (los propios administradores y los socios que representen un uno por ciento del capital social) y al *plazo* (treinta días, con *dies a quo* variable en función de la condición del impugnante). En lo restante, advierte el art. 251.2, *"[l]as causas de impugnación, su tramitación y efectos se regirán conforme a lo establecido para la impugnación de los acuerdos de la junta general".*

El acuerdo constituye la expresión de voluntad del órgano. La STS de 5 de enero de 2007 nos define el acuerdo social, en sentido amplio, como la *"expresión de voluntad mayoritaria obtenida mediante la suma de declaraciones individuales paralelas, emitidas en las condiciones y forma que establece la ley".*

En suma, para que el acuerdo sea una expresión legítima ha de cumplir las reglas previstas en la ley y/o en los estatutos para la formación de esa voluntad. Esas normas indican la forma *regular* de conducirse de los órganos sociales. En aquello que la junta o el consejo (u otro órgano colegiado de administración) se aparten de sus postulados o puedan tildarse de lesivos, podrán ser impugnados.

Los acuerdos sociales son, pues, el resultado de un procedimiento reglado, que es distinto según vaya dirigido a disciplinar la voluntad de los socios (junta) o de los administradores (consejo de administración y otras formas colegiadas de administración).

La impugnación de los acuerdos de la junta y del consejo se sitúa al final de la regulación de estos órganos respectivos. En la junta, la impugnación de acuerdos culmina, con capítulo propio (IX), la disciplina de la junta general, a la que consagra, por completo, el Título V; con buena sistemática, el legislador va desgranando en los capítulos precedentes el modo de conformarse la voluntad social: la junta (I), su competencia (II), las clases (III), la convocatoria (IV), la junta universal (V), los derechos de asistencia, representación y voto (VI), la constitución y la adopción de acuerdos (VII) y el acta (VIII).

Y en el consejo, el art. 251 ("impugnación de acuerdos del consejo", pone fin al Capítulo VI ("el consejo de administración") del Título VI ("la administración de la sociedad"). En los preceptos que le preceden, se trata la composición del consejo (arts. 242 a 244), su organización y funcionamiento (art. 245), la convocatoria (art. 246), constitución (art. 247) y adopción de acuerdos (art. 248) y el acta (art. 250).

2. LOS ACUERDOS: CONCEPTO.

La ley, como hemos visto, concentra la acción impugnatoria en los "acuerdos", pues solo estos constituyen la expresión formal de la voluntad de la junta. El primer paso de aproximación resulta obligado: ¿Qué es acuerdo y qué no?

Lo que parece sencillo de definir, el acuerdo, no lo es tanto en la práctica, pues ya lo avanzamos, ni todo lo que se trata en una junta cristaliza en un *acuerdo* ni todos los acuerdos son impugnables.

Por ello, juzgamos ilustrativo construir un concepto de acuerdo social "reglas en mano"[429], esto es, identificando los elementos que lo integran por inducción a partir del derecho positivo.

La sistemática del Título V permite extraer con facilidad los elementos del acuerdo social:

(a) Es una reunión de socios[430], sin perjuicio de que, de forma accesoria, puedan acudir, por previsión estatutaria, directores, gerentes, técnicos, personas que tengan interés en la buena marcha de los asuntos sociales (art. 181.1) o que el presidente de la junta juzgue conveniente (art. 181.2), como el auditor o asesores jurídicos o económicos de la sociedad.

(b) Los socios han de reunirse precisamente en junta[431].

---

[429] Tomamos la expresión de sentencia de la *Corte Suprema di Cassazione* de 27 de septiembre de 2021 (*Cass. Civ. Sez*. I, n. 26199).

[430] Aunque el recordatorio parece superfluo, la sentencia citada en la nota precedente resuelve, precisamente, una acción de impugnación en que el "acuerdo" fue adoptado por un solo sujeto (una sociedad) que, pese a arrogarse la titularidad del 99'5% del capital social, en realidad no era socio. La Corte Suprema también suele citar entre sus precedentes la sentencia de 18 de noviembre de 1961, n. 2698, pero en realidad el caso allí examinado era de privación del derecho de voto del socio por pignoración de sus acciones. Otro ejemplo, más próximo en el tiempo, nos lo aporta Cass. Civ. n. 7693, de 31 de marzo de 2006; en ella, en palabras de la Sala (traducción propia) se examina un caso no muy distinto de la junta a la que sólo asistieran personas que no fueran en absoluto accionistas de dicha sociedad, cual es el acuerdo de modificación de un préstamo convertible emitido por el club de fútbol Udinese en 1984, que fue adoptado con el voto de los accionistas, quienes no eran parte en el préstamo a modificar y en ausencia total de los obligacionistas con derecho a voto, que ni siquiera fueron convocados en asamblea separada.

[431] A falta de antecedentes patrios, hallamos en del derecho comparado, casi remoto, la sentencia de 13 de agosto de 1951 (Cass. Civ. Sez. I, n. 2513), en la que el recurrente, como último motivo, aducía que *"la deliberazione, palliata come deliberazione sociale, sarebbe atata (…) una delibera presa da una simple "riunione di persone""*, en aquel caso porque la junta había tenido lugar, según la tesis del recurrente, tras la extinción del vínculo (que a su juicio operaba automáticamente por la pérdida entera del capital social), lo que la Sala niega por entender referida la extinción a la aprobación del balance final de liquidación y a la cancelación de la sociedad en el registro, lo que implicaba el mantenimiento de los órganos sociales, entre ellos la junta.

(c) Los socios han de decidir con sujeción a la mayoría legal o estatutariamente establecida.

(d) La junta ha de limitarse a los asuntos propios de su competencia, definidos en el art. 160[432].

[432] No todos los asuntos propios de la sociedad son asuntos propios de tratarse en junta; y, a la inversa, hay asuntos propios de las filiales que se ha juzgado propio que se traten en la junta de la matriz.

En ocasiones, hay asuntos que, siendo *internos*, no se juzgan competencia de la junta, por lo que, aun revistiendo la apariencia de acuerdo, no se da viabilidad a la impugnación. La SAP de Guipúzcoa, sec. 2ª, de 14 de octubre de 2014, resuelve en alzada una demanda en que se instaba la declaración de nulidad del acuerdo de aprobación de las normas de regulación de debates para la propia junta. Se alegaba por los impugnantes que el asunto era extraño al orden del día y se había adoptado con infracción del derecho de información, pues ni siquiera se había facilitado con anterioridad a los socios el texto del reglamento. La Audiencia, avalando el criterio del juez de lo mercantil, y con cita de una sentencia previa de 27 de marzo de ese mismo año, rechaza la impugnación por cuanto "*el presidente no está obligado, ni en la Ley, ni en los Estatutos a demandar el criterio de la Junta al respecto, se trata de una simple deferencia del presidente que no era de obligada deliberación", y ello en la medida que corresponde al Presidente la obligación de dirigir y ordenar el debate durante la junta, de modo que la decisión adoptada por aquel, en el sentido de someter a unas reglas de ordenación del debate al parecer de la Junta general, no tiene por qué figurar en el orden del día y ello con independencia de que se pidiera de los socios un pronunciamiento sobre dicha materia, sometiéndolo a votación y para ello se adoptará (sic.) la forma de acuerdo social.*

Una mera lectura del acta correspondiente a la Junta cuestionada evidencia la naturaleza del acuerdo cuestionado en la medida que podemos comprobar que se trataba de una cuestión de carácter funcional de atribución exclusiva al Presidente y así se desprende del tenor del acta ya mencionada en la que se indica expresamente que las pautas de ordenación se refieren a los debates a celebrar en la Junta General que se acaba de constituir y antes de dar inicio de la misma y todo ello con el objeto de conciliar el tratamiento del orden del día de hoy con la agilidad, y eficiencia del acto, asegurando la participación de todos los socios en todas las cuestiones comprendidas en el orden del día.

Por consiguiente, se trataba de introducir una serie de pautas previas para el adecuado desarrollo de la Junta perfectamente incardinables en las facultades de moderación expresamente reconocidas al presidente y en modo alguno de una modificación estatutaria relevante o de la aprobación de un reglamento de régimen interno.

Es más, como ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en supuestos anteriores, el hecho de que por parte del Presidente se proceda a fijar unas pautas de intervención durante el desarrollo de los debates de la Junta no solo resulta legítimo sino que en supuestos como el de autos, en los que existe una clara situación de enfrentamiento entre los socios, resulta conveniente e incluso necesario para salvaguardar el correcto desarrollo de la Junta, facilitándose de ese modo la intervención de los socios de forma ordenada u eficaz, permitiendo la participación igualitaria de los mismos y estableciendo para ello los límites que resulten necesarios".

Otro caso, más reciente, es el que dio lugar a la SAP de Murcia, sec. 4ª, de 11 de junio de 2020 y el posterior ATS de 26 de abril de 2023 de inadmisión de los recursos por infracción procesal y casación. El objeto de impugnación era un acuerdo de la junta autorizando la dación en pago de una de las fincas de la sociedad a uno de los liquidadores en pago de su crédito. La Audiencia señala que *"los liquidadores no deben pedir autorización a la junta general para realizar la venta de activos, al ser una función (derecho—deber) inherente a su cargo, y el mecanismo de control de los socios de esas operaciones es, además de la exigencia de responsabilidad a los liquidadores (art 375.2 LSC), la posibilidad de impugnar el acuerdo de aprobación del balance final y demás documentos dichos de los que se desprende la cuota de liquidación que corresponde a cada socio. Si no se impugna es el perentorio plazo de dos meses, se procederá al reparto".* A mayores, como lo impugnable era el acuerdo de

(e) Es indiferente que la junta sea ordinaria, extraordinaria o universal.

(f) La junta ha de ser previamente convocada, según el caso, por los administradores o los liquidadores (a propia iniciativa o de la minoría), el Letrado de la Administración de Justicia o el Registrador Mercantil, a salvo que sea universal.

(g) En la convocatoria ha de figurar el orden del día.

(h) La junta ha de celebrarse en el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio, salvo disposición contraria de los estatutos.

(i) Entre la convocatoria y la celebración debe mediar el plazo legal.

(j) La junta ha de constituirse, previa formación de la lista de asistentes[433], con observancia del *quorum* legal o estatutario.

(k) Tras la deliberación, han de procederse a la votación de lo que hasta entonces no son más que meras propuestas.

Si se alcanzan las mayorías exigidas, el presidente proclamará el resultado, que se hará constar en acta. El art. 97 RRM precisa el contenido del acta, que deberá expresar:

---

aprobación del balance final y éste no lo fue en plazo, la Sala entendió procedente el archivo por carencia sobrevenida de objeto (art. 22 LECiv).

En otras ocasiones hay asuntos que, siendo en principio *externos* a la sociedad y, por ende, a *su* junta, pueden dar lugar a la impugnación. Es el caso de la inclusión en el orden del día de asuntos propios, no directamente de la matriz, sino de sus filiales (*vid.* STS de 15 de julio de 2015 en que se admite la extensión del derecho de información en casos de filialización).

[433] La lista, como subraya DUQUE DOMÍNGUEZ, J., "La lista de asistentes en la junta general de la sociedad anónima", Revista de Derecho Mercantil, nº 86, 1962, pp. 315 a 363; se ha manejado la edición publicada en *Summa* RDM, Derecho de Sociedades Volumen I, *"no tiene eficacia constitutiva, porque ni la declaración del presidente de que la reunión posee los requisitos necesarios para deliberar y acordar ni su consignación en la lista tienen otro efecto que no sea el de su mera constatación"* (p. 1195).

1.ª Fecha y lugar del territorio nacional o del extranjero en que se hubiere celebrado la reunión.

2.ª Fecha y modo en que se hubiere efectuado la convocatoria, salvo que se trate de Junta o Asamblea universal. Si se tratara de Junta General o Especial de una sociedad anónima, se indicarán el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y el diario o diarios en que se hubiere publicado el anuncio de convocatoria.

3.ª Texto íntegro de la convocatoria o, si se tratase de Junta o Asamblea universal, los puntos aceptados como orden del día de la sesión.

4.ª En caso de Junta o Asamblea, el número de socios concurrentes con derecho a voto, indicando cuántos lo hacen personalmente y cuántos asisten por representación, así como el porcentaje de capital social que unos y otros representan. Si la Junta o Asamblea es universal, se hará constar, a continuación de la fecha y lugar y del orden del día, el nombre de los asistentes, que deberá ir seguido de la firma de cada uno de ellos. Si se trata de una sociedad limitada, el art. 192.3 LSC exige que la lista de asistentes se haga constar necesariamente en el acta.

5.ª Un resumen de los asuntos debatidos y de las intervenciones de las que se haya solicitado constancia.

6.ª El contenido de los acuerdos adoptados.

7.ª En el caso de Junta o Asamblea, la indicación del resultado de las votaciones, expresando las mayorías con que se hubiere adoptado cada uno de los acuerdos.

8.ª La aprobación del acta.

Si el acta es notarial, el Reglamento (art. 102) la dota de un contenido específico, de modo que, a las tres primeras especificaciones, el notario deberá añadir otras, dando fe de:

1.ª La identidad del Presidente y Secretario, expresando sus cargos.

2.ª La declaración del Presidente de estar válidamente constituida la Junta y del número de socios con derecho a voto que concurren personalmente o representados y de su participación en el capital social.

3.ª Que no se han formulado por los socios reservas o protestas sobre las anteriores manifestaciones del Presidente y, en caso contrario, del contenido de las formuladas, con indicación de su autor.

4.ª Las propuestas sometidas a votación y de los acuerdos adoptados, con transcripción literal de unas y otros, así como de la declaración del

Presidente de la Junta sobre los resultados de las votaciones, con indicación de las manifestaciones relativas al mismo cuya constancia en acta se hubiere solicitado.

5.ª De las manifestaciones de oposición a los acuerdos y otras intervenciones cuando así se solicite, consignando el hecho de la manifestación, la identificación del autor y el sentido general de aquélla o su tenor literal si se entregase al Notario texto escrito, que quedará unido a la matriz, pudiendo excusar la reseña de las intervenciones que, a su juicio, no fueren pertinentes por carecer de relación con los asuntos debatidos o con los extremos del orden del día.

Ni la proclamación ni el acta (menos aún su aprobación cuando no es notarial) son elementos constitutivos del acuerdo. Son, como la formación de la lista de asistentes, elementos que dotan de apariencia al acuerdo, pero no son determinantes de su (in)existencia.

El presidente, al proclamar el resultado, se limita a constatar y declarar lo que arroja el recuento de votos. Ni crea un acuerdo donde no lo hay ni su falta determina su inexistencia[434]. La exactitud y veracidad de sus declaraciones quedan sujetas no solo al poder revisor de los tribunales, sino al control registral cuando las

[434] Para un estudio completo de la naturaleza del acto de proclamación, *vid*. MARÍN DE LA BÁRCENA, F., "Proclamación de acuerdos y acciones declarativas del resultado de una votación", Revista de Derecho Mercantil, nº 276, 2010, pp. 1 a 32 (edición digital), en especial pp. 6 y ss., donde de hace un cuidado y completo estudio a la luz de los derechos alemán e italiano, para concluir (pp. 11 a 15), para el nuestro, que no es requisito para la eficacia de los acuerdos. Con posterioridad, este mismo autor ("La impugnación de acuerdos negativos (art. 204.1 LSC)", en El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital, AA.VV., Academia Matritense del Notariado, ed. Colegio Notarial de Madrid, 2015, pp. 277 a 294) reiterará que *"[l]a proclamación del resultado, aún* (sic.) *parte del procedimiento colegiado de adopción de acuerdos, no tiene eficacia constitutiva ni tiene por qué ser realizada exclusivamente por el Presidente de la Junta General al terminar la reunión o mediante el empleo de una fórmula sacramental o necesitada de constancia en acta",* para concluir que *"el acuerdo está en los votos"* (p. 290).

En el mismo sentido, ya GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952, p. 305; ESTEBAN VELASCO, G., Voz "Presidente", Enciclopedia Jurídica Básica, III, Madrid, 1995, p. 5026 (del mismo autor, *vid.* asimismo "La Junta General de la sociedad anónima: funcionamiento y, en particular, las funciones del Presidente", en Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, núm. 20, 1994, pp. 7 a 31); SÁNCHEZ LINDE, M., *El principio de mayoría en la adopción de acuerdos de la junta general de la sociedad anónima,* edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 28; FUENTES NAHARRO, M., *El presidente de la junta general de las sociedades de capital*, Revista de Derecho de Sociedades, monografía nº 48, 2020, edit. Thomson Reuters, pp. 203 a 207.

mismas resulten contradichas por la documentación aportada y los propios asientos del Registro[435].

Si el acuerdo no queda documentado en el acta, ello tampoco impide su impugnación. El acta tiene únicamente un valor *ad probationem*[436]. El acuerdo existe

---

[435] La DGRN viene declarando, sin fisuras, que *"corresponde al presidente realizar la declaración sobre la válida constitución de la junta, lo que implica que previamente ha adoptado una decisión cuando existe reclamación de reconocimiento de la condición de socio, declaración frente a la que pueden hacerse reservas o protestas (artículo 102.1.3.ª del Reglamento del Registro Mercantil). Asimismo, compete al presidente la declaración sobre los resultados de las votaciones, frente a la que también pueden hacerse manifestaciones cuya constancia en acta se puede solicitar (artículo 102.1.4ª del citado Reglamento).*

No obstante, según reiterada doctrina de este Centro Directivo, debe reconocerse que aun cuando en principio el presidente de la junta es la persona llamada a declarar válidamente constituida la misma, determinando qué socios asisten a ella presentes o representados y cuál es su participación en el capital social, así como proclamar el resultado de las votaciones de suerte que las manifestaciones u observaciones de los asistentes recogidas en la propia acta no pueden tener a efectos registrales el mismo valor que aquéllas, ello no significa que tales declaraciones del presidente deban, por la sola calidad de quien las formula, vincular al registrador de modo absoluto, al punto de que éste deba desconocer la realidad de lo acontecido en el seno de la junta cuando se halle amparado por la fe notarial, ignorando totalmente las afirmaciones contrarias de los socios consignadas en el acta y de especial relevancia para calificar la validez de los acuerdos (cfr. Resoluciones de 9 de enero de 1991, 13 de febrero, 31 de marzo de 2003 y 5 de agosto de 2013). De esta doctrina resulta claramente que el registrador no queda vinculado siempre y en todo caso por la actuación del presidente cuando la declaración de éste resulta contradicha por la documentación aportada y los asientos del Registro Mercantil en términos tales que aquella no puede mantenerse.

Para que así sea es preciso que de los hechos resulte una situación de conflicto tal que resulte patente la falta de legalidad y acierto de la declaración de la mesa. Así ocurre cuando existen juntas contradictorias (Resolución de 20 de diciembre de 2012), o cuando existen dos listas de asistentes diferentes (Resolución de 29 de octubre de 1999) o dos Libros Registros diferentes (Resolución de 13 de febrero), o cuando del acta notarial de junta general resulta patentemente la arbitrariedad en la privación del derecho de voto (Resolución de 24 de octubre de 2016), circunstancias todas ellas que impiden tener por debidamente realizada la declaración de válida constitución de la junta. Pero fuera de estos u otros supuestos semejantes hay que estar a la declaración del presidente de la junta que es el órgano legalmente encargado de formar la lista de asistentes tras apreciar las cuestiones que se susciten al respecto.

La mera oposición de uno o varios socios a las decisiones de la mesa no desvirtúa las consideraciones anteriores sin perjuicio de que aquél que se sienta perjudicado acuda al ejercicio de las acciones previstas en el ordenamiento. Lo contrario significaría desvirtuar un procedimiento, como el del Registro Mercantil, que está basado en gran medida en las declaraciones de voluntad y de verdad emitidas por las personas a quienes el ordenamiento les atribuye, bajo su responsabilidad, esta obligación" (Rr. de 24 de octubre de 2016 y 3 de abril de 2017).

[436] El valor meramente probatorio del acta viene destacándose por la doctrina desde la LSA de 1951. GARRIGUES y URÍA, Ley de sociedades anónimas, I, p. 600, ya advertían que el acta *"no es más que un atestado exigido por la ley, y como tal solo hace fe de los acuerdos y demás extremos que en ella se contengan en tanto en cuanto no se pruebe su inexactitud o falsedad."* En similares términos, MARTÍN-RETORTILLO, C., "El acta de la Junta general de accionistas. Su aprobación y efectos", Anuario de Derecho Civil, 1954, 4, p. 1133: *"los acuerdos que la Junta General adopte tienen vida propia y en general no están supeditados a la material aprobación del Acta de dicha Junta".* O, sin ánimo

al margen de su reflejo documental y su ausencia exclusivamente afecta a su ejecutividad (*cfr.* arts. 202.3 y 203.2), lo que no empece a la eficacia del acuerdo y a que un socio pueda impugnarlo[437], desde el momento mismo de su adopción (art. 205.2), por ejemplo, para evitar precisamente la ejecución de un acuerdo que reputa contrario a derecho[438]. El Tribunal Supremo ha admitido, incluso, la existencia de "acuerdos implícitos", no reflejados en acta y ni siquiera votados de forma expresa, si la voluntad de los socios puede inferirse de los que sí fueron efectivamente aprobados[439].

---

exhaustivo, más recientemente, CAMPINS VARGAS, A., ("El acta de la junta: un comentario al art. 202 LSC", Almacén de Derecho, 2 de julio de 2018): *"el acta no es un acuerdo social, esto es, ni se identifica con los acuerdos mismos ni con su formación, simplemente los relata y describe, constituyendo un medio de prueba de los mismos";* CABANAS TREJO, R. *op. cit.,* p. 391: *"se ha de recordar que el acta no es un requisito constitutivo (…), de ahí que el acuerdo exista al margen de su documentación, y con ello la posibilidad de impugnarlo"* o MASSAGUER FUENTES, J., "La propagación de la ineficacia de los acuerdos de la junta general de las sociedades de capital, en Revista de Derecho Mercantil, núm. 319, 2021, p. 30: *"No significa ello que la incorporación al acta y su aprobación o cierre sean elementos constitutivos del acuerdo social., sin los cuales este no exista o no sea obligatorio, pues solo es el medio típico de documentación o fijación de sus exactos términos y prueba de la adopción, objeto y contenido del acuerdo social".* La jurisprudencia también es conteste en el que el acta no es elemento constitutivo del acuerdo, sino medio de prueba del mismo, con un carácter *ad probationem* y no *ad solemnitatem* (STS de 5 de febrero de 2002, haciendo suya la argumentación de la Audiencia). *"El acta* —ratifica la STS de 5 de enero de 2007— *no es más que un elemento de constancia, por elementales razones de seguridad y prueba, de la adopción anterior de unos acuerdos. Por la misma razón, de la exigencia de que el acta de la junta sea levantada por notario no sigue que dicha forma especial cumpla una función constitutiva de los acuerdos o, lo que es lo mismo, que quede convertida en presupuesto de la existencia de éstos".* Más recientemente, la STS de 28 de febrero de 2023 reitera, por si quedare alguna duda, que el acta *"no es un requisito de forma ad solemnitatem de las declaraciones de los socios ni de los acuerdos sociales, pero sí constituye el medio previsto en la ley para fijar y preservar la declaración ya formada, al tiempo que otorga ejecutividad a los acuerdos allí consignados, conforme al art. 202.3 LSC)".*La SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 22 de julio de 2022 excusa de nulidad la falta de redacción del acta porque *"[e]ste documento se concice como documento probatorio, no constitutivo para dotar de eficacia jurídica a los acuerdos adoptados por la junta".* En el mismo sentido, la doctrina administrativa (Rr. DGRN de 5 de enero y 3 de mayo de 1993, 16 de junio de 1994, 7 de abril de 2011).

437 Glosando los antiguos art. 62 y 68 LSA, ya URÍA GONZÁLEZ, R., *Comentario*, I, p. 601, o GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades anónimas*, pp. 306 y ss., razonaban que si el segundo de los preceptos fijaba el inicio del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de impugnación en la fecha de adopción del acuerdo es que el acuerdo existe antes de que el acta se perfeccione jurídicamente. En el mismo sentido, comentando el actual art. 205 LSC, CABANAS TREJO, R., *op. cit*., p. 391, según el cual *"[e]l acuerdo es impugnable desde que se adopta, con independencia de que aún no surta efectos, o no se pueda ejecutar por falta de aprobación del acta u otras circunstancias, pues desde que se adopta los socios quedan sometidos a la decisión de la JG, y por eso el plazo corre desde entonces."*

438 ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., "Artículo 204", *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Rojo-Beltrán (dirs.), T. I, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 1438.

439 La STS de 28 de febrero de 2023 contempla su supuesto de "acuerdo implícito no recogido en el acta de la junta", en concreto por olvido de la aprobación de la retribución de un administrador para un ejercicio (2012), cuando se había aprobado en la misma junta para el resto (2011, 2013, 2014 y 2015) y el orden del día no desgranaba las distintas anualidades, sino que se refería expresamente a las retribuciones (en plural) que correspondían a la administradora cesante sin mención concreta de

No por no ser la proclamación ni el acta elementos constitutivos, dejan de ser importantes. La SAP de Madrid, sec. 28ª, de 25 de enero de 2013 recalca que *"las decisiones del presidente de la junta son algo más que meras declaraciones testimoniales: se trata de declaraciones a las que la normativa del ramo atribuye la virtud de definir provisoriamente, con acierto o desacierto y sin perjuicio de su revisabilidad jurisdiccional, determinadas situaciones concernientes a la junta, especialmente la definición de todo lo concerniente a la lista de asistentes y derechos de voto y al resultado que arrojan las votaciones, extremo este último sobre el que ha de llevar a cabo una proclamación específica."* Y es esa apariencia de la que dotan al acuerdo lo que *"les convierte en provisionalmente tutelables por el ordenamiento"* (STS de 23 de noviembre de 2015).

Efectivamente, el acta simple (no notarial) goza de una cierta presunción de veracidad, que obligará al socio que discrepe de su contenido (*v. gr.* por entender que no refleja correctamente los acuerdos adoptados) a impugnar el acuerdo —que no el acta— tal y como en ella aparece reflejado[440]. El acta notarial *"tiene en principio esa misma finalidad probatoria (…) pero con el valor añadido de que, al ser un instrumento público, quedan bajo la fe del notario los hechos consignados en la misma"* (Res. DGRN de 13 de noviembre de 1999).

Seguidos los trámites previstos en la ley, en los estatutos y/o en los reglamentos de la junta o el consejo, respectivamente, para la formación de la respectiva voluntad del órgano, dispondremos de un genuino acuerdo social. *No antes.*

La exposición anterior, que por simple recordatorio podría juzgarse prescindible, no lo es tanto a la vista del casuismo que se observa en la praxis judicial, en que se tildan de "acuerdo" y se permite la impugnación de estadios previos de la formación de la voluntad, tales como la negativa a la inclusión de un

años. La sentencia recurrida —dice el Alto Tribunal— infiere la voluntad de los socios de aprobar las retribuciones de 2012 por la aprobación de la de los años anterior y posteriores.

[440] ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "El presidente de la junta", Almacén de Derecho, 26 de enero de 2018 y "Op Ed: la facultad de proclamar adoptado un acuerdo y la carga de impugnarlo", Almacén de Derecho, 25 de junio de 2021.

asunto en el orden del día, las meras deliberaciones o las propuestas frustradas, todo ello bajo las vagas denominaciones de "acuerdos inexistentes", "acuerdos negativos", "no acuerdos" o "acuerdos de hecho", empleadas a veces como indistintas para expresar supuestos de hecho antagónicos.

En el acta de una junta, hemos visto, hallamos muchos elementos. El primero, la lista de asistentes, que en sí no es impugnable, por más que una confección defectuosa pueda acarrear la nulidad del acuerdo. A pesar de ello, es posible encontrar alguna resolución aislada que declara la nulidad, no del acuerdo, sino de la propia lista. Es el caso de la SAP de Madrid, sec. 28ª, de 8 de febrero de 2007, que declara la nulidad de la lista de asistentes, por un error en el cómputo de las respectivas participaciones de los socios, provocando una alteración del resultado de las votaciones, lo que lleva al tribunal a completar el fallo declarando —él— los acuerdos no adoptados pero que debieron serlo[441].

Con frecuencia aparecen, antes de la firma, los ruegos y preguntas, que tampoco son susceptibles de impugnación (SSAP de Madrid, sec. 28ª, de 17 de septiembre de 2021 y 13 de octubre de 2023[442]).

---

[441] En puridad, lo que procedería en un supuesto como este no es impugnar la lista, que, por meramente instrumental de la posterior votación, carece de autonomía propia. Lo propio sería impugnar el acuerdo "aparente" y solicitar del órgano judicial la declaración del acuerdo real. Como aclara MARÍN DE LA BÁRCENA, F. ("La impugnación…", *op. cit.*) *"[e]s posible que los Tribunales se pronuncien sobre si una propuesta de acuerdo sometida a la votación de los socios fue aprobada o rechazada por concurrir o no la mayoría suficiente y en ello no hay sustitución de la voluntad de la sociedad (como señala a veces la jurisprudencia), sino simple constatación de la misma".*

[442] Esta última sentencia examina la impugnabilidad de los "ruegos y preguntas" tanto desde el punto de vista conceptual como desde la falta de instrumentalidad del derecho de información para el voto, pues el socio había solicitado información antes de la junta, pero anunciado que se conformaba con que se le suministrara durante su celebración o, incluso, en el apartado de ruegos y preguntas. El tribunal responde que *(i) "[l]a información en relación a cuestiones a tratar en ruegos y preguntas carece de relevancia para sustentar la vulneración del derecho de información, puesto que este derecho se relaciona con el ejercicio del derecho de voto, sin que en dicho punto del orden del día se adopte acuerdo alguno sobre el que los socios emitan su voto. Además, tampoco es posible impugnar acuerdos no adoptados, como sucede respecto del apartado "Ruegos y Preguntas";* y *(ii) "El propio recurrente desconectó la petición de información de extremos concretos referidos a las cuentas del ejercicio y a los acuerdos cuya aprobación se sometía a la junta para referir dicha información al apartado "ruegos y preguntas" — como tampoco solicitó extremos concretos a incluir como punto del orden del día específico, fuera del apartado "ruegos y preguntas" —. La petición tampoco podría ser admitida de este modo. En primer lugar, porque excede del objeto de los extremos del orden del día cuya aprobación se somete a la junta, que se refieren en concreto a las cuentas de los ejercicios 2016 y 2017(…)".*

Entre uno y otro hito, he visto de todo. Lo que más, lo que uno espera encontrar cuando lee un acta: propuestas y acuerdos.

Retomemos un concepto de acuerdo social. Entre los muchos que ofrece la doctrina y, en menor número, la práctica judicial, la autoridad del órgano me lleva a elegir la STS 27 de abril de 1973, cuando declara que el acuerdo, en puridad, tiene lugar cuando, concluida la votación sobre un extremo sometido a resolución, el cómputo de votos emitidos arroja un resultado favorable a lo que hasta entonces no era más que una simple propuesta.

La definición[443], en su sencillez, aporta elementos de utilidad para seguir avanzando en la delimitación –positiva y negativa- del acuerdo social, pues permite distinguir con nitidez entre *propuesta* y *acuerdo*, conceptos que con mayor frecuencia de la deseada se confunden por nuestros tribunales.

No es el caso de la SAP de Valencia, sec. 9ª, de 26 de enero de 2021, cuando dice:

> "[E]l punto de partida para que se pueda ejercitar una acción de impugnación de acuerdos sociales es que el acuerdo que se impugna exista. Y para que exista un acuerdo es necesario que se haya aprobado por la junta su propuesta. O, lo que es lo mismo, la propuesta del orden del día no es un acuerdo sino una propuesta de acuerdo. Si la propuesta no se aprueba, el acuerdo no llega a existir. Y, si no hay acuerdo adoptado, no hay nada que impugnar."

[443] El Tribunal Supremo, en realidad, no pretendía ofrecer un concepto de "acuerdo social" y, menos aún, de acuerdo social impugnable, sino precisar a partir de qué momento podía considerarse existente el acuerdo a efectos de que el futuro impugnante hiciere constar en acta la oposición que entonces exigía la norma a efectos de colmar el requisito de legitimación activa. El Alto Tribunal, interpretando el antiguo art. 69 LSA, afirma *"en armonía a la sentencia de esta Sala de 30 de enero de 1970 que dicho precepto no habla de emisión del voto contrario a la adopción del acuerdo, sino que sólo legitima a quienes hubieran hecho constar en el acta su oposición al acuerdo, debiendo entenderse que éste nace en el momento en que, terminada la votación sobre un extremo sometido a resolución, el cómputo de votos emitido arroja un resultado favorable a lo que hasta este momento era tan sólo una propuesta, y es en tal momento cuando queda adoptado el acuerdo y cabe que el socio que se oponga al mismo haga constar en el acta su oposición, pues sólo esta manifestación debidamente consignada en el acta legitima a quien en tal forma la hubiera hecho para ejercitar en su caso la acción impugnatoria de los acuerdos (…)".*

En efecto, cuando el órgano de administración redacta el orden del día de una junta, puede:

(i) Optar por un redactado neutro, meramente expositivo del objeto sobre el que se quiere proyectar la voluntad social (*ad. ex.* "decisión sobre el ejercicio de acción social"); en ese caso, las propuestas de cada socio o facción se formulan en la junta y se someten a votación, proclamándose la alternativa mayoritaria;

(ii) Redactarlos en forma positiva (o negativa), avanzando una toma de postura, que deberá ser confirmada (o no) por la junta o consejo; en tal caso el punto del orden del día encierra, en realidad, una propuesta, que es la que es objeto de voto; y

(iii) Finalmente, es habitual la inclusión de puntos del día sobre aspectos no decisorios, sino meramente informativos. Recordemos que la PCSM permitía el voto por escrito (art. 91) solo en aquellas cuestiones que fueren susceptibles de voto *simplemente* afirmativo o negativo, con exclusión de las meramente deliberativas.

En las cotizadas, el derecho a formular propuestas de acuerdo[444] y a conocer su contenido aparecen profusamente reguladas en los arts. 517, 518 y 519. Fuera de aquéllas, el derecho de la minoría a formular propuestas solo se regula en el art. 182 para los casos de asistencia telemática y 182 *bis* para la junta exclusivamente telemática, pero nada impide que en los casos de asistencia o junta presenciales los socios, como parte del derecho a participar en la deliberación, formulen propuestas que varíen las efectuadas por los administradores[445]; a mayores, al menos en la

[444] Para un estudio del régimen jurídico de estas propuestas, *vid.* para cotizadas, MARTÍNEZ ROSADO, J., "El derecho a presentar propuestas de acuerdo en la junta general convocada", en *Estudios sobre los órganos de las sociedades de capital*, *Liber amicorum* Fernando Rodríguez Artigas y Gaudencio Esteban Velasco, AA.VV., Vol. I, edit. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017. Y para las no cotizadas, GIMENO RIBES, M., "Las propuestas de acuerdo en las sociedades no cotizadas", Revista de Derecho de Sociedades, núm. 68, mayo-agosto 2023, versión Proview®.

[445] SÁNCHEZ CALERO, F. *La junta general en las sociedades de capital*, edit. Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 543.

anónima, las propuestas podrán articularse, bien que en forma de puntos del orden del día, a través del complemento de convocatoria (art. 172)[446]. En el derecho portugués la situación es idéntica (art. 23 B del *Código dos Valores Mobiliários* para

---

[446] Para el órgano de administración resulta obligada la inclusión en el orden del día de los puntos solicitados por la minoría. Ahora bien, como señala la Resolución de la DGRN de 31 de enero de 2018 la publicación del complemento de convocatoria *"sin dejar de ser un acto debido no es automática, toda vez que los administradores no solo pueden, sino que deben realizar una función de filtro de la solicitud para comprobar si queda acreditada la legitimación del socio, si se cumplen los requisitos legales de tiempo y forma de la solicitud y, en fin, del contenido mismo de la solicitud en lo que hace al orden del día complementado (…),* de modo que *" los administradotres cumplen con la ley cuando, aunque no respeten en su integridad el tenor literal de la propuesta, confecciona un orden del día coherente o "congruente" con la solicitud practicada, aunque se respete íntegramente la dicción literal del requerimiento".* En efecto, la vinculación del órgano de administración al contenido del complemento de convocatoria no es absoluta, siquiera superado que sea el filtro de la legitimación. El deber de inclusión no implica no la asunción de su redactado, de modo que es factible que el órgano de administración opte por dar un sentido más neutro a lo que la minoría presentó como una propuesta de acuerdo. En la SJM nº 1 de Oviedo de 24 de noviembre de 2011, en que los socios demandantes denunciaban una mutilación de los puntos por ellos propuestos, razonaba:

"Los demandantes denuncian que se ha mutilado su propuesta del orden del día, a lo que la sociedad demandada replica que únicamente se han suprimido los nombres personales, sin que ello merme la potencialidad de venir en conocimiento de los asuntos a tratar. GARRIGUES—URÍA (op. cit. p. 635) recogen la STS de 21—5—1965, que en relación con el primitivo art. 56, alumbra que "será innecesario transcribir los propios términos empleados en la solicitud y cuando razones de índole moral o de posible lesión al crédito social así lo aconsejen, deberá redactarse el orden del día de modo que, sin hacerse eco de lo que, en su literal expresión sea pertinente, se detalle la materia a tratar con el pormenor suficiente para que los socios, en relación con ella, puedan con conocimiento de causa y libertad no mermada por la ignorancia o la improvisación, utilizar en forma adecuada sus derechos de información y determinación, procediendo en otro caso, si se impugnase, la anulación de los acuerdos que se adopten." En similares términos se expresan URÍA, MENÉNDEZ, MUÑOZ PLANAS (op. cit. 120), afirmando que "la redacción concreta compete a los administradores", JUSTE MENCÍA ("el orden del día debe ser fiel reflejo de la propuesta de los socios de minoría: las variaciones sobre el sentido literal de la propuesta no podrán, en ningún caso, mermar la información a los accionistas sobre al asunto que vaya a ser tratado"; Los derechos de Minoría en la Sociedad Anónima, p. 223) o MORRAL SOLDEVILLA ("los administradores están obligados a incluir en el orden del día los asuntos propuestos pero no la redacción propuesta para tratar esos asuntos"; Comentarios a la Ley de Sociedades anónimas, II, p. 998, Tecnos). Por último, sentencia SÁNCHEZ CALERO (op. cit. p.135) que "se ha de tener en cuenta que — en el caso de enfrentamiento de la minoría con la mayoría— puede buscarse por aquélla desprestigiar a los administradores utilizando términos que prejuzguen una conducta ilícita de ellos o palabras innecesarias para la descripción del asunto a tratar en la junta, procurando la minoría el perjuicio de los administradores o de la mayoría, sugiriendo expresiones insultantes para describir los asuntos del orden del día (v. gr. "malversación de los fondos sociales por los administradores", "informe de las querellas presentadas contra el presidente del consejo de administración", etc.)." De la mera comparación entre la redacción propuesta y la efectivamente llevada a la convocatoria se observa que únicamente se han suprimido los nombres propios, por lo que, viniendo la solicitud de convocatoria de la minoría, en ningún caso pueda ésta alegar desconocimiento de los asuntos a tratar.

La STS de 15 de julio de 2015, que confirma esta sentencia de instancia, casando la de la Audiencia, reconoce que *"los administradores pueden alterar los términos de los puntos del orden del día, siempre que se respete el fondo del asunto que pretenda debatirse y pueda entenderse",* recordando la previa sentencia de la Sala de 13 de junio de 2012 a cuyo tenor "*la norma impone la inclusión de los puntos requeridos en el orden del día, no la trascripción de los términos del requerimiento, por lo que basta la constancia de los asuntos a tratar ".* En el capítulo VII, al tratar sobre el complemento de convocatoria, abundaremos sobre este particular.

las cotizadas, art. 378 del *Código das Sociedades Comerciais* para el complemento de convocatoria en anónimas). En Alemania (126 *AktG*) y Francia (art. 225-105 del *Code de Commerce*, que distingue entre puntos del orden del día y propuestas de resolución) se reconoce el derecho a formular propuestas al margen de que la sociedad cotice o no.

En un mismo orden del día pueden convivir pacíficamente puntos del día neutros, propuestas y daciones de cuenta. Incluso, vemos en sede judicial juntas puramente informativas[447], lo que tiene trascendencia, según veremos *infra*, en el ejercicio del derecho de información y en la viabilidad de una impugnación por su posible infracción.

Como sumatorio, podemos hallar, en una misma acta, *(i)* meros informes del órgano de administración a los socios, *(ii)* deliberaciones, seguidas o no de la adopción de un acuerdo; *(ii)* acuerdos, que se suelen calificar como positivos y/o negativos, según sean o no conformes a la propuesta incluida en el orden del día. También podemos encontrar decisiones, pero no de la junta como tal, sino del

[447] En la SAP de Madrid, sec. 28ª, de 9 de mayo de 2012 el orden del día de la junta era el siguiente: 1.- Información legal, económica y comercial; 2.- Cuota actual de mantenimiento de Centro Comercial Torrijos; 3.- Transmisión de participaciones sociales a la sociedad (unido al local). Condiciones (…); 4.- Distribución de locales. Falta de acuerdo. Coste. Bases del sorteo; 5.- Lectura y aprobación del acta. La Audiencia, a la vista del orden del día y *"del contenido del acta misma",* concluye que *"la junta convocada tenía por una parte un contenido meramente informativo sobre las gestiones y los trámites realizados por el órgano de administración, además de sobre los proyectos de éste, y por otro buscaba recabar el apoyo de los socios para marcar una estrategia sobre los pasos de dar por el órgano de administración de cara a una definitiva conformación del futuro sustrato societario de la entidad."*

presidente[448] o, más difusamente, de los socios[449], excluyendo algún asunto del orden del día o negándose a incorporarlo. Esas decisiones no son directamente

[448] Este supuesto tuve la oportunidad de juzgarlo en la instancia (SJM nº 1 de Oviedo de 24 de noviembre de 2011). Superando el pudor que da la autocita, la incluyo, siquiera al pie, porque son escasas las resoluciones que se pronuncian sobre este particular y, menos aún, las que, merced a la porfía de las partes, han llegado a casación (STS de 15 de julio de 2015). La sociedad, una potente funeraria, dividida en dos bloques de accionistas, había iniciado, por designio del mayoritario, un proceso de filialización en el que los minoritarios estaban, de facto excluidos: las filiales eran unipersonales de la matriz y estaban también al margen del órgano de administración, que la mayoría reservaba para sí. Para tratar de controlar la actividad de las filiales, los minoritarios solicitan la convocatoria de una junta extraordinaria de la matriz en la que solicitan, entre otros extremos, la inclusión de varios puntos del orden del día relativos a una de las filiales. El órgano de administración incorpora los puntos requeridos al orden del día, pero llegada la junta, el presidente de la misma anuncia que no pueden ni van a ser objeto de deliberación y votación en la Junta (por ser propios de la junta de la filial) y que si han sido incluidos es por imperativo del art. 100 TRLSA. Los minoritarios, disconformes con tal decisión, ejercitan una acción de impugnación de algunos de los acuerdos efectivamente adoptados y, respecto de los no objeto de debate y votación, ejercitan una acción declarativa de su derecho a la inclusión, debate y votación. En la sentencia, en su Fundamento de derecho Tercero, razono así: *"Más problemas plantea la negativa de la Junta (rectius, del presidente de la misma, pues no llegó siquiera a someterse a votación) a tratar cuatro de los puntos del orden del día propuestos por la minoría. La parte actora sostiene que si los administradores entendían que esos asuntos no eran competencia de la junta debían haberse negado a incluirlos, pero, una vez incluidos, deben tratarse de forma imperativa. Por su parte la sociedad demandada defiende la legalidad de su actuación, afirmando que la inclusión es imperativa, sin perjuicio de que en el acto de la junta se deniegue la deliberación y votación si se constata que son ajenos a la órbita competencial de la junta. En realidad, dos son las cuestiones a resolver: 1ª ¿Es obligatoria la inclusión por los administradores de los puntos solicitados por la minoría o existe algún grado de discrecionalidad? 2ª Una vez incluidos los asuntos en el orden del día, ¿puede obviarse la deliberación y votación sobre los mismos? Fácil es advertir que ambas cuestiones están íntimamente relacionadas. URÍA, MENÉNDEZ y MUÑOZ PLANAS (op. cit. p. 120) se hacen eco de la STS de 26-10-79, a cuyo tenor si algún asunto no es incluido o la junta se abstiene de deliberar sobre otros puntos propuestos, se produce la nulidad del acuerdo social relativo. MORRAL SOLDEVILLA (op. cit. p. 998) también afirma que los asuntos propuestos deberán incluirse y tratarse obligatoriamente. SÁNCHEZ CALERO (op. cit. p. 135) ya introduce ciertos límites a esa inclusión imperativa ex art. 100.2, pues a su juicio "el anuncio de la convocatoria (…) ha de incluir los asuntos que hubiesen sido objeto de solicitud, siempre que están comprendidos en la competencia de la junta (el subrayado es nuestro) y no sean contrarios a los intereses comunes a los socios." En la misma línea y con mayor amplitud, JUSTE MENCÍA (op. cit. p. 255), tras preguntarse acerca de la necesidad de un control de la solicitud por los administradores y sus límites, concluye que "surgen dudas cuando se considere que no corresponden (los asuntos) a la competencia de la Junta General, o puedan ser encuadrados en el abuso de derecho de solicitud. En este caso —prosigue— la potestad de los administradores es discrecional, no arbitraria: no se puede en ningún caso olvidar que la ley les impone un deber, que ha de ser interpretado conforme a los requisitos de diligencia que, en el cumplimiento de su cargo, pide al órgano de gestión. Sólo cuando la convocatoria pueda razonablemente dañar el interés social podrá denegarse. Ciertamente, las barreras entre el daño al interés social y el juicio sobre la oportunidad no están claras en algunos casos, de donde se deduce la conveniencia, ya aludida, de que se motiven las razones de la denegación, cuyos fundamentos habrán de ser objetivos. De otra manera, se corre el riesgo de dejar vacío de sentido el artículo que comentamos". Esto es, podría discutirse si los administradores están facultados para rechazar, total o parcialmente la solicitud, facultad de la que, en todo caso, no se ha hecho uso en el caso de autos. Pero una vez que la inacción en este sentido de los administradores permite que los asuntos pasen al orden del día, lo que se antoja inadmisible es que la junta, y mucho menos su presidente, decidan no tratar alguno de ellos. Ni la junta ni su presidente tienen competencia para decidir sobre su propia competencia, desconociendo la competencia asignada por la ley a otros órganos y los poderes y derechos conferidos por la ley a los accionistas (en este caso la inclusión de asuntos en el orden del día) [v. SÁNCHEZ CALERO, op. cit. pp. 56 y ss.]. Los asuntos incluidos en el orden del día han de deliberarse, con independencia de cuál sea el sentido del acuerdo que al respecto se alcance. Es expresiva en este punto la opinión de SÁNCHEZ CALERO (op. cit. pp. 541 y 542):*

impugnables, pues han impedido la adopción formal del acuerdo, por lo que o se impugna la junta en sí (si solo tenía por objeto los puntos excluidos[450]) o se interesa que por el juzgado se declare el derecho a la inclusión en la próxima[451] junta de los asuntos indebidamente preteridos.

"Es claro que, como sucede en la sociedad anónima, la junta de la limitada no puede adoptar acuerdo alguno que no conste en el orden del día, salvo en los supuestos excepcionales que legalmente están previstos (…) De igual forma no es admisible que, salvo parecer unánime de los socios, se omita por la junta el tratar y adoptar un acuerdo (favorable o no) sobre algún asunto que conste en el orden del día, lo cual puede dar motivo para la declaración de nulidad de la junta general cuando se estima que esa actuación es de esencia para la reunión."
Ahora bien, dado que estamos ante un "no acuerdo", la consecuencia de la vulneración legal no puede ser la nulidad de algo que no ha nacido a la vida, (como se sostiene por la STS de 26-10-79, que habla de nulidad del acuerdo) luego debemos preguntarnos si la nulidad, ante la imposibilidad que lo sea "del acuerdo", ha de serlo "de la junta", como proclama SÁNCHEZ CALERO. A juicio de este juzgador, no tratándose de un vicio que afecte o comprometa a toda la Junta, carece de sentido acordar su nulidad, bastando a tal efecto con que se emita un pronunciamiento declarativo como el que integra el punto 3º del suplico de la demanda. Se estima, en consecuencia, el tercer punto del suplico de la demanda", que interesaba que *"3.- Se declare el derecho de los demandantes, en tanto que socios de la mercantil demandada, a que sean objeto de debate, discusión y votación en la Junta todos y cada uno de los puntos de la convocatoria de la expresada Junta conforme fue publicada en el BORME de fecha 12-1-2010, sin excusión alguna".* Esta pretensión, en su literalidad, es elevada al fallo.

[449] En la SJM nº 2 de Oviedo de 1 de marzo de 2021, un socio solicitó en el acto de la junta la inclusión del asunto relativo al ejercicio de la acción social. En el acta, transcrita en la sentencia, se hizo contar: *"Por parte de D. (…) se solicita incluir en el orden del día la acción social de responsabilidad, por el resto de socios se vota en contra, dando por concluida la reunión sin tratar este asunto".* Se impugna la junta (toda) y el juez lo concede.

[450] *Vid.* notas precedentes, en que los dos juzgados de la misma plaza llegan a soluciones distintas; el nº 1 no anula la junta porque había otros acuerdos no comprometidos y el nº 2 anula la junta, si bien en apelación la audiencia limita la nulidad al "acuerdo", no adoptado, de ejercicio de la acción social. El Tribunal Supremo varía también su respuesta en función de las circunstancias del caso concreto. En la sentencia de 13 de junio de 2012, en que lo ignorado era un complemento de convocatoria, el TS confirma que la nulidad afecta a toda la junta; en cambio, en la de 15 de julio de 2015, dictada con ocasión de la SJM nº 1 de Oviedo referida, la Sala declara que lo procedente en ese caso no es la nulidad de la junta, tampoco del acuerdo (inexistente), sino la condena a su inclusión en una nueva junta: "*Y, a pesar de que la sentencia de 13 de junio de 2012 acuerda la nulidad de la Junta, en el presente caso, comparte la Sala las razones invocadas por la sentencia recurrida, que se remite a las aducidas por la sentencia de primer grado, en el sentido de que las impugnaciones no tienen relevancia suficiente para viciar de nulidad la Junta, pues la mayoría de los puntos del orden del día, no eran susceptibles de que pudieran adoptarse acuerdos sociales. Por ello, habrá que estimar, en parte, el recurso de casación, revocar, en parte, la sentencia recurrida, y confirmar la sentencia de primera instancia, obligando a la sociedad a que convoque nueva Junta para tratar los puntos sobre los que entendió no eran de su competencia."*

[451] En la SJM Nº 1 de Oviedo de 24 de noviembre de 2011, ya comentada, declaré "*el derecho de los demandantes a que sean objeto de debate, discusión y votación en la próxima Junta todos y cada uno de los puntos interesados por los demandantes al amparo del art. 100.2 del derogado TRLSA, con la redacción publicada en el BORME de fecha 12-1-2010, sin excusión alguna."* Notificada la sentencia, la actora interesó aclaración y/o complemento al objeto de precisar qué había de entenderse por próxima junta, lo que dio lugar al auto de 21 de mayo de 2012: *"la actora interesa que se complete qué ha de entenderse por "próxima Junta", esto es, si ha de convocarse una Junta* ad hoc *para satisfacer el derecho declarado en la sentencia o si ha de esperarse a que se convoque. La sentencia creemos que es clara a este respecto, no obliga a convocar Junta para este asunto particular, sino que en la próxima que se convoque (pendiente apelación es imposible prever cuál será, si una ordinaria o extraordinaria),*

Tratándose de una acción impugnatoria de acuerdos sociales, la doctrina jurisprudencial que podríamos calificar como "clásica" viene afirmando que:

(i) Los acuerdos, en cuanto actos de relación, tienen una forma de expresarse y de adquirir realidad jurídica, la cual les da apariencia y, por ello, les convierte en provisionalmente tutelables por el ordenamiento (STS de 11 de marzo de 2015).

(ii) Los acuerdos adoptados y reflejados en el acta son eficaces y se reputan válidos hasta que sean anulados por sentencia firme o suspendidos por medida cautelar (STS de 23 de febrero de 2012).

(iii) La trascendencia económica que en las sociedad capitalistas tiene el correcto desarrollo de la vida interna de las sociedades, justifica que el Estado dentro de ciertos límites se inmiscuya en su desarrollo y controle la regularidad de las decisiones adoptadas por los órganos sociales, si bien los tribunales han de proceder con toda ponderación y cautela, procurando no invadir la esfera de acción reservada por la ley o los estatutos a los órganos de la sociedad (STS de 4 de octubre de 1956), ya que el art. 204 no autoriza a suplir la voluntad social en la adopción de acuerdos que tan sólo a la misma competen, pues el

---

deberán incluirse en el orden del día "todos y cada uno de los puntos interesados por los demandantes al amparo del art. 100.2 del derogado TRLSA, con la redacción publicada en el BORME de fecha 12-1-2010, sin excusión alguna"*, sin necesidad de que los demandantes lo exijan de nuevo."*

A idéntica solución llega la SJM nº 8 de Barcelona de 4 de marzo de 2020, aunque por distinta vía. Si en la sentencia (y auto complementario) citada la ejercitada era una acción declarativa, acumulada a la impugnatoria, que afectaba a otros genuinos acuerdos, aquí el socio disidente optó por una típica acción impugnatoria, calificando la negativa a la deliberación como un "no acuerdo", que el juez acaba anulando por abusivo: *"Este "no acuerdo", o negativa a someter a deliberación y votación un punto del orden del día, constituye una inequívoca manifestación de abuso de poder de los socios mayoritarios sobre el demandante como socio minoritario, pues aquéllos, que son simultáneamente socios y adminsitradores* (sic.) *solidarios, de forma ilegal y arbitraria impusieron en este punto al demandante su voluntad, cuando además dicha decisión no responde a un interés razonable de la sociedad, pues en nada predetermina el desenlace de la votación, ni tiene amparo legal."* Por ello, declara *"la nulidad de pleno Derecho de esta decisión de la sociedad demandada, que hemos convenido en denominar "no acuerdo", por abusiva, que queda sin efecto jurídico alguno, y que deberá ser sometida, conforme a Derecho, a deliberación y votación en la primera Junta General de la sociedad demandada que se celebre inmediatamente después de la notificación de esta sentencia."*

efecto propio de la nulidad de los acuerdos sociales es la ineficacia de los adoptados, y no la sustitución por otros de signo contrario (STS de 6 de octubre de 2010);

(iv) Fuera de aquellos supuestos extraordinarios en los que la propia norma cercena la regla de libertad de adopción de decisiones empresariales e impone a los administradores o a los socios determinadas decisiones (casos de convocatoria judicial de junta, concurrencia de causas de disolución, etc.), el control judicial de las decisiones societarias se limita al examen de la regularidad de los acuerdos adoptados, pero no la conveniencia o no de la adopción de otros, sin perjuicio, claro está, de que la paralización de la toma de decisiones pueda llegar a erigirse en causa de disolución, ésta sí, susceptible de ser adoptada por el Juez (STS de 6 de octubre de 2010).

Sin embargo, cuando se atacan fenómenos distintos del acuerdo en sentido estricto, ya no se pide al juez que destruya un acuerdo social que goza de la presunción de validez, sino que declare la voluntad verdadera social (*v. gr.* cuando hay un error en la proclamación del resultado) o directamente la cree (concediendo dividendos allí donde la junta decidió aplicar el resultado a reservas). Se cuestiona, entonces, si la acción impugnatoria es el cauce procesal adecuado o deber ser sustituida por (o acompañada de) una acción declarativa.

Pensemos en un acuerdo adoptado con el voto favorable y decisivo de un socio indebidamente representado. Con solo anularse el voto, ni siquiera el acuerdo, éste cambiaría de sentido. ¿Hay que impugnar el acuerdo adoptado por una mayoría aparente o basta con solicitar que se declare el acuerdo que debió ser adoptado y no lo fue por votar quien no debía hacerlo? Este caso fue resuelto por el BGH en sentencia de 9 de diciembre de 1968 (II ZR 57/67). El Tribunal de Apelación de Berlín había partido de la asunción de que, incluso si la mayoría de votos hubiera faltado de hecho, acuerdo existía, aunque defectuoso en la forma de adoptarse, y, por ello, era impugnable; el BGH consideró que este planteamiento era erróneo, pues la falta de representación convertía en nulo el voto, degradando la aparente

mayoría a minoría; como la mayoría de votos es requisito previo para la formación de la voluntad, no habría habido acuerdo, que es el presupuesto de la acción de impugnación, debiendo el socio discrepante ejercitar en su lugar una acción declarativa dirigida a que la sentencia pronunciara el acuerdo, con las mayorías correctas.

Válido lo anterior como primera toma de contacto con los problemas que vamos a afrontar, profundicemos.

2.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

La impugnación puede alcanzar a todos los acuerdos adoptados en junta o solo a algunos de ellos. La ley no contempla[452] —aunque tampoco excluye— la impugnabilidad de las juntas. En buena técnica jurídica, lo impugnable son los acuerdos, no el acto de la junta en sí.

No obstante, en el foro es muy frecuente que en el suplico de las demandas se interese la nulidad de la entera junta en aquellos casos en que los defectos, por afectar a su convocatoria o constitución, permean a la totalidad de los acuerdos adoptados en ella.

La jurisprudencia, desde los primeros años de vigencia de la LSA de 1951, viene asumiendo que la declaración de nulidad de la junta arrastraba a los acuerdos en ella adoptados.

La primera declaración en este sentido la hallamos en la STS de 30 de noviembre de 1963, que, de forma tan críptica como alambicada, declaró:

> "CONSIDERANDO que el motivo cuarto que se amparó en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley procesal y acusa a la sentencia recurrida de haber interpretado erróneamente los artículos 48, 76, 78 y 82 de la de Sociedades

[452] Aunque el art. 172 LSC, con ánimo de abreviar, eleve la falta de publicación del complemento de convocatoria a causa de nulidad de la junta.

Anónimas, es también desestimable, pues parte del supuesto para sostener que los acuerdos tomados en la Junta extraordinaria celebrada en 29 de mayo de 1.692 son válidos, de la validez de su convocatoria y, por consiguiente, de la Junta mencionada, mas como el fundamento esencial de su nulidad es que deriva de los defectos de la Junta y su convocatoria cuanto se especula sobre el supuesto de la validez de ésta es intrascendente a efectos de casación".

Ya con mayor claridad, la sentencia de 28 de abril de 1967:

"CONSIDERANDO que cuando falta la convocatoria o ésta no es válida por incumplimiento de los Estatutos, carece de validez la Junta que con este vicio de nulidad haya podido celebrarse, al igual que los acuerdos en la misma adoptados, según resulta de la Ley y proclama la jurisprudencia, al declarar que "toda convocatoria, cualquiera que sea el carácter de la Junta a que se cita, que no cumpla con toda exactitud cuanto por la Ley es exigido carece de validez e imprime la misma tacha a la Junta que con tan insalvables defectos iniciales haya podido celebrarse" (sentencia de 30 de noviembre de 1963), doctrina que hace asimismo estimable el recurso formalizado por don Héctor , haciendo inútil el examen de sus motivos."

Y la de 24 de febrero de 1975:

"[L]a validez de la celebración de la Junta, determina la nulidad de los acuerdos adoptados en ella, como tiene proclamado esta Sala en cuantos casos ha tenido ocasión de conocer relativos a nulidad de acuerdos sociales por irregularidad de la convocatoria, respetando así lo previsto, entre otros, en el artículo 48 de la Ley sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas, primero de la sección consagrada a la Junta General, que exige que ésta esa "debidamente convocada"».

Más recientemente, la sentencia de 13 de febrero de 2006:

"La naturaleza imperativa de dichas normas y la correlación entre su incumplimiento, la inválida constitución de la junta y la nulidad absoluta de los acuerdos adoptados han sido destacadas por la jurisprudencia para estas y otras sociedades capitalistas (sentencias de 31 de mayo de 1.983, 17 de diciembre de 1.986, 7 de abril de 1.987, 5 de noviembre de 1.987, 18 de diciembre de 1.987, 25 de marzo de 1.988, 26 de enero de 1.993, 15 de noviembre de 1.994 y 14 de marzo de 2.005).

En particular, la falta de precisión y claridad del orden del día relativo a modificaciones estatutarias determina la nulidad de los acuerdos e, incluso, de la propia constitución de la junta.

(…)

En conclusión, la junta ordinaria no se constituyó válidamente, de modo que, conforme a lo expuesto, los acuerdos que de ella nacieron tampoco son válidos, aunque permitieran formar una mayoría."

O la de 9 de abril de 2007:

"Las SSTS de 21 de mayo de 1965, 21 de mayo de 1970, 23 de noviembre de 1970, 31 de mayo de 1983, 12 de julio de 1983, 25 de mayo de 1984 y 18 de diciembre de 1987 , entre otras, declaran que la validez de los acuerdos sociales se encuentra condicionada al cumplimiento y observancia de cuantos requisitos afectan a la convocatoria y constitución de las Juntas en que se adopten, pues dicha validez ha de ser contemplada no sólo desde el punto de vista intrínseco, sino teniendo en cuenta también su posible ineficacia por motivos extrínsecos, de tal suerte que si los acuerdos se adoptan en Juntas convocadas en contradicción con la ley o con los estatutos, este defecto trasciende a los acuerdos adoptados en la Junta".

En la jurisprudencia menor también es frecuente que el órgano judicial se vea obligado a insistir en la distinción. Nos parece obligada[453] la cita de la SAP de Madrid, sec. 28ª, de 1 de diciembre de 2008:

"Esta ilicitud determinante de la nulidad o anulabilidad del acuerdo puede producirse respecto de extremos sustantivos del contenido de los acuerdos sociales, y en tal caso será nulo o anulable exclusivamente el acuerdo en que concurra la causa de nulidad o anulabilidad, por defectos intrínsecos, pero no los demás adoptados en esa junta general o en ese consejo de administración. Pero la infracción legal o estatutaria puede también producirse respecto de las normas que regulan la convocatoria, constitución o celebración de las juntas o de los consejos de administración. En tal caso, puede que se trate también de un motivo de nulidad o anulabilidad que afecte exclusivamente a determinados acuerdos (por ejemplo, infracción del derecho de información respecto de un determinado punto del orden del día). Los demás acuerdos aprobados en la junta que no estén relacionados con esa infracción legal o estatutaria no están afectados por el motivo de nulidad. En otras ocasiones, la infracción legal o estatutaria de las normas reguladoras de la convocatoria, constitución o celebración de la junta general o de la reunión del consejo de administración afecta de forma general a la totalidad de los acuerdos adoptados, por cuanto que vicia de raíz la propia celebración de la

[453] Obligada, amén de por sus virtudes intrínsecas —calidad y claridad expositiva—, porque no puede obviarse la identidad del ponente, Excmo. Sr. Sarazá Jimena, hoy integrante de la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

junta o del consejo en sí. Así ocurre, por ejemplo, cuando la convocatoria no se ha publicado con la publicidad y con los plazos de antelación exigidos en la ley, o cuando no se ha convocado personalmente a alguno de los socios cuando así lo prevén los estatutos sociales. Se trata en todo caso de defectos extrínsecos, que afectan a la validez del acuerdo no por el contenido del mismo, sino por las circunstancias en que tal acuerdo ha sido adoptado. Es en estos supuestos de vicios en la convocatoria, constitución o celebración de la junta general o del consejo de administración determinantes de la nulidad o la anulabilidad de todos los acuerdos de la junta o del consejo cuando se habla de la nulidad o anulabilidad "de la junta general" o "del consejo de administración", como también en ocasiones de solicita o incluso se acuerda en la sentencia la nulidad "de la convocatoria" de tal junta o consejo. Pero en puridad, lo que es nulo o anulable, lo que la ley prevé que puede impugnarse no es "la junta" o "el consejo", ni tampoco la "convocatoria", sino los acuerdos adoptados en tal junta o consejo a los que se refiere la convocatoria realizada sin observar las exigencias legales o estatutarias."

La aclaración excede de lo pedagógico, pues el órgano judicial, enfrentado a una petición de nulidad "de junta" o "de consejo", se ve obligado a reinterpretar o reconducir el suplico, como expresa la Audiencia madrileña para cerrar el razonamiento:

"En tales casos, si se impugna la validez del consejo o de la junta en realidad lo que se está haciendo es impugnar la validez de todos y cada uno de los acuerdos adoptados en dicho consejo o junta por la concurrencia de defectos extrínsecos relativos a la convocatoria, constitución o celebración de tal consejo o junta, y que afecta a todos los acuerdos adoptados. Es por eso que en la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2002 , relativa a una demanda en la que se solicitaba se dictara sentencia en la que se declararan "impugnadas y nulas" una serie de juntas generales de accionistas por concurrir defectos de convocatoria, el alto tribunal, en su fundamento primero, de un modo pedagógico comienza explicando que "se ejercita la acción de impugnación de acuerdos sociales por nulidad de la junta general ordinaria de 29 de junio de 1992 y de la extraordinaria de 16 de octubre de 1992, por: primero: no haber sido convocados por el órgano competente; segundo: no haberse publicado los anuncios de la convocatoria de la junta ordinaria con quince días de antelación". Es decir, que en estos casos en los que se pide que se declare la nulidad de la junta general o del consejo de administración lo que se ejercita realmente es una acción de impugnación de todos los acuerdos sociales adoptados en la junta o en el consejo, por nulidad de tal junta o consejo en que fueron adoptados, al concurrir defectos de convocatoria.

Por ello, considera la Sala que en este motivo de impugnación lo que se pretende por los recurrentes es que se declare la nulidad de la totalidad de

> los acuerdos sociales adoptados en la junta general de la sociedad demandada celebrada el 27 de junio de 2005 por defectos en su constitución que suponen vulneraciones de las leyes societarias y de los estatutos sociales."

En el mismo sentido, pero con motivación más sucinta, el mismo órgano (y ponente), en sentencia de 14 de mayo de 2009:

> "[E]n realidad la acción de impugnación solo puede refiere (sic.) a los acuerdos adoptados en la junta (por imponerlo así el art. 115 de la Ley de Sociedades Anónimas), sin perjuicio de que cuando la infracción afecta a la convocatoria, constitución o celebración de la junta, el vicio tiña de ilicitud todos los acuerdos adoptados al margen de su concreto contenido, supuesto en que suele aludirse a la nulidad de la junta como comprensiva de la de todos los acuerdos adoptados en la misma."

Esa final referencia de la SAP de Madrid de 14 de mayo de 2009 a la ilicitud "de todos los acuerdos" me permite afrontar otra cuestión: la posible impugnación selectiva de acuerdos.

La SAP de Tenerife, sec. 4ª, de 4 de mayo de 2022, con cita de antecedentes de la propia Sala (sentencias de 24 de abril y de noviembre de 2012) y en línea, confesada, con el criterio de otras Audiencias, principia aclarando que *«nuestro ordenamiento jurídico no distingue propiamente, en el ámbito de la regulación de las sociedades de capital, entre la impugnación de las juntas de estas sociedades y la impugnación de los acuerdos adoptados en la misma. Regula, en efecto, como impugnación, la de acuerdos sociales de la junta y la de los acuerdos del consejo de administración. La primera bien puede estar fundada en motivos atinentes a la convocatoria, constitución y celebración de la junta (ya sean comunes y referido a todos los acuerdos adoptados, o bien específicos de uno o varios de ellos), en las que se puede haber incurrido en alguna infracción de las normas que regula esos aspectos y que, en el caso de afectar a todos ellos y de concurrir, puede determinar la nulidad de todos los acuerdos; pero también esa impugnación puede estar fundada únicamente en motivos particulares o específicos de cada acuerdo que suponen la infracción de las normas legales o estatutarias específicas de cada uno, o bien un perjuicio para la sociedad en beneficio de uno o varios socios, pero nada impide que el motivo o la infracción se atribuya en particular a todos los acuerdos adoptados».*

Es decir, prosigue la Audiencia, *"más que de nulidad de la junta habría que hablar de nulidad de acuerdos por motivos relacionados con el acto de la junta lo que, en la práctica, ha podido generar el concepto de nulidad de la junta que, en todo caso, es instrumental en cuanto que implica, de ser común a todos los acuerdos, la nulidad de todos ellos"*.

En el caso revisado en alzada por la Audiencia de Tenerife al socio impugnante se le había impedido intervenir en la deliberación de uno de los puntos del orden del día, lo que motivó que abandonara la junta anticipadamente, frustrando con su marcha la adopción de cualquier acuerdo, por falta de las mayorías necesarias para su aprobación. La cuestión que se plantea la Sala es si cabe la *"declaración de nulidad la junta y de todos los acuerdos adoptados en ella por un motivo (la infracción del derecho de intervención) que, en su caso, habría que referirlo a un solo acuerdo y no a todos, y ni siquiera a uno pues no llegó a adoptarse";* y la responde afirmativamente:

> "5. No cabe duda de que el derecho a la intervención en la junta es un motivo atinente a su celebración que puede provocar la nulidad de los acuerdos (de todos o de alguno en particular) y, si afecta a todos ellos, se puede hablar de la nulidad de la junta. En este caso se impidió la intervención en la junta a uno de los socios que había intervenido con clara infracción de lo dispuesto en el art. 23 de los Estatutos Sociales, y no se esgrimió ninguna razón para ello (lo que califica a la decisión de arbitraria), lo que motivó que el socio se ausentara de la reunión voluntariamente. Ciertamente la infracción habría que referirla, en principio, al acuerdo respecto del que se había impedido la intervención del socio de modo que sería un motivo que solo concerniría a tal acuerdo, pero no a los restantes en los que se le podría haber dado intervención de no haberse ausentado el socio de forma voluntaria. Lo que ocurre es que la base o razón de la decisión no obedeció a un motivo concreto ni se refería a la concreta intervención impedida, sino a la general que podía llevarse a cabo en la asamblea, de modo que en realidad se venía a impedir esta intervención durante toda la junta, con lo que la infracción hay que referirla a la totalidad de los acuerdos en los que se habría materializado, aunque el socio hubiera permanecido presente.
>
> 6. Sobre esta base no pueden estimarse estas dos primeras alegaciones; la infracción del derecho de intervención fue efectivamente esgrimido como causa de impugnación, más allá de que lo fuera como causa de nulidad de la junta o de nulidad de la totalidad de sus acuerdos, lo que no deja de ser intrascendente desde el plano de la indefensión material, de modo

> que ni puede existir incongruencia (que tiene se (sic.) fundamento en la proscripción de esta indefensión y no de la meramente formal), ni, por otro lado, el motivo se refiere a uno solo de los acuerdos (aunque fuere inexistente) sino a la totalidad de los acuerdos adoptados en la sesión. "

Efectivamente, desde el punto de vista de la congruencia no hay problema de índole procesal para que el juez, impugnada la junta, entienda que son (todos) los acuerdos en ella adoptados los impugnados. Ahora bien, ¿qué sucede cuándo, presente un vicio invalidante de la junta y, por extensión de todos los acuerdos, el actor impugna selectivamente solo algunos de ellos? El juez, obviamente, no puede declarar la nulidad de la junta, pues ello implicaría conceder más de lo pedido (incongruencia *ultra petita*), extendiendo la nulidad a acuerdos no impugnados[454]. Como tampoco puede, si se impugna la junta pero el vicio invalidante afecta a uno de los acuerdos de forma privativa, sin comprometer a los restantes, declarar la nulidad de aquélla, sino que debe reducir la nulidad al acuerdo contaminado[455].

Esta preocupación por una impugnación selectiva de acuerdos de una junta con vicios invalidantes no responde a un supuesto de laboratorio. La duda me la sugiere la lectura de dos sentencias.

Por orden cronológico la primera procede de la Audiencia Provincial de Madrid (sec. 28ª). Es la sentencia de 17 de octubre de 2014. En la demanda se solicitaba la declaración de nulidad de los acuerdos Primero, Segundo y Tercero (relativos, sucesivamente, a aprobación de cuentas, aprobación de la gestión social y aplicación del resultado, que ordinariamente suelen aparecer unidos en un solo punto del orden del día), no así el Cuarto, en el que se procedía al nombramiento de

[454] SAP de Madrid, sec. 28ª, de 17 de octubre de 2014.

[455] Es el caso que se plantea en la SAP de Asturias, sec. 1ª, de 30 de septiembre de 2021. En la demanda se impugnaban tanto acuerdos en sentido estricto como "juntas". En concreto se solicitaba, entre otros extremos, que *"se declare la nulidad de la Junta General de socios (…) de 26 de marzo de 2020 y todo lo en ella tratado, por haber conculcado el derecho de DDM al ejercicio de la acción social de responsabilidad en los términos previstos en el art. 238.1 LSC".* El juez de lo mercantil (SJM nº 2 de Oviedo de 1 de marzo de 2021) declara la nulidad de la junta, lo que la Audiencia censura, estimando parcialmente el recurso, pues *"lo que carece de sentido es que la nulidad de este último acuerdo (…) pueda extenderse a todos los restantes adoptados en la misma, , incluidos previamente en el orden del día, ajenos al motivo de impugnación alegado (art. 238.1 LSC) y respecto a los que ningún motivo de nulidad se invoca, adoptándose con todos los requisitos legales."*

auditor. Los motivos de nulidad eran tres, a saber: inasistencia de notario, infracción del derecho de información y vulneración del principio de imagen fiel. El Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid estimó la demanda, al acoger el primero de los motivos, y declaró, no la nulidad de los concretos acuerdos impugnados, sino de la entera junta, lo que motivó que la sociedad (no el socio impugnante) interpusiera recurso de apelación aduciendo, como primer motivo, la incongruencia de la sentencia. La Audiencia estima el recurso, pero limitado a ese concreto extremo, pues confirma que la asistencia del Notario era preceptiva y determina la nulidad de los acuerdos controvertidos, que no de la junta, que *"es algo que la actora nunca solicitó y, aun cuando interpretásemos que tal pronunciamiento es equivalente a un pronunciamiento anulatorio de los acuerdos adoptados en el seno de aquélla, el mismo incurriría en incongruencia "ultra petita" (art. 218.1 LEC), al llevar consigo la ineficacia de un acuerdo (el acuerdo 4º consistente en el nombramiento de auditor) cuya validez nunca fue cuestionada por la demandante."*

La segunda sentencia procede de la Audiencia Provincial de Toledo, sec. 1ª, con fecha 28 de octubre de 2014. La junta tenía por objeto, según se refiere en el fundamento de derecho segundo, una ampliación de capital y la modificación de los estatutos en lo referente a esa ampliación. Uno de los socios, aduciendo no haber tenido conocimiento de la junta, impugna tan solo el acuerdo de modificación estatutaria, y no el de ampliación de capital, selección que explicaba afirmando que, así como para el primero la acción seguía viva, para el segundo había caducado. Obviando que la versión ofrecida es inverosímil (si el motivo de nulidad es la falta de convocatoria el plazo de caducidad es común para todos los acuerdos, cualquiera que sea su objeto), el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Toledo declara la nulidad de la junta (celebrada en el año 2003). La sociedad afectada apela, alegando, en lo que ahora interesa, incongruencia por haber concedido el juez la nulidad de la junta cuando la demanda lo limitaba al acuerdo de modificación estatutaria. La Audiencia, tras dar la razón al recurrente en cuanto a la extralimitación del juez de instancia, se cuestiona si es posible declarar la nulidad de uno solo de los acuerdos cuando el vicio invocado afecta a la convocatoria, lo que niega:

> "[H]emos de dar respuesta a una cuestión que se suscitó en el anterior fundamento y es la relativa a si es posible la declaración de nulidad de un

acuerdo basado en la falta de convocatoria de un socio cuando no es la junta misma la que se impugna.

Es doctrina jurisprudencial consolidada que la nulidad de la junta supone la nulidad de todos los acuerdos en ella adoptados porque, como dice la sentencia 378/2007 de 9 de abril , con cita de numerosas resoluciones anteriores, la validez de los acuerdos adoptados en el seno de una sociedad de capital está condicionada a que la junta se haya celebrado de forma regular; "la validez de los acuerdos sociales se encuentra condicionada al cumplimiento y observancia de cuantas requisitos afectan a la convocatoria y constitución de las juntas en las que se adopten, pues dicha validez ha de ser contemplada no solo desde el punto de vista intrínsecos, sino teniendo en cuenta su posibles ineficacia por motivos extrínsecos, de tal suerte que si los acuerdos se adoptan en junta convocadas en contradicción con la ley o con los estatutos, este defecto trasciende a los acuerdos adoptados en la Junta".

Ahora bien, la cuestión actual es determinar si la posible nulidad de una junta que no se ha impugnado en sí misma puede servir como base para declarar la nulidad de uno de los acuerdos, asumiendo que el resto no pueden serlo por haber caducado el plazo para ello. La respuesta, en los términos en los que se ha planteado la cuestión ha de ser negativa.

Al igual que sucede con la sentencias *(sic.)* instancia si esta Sala aceptar(a) que la junta general de uno de abril de dos mil tres es nula estaríamos pecando de ser incongruente porque para ello era preciso que la actora hubiera solicitado tal declaración. Desde el momento en que no se impugna la junta misma, no se nos pide que la declaremos nula y con ello todos los acuerdos en su momento adoptados, sino solo uno de los adoptados, esta Sala no puede partir de que la convocatoria fuese incorrecta, base de pedir de la declaración de nulidad, porque lo ha impedido la misma forma de articular la pretensión.

Por otro lado, es fácil comprobar como supone una actuación en contra de los actos propios. Si se asume que los demás acuerdos no pueden ser anulados porque ha caducado la acción para ello es porque se parte de que la junta se constituyó de forma regular puesto que de otro modo aquellos acuerdos tampoco serían válidos, no se podrían haber convalidado por el transcurso del tiempo en tanto en cuanto, como hemos visto en la sentencia citada y parcialmente transcrita, la nulidad de la junta aboca la nulidad de todo lo acordado en ella y solo en la hipótesis de caducidad de la acción para solicitar la nulidad de la junta se podría haber rechazado la impugnación de unos acuerdos nulos por defecto en la convocatoria, lo que no es el caso".

El hecho de que la impugnación venga referida a unos acuerdos, con exclusión de otros, puede deberse a una demanda defectuosa o a una estrategia. No es fácil, como juez, distinguir un error fruto del desconocimiento de un ardid

procesal. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid ignoramos el motivo de no impugnar el acuerdo de nombramiento de auditor, aunque podemos imaginarlo; una de las primeras reacciones de un minoritario desconfiado de la gestión social es solicitar el nombramiento de auditor; y aunque su preferencia suele dirigirse a la designación por el Registro Mercantil, no es extraño que se conforme con el designado por la mayoría, dada la imparcialidad que se supone al auditor. En el precedente de la Audiencia Provincial de Toledo el porqué de la impugnación selectiva aparece expreso en la sentencia y parece obedecer a una defectuosa intelección del actor en relación a los plazos de impugnación, que entendía superados para el acuerdo excluido, que juzgaba anulable y sometido, por entonces, al plazo de 40 días.

Cualquiera que sea la razón de la impugnación selectiva, los jueces no debemos tolerarla. Si hay un vicio, no meramente procedimental, que afecte a la junta, se ha de extender a todos los acuerdos: o son nulos todos o no lo es ninguno. El mero hecho de que el actor excluya alguno de la impugnación debe suponer la desestimación de la demanda, so pena de admitir que la junta sea válida para unos acuerdos y nula para otros. Es por ello que desde un sector de la doctrina se ha propuesto, de *lege ferenda*, que en futuras reformas se reconozca expresamente la posibilidad de impugnar las juntas[456] o que, antes que desestimar la demanda, se

[456] FARRANDO MIGUEL, I., "Cuestiones (y propuestas) sobre la impugnación de la junta de socios", en Liber Amicorum Juan Luis IGLESIAS PRADA, 1ª edit., 2014, p. 4 de Proview®. Aclara el autor que *"[e]sta propuesta no tiene un simple afán taxonómico, sino que persigue (…) evitar la ilógica derivada de impugnar un concreto acuerdo (p. e.:remuneración de administradores, etc.) debido a un defecto grave en la celebración de la junta (p. e.: vicio en la constitución de la mesa, quórum de constitución insuficiente, etc.) pero sin impugnar, y por tanto dejando a salvo en el petitum de su demanda, otro u otros acuerdos también adoptados en dicha junta defectuosa que pudieran convenir al impugnante (p. e.: reparto de un dividendo a cuenta, etc.). Parece claro que la mejor vía para solucionar esta anómala situación, y sus variantes, para por reconocer normativamente a la impugnación de la junta como una categoría específica que necesariamente ha de comportar la invalidez de todos los acuerdos que allí se hubiesen adoptado".*

inadmita directamente a trámite[457] o que se extienda de oficio su admisión a la totalidad de acuerdos.[458]

Si el vicio, aun afectando a la convocatoria, no afecta a todos los acuerdos, sino solo a alguno de ellos, la impugnación habrá de ceñirse a éste. La SAP de Madrid, sec. 28ª, de 13 de marzo de 2017, para un caso en que en la convocatoria de junta de una anónima se había omitido el derecho a examinar en el domicilio social al texto íntegro de la modificación propuesta y el informe preceptivo (art. 287 LSC), se ve obligada a recordar que *"[c]uando se trata de defectos de convocatoria, éstos pueden afectar a todos los acuerdos o solo a alguno o algunos de ellos. En el caso que nos ocupa, tanto el defecto de convocatoria como la información solicitada en que se sustentaba la nulidad en la demanda, como advierte la sentencia recurrida, se refieren a uno de los acuerdos, el relativo a la modificación estatutaria. En consecuencia el resto de acuerdos no pueden quedar afectados pues el defecto de convocatoria y la falta de información (documentos relativos al texto íntegro de la modificación propuesta y, al informe preceptivo) no se proyectaban sobre todos los acuerdos de la junta sino únicamente sobre uno de ellos."*[459]

Siguiendo con el catálogo de supuestos, si la junta es meramente informativa, esto es, en la misma no se adopta acuerdo alguno, ya porque así se ha previsto[460], ya

---

[457] Esta era la solución por la que optaba la Propuesta de Código Mercantil en una de sus versiones intermedias entre la Propuesta y el Anteproyecto. El art. 214—17.2 disponía que *"no se admitirá a trámite la demanda de impugnación que afecte solo a algún o algunos de los acuerdos adoptados, y no a todos, cuando la impugnación se fundamente en la invalidez de la junta para adoptar acuerdos sobre todos los asuntos incluidos en el orden del día".*

[458] Estas dos opciones las apunta QUIJANO GONZÁLEZ, J., "La reforma del régimen de impugnación de los acuerdos sociales", en Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, p. 807), sin ocultar su preferencia por la inadmisión, aunque, apuntamos, ello obligaría a reformar el art. 403 LECiv, que impone la admisión salvo en los casos tasados en él previstos.

[459] La SJM nº 7 de Madrid de 16 de julio de 2021 también se ocupa de precisar que *"por el motivo de infracción de un artículo concreto de la LSC que regule la convocatoria, ya sea en general o para la aprobación de determinados acuerdos, sólo puede instarse la nulidad de los acuerdos relativos a la infracción de convocatoria alegada, sin afectar a los demás acuerdos adoptados en dicha junta, salvo que el régimen de convocatoria infringido sea el general y afecte a la totalidad de los acuerdos en la junta alcanzados."*

[460] Señala FARRANDO MIGUEL, I., "Cuestiones (y propuestas)…" *op. cit.,* n. 8, que *"[n]ada impide que las juntas se reúnan exclusivamente para deliberar. De hecho, podrían tener su propia regulación en estatutos y configurarse a modo de juntas preparatorias de las que adoptarían los acuerdos."* En la SAP de Madrid, sec. 28ª, de 9 de mayo de 2012, se contempla un caso de junta meramente informativa.

por fracaso de todas las iniciativas, la misma carecerá de trascendencia jurídica a efectos impugnatorios. En este sentido se pronuncia la SAP de Madrid, sec. 28ª, de 1 de diciembre de 2008, a cuyo tenor:

> "Lo que es impugnable respecto de la junta general o el consejo de administración es lo que tiene trascendencia jurídica. La simple celebración de la junta o del consejo, si no se adoptara acuerdo alguno, carecería, en lo que aquí interesa, de trascendencia jurídica, y no podría ser objeto de impugnación. Es únicamente cuando se adoptan acuerdos cuando puede ejercitarse la acción de impugnación".

Lo que se reitera en la SAP de Madrid, sec. 28ª, de 11 de julio de 2014, cuando señala que:

> "[l]a simple celebración de la junta, si no se adoptara acuerdo concreto sobre un determinado asunto, carecería (…) de trascendencia jurídica y no podría ser objeto de impugnación. Es únicamente cuando se produce la adopción de acuerdos en su seno, que es el instrumento mediante el que se conformaría la voluntad del órgano social sobre un concreto asunto, lo que permitiría ejercitar la acción de impugnación contra ellos".

Finalmente, si en una misma junta se combinan acuerdos propiamente dichos con "acuerdos informativos", estos últimos deben escapar del ansia anuladora. No ocurrió así en la SJM nº 2 de Valencia de 20 de noviembre de 2014, en la que, a criterio del juez *"carece de importancia que algunos de los puntos del orden del día fueran exclusivamente informativos. La causa de nulidad afecta a la válida constitución de la Junta, cualquiera que sea su orden del día"* y *"la nulidad de la Junta comporta la de todos los acuerdos que hayan podido adoptarse en la misma, tengan contenido material o puramente informativo".*

2.2. LOS ACTOS (O ACUERDOS) PREPARATORIOS Y EJECUTIVOS.

El Tribunal Supremo declaró en su día (sentencia de 6 de julio de 1973), con cierta impropiedad, que son susceptibles de impugnación *"todos aquellos que sirvan para preparar las juntas en que hayan de adoptarse y en las que se puedan tomar decisiones que afecten a su propia eficacia y los que efectivamente sean consecuencia*

de la junta misma, en la que puedan cometerse dichas infracciones". La fórmula, de tan comprensiva, es inexacta.

Las actuaciones preparatorias de una junta no son impugnables de forma autónoma. En cuanto preceden a la junta, no constituyen *acuerdo*. Así, la convocatoria incumbe al órgano de administración. Si reviste la forma de administración única, solidaria o mancomunada, la convocatoria es un *acto* del administrador único, de alguno de los solidarios o de los mancomunados de consuno, y, como tal, no impugnable. Solo en el caso del consejo de administración la convocatoria adopta forma de acuerdo, que, aun siendo impugnable, no suele serlo, pues nuestros tribunales vienen admitiendo la impugnación *per saltum* de los acuerdos de la junta aun cuando el vicio invalidante sea directamente imputable al acuerdo del consejo de administración, entrando a resolver, con carácter prejudicial, sobre la validez del mismo[461].

Con todo, los vicios de convocatoria, de existir, de ordinario son extraños al acuerdo del consejo y radican en los actos de ejecución (publicaciones, comunicaciones o envíos), que en sí mismos no son impugnables, sin perjuicio de que, por no ajustarse a la ley o a los estatutos (o por ajustarse en demasía[462]) la junta pueda entenderse defectuosamente convocada y acabe contaminando a todos los acuerdos en ella adoptados. Como muestra de esta distinción, la STS de 24 de febrero de 1975, en que el tribunal de casación señala:

> "[F]ácilmente se advierte que el Tribunal "a quo" formula la declaración de nulidad atendiendo, en primer lugar, a un vicio o defecto que observa, no en el acuerdo del Consejo de Administración por el que se decidió

[461] *Vid. infra,* en capítulo VII, epígrafe relativo a defectos de convocatoria.

[462] La STS de 20 de septiembre de 2017 (con citas de los precedentes de 2 de mayo de 1984, 9 de diciembre de 1999 y 1 de marzo de 2006) afirma que, si la junta es convocada con sujeción a lo dispuesto en la ley o en los estatutos, *"[e]n principio, pues, la convocatoria será correcta y la junta no podrá ser tachada de nulidad si se cumplen tales requisitos".* No obstante, la estricta observancia de las formas previstas en la ley o en los estatutos para llevar a cabo la convocatoria no excluye la nulidad, por abuso de derecho, cuando *"se acreditara el ánimo del convocante de que el anuncio pasara desapercibido, lo que puede deducirse, por ejemplo, de la ruptura de la que, hasta entonces, había sido la pauta general para convocar las juntas (notificación personal, anuncio en un diario concreto…)".*

la convocatoria de la Junta General, sino en la comunicación individual de dicha convocatoria a los cinco socios (…)"

Y ello le lleva a afirmar:

"la nulidad que se declara afecta exclusivamente a los acuerdos adoptados por dicha Junta General, no al tomado por el Consejo de Administración de la sociedad recurrente, sobre la convocatoria de aquélla (…) vicio que, por incidir en la validez de la celebración de la Junta, determina la nulidad de los acuerdos adoptados en ella".

Tampoco son impugnables los actos obstativos al pleno ejercicio del derecho de información o examen documental (art. 272.2 y 3) anteriores[463] a la junta, al margen de que puedan viciar los acuerdos afectados.

Del mismo modo, las actuaciones posteriores, generalmente ejecutivas o instrumentales del acuerdo, tampoco son directamente impugnables; declarada su nulidad, si esos actos han tenido reflejo registral, serán cancelados como consecuencia del efecto expansivo de la declaración de nulidad, que afecta, no solo a la inscripción del acuerdo en sí (que deberá ser cancelada), sino a los *"asientos posteriores que resulten contradictorios con ella"* (art. 208); si esos actos no han trascendido al registro, el órgano de administración deberá removerlos a fin de ajustarse a lo decidido por el órgano judicial[464].

[463] En un discurrir normal de los acontecimientos, la petición de examen documental del art. 272.2 precede a la junta. Pero la SAP de Orense, sec. 1ª, de 21 de marzo de 2023 se enfrentó a un episodio ciertamente peculiar. En una sociedad limitada, el representante de un socio (a la sazón, su abogado) solicitó poder personarse en las oficinas acompañado de un experto contable. Tras mostrar su disposición el administrador y el asesor contable, el examen no debió llevarse a efecto, lo que llevó al socio a solicitar la "ejecución" del acuerdo favorable. El juez desestima la demanda, al no percibir "acuerdo" de la junta; tal era el dislate que, a pesar de que ese concreto extremo no fue objeto de recurso por el socio, la Audiencia no se resiste a aclararle que la conformidad al examen contable *"en nada se parece a la adopción de un acuerdo por la junta"* y que, *"[p]or ello, no cabe instar la ejecución de un acuerdo inexistente."*

[464] Sobre el alcance y extensión de efectos de la sentencia de impugnación, *vid.,* con carácter general, MASSAGUER FUENTES, J., "La propagación de la ineficacia …", *op. cit.,* pp. 23 a 51; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., "La sentencia estimatoria de la impugnación de acuerdos sociales y la cancelación de asientos contradictorios. Un intento de aclarar los arcanos del art. 208.2 LSC, en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, AA.VV., Rodríguez Artigas, F., Farrando Miguel, I. y Tena Arregui, R. (Dirs.), Academia Matritense del Notariado, Madrid, 2015, pp. pp. 605 a 630; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., "Los efectos de la declaración de nulidad de los acuerdos sociales", en Revista de Derecho Mercantil, núm. 290, 2013, pp. 141 a 169; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., "Artículo 208", *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, ROJO-BELTRÁN (dirs.), T. I,

Distinto es el supuesto en que el acuerdo de la junta sea reiteración o ejecución de actos previos del órgano de administración. Aun cuando el acuerdo pueda ser innecesario, por ser el acto competencia los administradores, ello no impide su impugnación autónoma. Es el caso enjuiciado por el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de abril de 2007, en el que el acuerdo adoptado por la junta era mera repetición de requerimientos previos dirigidos por la comisión liquidadora de una sociedad a un socio al objeto de que se aviniera a cumplir un contrato:

> "El hecho de que dicho acuerdo pueda entenderse como un acto encaminado a la ejecución de los anteriores acuerdos susceptible de ser tomado directamente por los liquidadores al margen de dicha Junta General, no impide que, siendo radicalmente nulos los acuerdos adoptados en la misma, este acuerdo, de conformidad con la doctrina jurisprudencial invocada, deba seguir la misma suerte".

Ahora bien, el Tribunal Supremo, con el propósito de dejar claro el deslinde entre *acto* del órgano de administración (allí liquidación) y *acuerdo* de la junta, no concluye sin antes advertir que la nulidad del acuerdo lo es *"sin perjuicio de que la Comisión Liquidadora pueda ejercitar las acciones que estime oportunas dentro de su competencia sin apoyarse en él".*

3. REVOCACIÓN, SUBSANACIÓN, SUSTITUCIÓN Y CONFIRMACIÓN DE ACUERDOS.

3.1. EL CAMINO HASTA LA ACTUAL NORMA.

La junta puede interferir en la vida del acuerdo social, antes o después de que lo impugne un socio. Puede simplemente dejarlo sin efecto (acuerdo "revocatorio"), suplir su contenido por otro distinto ("sustitutorio") o, al contrario, insistir en el

Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2011., pp. 1471 a 1479; En relación al aumento de capital, que es uno de los que más problemas de arrastre provoca, PÉREZ MILLÁN, D., "Los efectos de la sentencia de impugnación de aumentos de capital (art. 208 LSC), en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, AA.VV., Rodríguez Artigas, F., Farrando Miguel, I. y Tena Arregui, R. (Dirs.), Academia Matritense del Notariado, Madrid, 2015, pp. pp. 523 a 542 y AJM nº 1 Oviedo de 15 de noviembre de 2018.

mismo, pero liberando al primitivo de los defectos de forma[465] que le aquejaran ("subsanatorio"). Puede, incluso, reiterar un acuerdo no aquejado de vicio alguno, ya por jactancia o fragilidad de memoria ("repetitivo"), ya como respuesta a la iniciativa de algún socio para dejarlo sin efecto ("confirmatorio").

La LSC, tras la Ley 31/2014, consagra a ese particular dos normas. El art. 204 ("acuerdos impugnables") dispone que:

> "No será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro adoptado antes de que se hubiera interpuesto la demanda de impugnación. Si la revocación o sustitución hubiera tenido lugar después de la interposición, el juez dictará auto de terminación del procedimiento por desaparición sobrevenida del objeto.
>
> Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio del derecho del que impugne a instar la eliminación de los efectos o la reparación de los daños que el acuerdo le hubiera ocasionado mientras estuvo en vigor."

Y el art. 207, luego de recordar que para la impugnación de los acuerdos sociales se seguirán los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la LECiv, establece una especialidad procesal en su apartado segundo:

> "En el caso de que fuera posible eliminar la causa de impugnación, el juez, a solicitud de la sociedad demandada, otorgará un plazo razonable para que aquella pueda ser subsanada."

Esta posibilidad de subsanación intraprocesal es hoy casi un residuo histórico tras la admisión de la revocación o sustitución extrajudicial.

La LSA de 1951 no preveía ninguna de estas contingencias vitales del acuerdo. El reconocimiento legislativo hubo de esperar hasta la Ley 19/1989, de 25

[465] Nunca de fondo, pues esos son insanables: CABALLOL I ANGELATS, "Artículo 115", Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, ARROYO-EMBID (dirs), edit. Tecnos, Vol. II, Madrid, 2001, p. 1123; DE CASTRO MARTÍN, J.L., "La reafirmación de la voluntad social (delimitación del supuesto de hecho del art. 115.3 LSA", en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, T. II, Sociedades Mercantiles, edit. Civitas, Madrid, 1996, pp. 1614, 1615 y 1617; ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y MASSAGUER FUENTES, J., *op. cit.,* [83]. En la jurisprudencia "menor", por ejemplo, SSAP de Madrid, sec. 28ª, de 25 de octubre de 2019 y 22 de marzo de 2024.

de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de Sociedades, que retocó el art. 67 para incluir en él un tercer apartado según el cual *"[n]o procederá la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro. Si fuere posible eliminar la causa de la impugnación, el Juez otorgará un plazo razonable para que aquélla pueda ser subsanada."* Su entrada en vigor, diferida al 1 de enero de 1990 (D.F. Tercera), se solapó con la promulgación del Texto Refundido de 22 de diciembre de 1989, al que el Real Decreto Legislativo 1564/1989 dotó del mismo día de entrada en vigor, acogiendo en el nuevo art. 115.3, de forma literal, aquel art. 67.3.

La novedad venía impuesta por la normativa comunitaria, aunque con un alcance más limitado que el que le dio el legislador nacional. La Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas disponía en el último de sus Considerandos que *"es preciso , con miras a garantizar la seguridad jurídica en las relaciones tanto entre las sociedades interesadas como entre éstas y los terceros, así como entre los accionistas, limitar los casos de nulidad y establecer, por una parte, el principio de la regularización cada vez que sea posible y , por otra un plazo breve para invocar la nulidad";* este Considerando cristalizó en el art. 22.1, letras c) y d), que excluía la acción de nulidad ("no podrá intentarse") *"si la situación hubiese sido regularizada" [c)]* y ordenaba *[d)]* al tribunal competente la concesión de *"un plazo para regularizar la situación (…) cuando sea posible remediar la irregularidad susceptible de ocasionar la nulidad de la fusión".*

Años más tarde, la Sexta Directiva 82/891/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1982, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y referente a la escisión de sociedades anónimas otorgó (art. 19) una protección equivalente a los supuestos de escisión. Finalmente, la Propuesta modificada de la Quinta Directiva, basada en el art. 54 (3) (G) del Tratado CEE referente a la estructura de las sociedades anónimas y a los poderes y obligaciones de sus órganos, presentada por la Comisión al Consejo el 19 de agosto de 1983, convirtió esas previsiones, en principio limitadas a los acuerdos de fusión y escisión, en

recomendación de general alcance, cualquiera que fuera la naturaleza del acuerdo. Este proceder, que hizo suyo el legislador español en el TRLSA de 1989, no ha de extrañar, ya que aquellos instrumentos no hacían sino incorporar al acervo comunitario principios ya presentes desde hacía décadas en los derechos nacionales de los principales estados miembros; el art. 45 de la Propuesta modificada vino a decir que *"[u]na resolución de la Junta general no podrá declararse nula cuando haya sido sustituida por otra resolución adoptada de conformidad con lo dispuesto en la ley o en los estatutos. El tribunal competente podrá conceder a tal efecto un plazo a la sociedad".*

En Italia, el *Códice Civile*[466], ya se había ocupado desde 1942 de negar la impugnación del acuerdo cuando el mismo había sido sustituido por otro adoptado de conformidad con la ley y los estatutos. La Ley de sociedades comerciales francesa de 1966 contemplaba en los arts. 362 a 366 una serie de medidas dirigidas a evitar la prosecución del litigio; la acción de nulidad se extinguía cuando la causa de nulidad hubiera dejado de existir el día en que el tribunal resolviera sobre el fondo del asunto en primera instancia, a menos que dicha nulidad se fundara en una violación del orden público o de las buenas costumbres (art. 362[467]); además, el tribunal podía, incluso de oficio, fijar un plazo para reparar la causa de nulidad (art. 363[468]).

[466] El art. 2377, en su cuarto y último párrafo, disponía: *"L'anullamento della deliberazione non puó aver luogo, se la deliberazione impugnata é sostituita con altra presa in conformitá della legge e dell'atto costitutivo."*

[467] Art. 362.- *L'action en nullité est éteinte lorsque la cause de la nullité a cessé d'exister le jour où le tribunal statue sur le fond en première instance, sauf si cette nullité est fondée sur la violation de l'ordre public ou des bonnes mœurs.*

[468] Art. 363.- *Le tribunal de commerce, saisi d'une action en nullité, peut, même d'office, fixer un délai pour permettre de couvrir les nullités. Il ne peut prononcer la nullité moins de deux mois après la date de l'exploit introductif d'instance.*

Si pour couvrir une nullité, une assemblée doit être convoquée ou une consultation des associés effectuée, et s'il est justifié d'une convocation régulière de cette assemblée ou de l'envoi aux associés du texte des projets de décision accompagné des documents qui doivent leur être communiqués, le tribunal accorde par jugement le délai nécessaire pour que les associés puissent prendre une décision.

Y, en Alemania, la impugnación ya no podrá hacerse valer si la junta ha confirmado el acuerdo impugnable mediante uno nuevo y éste no ha sido impugnado dentro de plazo o la impugnación ha sido desestimada judicialmente; si el demandante tiene interés legal en que se declare la nulidad del acuerdo impugnable durante el período transcurrido hasta el acuerdo de confirmación, podrá seguir haciendo valer la impugnación con el fin de que se declare la nulidad del acuerdo impugnable durante dicho período (§ 244[469]).

Con el art. 115.3 TRLSA trataba de atajarse una problemática que la práctica judicial había revelado: los administradores, conscientes de la irregularidad de la junta —o de un singular acuerdo— o advertidos por la oportuna protesta de un minoritario, a menudo trataban de poner freno a la acción impugnatoria convocando una nueva junta con estricta observancia de las formalidades antes obviadas o adoptando un acuerdo rectificativo o sanatorio del vicio invalidante. La sociedad, ciertamente, no se veía desapoderada por la interposición de la demanda, pudiendo libérrimamente convocar nueva junta y adoptar en ella los acuerdos que creyere conveniente, ya con el fin de sanar el impugnado o proceder a su sustitución, ya de proseguir con su ejecución, porfiando en su legalidad.

El problema, por tanto, no era estrictamente societario (que también), sino procesal. La jurisprudencia, espejo de la vida societaria, ya había tenido ocasión de enfrentarse a la problemática de la ratificación del acuerdo impugnado, que reducía a los supuestos de anulabilidad[470].

Tres eran las cuestiones que se plantearon*: (i)* determinar qué efectos, si alguno, generaba la adopción del segundo acuerdo en el proceso impugnatorio en

---

[469] El § 244, inalterado desde su introducción en 1965, bajo el título "Bestätigung anfechtbarer Hauptversammlungsbeschlüsse", dispone:

"Die Anfechtung kann nicht mehr geltend gemacht werden, wenn die Hauptversammlung den anfechtbaren Beschluß durch einen neuen Beschluß bestätigt hat und dieser Beschluß innerhalb der Anfechtungsfrist nicht angefochten oder die Anfechtung rechtskräftig zurückgewiesen worden ist. Hat der Kläger ein rechtliches Interesse, daß der anfechtbare Beschluß für die Zeit bis zum Bestätigungsbeschluß für nichtig erklärt wird, so kann er die Anfechtung weiterhin mit dem Ziel geltend machen, den anfechtbaren Beschluß für diese Zeit für nichtig zu erklären."

[470] La STS de 21 de octubre de 1994 reconoce ser la primera que se pronuncia sobre el art. 115.3 TRLSA; tras distinguir entre la nulidad radical y la relativa o mera anulabilidad, ratifica la doctrina de la Sala conforme a la cual la primera no admite subsanación.

curso del primero; *(ii)* la posibilidad de atacar el acuerdo confirmatorio cuando ya había caducado la posibilidad de impugnar el acuerdo original; y *(iii)* cómo coordinar las acciones y procedimientos impugnatorios cuando afectaban, sucesivamente, a ambos acuerdos. Veamos la solución arbitrada antes de la reforma de 1989 para cada una de ellas.

3.1.1. Efectos del acuerdo secundario en el proceso de impugnación del primario.

La jurisprudencia, por más de un siglo[471], vino manteniendo la vigencia del aforismo "lite pendente nihil innovetur", que obliga al órgano judicial a dictar sentencia conforme al estado de cosas existente al tiempo de la demanda, que no podía ser alterado por actuaciones de las partes, en este caso por una nueva junta o acuerdo[472].

El art. 115.3 intentó hallar un punto de equilibrio entre ese principio y la economía procesal, que aconsejaba poner fin a un procedimiento carente de utilidad; mas para ello exigió que la junta no obrara por propia autoridad, sino a *vista* (previa petición de parte), *ciencia* (solo si fuera posible eliminar la causa) y *paciencia* del juez (concesión a la sociedad de un plazo para la subsanación, suspendiendo entretanto las actuaciones), a quien competía decidir de forma soberana, previa audiencia al actor, si la junta o acuerdo sustitutorio dejaba realmente sin objeto el procedimiento, valoración no siempre exenta de dificultades.

---

[471] Las primeras sentencias del Tribunal Supremo sobre este extremo son de la segunda mitad del siglo XIX: 13 de diciembre de 1862, 26 de octubre de 1882 o 20 de junio de 1891.

[472] Valga como muestra la STS de 26 de enero de 1993: "*SEGUNDO.- Se invoca, como motivo segundo de casación, la infracción del artículo 7.2 del Código civil pues estima la parte recurrente que la acción ejercitada sobrepasa manifiestamente los límites del ejercicio del derecho con daño para terceros, apoyándose en que los nombrados liquidadores, con posterioridad, elaboraron el balance final y convocaron una "nueva Junta General que se celebró el 28 de abril de 1988 y que, por unanimidad, ratificó todos los acuerdos". Mas al efecto debe recordarse, como lo hace la sentencia recurrida, que las vulneraciones habidas no pueden convalidarse por los acuerdos adoptados en una Junta posterior que expresamente ratifica los acuerdos adoptados en otra que están impugnados, mediante presentación incluso de demanda judicial por los demandantes—recurridos que ni asistieron ni prestaron su conformidad a la supuesta junta convalidante. Mas bien es esta actuación subsiguiente la que no se compadece con el respeto debido al planteamiento judicial de la cuestión, pues sabido es que en relación con el objeto del proceso carecen de eficacia las innovaciones que después de iniciado el juicio introduzca el demandado o un tercero en el estado de los hechos o de las personas o de las cosas que hubieren dado origen a la demanda, conforme al principio "ut lite pendente nihil innovetur"".*

Lo que no era posible en modo alguno es que la junta, creyéndose aún plenipotenciaria, actuara al margen del procedimiento judicial a fin de alterar su objeto o, a lo peor, suprimirlo. La forma de operar de aquella única excepción la describe la STS de 20 de octubre de 1998:

> "Iniciado ya un proceso de impugnación de un acuerdo social, la única posibilidad procesal que cabe, y así lo establece expresamente el párrafo segundo del citado apartado 3 del artículo 115 de la referida Ley , es la de que, a petición de parte, como es obvio, y siempre en el momento procesal oportuno (que no puede ser otro que el de la comparecencia que regulan los artículos 691 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil) pueda el Juez suspender el trámite del proceso y otorgar un plazo razonable para que pueda ser subsanada la causa de impugnación, en el caso de que fuera posible la eliminación de la misma (…)"

El panorama judicial se mantuvo inalterado hasta la LECiv. La introducción en su art. 22 de las figuras de la satisfacción extraprocesal y la carencia sobrevenida de objeto provocaron que algunas Audiencias (la principal, Barcelona[473]) abjuraran del *lite pendente.*

---

[473] SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 26 de enero de 2009: *"III) Es cierto que el Tribunal Supremo (entre otras, en las Sentencias de 20 de octubre de 1998 y 21 de mayo de 2002) ha venido considerando que la ratificación, subsanación o convalidación de los acuerdos que prevé la norma societaria surtirá sus efectos cuando se haya producido antes de la interposición de la demanda judicial impugnatoria de los acuerdos tachados de nulos, pues, de no sostenerse esta interpretación, bastaría con que, una vez iniciado el proceso, se convocase una nueva Junta en la que se subsanasen los defectos concurrentes, para dejar sin contenido la demanda formulada, lo que entra en patente contradicción con el principio procesal de la perpetuatio iurisdictionis que obliga a resolver los litigios de acuerdo con la situación existente en el momento de interposición de la demanda.*

Pero se trata de un criterio interpretativo arraigado en el contexto procesal impuesto por la LEC derogada, de 1881, y que la nueva norma procesal obliga a revisar, pues conforme al art. 413 de la vigente LEC , si bien no se tendrán en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio, introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas o de las personas que hubiere dado origen a la demanda y, en su caso, a la reconvención, no obstante establece una excepción: cuando la innovación privare definitivamente de interés legítimo las pretensiones que se hubieran deducido en la demanda o en la reconvención, por haber sido satisfechas extraprocesalmente o por cualquier otra causa, remitiéndose en este caso a lo dispuesto en el artículo 22, que regula la terminación del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto.

Este resultado es el que, en principio, cabría aceptar en el caso de que, pendiente el litigio de impugnación, la sociedad dejara sin efecto el acuerdo o acuerdos impugnados o los sustituyera válidamente por otros, alcanzando así plena operatividad el art. 115.3 TRLSA , lo que evitaría la prosecución de un litigio y el dictado de una sentencia, referida a un acuerdo que jurídicamente ya no existe, porque ha sido revocado o sustituido válidamente por otro, que carecería de efectos prácticos y

El Tribunal Supremo, con algunos fieles (la Audiencia Provincial de Madrid[474] a la cabeza), se mantuvo firme en la ortodoxia societaria hasta la sentencia de 18 de octubre de 2012. El derecho sustantivo temporalmente aplicable al caso era el art. 115 TRLSA, pero el procedimiento de impugnación, iniciado en el año 2006, ya se había seguido por la LECiv del año 2000, lo que hacía aplicable los arts. 22 y 413. El ponente, haciendo gala de un gran virtuosismo dialéctico, consigue cambiar el criterio de la Sala al tiempo que valida sus propios precedentes:

> "[E]l artículo 413 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no impide la reducción del objeto del proceso por satisfacción extraprocesal de parte de las pretensiones deducidas en la demanda o en la reconvención, de modo que permite proseguir el litigio exclusivamente a efectos de las costas (…)"

---

operaría en el vacío (sin perjuicio de la solución que se adopte en materia de costas procesales y, claro está, de la posibilidad de impugnación del nuevo acuerdo adoptado).

IV) Debe entenderse, de otro lado, que la revocación o la válida sustitución del acuerdo social por otro posterior, que contempla el art. 115.3 TRLSA, dada la amplitud de sus términos y la ausencia de distinciones, es aplicable tanto a los acuerdos anulables como a los acuerdos nulos, en coherencia con el sistema legal de convalidación que resulta del establecimiento de un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de impugnación."

[474] Como muestra, el Auto de la sección 28ª de 21 de diciembre de 2012: *"Es cierto que, tras la entrada en vigor de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, y, más concretamente, con fundamento en lo establecido en los artículos 22 y 413 de la misma, no han faltado voces favorables a una matización de la doctrina apuntada. En este sentido, la Audiencia Provincial de Las Palmas, en su auto de fecha 13 de febrero de 2004 , o la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, en sentencia de 26 de enero de 2009 , entre otras, se muestran proclives a admitir que, incluso durante la tramitación del proceso, pueda la sociedad, mediante nueva junta y por propia iniciativa, rectificar, revocar o sustituir el acuerdo impugnado, lo que debería determinar la finalización del proceso por satisfacción extraprocesal del demandante o carencia sobrevenida de objeto.*

Ahora bien, entendemos que la previsión del artículo 115.3 del TRLSA (aplicable también a las sociedades de responsabilidad limitada por la remisión contenida en el artículo 56 de la LSRL), pese a ser anterior a la LEC 1/2000, no ha sido derogada por ésta, ni de modo expreso ni tácito (subsiste en el artículo 207.2 del TR de la Ley de Sociedades de Capital del año 2010), resultando compatible con ella en tanto que se trata de una norma especial aplicable en materia de litigios mercantiles sobre impugnación de acuerdos societarios que prevalece, en el aspecto concreto de que se trata, sobre la previsión general de la ley civil de ritos. Por lo que no estaría justificado soslayar los requisitos que se prevén en dicha norma del derecho societario para posibilitar, en sede de un proceso impugnatorio, la eliminación de la causa de impugnación de los acuerdos sociales (lo que incluiría rectificarlos, revocarlos o sustituirlos), sobre todo por razones de seguridad jurídica, que es precisamente a lo que se atiene la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo que hemos citado con anterioridad."

3.1.2. La impugnación autónoma del acuerdo secundario.

La segunda cuestión que se suscitó era la posibilidad de impugnar el acuerdo secundario confirmatorio cuando ya había caducado la acción para combatir el primario.

La STS de 2 de octubre de 1972[475] examina la confirmación en una junta extraordinaria de 23 de abril de 1971 del acuerdo tomado en otra previa, de igual carácter, de 26 de noviembre de 1970. Impugnado el acuerdo secundario cuando ya había expirado el plazo de caducidad que LSA de 1951 concedía para atacar la eficacia del primario, la Sala aclara que:

> "los acuerdos tomados en la segunda fueron de contenido totalmente confirmatorio de los que recayeron en aquélla' y, como los de ésta, no fueron impugnados por ninguno de los accionistas dentro del plazo que exige el artículo 67, en su relación con el 68, ambos de la Ley de Sociedades Anónimas , es obvio que no resulta factible el ejercicio de la acción impugnatoria dentro del ámbito de referida Ley especial, al quedar acreditado que el período de tiempo desde la fecha de los acuerdos tomados en la Junta general de 1970, así como desde su inscripción en el Registro Mercantil, en 14 de enero de 1971, transcurrió con exceso, sin ejercitarse en modo alguno su impugnación, por lo que en este aspecto la sentencia recurrida ha incidido en el error que se denuncia en el motivo, cuarto del recurso, que se admite."

Pero el caso era pródigo en matices, ya que la impugnación procedía de un socio que, por no serlo al tiempo del primer acuerdo, no pudo impugnarlo, reaccionando entonces contra el segundo. La Sala, lejos de apiadarse, hace deudo al socio entrante de la pasividad del saliente y sentencia que el transcurso del plazo de caducidad, en caso de acuerdo *meramente* confirmatorio, impide, a quien en el ínterin adquirió por compraventa la cualidad de accionista, el ejercicio de la acción impugnatoria tanto del acuerdo confirmado, que él no pudo impugnar por no ser

[475] A este respecto suelen citarse por parte de la doctrina dos sentencias del Alto Tribunal, de 3 de enero de 1972 y de 11 de noviembre de 1980; sin embargo, esta última, en realidad, rechaza el recurso por un defecto de técnica casacional, sin llegar a entrar al fondo del asunto, en el que la recurrida alegaba que el socio impugnante había dejado pasar, sin impugnarlos, no uno, sino dos acuerdos de contenido idéntico.

socio y quien sí lo era toleró con su pasividad, como del confirmatorio, so pena de exhumar una acción ya extinguida:

> "CONSIDERANDO que el simple hecho, señalado en aquella resolución que se recurre, de la no posibilidad de impugnación de aquellos acuerdos por la parte demandante en su momento oportuno, debido a que en aquel entonces no tenía la cualidad de accionista, no constituye motivo alguno justificativo que origine la procedencia de la impugnación llevada a cabo contra los acuerdos tomados en la segunda Junta, porque esto cierto que el vendedor de las acciones al impugnante pudo haber atacado los mencionados acuerdos en tiempo oportuno, resultando inadmisible que por el solo hecho de la enajenación de dichos títulos con posterioridad a la caducidad de la acción pudiera llegarse mediante tal sistema a resucitar por el adquirente plazos de caducidad que estaban extinguidos, por el no ejercicio de la acción durante el plazo de viabilidad que la Ley señala".

3.1.3. La colisión de impugnaciones.

La sucesión temporal de impugnaciones, pendiente aún de decisión judicial la primera, es objeto de la STS de 13 de octubre de 1983[476].

Los hechos son los siguientes:

(a) La sociedad adopta un acuerdo en una junta extraordinaria de 1979; el objeto, una reducción de capital.

(b) Unos socios impugnan, invocando que entre la convocatoria y la celebración no había mediado el plazo de quince días entonces vigente.

(c) A la vista de la impugnación, la sociedad decide convocar nueva junta con un solo punto del orden del día: "ratificación o rectificación, en su caso" de aquel primer acuerdo. La junta se celebra con ausencia de los impugnantes, y, como era previsible, adopta un segundo acuerdo que ratifica íntegramente el ya impugnado.

[476] La sentencia, al menos con esta fecha, no figura en la base de datos del CENDOJ, por lo que nos hemos valido de la transcripción —íntegra— de sus Considerandos por FONT RIBAS, A., ("Comentario a la Sentencia del TS de 13 de octubre de 1983", Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 1983, nº3, pp. 983 a 991). Esta circunstancia, unida a la falta de datos del primer procedimiento, nos obliga a realizar algunas suposiciones que, en cuanto extraídas del resumen de hechos de la Sala, no presumimos muy lejanas de cuanto aconteció.

(d) Los mismos socios impugnan también el acuerdo subsanatorio, invocando esta vez un vicio sustantivo (abuso de derecho).

Estando *sub iudice* la primera impugnación, lo que llega a casación es la impugnación del acuerdo secundario de subsanación, que la Audiencia de Sevilla había desestimado precisamente por la pendencia de aquel primer procedimiento, a pesar de entender que no concurría litispendencia entre uno y otro.

El Tribunal Supremo confirma el rechazo de la segunda acción, alegando que:

(i) La acumulación de acciones impugnatorias del antiguo art. 70 LSA 1951 se impone, no solo cuando los acuerdos proceden de una misma junta, sino también cuando tienen su origen en juntas sucesivas:

> "(…) por imperativo de la primera parte de la norma 1ª del artículo 70, todas las impugnaciones, cualquiera que sea su índole, tanto las formales (aducidas, como se dice) con *(sic.)* las materiales, es visto se han de sustanciar "en su solo proceso", máxime si proceden de los mismos accionistas."

(ii) El socio no puede legítimamente reservarse para la segunda impugnación vicios de fondo ya presentes en el primer acuerdo:

> "(…) ante la impugnación primeramente producida en 1979 y en la cual era inexcusable para los accionistas que la entablaron, como ya se dijo, ejercitar a la vez no sólo (sic.) los formales de que se tiene noticia sino también y simultáneamente los fundamentos materiales invalidantes de los acuerdos (…)"

(iii) La sociedad, conocedora de la impugnación primera, debía haberse abstenido de ratificar el acuerdo y esperar a que finalizara aquel procedimiento:

> "(…) no procedía que la sociedad convocara nueva junta para ratificar o rectificar (con vista, sin duda de los fundamentos formales de la impugnación ya entablada) los presentados como nuevos -siento en realidad una segunda adopción de los propios primitivos acuerdos- sino que le incumbía únicamente acatar la sentencia; y puesto que, entenderlo de otro modo abre la posibilidad de iniciar una dinámica de impugnaciones, paralela a la de repetir los mismos acuerdos, posibilidad que frustraría, en el tracto temporal, los fines de concentración y agilidad y evitación de decisiones contrapuestas que dispuso legislador por modo necesario, debiose en su oportunidad y

> ya que ello era viable, acumular a la primera la segunda demanda, originaria ésta del procedimiento de que el presente recurso de hermana (*rectius,* dimana) , siendo el procedimiento primeramente abierto el único hábil para dejar resuelto -de una vez- la validez, tanto extrínseca como intrínseca, de los acuerdos litigiosos, según lo entendió acertadamente la Audiencia."

En sumatorio, el Tribunal Supremo, que confiesa desconocer los pormenores del primer procedimiento y solo dispone de aquello que le transmiten las partes, cierra la segunda acción en falso, confirmando su desestimación y absteniéndose de entrar en el fondo, por ser *"el procedimiento primeramente abierto el único hábil para dejar resuelto —de una vez— la validez tanto extrínseca como intrínseca de los acuerdos litigiosos".*

La sentencia no es afortunada, pues, en síntesis, confirma el rechazo de la segunda demanda por la sola pendencia de la primera, a cuyo resultado obliga a estar, obviando que los motivos de impugnación, formales y/o sustantivos, podían ser distintos en cada caso (el Tribunal confiesa ignorar el contenido de la anterior acción).

A mayor abundamiento, al devenir firme el acuerdo subsanatorio y no ser posible, *lite pendente*, el archivo por carencia de objeto de la impugnación del acuerdo primario, el Tribunal Supremo, lejos de dar una solución, crea un problema, pues no resuelve la colisión entre la eventual sentencia de nulidad del acuerdo confirmado y el acuerdo firme subsanatorio, salvo que se entendiera –que es mucho entender- que nulo uno (que solo podía serlo por defectos de convocatoria), nulo el otro (en que no hay noticia de tales defectos); y, aunque ese fuere el caso, durante los años (cuatro fueron en el segundo proceso) que puede tardar la eventual declaración de nulidad del acuerdo confirmado en ganar firmeza, el subsanatorio (una reducción de capital, nada menos) desplegaría todos sus efectos.

3.2. Escenarios posibles en el derecho actual.

El recorrido anterior nos ha servido para situarnos en el derecho actual y bosquejar algunos problemas y, también, algunas soluciones.

El nuevo acuerdo —decíamos— puede tener por objeto, simplemente, dejar sin efecto el anterior. Como este es el supuesto más simple de los antes enunciados, vamos a tomarlo como base para nuestra exposición, si bien la mayoría de los problemas que vamos a afrontar son comunes a los casos de acuerdos subsanatorios y sustitutorios.

Si la revocación precede a la impugnación del acuerdo primitivo, la acción impugnatoria queda enervada; no es causa de inadmisión de la demanda (*cfr.* art. 403 LECiv) ni puede, por ser una cuestión de fondo, conducir al archivo en la audiencia previa (*cfr.* art. 416), pero sí a una sentencia desestimatoria por falta de acción.

Si la revocación subsigue a la impugnación, el art. 204.2 determina que *"el juez dictará auto de terminación del procedimiento por desaparición sobrevenida del objeto (…) sin perjuicio del derecho del que impugne a instar la eliminación de sus efectos o la reparación de los daños que el acuerdo le hubiera ocasionado mientras estuvo en vigor".* Ambas consecuencias exigen reflexiones adicionales.

El art. 22 LECiv, recordemos, dispone en sus dos primeros apartados, que son los que aquí interesan, los siguiente:

> "1. 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 reconviniente 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.
>
> 2. Si alguna de las partes sostuviere la subsistencia de interés legítimo, negando motivadamente que se haya dado satisfacción extraprocesal a sus pretensiones o con otros argumentos, el Letrado de la Administración de Justicia convocará a las partes, en el plazo de diez días, a una comparecencia ante el Tribunal que versará sobre ese único objeto.
>
> Terminada la comparecencia, el tribunal decidirá mediante auto, dentro de los diez días siguientes, si procede, o no, continuar el juicio, imponiéndose las costas de estas actuaciones a quien viere rechazada su pretensión."

De su lectura surgen varias dudas:

(i) ¿El archivo por carencia sobrevenida de objeto procede en cualquier instancia?

(ii) ¿El mero deseo del socio impugnante de que se impongan las costas a la sociedad constituye un interés legítimo cuya subsistencia justifique la continuación del juicio? ¿Quién ha de soportar las costas?

(iii) ¿Puede constituir ese interés legítimo el *"derecho del que impugne a instar la eliminación de sus efectos o la reparación de los daños que el acuerdo le hubiera ocasionado mientras estuvo en vigor"?*

El archivo del procedimiento a través de este mecanismo procesal tiene su ámbito natural de aplicación cuando el mismo se halla en primera instancia; de hecho, el mismo precepto en su apartado 4 prevé que contra el auto que acuerde su terminación, cabrá recurso de apelación. El Tribunal Supremo así lo viene reconociendo; en su auto de 31 de julio de 2007, en que el hecho nuevo no era la adopción de un nuevo acuerdo de la junta, sino la declaración de nulidad en la jurisdicción penal del previamente impugnado en vía civil, la Sala niega el archivo e insiste en que:

> "debe recordarse, según se ha declarado en numerosos Autos de inadmisión de recursos de casación sometidos, ya, a la nueva LEC 1/2000, la improcedencia de aplicar el art. 22 de dicha LEC , dado el momento procesal en que se encuentran las actuaciones (AATS 30 de mayo , 26 de octubre y 7 de noviembre de 2006 , en recursos 1285/2002 , 1726/2002 y 659/2002 , y de 16 de enero de 2007, en recurso 913/2002); y así en el Auto de 24 de abril de 2002, recurso 1585/2000, también tramitado según la LEC de 1881, se dice que "el art. 22 de la nueva LEC, al prever expresamente recurso de apelación contra la resolución del incidente, parece estar descartando esta forma de terminación del proceso en casación, a diferencia, por ejemplo, de lo que se dispone específicamente para la transacción en el apartado 3 del art. 19". Y, si bien es cierto que esta Sala, en ocasiones muy puntuales ha tenido en cuenta dicho art. 22 de la LEC 1/2000 , lo ha sido atendiendo a circunstancias específicas que evidenciaban una renuncia a la acción ejercitada y a los pronunciamientos de la Sentencia impugnada, con conformidad de ambas partes; asimismo se ha acordado, en ocasiones igualmente puntuales, el

archivo del recurso de casación que la parte solicitaba invocando el art. 22 de la LEC , con conformidad de la contra parte o sin su oposición explícita, dando respuesta a lo que, en definitiva no era sino una petición equivalente al desistimiento del recurrente quien lo que pretendía era abandonar el sostenimiento del recurso."

En resoluciones más recientes matiza que ha de distinguirse en función del resultado del proceso hasta ese momento; si la sentencia de primera instancia hubiese sido estimatoria, esto es, declarado la nulidad de un acuerdo, y con posterioridad a su dictado la sociedad adoptara un nuevo acuerdo que revoca el anulado, no estamos ante una carencia sobrevenida de objeto del procedimiento, sino ante una carencia sobrevenida de objeto del recurso, pues la Audiencia no puede dejar sin efecto la sentencia de primera instancia sino es mediante su revocación; en cambio, si la sentencia de instancia hubiese sido desestimatoria, y, estando pendiente de resolución la apelación del socio, la sociedad revoca ese acuerdo, la carencia sobrevenida afectaría al entero procedimiento y, con él, al recurso. El ATS de 19 de septiembre de 2018 lo explica con mayor claridad:

"Esta regulación, que tiene un encaje directo y claro en la tramitación del procedimiento en primera instancia, resulta difícil de aplicación en un caso como el presente en que están pendientes los recursos de casación y extraordinario de infracción procesal. Y, de apreciarse, tan sólo afectaría a la subsistencia del recurso, pero no podría justificar que se dejara sin efecto la sentencia dictada en la instancia.

5. En efecto, en nuestro caso, la petición de terminación del procedimiento por carencia sobrevenida de objeto se hace después de que se hubiera dictado sentencia de apelación que confirma la nulidad de la junta, mientras está pendiente la admisión y, en su caso, resolución de los recursos de casación y extraordinario de infracción procesal, y es instada por la parte recurrente.

En supuestos como el presente en otras ocasiones hemos rechazado este tipo de solicitudes, por extemporáneas. Así lo hicimos, por ejemplo, en el auto de 2 de julio de 2014 (recurso de casación 2826/2012), con el siguiente razonamiento:

«En este momento procesal en que está pendiente del recurso de casación formulado por la demandada no cabe, como hemos recordado en otras ocasiones, aplicar el art. 22 de la LEC (ATS de 27 de noviembre de 2012), pues subsiste un interés legítimo por parte del recurrido consistente en la desestimación del recurso de casación para que adquiera firmeza la sentencia

recurrida sin perjuicio del uso que con posterioridad quiera hacer de los pronunciamientos contenidos en ella (...)».

Adviértase que en este caso ya existe sentencia estimatoria de la demanda y es la demandada recurrente quien solicita la terminación del proceso por carencia sobrevenida de objeto, con el pretendido efecto de que se deje sin efecto la sentencia y con ello la estimación de la demanda. Es en estos casos en los que hemos dicho que resulta extemporánea la petición de terminación del proceso por carencia sobrevenida de objeto.

6. Tan sólo hemos admitido la carencia sobrevenida de objeto cuando la sentencia recurrida en casación era desestimatoria de la demanda, era el demandante quien había recurrido en casación y el demandado recurrido aducía la concurrencia de un hecho sobrevenido que privaba de legitimación al demandante recurrente para seguir sosteniendo su pretensión. Así ocurrió en el auto de 28 de octubre de 2015, al que se ha referido el recurrente en la vista del incidente. En aquel caso, la apreciación de la carencia sobrevenida de objeto llevaba consigo la terminación del procedimiento en casación y que la sentencia dictada en apelación, desestimatoria de la demanda, deviniera firme."

Admitido que la carencia puede tener lugar en cualquier instancia, ello no implica que pueda ser alegada en una instancia distinta de aquella en que debió serlo. Si el proceso se halla en primera instancia, el primer momento hábil para su alegación será la contestación, como hecho impeditivo del éxito de la demanda; tras ella, podrá alegarse en la audiencia previa o en un escrito de hechos nuevos (art. 286 LECiv); ahora bien, si pudiendo alegarse entonces no se hace, no podrá invocarse en apelación[477].

Por lo que respecta a las costas, el art. 22 regula dos supuestos:

(a) Que haya acuerdo de las partes, en cuyo caso el decreto de terminación no hará especial imposición, soportando cada parte sus costes (ap. 1);

(b) Que no lo haya, en cuyo caso se convocará a las partes a una comparecencia a cuyo término el juez resolverá por medio de auto si

[477] La SAP de Madrid, sec. 28º, de 20 de junio de 2018, en un caso en que la sociedad podía haber alegado la adopción del nuevo acuerdo social antes de la audiencia previa y también del juicio, rechaza que pueda ser tenido en cuenta en sede de recurso: *"Lo que no cabe es someter a la decisión directa del tribunal de apelación el conocimiento de acontecimientos que se tuvo la oportunidad de haber sometido a enjuiciamiento en la primera instancia y sobre lo que la Audiencia Provincial solo tendría competencia meramente revisora de una previa decisión judicial (art. 456.1 LECiv.)*

> procede la terminación o la prosecución, imponiendo las costas a quien viere rechazadas sus pretensiones (ap. 2). Si el juez decide que subsiste el objeto, siquiera parcialmente, acordará que el procedimiento continúe e impondrá las costas a la parte que defendiera el archivo; en otro caso, pondrá fin al procedimiento y las costas recaerán sobre quien defendiere su prosecución.

Pero esta condena en costas a que se refiere el art. 22.2, si bien se entiende el precepto, no comprende todas las causadas hasta ese instante procesal, sino exclusivamente las devengadas en ese incidente de oposición, sin alcanzar a pronunciarse sobre las devengadas hasta entonces en el procedimiento principal. Si el juez, tras la comparecencia, decide seguir adelante, no hay problema, pues decidirá sobre las costas del incidente en el auto y sobre las del procedimiento principal en su sentencia; ahora bien, si acuerda el archivo, la ley prevé quién soporta las costas del incidente, pero guarda silencio sobre las del procedimiento principal.

En materia de impugnación de acuerdos sociales, el supuesto más habitual es, precisamente, el que omite la norma. El juez acuerda el archivo, pero le falta un criterio orientador para imponer las costas del procedimiento principal, que son, cuantitativamente, las más relevantes. La solución que postulo para cubrir la laguna legal depende de la actitud de las partes, dentro del proceso y fuera de él.

Hemos de distinguir dos supuestos:

A.- *Ante la revocación del acuerdo impugnado, el socio demandante solo discute las costas.*

Si el impugnante, conviniendo en la desaparición del objeto del proceso, se opone por la sola causa de las costas o, sin llegar a oponerse, simplemente expone su deseo de que se impongan a la sociedad, en tal caso, no siendo el acuerdo total e incondicional, hay que asimilarlo a la falta de acuerdo y, se celebre o no la comparecencia (a veces se opta por su sustitución por un trámite de alegaciones escritas), el juez resolverá sobre las costas sin necesidad de atender ya a los criterios

del art. 22. Resulta expresivo de esta proceder el AAP de Madrid, sec. 28ª, de 26 de febrero de 2021, que refleja el criterio que mantiene la Sala desde el año 2016:

> "[L]as costas a las que se refiere su apartado 2, párrafo 2º "in fine" no son las costas generadas en el proceso sino, mucho más modestamente, las costas específicamente causadas por la concreta actuación que en el mismo se contempla (comparecencia tendente a dilucidar esa limitada cuestión).
>
> Entiende este tribunal que el acuerdo de las partes al que se refiere el apartado 1 de dicho Art. 22 es únicamente el acuerdo incondicional, de tal suerte que aquellos supuestos -como el ahora examinado- en los que ese acuerdo se supedita por una de las partes a la condena a la contraria en las costas del proceso equivalen a la ausencia de acuerdo. Y es que, en efecto, una declaración de voluntad por la que un litigante condiciona su conformidad con la conclusión del litigio a que se condene en costas al litigante contrario equivale a una declaración por la que, no expresando especial interés en la prosecución del proceso en relación con el fondo, aquel exterioriza su deseo de que tal cosa tenga lugar aunque ello sea con el exclusivo propósito de obtener una resolución definitiva sobre el fondo que conduzca a la aplicación del régimen de condena en costas previsto de modo general por el Art. 394-1 L.E.C . Y es precisamente por tratarse de una solución estéril y antieconómica (proseguir del proceso sin verdadero interés de las partes y con el solo objetivo de obtener un determinado pronunciamiento sobre costas) por lo que el Art. 22-2 L.E.C. otorga al juez la facultad de decidir, mediante la celebración de una comparecencia al efecto, sobre la prosecución o terminación del proceso previa ponderación de la subsistencia o desaparición de un auténtico interés en la culminación del litigio.
>
> Ahora bien, no contiene la L.E.C. disciplina alguna en materia de costas para aquellas hipótesis en las que, celebrada la comparecencia por falta de acuerdo sobre la pérdida sobrevenida, el tribunal considera que esa pérdida se ha producido efectivamente en relación con el objeto esencial del proceso (el asunto que en él se ventila) aunque subsista en relación con el objeto accesorio (las costas procesales). Y tal ausencia de disciplina específica determina que deba ser el juez quien, al dictar el auto previsto en el Art. 22-2 L.E.C. decidiendo la terminación del proceso (si optara por la prosecución la resolución sobre costas se efectuaría en sentencia conforme a las reglas del Art. 394), se pronuncie, en definitiva, sobre las costas. Solución sin duda plausible y dotada de elasticidad suficiente como para permitir la necesaria adaptación de dicho pronunciamiento a las circunstancias del caso, lo que resulta sumamente conveniente si se tiene en cuenta la muy diversa significación que en el litigio puede tener la pérdida de objeto, en particular en función de que el hecho determinante de esa pérdida sea la conducta de alguno de los litigantes o un acontecimiento ajeno a su voluntad o que escapa a su control."

En cuanto a las pautas para decidir a quién imponer en tal caso las costas, esa misma sección (Aa. de 11 de marzo de 2016 y 11 de septiembre de 2020, entre muchos) viene señalando que:

> "Lo que el juzgador deberá tener entonces en cuenta no son los criterios que hubiera aplicado de haber tenido que continuar el proceso y concluirlo de modo normal, porque ello habría quedado excluido en sede de la aplicación de esta causa anormal de finalización, sino que lo que habrá de valorar será la muy diversa significación de las circunstancias que en el proceso pueden haber conllevado como consecuencia procesal la pérdida de objeto. En particular, deberá darse especial relevancia a si ello hubiera venido provocado por la conducta de alguno de los litigantes, lo cual permitiría analizar la índole de ésta y asignarle la consecuencia más adecuada, o si, por el contrario, no hubiese sido sino el fruto de un acontecimiento ajeno a la voluntad o que escapase al control de alguno de ellos".

La lectura de los autos de la sec. 28ª de la AP de Madrid me deja, no obstante, alguna duda. ¿Esa "elasticidad" de que se habla como criterio inspirador de la imposición de costas alcanza solo a las del procedimiento principal (la impugnación)? O ¿también a las del incidente *ex* art. 22.2?

Venimos diciendo que, si la sociedad deja sin efecto el acuerdo impugnado *lite pendente* y el socio, ante el traslado, manifiesta su conformidad a la carencia sobrevenida de objeto, pero solicita la condena en costas a la sociedad, el juez debe convocar la comparecencia del art. 22 y en ella decidir, no ya sobre la carencia de objeto (en que las partes convienen) sino solo sobre las costas; y ahí el juez tendrá que hacer una doble valoración:

a) *Costas del procedimiento principal*. Habrá de verificar si la carencia sobrevenida trae causa de una actuación interna de la sociedad (como ordinariamente será) o externa (como podría ser, retomando el caso del ATS auto de 31 de julio de 2007, la declaración de nulidad por la jurisdicción penal); si es imputable a la sociedad, deberá imponerle las costas; en otro caso, cada parte soportará sus costes. El socio no podrá ser condenado en las costas del procedimiento principal salvo que la carencia de objeto no sea sobrevenida, sino inicial; e incluso en ese supuesto, el

trámite, como ya hemos comentado *supra*, no será el del art. 22, sino el dictado de una sentencia sobre el fondo.

b) *Costas del incidente.* El art. 22.2 las impone a quien viere rechazadas sus pretensiones. Aquí las pretensiones en discordia no son proseguir o archivar, sino quién paga las costas del procedimiento principal; si el juez ha decidido que las pague la sociedad, rechazando su pretensión de que cada parte soporte las suyas, deberá cargar también con las costas del incidente; si decide no imponer a ninguna de las partes las costas del procedimiento principal, en puridad está rechazando la pretensión del socio de que las sufra la sociedad, lo que ha de llevar, según el precepto, a imponerle las costas del incidente.

B.- *Si el socio se opone al archivo por causa distinta a las costas y el juez acuerda poner fin al procedimiento,* le impondrá las costas del incidente y, en cuanto a las del principal, decidirá, como en el supuesto anterior, en función de si el acontecimiento que supone la desaparición sobrevenida del objeto está o no dentro del poder de actuación de la demandada. En el caso de acuerdo revocatorio, su adopción siempre dependerá de la voluntad de la sociedad, lo que, aplicando los criterios expuestos supondría, en todos los casos, la condena a la sociedad; no obstante, como dar soluciones globales puede conducir a injusticias particulares, quizás haya que atender no tanto al hecho de la adopción del acuerdo revocatorio (siempre imputable a la sociedad) como a la causa que lo ha motivado (que puede, en algún caso, serle ajena).

Nos resta, por último, abordar la tercera de las cuestiones que antes anunciamos: la posible configuración como interés legítimo impeditivo del archivo el *"derecho del que impugne a instar la eliminación de sus efectos o la reparación de los daños que el acuerdo le hubiera ocasionado mientras estuvo en vigor"* a que se refiere el art. 204.2.II.

El acuerdo revocatorio priva de efectos al revocado a partir del momento su adopción[478] y con efectos *ex nunc*[479]. Entretanto, aquel acuerdo despliega la plenitud

[478] No es correcto diferir la eficacia del acuerdo a su ejecutividad, cuando estos hitos no coincidan, caso del acta simple (art. 202.2 y 3).

[479] Bajo el imperio de la distinción entre acuerdos nulos y anulables podía sostenerse que, caso de ser el revocado de los primeros, los efectos del revocatorio debían ser *ex tunc,* pues la declaración de un acuerdo como nulo de pleno derecho supone su eliminación del mundo jurídico, como si nunca hubiese existido. Esto es difícilmente sostenible con el actual art. 204. En primer lugar, porque en la comparecencia del art. 22 LECiv el juez, ni antes ni ahora, realiza más pronunciamiento que el archivo (o continuación) del procedimiento. El acuerdo primario queda imprejuzgado como también el secundario; el acuerdo primario no es objeto de declaración alguna de ineficacia; al contrario, su existencia y eficacia es presupuesto de la adopción del acuerdo revocatorio; y, respecto del secundario, la cognición del juez se limita a su regularidad formal. En segundo lugar, porque tras la superación del binomio nulidad—anulabilidad por el de nulidad (por orden público)—impugnabilidad a lo más podría atribuirse efectos *ex tunc* a la declaración de nulidad del acuerdo contrario al orden público; pero como la catalogación de contravención del orden público y la declaración de nulidad son atributo privativo de un pronunciamiento sobre el fondo que falta en el art. 22, tampoco en ese limitado supuesto podría hablarse de efectos retroactivos de la revocación.

No obstante, una parte muy relevante de la doctrina ha sostenido y sostiene que la revocación tiene efectos retroactivos. Así, URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y MUÑOZ PLANAS, J.Mª., *op. cit.,* p. 328, al menos cuando el acuerdo es sustitutorio; CABALLOL I ANGELATS, *op. cit.,* p. 1122. SÁNCHEZ CALERO, F., (*La junta general de las sociedades de capital*, edit. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 381, 385 y 386 y notas 82 y 83) distingue entre el acuerdo revocatorio, que tendría efectos *ex nunc*, y el confirmatorio o convalidatorio de uno anterior nulo, que produciría efectos retroactivos (p. 381); insiste en esa idea BONARDELL LENZANO, R., "Modificación del régimen de subsanación de acuerdos sociales (arts. 204.2 y 207.2 LSC)", en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, AA.VV., Academia Matritense del Notariado, edit. Colegio Notarial de Madrid, 2015, pp. 187, 188, n. 14 (para el acuerdo sustitutorio) y 190 (para el revocatorio).

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y MASSAGUER FUENTES, J., *op. cit.,* [89], apoyan el carácter *ex tunc* de la revocación o sustitución en que, *"de otro modo, sería en todo caso precisa la impugnación para deshacer las situaciones creadas en el tiempo que media entre la adopción del acuerdo revocado o sustituido y su revocación o sustitución"*; disentimos de esta opinión, no obstante la autoridad de quienes emana, por cuanto el decaimiento de la acción impugnatoria no excluye la posibilidad de remover sus efectos (204.2.II).

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., "Artículo 204", *op. cit.* pp. 1445 y 1446, afirma que *"[el acuerdo de revocación y el acuerdo de sustitución producen efectos desde que se adoptan"*, lo que parece negar el efecto retroactivo; pero añade a continuación que *"no pueden afectar negativamente a los derechos adquiridos por socios o terceros de buena fe"* (lo que, si se niega el efecto retroactivo, va de suyo) y que *"[s]e admite que el acuerdo de sustitución de un acuerdo por otro pueda tener efectos retroactivos positivos, pero no que puedan incidir negativamente en el pasado. Para que esa incidencia se produzca se necesita una sentencia que ponga fin a un proceso de impugnación del acuerdo nulo o anulable, pues esa sentencia afecta "a todos los socios, aunque no hubieren litigado" (art. 222.3.III LEC) y, aunque la ley no lo dice, a los terceros que hubieran conocido o debido conocer la invalidez del acuerdo".* Quizás lo que quiera decir, sin llegar a expresarlo (o nosotros a captarlo), es que la junta puede decidir dotar al acuerdo de unos efectos retroactivos de los que naturalmente carece. En este sentido, DE CASTRO MARTÍN, J.L. *op. cit.,* p. 1590, recuerda que la retroactividad *"no pertenece a la esencia del concepto de revocación; cabe, por tanto, considerar la posibilidad de que el nuevo acuerdo de la junta general no pretenda desaparecer* ab initio *los acuerdos del efecto anterior (revocación con efectos* ex tunc*), sino solamente eliminarlos para el porvenir, a partir del momento en que se adopta la nueva decisión (revocación con efectos* ex nunc*)".*

de sus efectos, a salvo el caso en que su eficacia venga suspendida por voluntad de la junta o, cautelarmente, por voluntad judicial. Es por ello que la norma reconoce al impugnante el derecho a remover sus efectos y, alternativa o cumulativamente, reparar los daños y perjuicios que la adopción y/o ejecución hayan podido causarle de forma particular (que no necesariamente exclusiva[480]) mientras estuvo en vigor; si la dañada fuere (además) la sociedad, queda a salvo la vía de la acción social.

La remoción de efectos y la reparación de los daños y perjuicios que el acuerdo haya podido causar —o esté causando— al impugnante constituyen pretensiones no necesariamente ejercitables de forma accesoria a la impugnatoria; el demandante puede, a su elección, concentrar en una sola demanda todas sus pretensiones (impugnación, remoción y reparación) o repartirlas de forma estratégica; no obsta a ello la preclusión del art. 400 LECiv, que obliga a agotar hechos, fundamentos y títulos jurídicos que vayan referidos a una misma pretensión ("lo que se pida en la demanda", reza el precepto), pero no a acumular todas las acciones que le asistan, por más que vayan referidas a un mismo acuerdo.

Si esto es así, la respuesta a la pregunta formulada dependerá de cómo se haya construido la demanda; si el actor incluyó junto a la pretensión anulatoria otra dirigida a la remoción de sus efectos y/o a la reparación del daño, obvia decir que la carencia de objeto por revocación del acuerdo es parcial, pues subsiste interés legítimo en obtener un pronunciamiento sobre el resto; en otro caso, el procedimiento de impugnación se archivará, pudiendo el socio, si así lo estima, iniciar otro dirigido a tan limitado fin.

En mi opinión el acuerdo, sea simplemente revocatorio o sustitutorio, tiene efectos *ex nunc*. El acuerdo revocatorio priva de efectos, desde su adopción, al revocado; pero los ya producidos solo pueden ser eliminados, bien de forma voluntaria y añadida por la sociedad, bien judicialmente a través de la acción de remoción; cuando decimos *añadida* queremos significar que el solo acuerdo de revocación no elimina de forma natural los efectos pasados, sino que es precisa alguna actuación material y/o jurídica complementaria (*v. gr*, la reclamación a los administradores de una retribución ilícita luego revocada o la exigencia a los socios de que devuelvan unos dividendos en el caso del art. 278). En el acuerdo sustitutorio sucede otro tanto de lo mismo; el acuerdo primitivo desplegó unos efectos y el sustitutorio los suyos propios y para eliminar los primeros solo cabe su remoción voluntaria o judicial. Finalmente, en el acuerdo confirmatorio de otro anterior, tampoco los efectos del nuevo acuerdo se retrotraen al tiempo de adopción del primitivo, sino que simplemente hay una sucesión —no interrumpida— de efectos.

[480] El acuerdo puede haber causado daños a la sociedad y, de forma refleja, a todos los socios, o solo a alguno de ellos (p. ej. si el acuerdo era lesivo para la minoría).

La junta puede limitarse a dejar sin efecto el acuerdo primitivo o puede proceder, en unidad de acto o de forma sucesiva, a dictar otro con un contenido total o parcialmente diverso.

En puridad, solo podemos hablar de acuerdo sustitutorio cuando el nuevo acuerdo tiene como objeto tanto la revocación -más implícita que explícita- del primitivo como su sustitución por otro de contenido total o parcial distinto. Si la sociedad decide disociar en dos acuerdos la revocación y la nueva reglamentación de los intereses sociales, no estaremos, propiamente, ante un acuerdo sustitutorio, sino ante una revocación seguida de la adopción de un nuevo acuerdo.

El acuerdo primitivo habrá desplegado efectos hasta el momento en que el acuerdo sustitutorio comience a desplegar los suyos. Si el acuerdo sustituido no había sido impugnado, ya no podrá serlo, pero el socio podrá instar la remoción de los efectos producidos en el ínterin y la reparación de los daños propios; si la sustitución es posterior a la demanda, procederá, en los términos ya examinados, el archivo por carencia sobrevenida de objeto.

Para que el acuerdo sustitutorio produzca efectos la ley exige que la sustitución sea *válida*. Esa validez debe examinarla el juez que está conociendo de la impugnación del acuerdo a sustituir; si bien la validez comprende aspectos formales y materiales, el control que aquí hace el juez solo puede extenderse a los primeros; deberá valorar si, con la documentación que le ha sido aportada, el acuerdo, formalmente, reúne los requisitos para su validez: regularidad de la convocatoria, formación de las mayorías, votación y proclamación del resultado. Lo que no puede realizar el juez es un control de la validez material del acuerdo; la comparecencia *ex* art. 22 LECiv no es un antejuicio.

Si el control de la validez material del acuerdo sustitutorio queda excluido de la comparecencia del art. 22 LECiv, de ello se sigue, como necesaria consecuencia, que el acuerdo sustitutorio puede ser impugnado de forma autónoma; y puede serlo, no solo por esos posibles vicios materiales que el juez está impedido de apreciar, sino también sobre los formales; en efecto, aunque el juez valide el acuerdo sustitutorio por no apreciar en él, *prima facie*, vicios de forma invalidantes, su auto no produce efectos de cosa juzgada negativa o excluyente, ya que este es un efecto

privativo de las sentencias y, dentro de éstas, de las que se pronuncian sobre el fondo; y, por encima de todo, no hay identidad de objeto (los acuerdos impugnados son distintos). Tampoco puede desplegar los efectos propios de la cosa juzgada positiva o prejudicial (asimismo reservado a las sentencias firmes sobre el fondo), porque lo decidido en el primer proceso no es antecedente lógico de lo que ha de decidirse en el segundo.

La posibilidad de que el acuerdo sustitutorio pueda ser impugnado (ya lo sea por el mismo socio, ya por otro que estime más favorable para el interés social o particular el acuerdo pasado que el presente) nos obliga a examinar qué efecto produce la impugnación sobre el acuerdo primario. Si se solicita como medida cautelar su suspensión, y así se acuerda, el primario verá prorrogados sus efectos entretanto la medida sea eficaz. En otro caso, la eficacia revocatoria/sustitutoria será plena hasta que el proceso concluya por resolución firme; pero si se acogiera la acción y se declarare la nulidad del acuerdo sustitutorio, renacería el primario.

Finalmente, el acuerdo puede ser meramente repetitivo o confirmatorio. En este caso, si el primer acuerdo aún no es firme, deberán impugnarse ambos, sucesiva o acumuladamente[481]. Si el primero ha ganado firmeza[482], por no haber sido objeto de impugnación —o, siéndolo, ha sido desestimada— el "nuevo" acuerdo no puede ser objeto de impugnación, pues no ha habido alteración del *status quo* societario que merezca ser removida, incluso, aunque el socio haya adquirido esa condición tras la expiración del plazo de caducidad[483] del primer acuerdo (STS de 2 de octubre de 1972).

[481] Cuando digo *sucesiva* o *acumuladamente* no estoy queriendo admitir la posibilidad de que ambos procedimientos discurran de forma paralela hasta su conclusión. Simplemente expreso la posibilidad de que se dé esa circunstancia, debiendo, en el primer caso, procederse a la acumulación sobrevenida.

[482] *Vid.,* con gran detalle, PERDICES HUETOS, A., "Impugnabilidad de acuerdos totalmente confirmatorios de otros firmes y consentidos: sobre el alcance de la firmeza societaria", en Revista de Derecho de Sociedades, núm. 66, 2022, consultado en Proview®.

[483] Si adquirió la condición de socio tras el acuerdo, pero viva la acción, podía haberlo impugnado como tercero con interés legítimo; nunca como socio porque el art. 206.1 exige que se tuviese esa condición antes de la adopción del acuerdo.

CAPÍTULO VI. ACUERDOS INEXISTENTES Y NEGATIVOS.

SUMARIO: 1.- SUPERACIÓN DE LAS DENOMINACIONES. 2.- TAXONOMÍA. 2.1.- MODIFICACIONES ESTATUTARIAS.2.2.- EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL. 2.3.- ALTERACIÓN DEL RESULTADO DEL ACUERDO POR VOTAR QUIEN NO DEBÍA. 2.4.- SITUACIONES DE BLOQUEO. 2.5.- ATESORAMIENTO DE BENEFICIOS.

1. SUPERACIÓN DE LAS DENOMINACIONES.

En el capítulo previo hemos tratado de delimitar el concepto de acuerdo impugnable. Hemos comenzando eliminando los actos cuyo objeto se agota en la preparación de los acuerdos o que son consecuencia de ellos y tienden a su ejecución. Pero la exclusión del concepto de acuerdo social de los actos preparatorios y los ejecutivos, con ser necesaria, es manifiestamente insuficiente para determinar el concepto de acuerdo y, más aún, de acuerdo impugnable.

Porque ni todos los acuerdos son impugnables ni solo son impugnables los acuerdos. No es impugnable el acuerdo contrario al ejercicio de la acción social (STS 2 de junio de 2015[484]), pues el ordenamiento ya le asocia un remedio, cual es el nacimiento de la legitimación subsidiaria de una minoría de socios (art. 239.1 *in fine*); como tampoco el que rechaza la disolución en presencia de causa legal o estatutaria, pues cualquier socio o interesado puede instar la disolución judicial (art. 366). En ambos casos, habiendo acuerdo, no es procedente la impugnación, porque el ordenamiento ya prevé mecanismos reactivos específicos, más rápidos y eficaces.

[484] *Vid.,* sobre esta sentencia, IRIBARREN BLANCO, M., "La impugnación de los acuerdos negativos de la junta general de la sociedad anónima: rechazo de la propuesta de ejercer acciones contra los administradores. Comentario a la Sentencia de 2 de junio de 2015"; Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 101, 2016, pp. 131 a 150.

Distinto es el caso en que el acuerdo niegue el reparto de dividendos o lo acuerde en cuantía inferior a la prevista en el art. 348 *bis*. En tal caso, aunque cupiere la separación del socio, la jurisprudencia admite la impugnación[485].

En otras ocasiones, faltando el acuerdo, se admite la impugnación, caso de la SAP de La Coruña, sec. 4ª, de 1 de abril de 2022, en que el empate entre bloques paritarios impide adoptar un acuerdo sobre el balance final de liquidación; lo que se impugna es precisamente la ausencia de acuerdo y lo que se solicita y obtiene en este caso (la SAP de Madrid, sec. 28ª, de 24 de junio de 2022, la niega en otro) es la aprobación por el juez en defecto de la junta.

También hay acuerdos que aparecen como reales, no siéndolo. Así, cuando hay un defecto en la redacción del acta, que refleja un acuerdo cuando el adoptado fue otro, o un error en el cómputo de votos que lleva al presidente a proclamar un acuerdo cuando debió ser otro el proclamado.

En todos estos supuestos lo que late es si procede la impugnación o sería más propia una acción de tipo declarativo —sola o combinada con la impugnatoria— y, de ser posible, cuál sería su régimen de ejercicio; o, a más a más, si es preciso acciones personales (*v.gr.* contra el socio moroso que votó no debiendo haberlo hecho, a fin de obtener la nulidad de su voto). Y, ligado al tipo de acción, van ligadas las facultades que reconozcamos al juez, si solo anulatorias o también declarativas o constitutivas de la existencia del acuerdo.

Todos estos supuestos, y otros más que iremos viendo, se cobijan bajo las denominaciones de acuerdos "inexistentes", "no acuerdos" o acuerdos "negativos",

[485] La STS, Sala 1ª, de 11 de enero de 2023 aclara la relación entre la acción de separación y la de impugnación del acuerdo-base en los siguientes términos: "[D]ebemos aclarar que ese derecho de separación regulado en el art. 348 bis LSC, además de ser facultativo, es compatible con el ejercicio de otras acciones, ya sean las de impugnación de los acuerdos que aplicaron el resultado de beneficios a reservas, ya sean las eventuales de responsabilidad frente a los administradores por el incumplimiento de deberes legales que constituyan presupuesto ineludible para la adopción del acuerdo de reparto de beneficios.
De tal manera que la facultad de instar la separación, cumplidos los presupuestos y requisitos del art. 348 bis LSC no es el único remedio con que cuenta el socio minoritario. También tiene la posibilidad de impugnar el acuerdo, si se acredita que fue adoptado con abuso de la mayoría, como es el caso. Y contando con esta variedad de acciones, cada una de las cuales responde a una finalidad propia y está sujeta a unos requisitos también propios, corresponde al socio titular de esos legítimos intereses optar por la acción legal que satisfaga mejor su pretensión."

denominaciones importadas del derecho alemán (*Nichtbeschluss, Negativbeschluss*) que, al ser literalmente traducidas, se vuelven tan confusas que ni doctrina ni jurisprudencia menor se ponen de acuerdo en definir qué sean.

Según ROJO[486], bajo el concepto de "acuerdo inexistente" se agruparían aquellos casos en que la junta no ha adoptado el acuerdo, bien por no figurar en el orden del día, bien porque, aunque figurase, no ha conseguido la mayoría necesaria y, sin embargo, el acta o la certificación reflejan ese acuerdo como si real y efectivamente hubiera sido adoptado; en cualquiera de estos dos casos, prosigue, los acuerdos inexistentes son acuerdos falsos, presuponen una falsedad documental[487]. Por eso no ha de extrañar que este autor, con ocasión de la publicación del Texto Refundido de 2010, dijese que los acuerdos inexistentes no es necesario impugnarlos, sin perjuicio del ejercicio de acciones penales (por la falsedad documental) o civiles distintas de la meramente impugnatoria, como la indemnización de los daños y perjuicios causados al socio (o a sociedad, me atrevo a completar) o la declarativa de inexistencia del acuerdo.

Para ROJO, el *"equívoco pero expresivo nombre de acuerdo negativo"*, hace referencia a aquellas propuestas de acuerdo que, habiendo sido sometidas a votación, no han conseguido la mayoría legal o estatutariamente establecida; serían, según sus palabras, "no acuerdos" o propuestas frustradas.

Los acuerdos negativos, según este último autor, como *regla general*, no pueden ser impugnados; si no ha habido acuerdo, razona, no cabe impugnación, sin que quepa recurrir al *"subterfugio de considerar que se ha adoptado un acuerdo contrario al propuesto y que es ese acuerdo contrario —y no el "acuerdo negativo" —el que se impugna",* y, menos aún, a que *"el juez adopte el acuerdo que la sociedad no*

---

[486] FERNÁNDEZ ROJO —RÍO, "Artículo 204", *op. cit.,* pp. 1437 y 1438.

[487] QUIJANO GONZÁLEZ, J. "La reforma…", p. 99, incluye en los acuerdos inexistentes los ficticios *("que no se han adoptado, porque la junta general no se ha celebrado o ni siquiera ha sido convocada")*, los falsos *("que sí se se han adoptado, pero que la documentación de la junta [el acta o las certificaciones) las hacen aparecer con un contenido distinto al que efectivamente fue objeto de la voluntad corporativa")* o *"los adoptados por órgano pretendidamente universal al que no haya concurrido, presente o representado, alguno de sus miembros."*

ha adoptado." Por *excepción*, admite, hay casos en que es posible ejercitar una acción declarativa de que, a pesar de que el acta refleje un acuerdo negativo, en realidad existió un acuerdo positivo o favorable a la propuesta (porque votó quien no debía o no se permitió votar a quien debía), acción a la que deberá acumularse *necesariamente* una segunda acción de condena a la sociedad a proclamar el resultado rectificado de la votación; en estos casos, matiza bien el profesor, *"el juez no sustituye la voluntad social, sino que la sentencia declara la voluntad positiva real frente a la ilegítimamente proclamada voluntad negativa".*

Para IRIBARREN[488] los acuerdos negativos, no son *"ni más ni menos",* que propuestas frustradas, pero no por cualquier razón, sino exactamente por no reunir, una vez sometidas a votación, la mayoría de votos favorables necesaria para su aceptación. Por tanto, no habría acuerdo negativo si la propuesta se frustra antes de llegar a ser votada.

La SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 25 de julio de 2014, pionera en este ramo y, por ello, de cita tan recurrente como inmerecida, distingue entre el "acuerdo contrario", el "acuerdo inexistente" y el "acuerdo negativo":

> "Se habla de acuerdo contrario cuando el acuerdo se adopta válidamente y, lo que es más importante, contiene una obligación de no hacer. Diversamente, se entiende por acuerdo inexistente el que no ha sido propuesto o el que, una vez propuesto, no ha sido adoptado. Aquí no llega a expresarse la voluntad social a través del órgano de representación. Finalmente, el acuerdo negativo o no-acuerdo es una modalidad de acuerdo inexistente que, propuesto a votación, no consigue las mayorías legal o estatutariamente establecidas."

Si en esta sentencia es inmerecida la cita, en la del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid de 30 de octubre de 2013 lo inmerecido es el olvido, pues supera, con mucho, a la mayoría de las sentencias, de cualquier instancia, que tras ella se han

[488] IRIBARREN BLANCO, M., *La impugnación de los acuerdos negativos de la junta general*, Revista de Derecho Mercantil, nº 304, abril-junio 2017, p. 3 versión en Proview®. El mismo autor en "Más sobre acuerdos negativos y deberes de fidelidad de los socios", Almacén de Derecho, 7 de septiembre de 2016.

dictado, pese a inspirarse parte, calladamente[489], en sus fundamentos.

Los "acuerdos" impugnados eran tres propuestas realizadas al consejo que no se habían sustanciado en genuinos acuerdos por recibir cinco votos a favor y otros cinco en contra, por lo que en el acta se hacía constar que *«no resultan aprobadas las propuestas de acuedos (sic) del Consejero-Director General*». Varios consejeros promovieron demanda solicitando que se declarase la nulidad de pleno derecho de los «acuerdos sociales aprobados»; conscientes de la posible tacha de inimpugnabilidad que les podía oponer el juez, por ser meras propuestas, presentando el empate como si de un acuerdo contrario se tratase, lo que merece el reproche preliminar del juez, que les afea transcribir *«un sedicente tenor literal de los acuerdos*», pues donde el acta decía que no resultan aprobadas las propuestas en la demanda se decía que había acuerdo(s) de "no aprobar". La diferencia excedía del matiz, pues una cosa es que de la votación no resulte acuerdo y otra, muy distinta, es que haya acuerdo, pero resulte contrario a la propuesta.

El juez comienza declarando, como hecho probado, *«que no existen tales acuerdos negativos».* Y tras esa declaración, delimita los conceptos:

> «Conviene distinguir entre el "acuerdo contrario", el "acuerdo inexistente" y el "acuerdo negativo".
>
> Se habla de ***acuerdo contrario*** cuando el acuerdo se adopta válidamente y contiene una obligación de no hacer (así, no repartir dividendos, no cambiar el domicilio social, no declarar una fuerza mayor, etc.).
>
> Diversamente, se entiende por ***acuerdo inexistente*** el que no ha sido propuesto o el que, una vez propuesto, no ha sido adoptado. Aquí no llega a expresarse la voluntad social a través del órgano de representación.
>
> Finalmente, el ***acuerdo negativo*** o no-acuerdo es una modalidad de acuerdo inexistente que, propuesto a votación, no consigue las mayorías legal o estatutariamente establecidas. Una de las combinaciones para su frustración es el empate en votos entre quienes están a favor y quienes están

[489] En Audiencias Provinciales y Tribunal Supremo, como es conocido entre nosotros, los jueces, es norma no escrita que no han de citarse resoluciones de instancia como apoyo de "sus" argumentos (aunque en realidad sean los de otros). Esa inexplicable costumbre judicial (que también sufre, y en mayor grado, la doctrina), unido al hecho de que muchas de las resoluciones de instancia no acceden a las bases de datos, explica el sepulto del olvido.

en contra del acuerdo, siendo este el caso enjuiciado.»

Acto seguido, determina qué es lo impugnable:

«Literalmente, «son impugnables los acuerdos sociales» (art. 204.1 LSC).

Nadie discute la impugnabilidad de los acuerdos contrarios, porque existe acuerdo, aun desfavorable para el proponente.

En cambio, no existirá interés en impugnar un acuerdo inexistente por no haber sido propuesto. Las ideas o las intenciones no son impugnables. En principio, tampoco existiría interés en impugnar un acuerdo no adoptado, salvo que hubiera una apariencia de acuerdo que al impugnante conviniera destruir.

En este sentido, el Alto Tribunal tiene declarado que «no se puede declarar nulo un acuerdo que, según el propio demandante, no fue realmente adoptado en la Junta General» (*STS 1ª 475/1972, 27.10*, *Construcciones Clima, S.A.*; la *STS 1ª 282/2001, 27.3.2001*, a veces citada, es un acuerdo contrario y no un acuerdo negativo, en el sentido aquí empleado «al ser rechazada la propuesta»). Igualmente, los tribunales provinciales descartan la impugnabilidad de los acuerdos inexistentes (*SSAP Barcelona 15ª 27.7.2000, salvando* el supuesto de acuerdo aparente; Valencia 11ª 75/2003, 10.2, también salvo apariencia y Cádiz 5ª 91/2007, 9.2); particularmente, cuando se empata en votos (*SSAP Las Palmas 4ª 272/2002, 20.5*; *Alicante 6ª 425/2002, 10.7*; *Málaga 4ª 567/2006, 13.11*, *obiter*; Valencia 9ª 185/2007, 3.7; *Barcelona 15ª 477/2007, 17.10* y AAP Cádiz 5ª 62/2006, 2.10).

Ahora bien, por excepción, los tribunales pueden constituir el acuerdo frente a la sociedad. Tal sucede, *inter alia*, en los acuerdos negativos cuando la falta de adopción del acuerdo (por empate u oposición mayoritaria) se debe, decisivamente, al voto contrario de un socio o consejero que hubo de abstenerse por conflicto de intereses, ya que habría votado quien no debía (en este sentido, ROJO, *Com LSC*, I, 2011, 1439 y Estudio de Gobierno Corporativo 2013, § 3.9 [iv], planteando incluso la impugnabilidad de acuerdo inexistente por no convocarse o celebrarse junta).

Con todo, recuerdan los Consejeros demandados (pg. 104 de su contestación) que el voto contrario debe ser determinante (v. art. 214-14 PCM). En virtud de la "prueba de resistencia" (variedad de la defensa *omni modo facturus* o del principio *utile per inutile non vitiatur*), aquí con la singularidad de que lo que resiste es la inexistencia del acuerdo, si el acuerdo tampoco se hubiera adoptado aun prescindiendo del voto espurio, la acción no prosperará (acuerdos existentes de junta resisten en *STS 1ª 250/1979, 22.6*, *Banco de Huelva S.A.,* mencionando la prueba pero sin necesidad de aplicarla; *SSAP Guipúzcoa 1ª 315/2004, 9.11*, *obiter*; Valencia 9ª 506/2005,

24.11; *Alicante 8ª 226/2007, 5.6*; *Pontevedra 1ª 171/2010, 24.3* y RDGRN 16.10.2000; el acuerdo no resiste en *SAP Barcelona 15ª 487/2007, 18.10*). »

Prosigue analizando cuál es *"[l]a acción idónea para constituir el acuerdo frustrado":*

«Frente a los acuerdos inexistentes, la acción adecuada no es la de impugnación de acuerdos sociales porque, sencillamente, no hay acuerdo impugnable. La acción de impugnación de acuerdos sociales es una acción constitutiva de eficacia negativa, que no permite al juez imponer el acuerdo frustrado o, en otro caso, el acuerdo alternativo al acuerdo contrario (v. sobre la ineficacia positiva, *SAP Madrid 28ª 50/2012, 13.2*).

Un ***acuerdo social*** es un negocio plurilateral, en su modalidad de acuerdo o decisión (*Beschlüsse*) entre los miembros de un órgano colegiado, que determina la voluntad de la sociedad (v. TUHR, *Derecho civil*, II, 1914, § 53.IV).

Para constituir el acuerdo frustrado o el alternativo, no es precisa ni pragmática la acumulación objetivo-subjetiva de acciones: una primera, contra el votante indebido para anular su voto y una segunda, contra la sociedad, condenándola a proclamar el resultado de la votación y rectificar el acta. La nulidad del voto solo es una declaración interlocutoria. Al votante indebido, bastará notificarle la pendencia del proceso (*art. 150.2 LEC*) por si desea intervenir voluntariamente para sostener la validez de su voto o para adherirse a la demanda (*art. 13 LEC*).

La naturaleza de la acción que debe interponerse contra cualquier sociedad para que un acuerdo negativo se tenga por existente, no es una acción meramente declarativa porque el acuerdo social no preexiste al pronunciamiento judicial, buscando la sola certeza jurídica del acuerdo, como es propio de las acciones exclusivamente declarativas (definiciones parecidas de las acciones mero declarativas en CHIOVENDA, *Principios* 3, 1925, § 8 II-III; GUASP, *ComLEC* 2, 1948, 337-338 y CARNELUTTI, *Instituciones* 5, 1956, § 33). Tampoco estamos ante una acción de condena contra la sociedad, obligándola a emitir un acuerdo como nueva declaración de voluntad. Esto sucedería en una disputa de la sociedad con terceros y siempre que se dieran los requisitos para la ficción que supone tener por emitida la declaración de voluntad por la sociedad (*art. 708 LEC*, claramente inspirado en § 894 ZPO).

En realidad, la acción adecuada para tener por existente un acuerdo negativo, cuando excepcionalmente sea posible darle vida, es una ***acción constitutiva***. «Tal resolución, en cuanto requisito necesario para la eficacia del acuerdo, ha de considerarse que tiene eficacia constitutiva y, por tanto, sus efectos han de producirse *ex nunc*» (RDGRN 16.10.2000). La acción constitutiva se enderezaría así a lograr el resultado que se habría producido

ausente el comportamiento ilícito. Aquí, la autonomía de la voluntad o las declaraciones de voluntad de los consejeros nada tienen que ver. La sentencia no constituye el negocio plurilateral sino, directamente, el acuerdo social que se buscaba (en general, CHIOVENDA, cit., § 8 V).

A la anterior acción, puede unírsele la ***acción de remoción de efectos***, si es que hubiera producido alguno el acuerdo inexistente. Cabe admitir la autonomía dogmática (*a se*) de la acción de remoción (*ex art. 1098 II CC*; un caso particular de remoción de efectos, cuando hay abuso de derecho, en el *art. 7.2 CC*; más en concreto, como acción derivada de la infracción del deber de lealtad se reconoce en la propuesta de art. 232 LSC del Estudio de Gobierno Corporativo 2013). Sin embargo, la acción de remoción, al igual que la de impugnación, carece de eficacia positiva para constituir acuerdos. En definitiva, la acción constitutiva positiva es insoslayable.»

Y, para finalizar, aplica los precedentes razonamientos a la demanda que tiene ante sí, para desestimarla:

"La demanda contiene una pretensión de impugnación del acuerdo negativo, pero no que se tenga por existente el acuerdo frustrado, esto es, las propuestas planteadas por el Sr. Justiniano.

Tampoco hubiéramos objetado que se hubiera designado la acción (*editio actionis*) como impugnatoria si, de hecho, se hubiera pedido una tutela positiva para la constitución judicial del acuerdo frustrado. Lo rogado (*art. 216 LEC*) es la impugnación de un acuerdo inexistente, suplicándose una tutela vacía de contenido, por lo que la demanda no puede estimarse en este punto.

En todo caso, aunque se hubiera deducido oportunamente (ar*t. 218.1 I LEC*) la pretensión de constitución judicial del acuerdo frustrado, tampoco hubiera prosperado. La tesis más autorizada (v. RDGRN 5.7.1988; POLO, *Los administradores y el Consejo de administración de la sociedad anónima*, 1992, 448 y SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital* 2, 2007, 668) es que las abstenciones computan a efectos de obtener la mayoría absoluta para la adopción de acuerdos en el consejo (art. 248.1 LSC), por lo que los consejeros designados a propuesta de ENI no podrían aprobar acuerdos en solitario sin el concurso de los promovidos por GN. El criterio de la mayoría absoluta implica que, para la adopción de cualquier acuerdo, los votos a favor deben representar más de la mitad de los votos de los administradores concurrentes a la sesión o, dicho en otros términos, que deben superar a la suma de los votos en contra, los votos en blanco, las abstenciones y los votos nulos. Esto supone, en definitiva, dar a los votos en blanco, abstenciones y votos nulos un efecto equivalente al voto en contra.

Coincide que esta solución legal de la mayoría absoluta es la más

> adecuada para una sociedad paritaria y, en alguna medida, compensa lo discutible de que la Ley española imponga un deber general de abstención del administrador en conflicto, sin atender a circunstancias que podrían haber merecido mayor consideración del Legislador. En este sentido, asumiendo que incluso en la sociedad paritaria rige el deber de abstención, entonces, el votante residual nunca podrá formar mayoría en el consejo de administración. De este modo, se reconduce el conflicto societario a los mecanismos contractuales de desbloqueo que las partes expresamente previeron en los estatutos sociales y en el contrato parasocial; evitando así que la aplicación de la rígida norma legal vigente (*dura lex sed lex*) confiera el control sobre actividades esenciales de la Sociedad a quien no domina sino solo una de las dos mitades del capital.
>
> De todos modos, esta resolución no produce cosa juzgada sobre cómo computan las abstenciones en un consejo de administración cuando, como aquí, la sentencia deja a salvo la solución de la cuestión para un juicio posterior (ALSINA, *Tratado* 2, IV, 1961, §36). Aquello a que se extiende la cosa juzgada debe haber sido objeto de cognición judicial (*quæsitum*) y la consideración sobre cómo computar la mayoría absoluta es un *obiter dictum*, pero oportuno para que no pueda malinterpretarse la condena a los Consejeros demandados a abstenerse, en el sentido de que se asume el criterio de cómputo de la parte actora para la formación de mayorías en el Consejo."

Mas allá de que compartamos la terminología (*quod non*) o las acciones a ejercitar (solo parcialmente, y con matices), la sentencia es muy ilustrativa de los problemas a que se enfrenta el actor al construir la demanda y el juez al resolverla.

La cuestión de los acuerdos inexistentes y negativos es, de forma paradigmática, una de aquellas, por sí mismo complejas, en que la terminología no ha hecho sino empeorar el problema. Basta un recorrido por las bases de datos de jurisprudencia para comprobar cómo las denominaciones se utilizan de forma muy impropia, de suerte que acaba nominándose de forma idéntica supuestos de hecho disímiles o, a peor, opuestos, con el riesgo de que se les termine aplicando, de forma poco reflexiva, la misma solución.

En el último quinquenio, dos grupos de casos han acaparado el mayor número de pronunciamientos judiciales: el atesoramiento de dividendos y el bloqueo liquidatorio. En el primero, hay acuerdo, pero es contrario al reparto de dividendos; en el segundo, ni siquiera hay acuerdo, pues la paridad de bloques ha

impedido aprobar el balance final de liquidación. Siendo casos distintos, ambos reciben la denominación de acuerdo "negativo", cuando no de acuerdo "inexistente", "no acuerdo" o todas ellas a la vez[490]. La coincidencia no se detiene en lo nominativo, sino que alcanza a la tutela que se pretende obtener del juez, que no es (o no solo) la ineficacia, sino la declaración de un acuerdo de signo contrario (repartir dividendos donde la junta los negó) o la creación de un acuerdo allí donde faltaba (aprobar el balance de liquidación).

Por principio, calificar un acuerdo inexistente encierra una contradicción lógica, casi *schrödingeriana*, pues un acuerdo no puede existir y dejar de hacerlo al mismo tiempo; se podrá hablar de *inexistencia de acuerdo*, pero no de *acuerdo inexistente*. La distinción parece académica o fútil, pero está lejos de serlo, porque en rigor, una acción de impugnación exige, como presupuesto, un acuerdo existente, que ha nacido a la vida jurídica y cuya declaración de ineficacia se persigue, precisamente para destruir esa apariencia de validez. Como regla, el acuerdo inexistente no es susceptible de ser impugnado. *"Frente a la nada* —decía BETTI— *no es siquiera concebible una impugnación".* La norma, para que sea aplicable, presupone que exista un acuerdo, por imperfecto que sea (*Cass. Civ.* n. 7693, de 31 de marzo de 2006).

Ausente el acuerdo, por tanto, la impugnación no resultaría, en principio, posible ni necesaria[491]. Tomemos un ejemplo: si un administrador vende un activo que algunos socios dicen esencial, sin recabar con anterioridad el plácet de la junta, lo procedente es impugnar la venta, no la falta del acuerdo subyacente. Parece evidente, pero no deber serlo a los ojos de todos cuando el verbo se hizo carne en la

[490] La confusión no es privativa de la judicatura. Como muestra de la utilización indistinta de las denominaciones que venimos barajando, CABANAS TREJO, R., "Nuevo régimen…", p. 395, cuando afirma que *"el acuerdo negativo de la JG, aunque haya base legal para sostener la obligación de adoptarlo, como regla general no es susceptible de impugnación, pues la declaración de nulidad del acuerdo inexistente nunca podría convertirse en la proclamación por el juez de un contenido positivo por razón del "no" acuerdo impugnado."* El mismo autor, en "Cambios en el régimen de la junta general…", p. 11, ya se había manifestado previamente en el mismo sentido.

[491] Como hace notar MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., "El nuevo régimen de impugnación…", p. 98, *"ya que estos acuerdos no son propiamente tales, no deberían producir efecto alguno y su remoción no precisaría, en puridad, de una acción impugnatoria".*

SJM nº 1 de Murcia de 15 de julio de 2021; el juez, en los antecedentes fácticos, refiere que:

> "[s]e impugna LA VENTA REALIZADA (el énfasis tipográfico es propio del juez), por falta de convocatoria y acuerdo de la Junta (art. 160 LSC), dado que el inmueble objeto de la compraventa constituía activo esencial, y, además, el importe de la operación superaba el 25% del valor de los activos. Se impugnan los acuerdos adoptados por el Administrador único de la mercantil, por infracción del derecho de convocatoria y acuerdo de los socios, al amparo de lo establecido en los artículos 93 - 160 - 167 y 179 del TRLSC."

Y, tras centrar objeto y causa de la impugnación, resuelve en sentido contrario al pretendido:

> "[L]o relevante sería distinguir entre acuerdo negativo y falta de acuerdo, y en este segundo caso, es obvio que al no existir decisión de la junta no cabría su impugnación (…)
>
> En este caso la junta no se ha convocado, no se ha llegado a votar ni ha (sic.) deliberar absolutamente nada y por tanto no puede hablarse de impugnación de acuerdos sociales puesto que no existe acuerdo social alguno, ni negativo ni positivo y por tanto debe ser la acción desestimada sin que ya quepa pronunciarse sobre la caducidad o no de la acción."

Si no existe acuerdo, pero a su través quisiere exigirse algo del socio, bastaría con que este hiciera valer la inoponibilidad[492], ya que el sometimiento de los socios que proclama el art. 159.2 lo es a los acuerdos, no a lo que no lo son. Ahora bien, así como el mecanismo de la inoponibilidad es suficiente cuando ni siquiera el acuerdo aparece como tal, pues, consultado el acta, no consta su existencia, puede no ser

[492] En principio, sería bastante con que el socio, si se dirigiese contra él una acción resultante del presunto acuerdo, opusiera, como hecho impeditivo, su inexistencia. Siendo el acuerdo social, en la concepción dominante, un negocio jurídico, podría, incluso, sugerirse la posibilidad —discutible— de acudir al art. 408 LECiv, que permite al demandado aducir en su defensa hechos determinantes de la nulidad absoluta del negocio en que se funda la pretensión cuando en la demanda se hubiere dada por supuesta su validez. Bajo el régimen anterior a la Ley 31/2014, vigente la distinción entre acuerdos nulos y anulables, podía discutirse si este mecanismo procesal de defensa alcanzaba a los nulos con exclusión de los anulables (no tanto a los inexistentes, que, a diferencia de los anulables, que son algo menos que los nulos, son algo más). En la actualidad, ausente en la LSC toda graduación de la ineficacia, parece que el art. 408, cuando el negocio sea un acuerdo social, permitiría acoger todo acuerdo cuya eficacia se discuta por el demandado. No obstante, el recurso al art. 408 LECiv debe realizarse con toda prudencia, pues como regla general la ineficacia de un acuerdo solo puede lograrse por acción o genuina reconvención, únicos medios aptos para que la pretensión se eleve al suplico y, de allí, extienda su eficacia a todos los socios.

bastante cuando hay una apariencia de acuerdo (falsedad del acta), aunque sea la *"vuota apparenza"* que refiriera BETTI; en tal caso, en que el acuerdo inexistente se presenta como existente, es dable la impugnación. Podría, por tanto, distinguirse entre inexistencia material y jurídica, de modo que cuando la inexistencia es material, bastaría la inoponibilidad; mas cuando es jurídica —acuerdo aparente— sería posible (pero no obligada) la impugnación[493]. En esta línea, el nonato Código Mercantil, en su art. 214-12.a), consideraba nulos y, por ende, impugnables, los acuerdos *"ficticios, los falsos y los adoptados por órgano pretendidamente universal al que no haya concurrido alguno de sus miembros".*

En el derecho italiano la figura de la inexistencia tiene unos perfiles distintos, que conviene detallar para no incurrir en el error de importar de forma pura creaciones foráneas que no tienen encaje, al menos en sus propios términos, en nuestro ordenamiento societario.

En el derecho de sociedades italiano se ha hecho referencia a esta figura —"*di origine essenzialmente giurisprudenziale (e dottrinaria)",* recuerda *Cass. Civ.* n. 7693, de 31 de marzo de 2006— en supuestos en los que la desviación de la realidad respecto del modelo legal es tan acusada que impide atribuir el acto a la propia categoría de acuerdo de junta de accionistas, de modo que el hecho histórico al que se quiere atribuir la calificación de acuerdo de la junta se realiza de una forma que no difiere simplemente de las impuestas por la ley o los estatutos sociales, sino que la falta de elementos o fases esenciales no permite discernir en él los rasgos típicos por los que debe caracterizarse dicho acuerdo. Se han calificado como inexistentes acuerdos sin la convocatoria de todos o algunos de los socios (*Cass.* n. 9364, 2003, n. 1186, 2001), sin propia reunión de los accionistas (n. 835, 1995) o cuando los reunidos carecían de la condición de socios (n. 26199, 2021), los adoptados en junta celebrada en lugar distinto del indicado en la convocatoria (n. 403, 1993), aquellos logrados por una mayoría en cuya formación habían participado personas sin

[493] Esta distinción aparece apuntada por la jurisprudencia italiana (Cass. Civ. n. 7693, de 31 de marzo de 2006), pero no para determinar la frontera entre lo impugnable y lo no impugnable, sino entre la inexistencia y la nulidad/anulabilidad tras el D.L. 6/2003 (aunque allí no aplicable *ratione temporis*).

derecho a voto (n. 233, 1967) o en que faltaba el registro del acta de la reunión (n. 11601, 1990 y n. 6340, 1981).

Sin embargo, como decimos, cuando en el derecho italiano se habla de acuerdos inexistentes se hace, al modo de los civilistas franceses del decimonono, como una categoría atípica de ineficacia a la que hubo de recurrir la jurisprudencia para no dejar sin reproche aquellos casos que escapaban del elenco tasado de nulidad y anulabilidad por el que optaron los redactores del *Codice Civile* de 1942 y que los redactores de nuestra LSA de 1951 rechazaron expresamente. En nuestro derecho, al optarse desde un principio por una definición genérica de nulidad y anulabilidad, la apelación a la inexistencia como grado superior de la ineficacia devenía innecesaria.

De vuelta al derecho patrio, la categoría de acuerdos negativos tiene un ámbito más reducido que el de los acuerdos inexistentes. Los acuerdos negativos, en realidad, son propuestas que han sido rechazadas por la junta; sometida a votación una propuesta, no ha obtenido las mayorías necesarias para su aprobación. Si no hay acuerdo, el primer impulso sería negar la posibilidad de su impugnación; pero, en verdad, sí hay acuerdo, mas distinto al pretendido. Con un ejemplo se percibe mejor; pensemos en un minoritario que solicita la inclusión en el orden del día de un punto del siguiente tenor: cese del administrador social y ejercicio de la acción social de responsabilidad; sometida la propuesta a votación, no alcanza la mayoría necesaria. *Acuerdo hay*[494], como dice la STS de 2 de junio 2015, aunque contrario al querido por el minoritario, pues la junta ha decidido mantener al administrador y no demandarle.

[494] CENTONZE, M., en "Qualificazione e disciplina del rigetto della proposta (c.d. «delibera negativa»)", *Rivista delle società*, núm. 2-3, 2007, p.422, afirma que no hay problema en admitir que también cuando se rechaza una propuesta la sociedad sigue tomando una decisión. Si hubiere un voto de validez comprometida, el problema no sería que hubiera o no acuerdo, sino cuál debería ser su sentido, de ser decisivo para conformar mayorías; en este caso, PREITE, D. ["Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni", *Trattato delle società per azioni*, COLOMBO, G.E. y PORTALE, G.B. (dirs), Vol. III, T. 2º (Assemblea), Torino, 1993-1994, pp, 121 y ss.] sostiene que, de hecho, el único acuerdo existente es el indebidamente rechazado.

De acuerdo "negativo" se habla en comparación con la propuesta de la que parte. Si ésta se aprueba, el acuerdo se califica de positivo; si no prospera, de negativo. Esta división de los acuerdos en positivos y negativos en función de la propuesta de la que parten poco añade. Veámoslo a través de dos ejemplos.

Ejemplo 1. El minoritario solicita un pronunciamiento de la junta favorable al ejercicio de la acción social. Se somete la propuesta a votación y fracasa. Estaríamos, pues, ante un ejemplo aparentemente sencillo de acuerdo negativo. Pero la sencillez no es tal, porque si aceptamos que hay acuerdo en el rechazo, es porque había una propuesta implícita de signo contrario (no ejercitar la acción), que es la que se ha aprobado. Por tanto, ni siquiera en el ejemplo más sencillo que podemos imaginar la nomenclatura sirve de mucho, porque todo acuerdo negativo lleva implícito un acuerdo positivo.

Ejemplo 2. Lo extraemos de un caso real, juzgado en alzada por la Audiencia Provincial de Pontevedra (sec. 1ª), en su sentencia de 3 de junio de 2015. El minoritario, desconfiando de la gestión del administrador, solicita la convocatoria de una junta con la inclusión de varios puntos en el orden del día, entre ellos, el inicio de una investigación para comprobar sus sospechas; aceptada por la mayoría la investigación, se someten a votación dos propuestas alternativas: la del minoritario, que postula confiar la designación del investigador a un tercero ajeno a la sociedad (Confederación de empresarios de Galicia) y la de la facción mayoritaria, que desea que sean los auditores de la sociedad los que investiguen . Ambas propuestas se someten a votación, primero la del minoritario y, tras su fracaso, la de la mayoría, que es la que se aprueba. ¿Este acuerdo es positivo o negativo? ¿O acaso hay dos acuerdos, uno negativo y otro positivo[495]?

[495] IRIBARREN, *op. cit.,* p.4, ilustra sobre la posible concurrencia, en una misma junta, de dos acuerdos de signo contrario: *"Sobre los asuntos del orden del día pueden coincidir, como es obvio, varias propuestas, pero ello no impide afirmar la existencia de acuerdo negativo si se cumplen los requisitos que se desprenden de la definición que acabamos de ofrecer. No es indispensable que se haya formulado una sola propuesta ni tampoco lo es que, de haber varias, la junta no haya aceptado ninguna. Dicho más claramente: la existencia de un acuerdo negativo es perfectamente compatible con la aceptación de una propuesta diferente de la rechazada sobre el mismo asunto del orden del día. Otra cuestión son las repercusiones que ello pueda tener sobre las acciones que en tal caso deban ejercitar los socios u otros sujetos legitimados."* También es posible que los dos acuerdos, positivo y negativo, procedan, no de una dualidad de propuestas sobre un mismo punto del orden del día, sino de dos puntos distintos, caso frecuente cuando uno procede del grupo mayoritario y otro tiene origen en un complemento de convocatoria instado por la mayoría.

Como un acuerdo puede ser también positivo o negativo según la junta se obligue a un hacer o no hacer, parece más adecuado hablar de acuerdos estimatorios o desestimatorios.

El *nomen iuris*, por tanto, es secundario, confunde más que aclara. Por ello deberían descartarse, por equívocas, las denominaciones de acuerdo inexistente y acuerdo negativo para, en su lugar, hablar de inexistencia de acuerdo y de acuerdos desestimatorios (de una propuesta). El Tribunal Supremo, con buen criterio, se mantiene, por el momento, al margen de conflictos denominativos y se ha limitado a resolver los pocos casos que han alcanzado la casación. En las instancias inferiores, sin faro que nos guíe, nos desangramos en una guerra de guerrillas. Por ello, y porque el fenómeno impugnatorio es tan amplio que rebosa cualquier denominación, entiendo preferible y más clarificador prescindir de categorías y ofrecer una (di)visión más casuística. Aunque la visión sea necesariamente panorámica, confío en que los criterios de selección me permitan trasladar, con claridad, qué se puede impugnar y qué no y hasta dónde alcanzan las facultades del juez.

2. TAXONOMÍA.

2.1. MODIFICACIONES ESTATUTARIAS.

*****<u>El asunto Sociedad Industria Aceitera de Montoro.</u>

El primer caso filiado en que el Alto Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse sobre los acuerdos desestimatorios es la STS de 27 de marzo de 2001. Por la antigüedad del precedente nos es particularmente útil para comprobar la evolución del pensamiento en la Sala.

Se ejercitaba una acción de impugnación de acuerdos sociales tendente a obtener la declaración de nulidad del acuerdo por el que se había decidido no cambiar el domicilio social. La sociedad tenía fijado su domicilio en Madrid y el socio

impugnante entendía (y, deduzco, así lo propuso en la junta) que debía tenerlo en Montoro, donde radicaba el centro de producción y administración. La mayoría rechaza la propuesta, por lo que no se produce cambio alguno y el domicilio sigue fijado en Madrid. El Juzgado estima la pretensión y, atendiendo al tenor del antiguo art. 6 TRLSA, afirma que lo procedente es que el domicilio social se ubique en Montoro y declara nulo *"el acuerdo que impidió el cambio de domicilio, si bien corresponde a la sociedad determinar el sitio concreto* (se entiende dentro de la localidad de Montoro) *donde domiciliar socialmente a la Sociedad".* La sociedad recurre en apelación y la Audiencia[496] revoca la decisión del juez bajo el argumento, sugerente, de que *"indirectamente, en su demanda, lo que está pretendiendo la parte actora es obtener un pronunciamiento declarativo de un derecho –cual es el cambio del domicilio social- por medio de un cauce absolutamente inidóneo, como es el de impugnación de acuerdos sociales, que, por su propia naturaleza, tiene que entrañar siempre una pretensión negativa o de mera declaración de nulidad o anulabilidad".*

Contra dicho pronunciamiento se alza la socia en casación, afirmando que la Audiencia erró al juzgar que no existía acuerdo al haberse rechazado su propuesta, siendo así que la decisión de no cambiar el domicilio social constituyó en sí misma un acuerdo, lo que termina de convencer al TS, *"pues es evidente que en la junta ha existido el acuerdo de no cambiar el domicilio social, el cual infringe el art. 6 LSA".* La Sala casa la sentencia de alzada y declara *"la nulidad del acuerdo (…) respecto al domicilio social (…) así como, en su caso, la cancelación del asiento que se hubiera practicado en el Registro Mercantil respecto a dicho acuerdo".*

El fallo requiere dos precisiones: *(i)* la junta había declinado cambiar el domicilio, por lo que al desestimar la propuesta de la socia, en el Registro Mercantil no se llegó a practicar inscripción de ningún acuerdo; *(ii)* el Tribunal Supremo acepta como acuerdo —y como acuerdo impugnable— una propuesta rechazada, pero su efecto es meramente reprobatorio: el domicilio social sigue estando en Madrid y el artículo estatutario que así lo fija sigue vigente y consta inscrito en el Registro Mercantil. Por tanto, la socia se queda como estaba antes de demandar;

[496] SAP de Madrid, sec. 20ª, de 29 de diciembre de 1995.

quizás habría sido otro el alcance de la respuesta judicial si hubiera acompañado su pretensión de nulidad (que, recordemos, lo fue del "acuerdo", no del artículo de los estatutos) de una pretensión de condena a la sociedad a que ajustara los estatutos al art. 6 LSA. Al no haberlo hecho así, presumimos que la sociedad, siguiendo la "recomendación" judicial, habrá convocado junta para modificar los estatutos, aunque lo ignoramos.

*As. Bodegas Chaves.

Desde el año 1988 esta bodega ha estado adherida a la D.O. Rías Baixas y ha comercializado vinos de esta denominación de origen. En un momento dado, comienza a comercializar vinos sin denominación de origen o con denominaciones de origen distintas de Rías Baixas. Una socia minoritaria, entendiendo que está teniendo lugar una modificación de facto del objeto social, solicita una junta extraordinaria y propone la modificación del artículo estatutario que describe el objeto social; el objetivo, a nadie se les escapa, es provocar un acuerdo favorable o positivo que le permita ejercitar el derecho de separación del art. 346.1 a) LSC. La facción que integra la mayoría, como era esperable, vota en contra de la modificación, frustrando el acuerdo perseguido por la minoritaria.

Ésta reaccionó interponiendo una demanda en la que interesaba que se declarase *(i)* la nulidad del acuerdo de la mayoría rechazando la modificación sustancial del objeto social, por ser lesivo para el interés social, y *(ii)* su consecuente derecho a separarse. Razonaba la socia que se trataba de un acuerdo adoptado por la mayoría en detrimento de los derechos de la minoría, ya que los minoritarios se han visto privados del derecho de separación que les confiere el artículo 346.1.a). Bodegas Chaves S.L. se opuso a la demanda, afirmando que no existía modificación sustancial del objeto social (por ser una línea de negocio secundaria y residual) ni motivo para el ejercicio del derecho de separación, que era lo que realmente perseguía la socia.

En la demanda la socia razona que, si se están llevando a cabo actividades que suponen un cambio sustancial en el objeto social de la compañía, lo procedente

es acometer la modificación de la cláusula estatutaria y reconocer el derecho de separación a los socios que votasen en contra de la modificación; y que, al no hacerlo así y, además, negarse a la modificación estatutaria impulsada por la minoría, la mayoría está imponiendo un acuerdo desestimatorio abusivo, en detrimento injustificado de los derechos de aquélla.

La juez de lo mercantil[497], tras un esforzado recorrido por el estado de la doctrina y la jurisprudencia[498], concluye (SJM nº 2 de Pontevedra de 14 de junio de

[497] *Vid.* el articulo escrito por la juez firmante, FACHAL NOGUER, N., "El derecho de separación como mecanismo de protección del socio: propuesta para combatir las situaciones de abuso", en Revista de Derecho Mercantil, núm. 314, 2019, consultado en Proview®.

[498] La sentencia nos parece muy meritoria. Por ello nos parece obligado incluir, siquiera al pie, lo nuclear de sus razonamientos: *"2. La impugnación de acuerdos negativos El profesor ROJO define los "acuerdos negativos" como "aquellas propuestas de acuerdos que, habiendo sido sometidas a votación en la junta general, no han conseguido, por una u otra razón, la mayoría legal o estatutariamente establecida, según la naturaleza de la propuesta, y que, por consiguiente, no constituyen un acuerdo". Los "acuerdos negativos" se configuran como "no acuerdos" o "propuestas frustradas", que no han logrado el apoyo de la mayoría legalmente requerida para su aprobación. La regla general ha de ser la inimpugnabilidad de los acuerdos negativos a partir de la premisa de que los órganos judiciales no pueden suplir la voluntad social. Como excepción, en ciertos casos sí estará justificada su impugnación y la obtención de un pronunciamiento judicial declarativo de la existencia de un acuerdo positivo y así ocurrirá en casos de privación ilegítima del derecho de voto a uno de los socios o cuando el voto determinante de la no adopción del acuerdo fuese emitido por un socio en situación de conflicto de interés que le obligaba a abstenerse en la votación (artículo 190 LSC). En estos casos, se sugiere que a la acción de impugnación del acuerdo negativo se acumule una acción declarativa de la adopción del acuerdo positivo o, en su caso, constitutiva del mismo (IRIBARREN BLANCO, M., "La impugnación de los acuerdos negativos de la Junta General: rechazo de la propuesta de ejercer acciones contra los administradores. Comentario a la 8 Sentencia de 2 de junio de 2015", Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 101/2016). Un sector doctrinal autorizado defiende la calificación de los acuerdos negativos como auténticos acuerdos que expresan la voluntad social y que producen efectos jurídicos, como sucede con la desestimación por la junta general de una propuesta de reparto de beneficios, que podrá desencadenar el derecho de separación de la minoría, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 348 bis LSC. Al respecto, MARÍN DE LA BÁRCENA ("La impugnación de acuerdos negativos", El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital, AAVV, págs. 286-287), afirma que "el rechazo de una propuesta presentada a votación en junta general es una manifestación de voluntad de los socios que se define como acuerdo negativo, por contraposición al acuerdo positivo, resulta de la aprobación de la propuesta por la mayoría de los votos legal o estatutariamente establecida". También la Sala Primera ha atribuido a los acuerdos negativos el carácter de auténticos acuerdos —cfr. STS nº 286/2015, de 2 de junio, RJ 2015/2733—.*

(…) Para MARÍN DE LA BÁRCENA la impugnabilidad de estos acuerdos no se cuestiona por su formulación en términos negativos ni tampoco porque el legislador haya podido suministrar remedios alternativos para la defensa jurídica de la posición del socio disconforme con la decisión de la mayoría. El autor destaca que la importancia práctica de admitir esta impugnación se constata en los casos de proclamación defectuosa del resultado de la votación que da lugar al rechazo de la propuesta: deberá destruirse la eficacia jurídica inherente a la proclamación defectuosa del resultado y a tal fin deberá acudirse a la vía judicial para que se corrobore si se lograron las mayorías suficientes, sin que ello suponga sustituir la voluntad social, sino efectuar una "simple constatación de la misma". La SAP de Pontevedra de 18 de diciembre de 2014, vincula la nota de "inimpugnabilidad" al carácter abierto de las alternativas que procederían en caso de prosperar la impugnación del acuerdo negativo. Si

2019) que, enfrentada a un acuerdo negativo, para que la pretensión final de la actora (separarse) hubiera tenido éxito, debía, por este orden, *(i)* impugnar el acuerdo negativo, *(ii)* solicitar que el órgano judicial declarara el acuerdo positivo (la modificación del objeto social) y, consecuentemente, *(iii)* el derecho de la socia a separarse:

---

existiesen varias alternativas admisibles desde la perspectiva legal o estatutaria, el juez no podría suplir la voluntad social, pues "…no existiendo un acuerdo en determinado sentido, el Juez no podría sustituirlo o crear ex novo otro al carecer de legitimidad para optar por una de las alternativas viables en lugar por sustitución de los socios". Sin embargo, como señala la SAP de Madrid nº 146/2016, de 22 de abril, sí cabría la impugnación judicial de un acuerdo negativo cuando su estimación supone necesariamente entender adoptado el acuerdo de signo contrario: así, el rechazo de la propuesta de expulsión presenta la adopción de ésta como la única opción alternativa en expresión de la voluntad de la Junta de socios.

(…) Igualmente dudosa resulta la utilidad de la impugnación del acuerdo negativo cuando en la demanda sólo se contiene una pretensión de impugnación del acuerdo negativo, pero no se peticiona que se tenga por existente el acuerdo frustrado. Así lo expresa la SAP de Barcelona nº 280/2014, de 25 de julio, cuando reconoce que no existe interés legítimo en la impugnación de un acuerdo negativo y en la demanda tan sólo se contiene una pretensión de impugnación, pero no se solicita que se tenga por existente el acuerdo frustrado. En esta hipótesis se suplica una tutela vacía de contenido, por lo que la demanda no puede estimarse. En la misma línea, la SJM nº 3 de Madrid de 20 de octubre de 2013 considera que la acción impugnatoria dirigida frente a un acuerdo negativo debería ser desestimada si no se hubiera solicitado que se tuviese por existente el acuerdo frustrado, ya que se suplica una tutela "vacía de contenido". También en la doctrina se reconoce la posibilidad de reaccionar ante los acuerdos negativos mediante su impugnación en combinación con una acción declarativa de la adopción del acuerdo o, en su caso, constitutiva del mismo. Así lo entiende IRIBARREN BLANCO ("La impugnación de los acuerdos negativos de la Junta General", op. cit.), quien afirma que "lo que en realidad busca el socio que reacciona no es la remoción de los efectos del acuerdo negativo, sino la declaración de que el acuerdo no reconocido como tal ha sido adoptado, o bien la proclamación judicial del propio acuerdo, si el mismo no pudo llegar a adoptarse". Ahora bien, conviene aclarar que el examen en sede judicial del acuerdo impugnado se circunscribe a verificar su legalidad. Algunos autores (ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, ROJO ÁLVAREZ MANZANEDA) sostienen que, salvo supuestos muy excepcionales, los tribunales no pueden sustituir la voluntad del órgano social y adoptar el acuerdo que consideren que debió haber sido adoptado por la sociedad. En efecto, el órgano judicial no puede sustituir la voluntad de la Junta General como órgano soberano de la sociedad. En el punto 1º del Suplico de la demanda se solicita que se declare la nulidad del acuerdo segundo de la Junta General Extraordinaria de la sociedad demandada celebrada el día 28 de diciembre de 2017, sobre modificación sustancial del objeto social, por considerar que este acuerdo es lesivo para el interés social, al haber sido adoptado en abuso de derecho.

(…) LUCEÑO OLIVA y HERRERA BLANCO ("La modificación de facto del objeto social permite al socio separarse, Actualidad Jurídica Aranzadi nº 916/2016), proponen "para una adecuada defensa de los intereses en juego, que "la demanda incluya, no solo la impugnación del acuerdo negativo, sino también la solicitud de declaración judicial de adopción del acuerdo y el reconocimiento del derecho de separación, dando inicio de esta forma al proceso de valoración con la designación del experto independiente. En caso contrario, si se pide únicamente la impugnación del acuerdo negativo, el órgano judicial no tendrá la oportunidad de extender a estos casos el derecho de separación". Tal y como sugieren ambos autores parece que el éxito de la demanda interpuesta por los socios minoritarios se hará depender de la impugnación del acuerdo negativo, a la que habrá de acumularse la pretensión declarativa de adopción del acuerdo y el correlativo reconocimiento a los socios demandantes de su derecho de separación. Sin embargo, en el Suplico de la demanda únicamente se contiene una petición de anulación del acuerdo segundo de la Junta General Extraordinaria de la sociedad demandada celebrada el día 28 de diciembre de 2017, sobre modificación sustancial del objeto social, por considerar que este acuerdo es lesivo para el interés social, al haber sido adoptado en abuso de derecho."

> "Nada se pide a fin de que el juzgado se pronuncie en el sentido de tener por adoptado el acuerdo frustrado. El requisito interno de congruencia de la sentencia impide que el órgano judicial se pronuncie en la presente resolución concediendo una tutela jurisdiccional no impetrada: no se ha pedido que, declarada la nulidad del acuerdo negativo impugnado, se considere adoptado el acuerdo de signo contrario. En efecto, en este caso, el rechazo de la propuesta de modificación estatutaria de la cláusula referente al objeto social presenta la adopción de aquella propuesta como la única opción alternativa viable que, de haber sido solicitada, podría haber sido acordada por el órgano judicial. Por los motivos expuestos, ha de desestimarse la impugnación realizada.
>
> (…) No se comprende en qué medida se anuda la anulación de esta Junta General con la petición contenida en el punto 2º Suplico de la demanda, en el que se interesa que se declare el derecho de separación de la socio *(sic.)* demandante como consecuencia de la modificación sustancial del objeto social de BODEGAS CHAVES S.L. En efecto, de entenderse admisible la separación del socio por modificación sustancial de facto del objeto social sería irrelevante la previa impugnación del acuerdo que rechazó la propuesta de modificación de la cláusula estatutaria relativa al objeto social. La impugnación judicial del acuerdo que rechaza aquella propuesta adquiere trascendencia si se estima la impugnación del acuerdo negativo y se entiende procedente que se adopte el acuerdo social de sesgo contrario (el modificativo de la cláusula estatutaria): se generará en esta hipótesis el derecho de separación del artículo 346.1.a) TRLSC por sustitución o modificación sustancial del objeto social, pues este motivo legal de separación se reconoce a favor de los socios que "no hubieran votado a favor del correspondiente acuerdo, incluidos los socios sin voto" –artículo 346 TRLSC."

La socia no se conforma y porfía en alzada. El recurso pone en duda, en primer lugar, que debiera haber solicitado la tutela declarativa que la juez le reclamó, pues no existe incongruencia *extra petita* cuando el tribunal se pronuncia sobre una pretensión que, aun cuando no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso.

La Audiencia de Pontevedra (sec. 1ª, sentencia de 12 de noviembre de 2019), con carácter previo a resolver sobre la congruencia, entiende que el caso *"exige, en realidad, un planteamiento previo y es si, efectivamente, se puede impetrar ante el órgano judicial para que este dicte o declarare un determinado acuerdo social sustituyendo así a la junta general de la sociedad".* La Sala, invocando doctrina

autorizada (pero innominada) y jurisprudencia del Tribunal Supremo (aquí sí, con cita de la sentencia de 6 de octubre de 2010[499]), afirma que *"salvo supuestos excepcionales normalmente previstos expresamente por la ley, los tribunales no pueden sustituir la voluntad social que se expresa en los acuerdos de la junta general. Es esta y no otro órgano* (social o extrasocietario, precisa), *la que tiene atribuida la competencia para adoptar los acuerdos que estime convenientes o necesarios según las reglas que expresan el equilibrio de intereses que confluyen en las sociedades capitalistas (…) Cuando el legislador ha querido establecer alguna competencia de los jueces para adoptar decisiones en el marco del derecho de sociedades, así lo ha establecido como ocurre en respecto de la disolución judicial a que se refiere el art. 366 LSC."*

La Audiencia, recordando su anterior sentencia de 18 de diciembre de 2014, afirma que solo en aquellos limitados casos en que, habiendo solo *dos* alternativas posibles en el contenido de un acuerdo, una de ellas impuesta por la ley en atención a las circunstancias de hecho, podrá el juez declarar lo que la ley exige y la junta ha negado. Mas si son varias las alternativas que la ley contempla, compete a la junta y no al juez, elegir cuál de ellas conviene más al interés social. Y, entrando en el caso de la modificación de *facto*, declara:

> "Precisamente para poder eludir la vinculación a los acuerdos sociales que se adoptan por el principio mayoritario, la propia LSC establece algún remedio como es el derecho de separación que asiste al socio respecto de acuerdos que se adopten sobre determinadas materias que recoge el art. 346 LSC o en los estatutos sociales por expresa remisión del art. 347 LSC, siempre que no hubieran votado a favor del mismo. Lo que no se contempla es la posibilidad, al menos con carácter general de que, adoptado un acuerdo

[499] "*Ahora bien, el precepto transcrito, en términos similares a los del artículo 204.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital —"Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros", no autoriza a suplir la voluntad social en la adopción de acuerdos que tan sólo a la misma competen, de tal forma que, fuera de aquellos supuestos extraordinarios en los que la propia norma cercena la regla de libertad de adopción de decisiones empresariales e impone a los administradores o a los socios determinadas decisiones —ad ex. casos de convocatoria judicial de junta (artículo 105 en el texto refundido de 1989 y artículo 169 en el de 2010); concurrencia de causas de disolución (artículo 262.3 en el texto refundido de 1989 y artículo 366 en el de 2010))—, el control judicial de las decisiones societarias se limita al examen de la regularidad de los acuerdos adoptados, pero no la conveniencia o no de la adopción de otros, sin perjuicio, claro está, de que la paralización de la toma de decisiones pueda llegar a erigirse en causa de disolución, ésta sí, susceptible de ser adoptada por el Juez*."

negativo en un sentido amplio, cuya impugnabilidad no es controvertida, el socio minoritario pueda reaccionar exigiendo, al margen de la junta general competente, que se dice una resolución judicial que declare un acuerdo societario en el sentido interesado por la minoría. No puede justificarse en el derecho de sociedades este gobierno judicial a instancia de la minoría, adoptando decisiones que la junta general no ha estimado oportuno adoptar.

La conclusión, que no es controvertida por la parte apelante, de que el derecho de separación exige un previo acuerdo societario en la literalidad del art. 346 LSC, no puede llevar a generalizar la teoría de que ante la impugnación de acuerdos negativos, de no acuerdos, que pueden impedir la aplicación del citado precepto, debe concluirse que, para hacerlo factible, es posible que los Tribunales puedan declarar acuerdos societarios no adoptados por la junta general, pues ello es, al menos con carácter general, contrario al ordenamiento jurídico según se ha venido razonando.

Cuestión diferente es que el socio minoritario que pueda verse perjudicado por la no adaptación de acuerdos que considere deberían ser adoptados, reaccione con los mecanismos que el ordenamiento pone a su disposición como puede ser la impugnación de o cuestionamiento de determinadas acciones u omisiones cuando menos en la junta general ordinaria en relación con la aprobación de la gestión social, o mediante el ejercicio de acciones de responsabilidad contra los administradores sociales. Incluso mediante el intento de evitar consecuencias negativas en su esfera jurídica acudiendo a la figura del abuso del derecho. Figura que ha sido aplicada por algunas resoluciones judiciales para paliar los efectos negativos de acuerdos negativos que perjudican al socio minoritario, pero sin que ello implique la necesidad de que el Tribunal deba llevar a cabo un pronunciamiento formalmente equiparable a un acuerdo de junta general.

Llegados a este punto, el recurso no solo puede estimarse por los argumentos esgrimidos por la parte apelante en orden a que se puede preservar el principio de congruencia cuando lo no expresamente pedido estaba implícito o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados expresamente o de la cuestión principal debatida en el proceso, sino también porque ni siquiera le era exigible interesar la pretensión declarativa de adopción de un acuerdo societario por un Tribunal."

Para comprender bien el razonamiento de la Audiencia de Pontevedra hay que leerlo a la luz de una sentencia previa de la Audiencia de Barcelona, sec. 15ª, de 27 de julio de 2015[500] que, en un supuesto similar, consideró que, bien aplicando el

[500] *Vid.* RODRÍGUEZ VEGA, L. "El derecho de separación de los socios por modificación del objeto social", *Principales reformas del Derecho Mercantil*, Colegio Notarial de Cataluña, Edit. Marcial Pons, 2016, pp. 9 a 30, que fue el ponente de esta sentencia.

abuso de derecho[501], bien el fraude de ley[502], se había privado a los socios de la posibilidad de ejercitar el derecho de separación, que termina por reconocerles directamente en su sentencia[503], sin necesidad de impugnar previamente el "acuerdo negativo" o "no acuerdo" y, menos aún, de pedir al juez que integrara la voluntad social declarando, de derecho, la modificación estatutaria que la junta negó.

La SAP de Pontevedra, aplicando el mismo criterio, alcanza, sin embargo, la solución opuesta, por entender que *"en realidad no se ha producido ninguna*

---

501 *"29. El abuso de derecho requiere: a) el uso de un derecho objetivo o externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestándose de forma subjetiva (el autor solo tiene la intención de perjudicar) o bajo una forma objetiva (cuando el daño procede del exceso o de la anormalidad de su ejercicio).*

30. Así el primero de los requisitos es el uso de un derecho subjetivo: en este caso la junta de socios, órgano rector de la sociedad, adopta sus acuerdos por mayoría, conforme el art. 159 LSC, acuerdos que vinculan también a los disidentes. Es indudable que los socios pueden votar libremente conforme a sus intereses, pero es dudoso que la Ley reconozca a los socios el derecho a votar en contra de los estatutos, autorizando actividades que, como hemos dicho, se encuentran fuera de las actividades permitidas por el objeto social. Lo que indudablemente tienen sus socios es el derecho a modificar los estatutos para adaptar el objeto social y permitir aquellas actividades. Hay que recordar que la Ley incluye dentro del concepto de actos abusivos no solo el ejercicio sino también la omisión. En el caso enjuiciado, lo que podría resulta abusivo es la omisión de la mayoría de los socios de modificar los estatutos e incluir las actividades que expresamente han aceptado desarrollar.

31. Esa omisión priva indebidamente a los socios minoritarios demandantes de su derecho de separación, en la interpretación mantenida del art. 346 LEC, por lo que causa un daño a sus intereses. Por último, la junta es perfectamente consciente de que ese proceder priva a los minoritarios de aquel derecho y obliga a estos a seguir formando parte a perpetuidad de una sociedad que de facto ha modificado sustancialmente la actividad, en contra de sus estatutos."

502 La Audiencia reconoce que *"[l]os límites entre el abuso de derecho y el fraude de ley son realmente difusos. Se dice que la diferencia está en la base de una y otra institución; el abuso implica el ejercicio anormal de un derecho subjetivo, como ocurre en este caso, mientras que en el fraude de ley hay un mal uso del derecho objetivo."* Pero, prosigue, *"[e]n cualquier caso, a la misma conclusión llegaríamos aplicando ésta última técnica. En este supuesto, la norma de cobertura sería la que permite a la junta autorizar la labor de los administradores realizada fuera del objeto social, sin modificar los estatutos, actuación que persigue una finalidad prohibida por el ordenamiento, en cuanto que la sociedad y sus administradores deben limitar su actividad al objeto estatutario. La falta de modificación del objeto estatutario priva a los socios disidentes de la posibilidad de ejercitar su derecho de separación."*

503 La Sala razona que, "[e]*n ambos supuestos, abuso de derecho o fraude de ley, la consecuencia será reconocer a los actores su derecho de separación y, en consecuencia, el valor razonable de sus participaciones sociales o acciones en concepto de precio de las que la sociedad adquiere o de reembolso de las que se amortizan, según lo dispuesto en el art. 356.1 LSC".* Y acuerda "*estimar la demanda (…),, reconocer a los actores el derecho a separarse de la sociedad (…) y en consecuencia, condenar a (…) a pagar a los actores el valor razonable de sus acciones, a determinar por acuerdo entre las partes en el periodo de ejecución voluntaria de la sentencia, y en su defecto, por el que se determine por un auditor nombrado por el Juzgado (…)"*

modificación sustancial del objeto social que exija o haga conveniente su plasmación en los estatutos modificando el objeto social descrito en los mismos. Si no existe tal modificación sustancial, en modo alguno puede considerarse abusiva la no adopción de un acuerdo que no resulta exigible, y que incluso en caso de complementar de alguna manera el existente, no determina una modificación sustancial del objeto social que permitiera a la apelante ejercer el derecho de separación previsto únicamente para supuestos de sustitución o modificación sustancial del objeto social." No sin antes reconocer, con cierto alivio, que *"el recurso supletorio a la figura del abuso del derecho (…) nos exime del estudio del espinoso problema de si puede, o no, anudarse a una modificación sustancial del objeto de facto el derecho de separación del socio ante la inexistencia de acuerdo formal al efecto."*

La solución que patrocinan las Audiencias de Pontevedra y Barcelona, sin restar mérito a la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Pontevedra[504], nos parece más sencilla, pues al permitir acordar la separación *per saltum*, sin necesidad de entablar la acción impugnatoria, salva el problema de los minoritarios que no alcancen el mínimo de capital preciso para impugnar[505].

Este segundo caso no alcanzó la cúspide de la pirámide jurisdiccional, pues murió en la Audiencia Provincial, pero es muy ilustrativo para el fin que pretendemos, ya que, de un lado, la Audiencia juzga innecesario que la socia hubiere acompañado su pretensión meramente impugnatoria de una segunda de naturaleza declarativa; y, de otro, porque reitera[506] que el órgano judicial no puede suplantar

[504] De interés nos parecen los comentarios de GUERRERO LEBRÓN, Mª. J., "Propuestas para la tutela de los minoritarios en casos de modificación de facto del objeto social en las sociedades cerradas: el derecho de separación", en Revista de Derecho de Sociedades, núm. 68, 2023, pp. 16 y ss.

[505] Así lo apunta GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M., "El derecho de separación del socio por cambio del objeto social", Boletín Mercantil Uría Menéndez, nº 80, 2019, accesible en https://www.uria.com/es/publicaciones/6727-el-derecho-de-separacion-del-socio-por-cambio-del-objeto-social, última consulta 25 de abril de 2024.

[506] La Sala omite la cita de otra sentencia suya de 3 de junio de 2015, que incluimos en nota por su interés. En la junta se habían votado, bajo los puntos 2º y 3º del orden del día, dos propuestas alternativas; en el punto 2º se discutía qué alcance debía tener la investigación que propugnaba la minoría para una ulterior acción social; en el 3º, si la investigación debían llevarla a cabo los auditores de la sociedad (propuesta de la mayoría) o terceros ajenos a la sociedad (como postulaba la minoría). En cada punto se sometieron a votación las dos propuestas; en el acta figura que, en ambos casos, la

la voluntad de la junta en todo caso, sino solo en aquellos cuyo contenido u oportunidad venga impuesto por la ley.

En relación con el origen de la imposición —si solo la ley o también los estatutos— la Audiencia de Pontevedra matiza en su sentencia de 12 de noviembre de 2019 lo que decía en la previa de 18 de diciembre de 2014. Donde allí aludía indistintamente a la ley o a los estatutos, reconoce que *"[p]osiblemente haya un cierto exceso en la consideración a los estatutos como fuente legitimadora de la atribución de capacidad de decisión a un órgano judicial, si bien se trataba de plasmar la línea de excepcionalidad en este tipo de decisiones judiciales en línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que solo se remite a previsiones legales."*

En mi opinión, tanto la ley como los estatutos son suficientes para que el juez

---

propuesta de la minoría fue la primera en ser votada, alcanzando en ambos casos el 30% del capital; a continuación, se votaron, en cada punto, las propuestas de la mayoría, que se aprobaron con un 70%. En realidad, más que un acuerdo negativo o desestimatorio (que también), había un acuerdo positivo o estimatorio de una propuesta alternativa. La Sala lo explica así: *"En otras palabras, ante dos propuestas parcialmente coincidentes sobre los extremos que habían de ser objeto de la investigación acordada en el numeral anterior, la mayoría de la junta optó por la planteada por el Grupo Tojeiro, en perjuicio de la formulada por "Aresa Inversiones, S.L.", que fue descartada.*

Existe, pues, un acuerdo positivo (efectuar la investigación en los términos que se expresan) que, tácitamente, supone una decisión negativa en tanto rechaza ampliar la investigación en los términos interesados por Aresa Inversiones, S.L."

"En cualquier caso —prosigue la Audiencia— *nos encontramos ante un "acuerdo impugnable", o, dicho de otra manera, la nota de " impugnabilidad " no estriba tanto en el sentido de la decisión como en su contenido y adecuación a la ley y a los estatutos de la sociedad, de forma que el problema se traslada a analizar si venía impuesto legal o estatutariamente, en cuyo caso su rechazo explícito o por falta de obtención de la mayoría necesaria abre la puerta a la impugnación, estando el juez legitimado para sustituir la falta o insuficiencia de la voluntad social por la voluntad del legislador o del órgano constituyente de la sociedad, plasmadas en la ley o en los estatutos y demás normas de organización y gobierno de aquella, mientras que, por el contrario, en el caso de cuestiones " abiertas " a varias alternativas, cualquiera de ellas admisible desde la perspectiva legal o estatutaria, si bien en abstracto cabe admitir la impugnación, es necesario reconocer que carecería de sentido porque, no existiendo un acuerdo en determinado sentido, el Juez no podría sustituirlo o crear* ex novo *otro al carecer de legitimidad para optar por una de las alternativas viables en lugar por sustitución de los socios.*

(…) El acuerdo de acometer una investigación sobre determinados extremos no viene impuesto en la ley ni en los estatutos, por lo que, caso de estimarse la impugnación, la única consecuencia sería la nulidad del acuerdo, sin que en modo alguno estuviese la Sala facultada para suplir la voluntad de la junta y declarar que la investigación se contraiga a otros extremos distintos, por lo que, en tal caso, la sentencia incurriría en una reformatio in peius, *al dar menos de lo que la propia junta de la sociedad asumió al aceptar la propuesta de acometer la investigación, con un alcance inferior al propuesto por el socio discrepante."*

se considere legitimado para integrar la voluntad social. Más decisivo que ese aspecto es discernir si las potestades del juez se agotan en los acuerdos potencialmente binarios, en que solo hay dos alternativas posibles (la rechazada por el órgano social y la que se le reclama) o alcanza a acuerdos de contenido más abierto.

2.2. EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL.

La acción social, salvo para los casos de infracción del deber de lealtad, en que se concede acción directa a la minoría, supedita la legitimación de segundo grado a uno de estos tres supuestos: *a)* falta de convocatoria de la junta; *b)* acuerdo favorable a su ejercicio, pero no ejecutado en el plazo de un mes desde su adopción; y *c)* acuerdo contrario. Esta última hipótesis es la que nos interesa.

La STS de 2 de junio de 2015 constituye el *leading case*. Un socio había visto rechazada su propuesta de ejercicio de la acción social e impugna el acuerdo desestimatorio. La Audiencia lo declara nulo porque lesiona los intereses de la sociedad en beneficio de varios accionistas. La sociedad recurre en casación, invocando, como motivo, la infracción del art. 115.1 TRLSA (actual art. 204), por no ser impugnables los acuerdos negativos o no-acuerdos. En concreto alega que *"la consecuencia de la anulación de dicho "acuerdo" sería que se aprobara el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores, sustituyendo de esta forma el órgano social por el órgano jurisdiccional para conformar la voluntad de la sociedad, lo que supondría vulnerar el principio mayoritario que regula las sociedades mercantiles recogido en el art. 159 de la Ley de Sociedades de Capital".*

El Tribunal Supremo reconoce que:

> "[t]iene razón la sociedad recurrente cuando afirma que con el acuerdo impugnado «lo que la junta rechaza por mayoría es el ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores». Pero no puede negarse que se trate de un acuerdo, pues se decide que la sociedad no ejercite la acción social de responsabilidad contra los administradores por haberse cobrado unas retribuciones que no les correspondían, al haber quedado sin efecto el acuerdo social que las acordó. Es un acuerdo contemplado por la Ley. El art. 134 LSA, después de reconocer a la sociedad la legitimación originaria

> para ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores, previo acuerdo de la junta general (apartado 1), atribuía a los accionistas que tuvieran más del 5% del capital social legitimación para ejercitar esta acción social cuando el acuerdo "hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad" (último inciso del apartado 4). La Ley prevé que, sometido a la junta, esta adopte un acuerdo a favor o en contra de exigir responsabilidades a los administradores sociales. Por lo tanto, acuerdo lo hay, aunque su contenido sea que la sociedad no ejercite la acción social de responsabilidad."

Ahora bien, habiendo acuerdo (aunque sea el de no ejercitar la acción social), el Alto Tribunal considera que no es impugnable:

> "La improcedencia de la impugnación de este acuerdo radica en que la Ley ya prevé cómo se puede recabar el auxilio judicial para contradecir lo acordado y hacer efectivo lo pretendido con el acuerdo. Más que su impugnación, la Ley contempla que los accionistas minoritarios que tengan un 5% del capital social puedan, en ese caso en que la junta rechaza el ejercicio de las acciones de responsabilidad por parte de la sociedad, ejercitar directamente la acción social de responsabilidad, de forma subsidiaria y en interés de la sociedad.
>
> Por esta razón, este concreto acuerdo que rechazaba el ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores, propuesto en el punto 7º del orden del día, no era susceptible de impugnación, y por consiguiente no podía anularse."

El acuerdo contrario al ejercicio de la acción social, en conclusión, no es impugnable, por innecesario. Y aunque lo fuera, la acción tendría poco recorrido, porque difícilmente puede considerarse contrario a la ley[507] o lesivo para el interés social[508].

[507] Los defectos formales serán normalmente ajenos al acuerdo relativo a la acción social, al permitir la ley su adopción sin previa constancia en el orden del día, lo que ya elimina de las causas potenciales de impugnación los vicios de convocatoria o la infracción del derecho de información. Si la infracción de ley denunciada fuera la participación en la votación de personas legitimadas, la SAP de Madrid, sec. 28, de 26 de enero de 2018, recuerda que *"el ejercicio de la acción social contra un administrador no está entre los acuerdos en los que el socio afectado por ser administrador debe abstenerse de participar en la votación de conformidad con el artículo 190 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital en la redacción aplicable al supuesto enjuiciado por razones temporales —ni tampoco en la vigente—."* Tampoco es causa de nulidad del acuerdo, según esta sentencia, *"el hecho de que sólo se acordara expresamente el cese de una de las dos administradoras contra las que se acuerda ejercitar la acción social (…) sin perjuicio de que pudiera entenderse también cesada la otra administradora por imperativo del artículo 238.3 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital."*

Hemos partido de la hipótesis de que la junta se niega al ejercicio de la acción mediante un acuerdo contrario. Yendo más allá, con frecuencia en la práctica observamos que la junta —o, mejor dicho, su presidente— rehúsa por completo a entrar en la deliberación de un asunto o, aun existiendo deliberación, los socios no llegan a adoptar un acuerdo. ¿Hemos de aplicar a estos supuestos la misma solución de la STS de 2 de junio de 2015?

Por principio hemos de partir de que, con carácter general, la junta no puede negarse a discutir sobre un asunto incluido en el orden del día, se trate o no de la acción social. Sentado esto, si la junta, pese a constar en el orden del día el posible ejercicio de la acción social decide obviarlo, dicha contravención debe abrir, a mi juicio, la vía subsidiaria a la minoría, pues de otro modo se estaría favoreciendo la orquestación de maniobras abusivas o fraudulentas por parte del bloque mayoritario que sostiene al órgano de administración. Pensemos que de seguir una postura más literal que exigiera a todo evento un acuerdo contrario abocaríamos a la minoría a impugnar la junta (no tanto el acuerdo, impedido de nacer, ni tampoco su falta) o a interesar del juez que declare el derecho del minoritario a incluir, deliberar y adoptar el acuerdo, cualquiera que sea su contenido; ninguna es buena solución: la primera, de acceder el juez a la nulidad, simplemente conduciría a la celebración de una nueva junta, sin que pueda excluirse una eventual contumacia; y la pretensión mero declarativa, más ortodoxa, supone, en el mejor de los escenarios, entre nueve y doce meses desde la demanda hasta la nueva junta.

Por estas u otras razones, la SAP de Baleares, Sección 5.ª, de 18 de octubre de 2004 admite la entrada en juego de la legitimación subsidiaria cuando el debate sobre el ejercicio de la acción es rechazado, aunque tal rechazo no cristalice en la

[508] La SAP de Málaga, sec. 4ª, de 13 de marzo de 2008, descarta que el acuerdo contrario pueda reputarse lesivo (como también contrario a la ley), ya que la razón de la negativa fue la falta de concreción de los motivos para su ejercicio, y advierte al socio que *"[e]n cualquier caso, la negativa de la junta general a la adopción de acuerdo en los términos propuestos por el socio apelante no impide a éste el ejercicio subsidiario de la acción social de responsabilidad".*

formal adopción de un acuerdo negativo[509]. Y, en la doctrina, SÁNCHEZ CALERO[510] defiende igualmente que si el presidente se negare a que la junta tratare esta cuestión y, efectivamente, la junta no deliberare sobre el ejercicio de la acción social contra los administradores, habrá de entenderse que el acuerdo ha sido contrario a la exigencia de responsabilidad y, por ende, habilitante de la legitimación subsidiaria y no impugnable. En sentido contrario, bajo la vigencia de antiguo artículo 134, se manifestaron SUÁREZ LLANOS[511] o JUSTE MENCÍA[512], sobre la base de que en este supuesto podían concurrir circunstancias que justificaran la actitud de la junta. Si en el primer supuesto (negativa a la deliberación cuando hay previa constancia en el orden del día) podría presumirse que la negativa de la junta está motivada por la voluntad interesada de los administradores de no verse demandados, cuando el ejercicio de la acción social se propone de forma sorpresiva existen otros intereses que el segundo de los autores citados juzgaba dignos de consideración, como el deseo de que todos los accionistas estén debidamente informados (lo que no siempre es posible cuando el asunto no está incluido en el orden del día) o la elusión de maniobras abusivas de la minoría, lo que implicaría, en defecto de deliberación y/o acuerdo, someter a la minoría a la necesidad de requerir a los administradores para que convoquen nueva junta incluyendo en el orden del día el punto referido a la acción social. Con el nuevo texto, entiende que se

---

509 *«Del texto del precepto se deduce que los accionistas minoritarios no gestores, que quieran ejercitar la acción social de responsabilidad, tienen los siguientes caminos para ello:*

— En cualquier Junta General que se celebre, plantear la propuesta y de no ser aceptado su debate o rechazado el acuerdo, acudir al ejercicio directo de la acción.

— Instar en cualquier momento de los Administradores la celebración de una Junta General con este preciso tema en su orden del día. Si la Junta no se convoca para celebrarse antes de los treinta días siguientes al requerimiento notarial que a tal fin se practique, quedará expedita la vía del ejercicio de esta acción por los socios.

— Supuestos que la propuesta de responsabilidad prospere, si los Administradores no afectados por ella, o expresamente nombrados, no la entablan dentro del plazo de un mes desde el acuerdo, también queda abierta la posibilidad del ejercicio directo para los socios de la acción indemnizatoria».

510 SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, edit. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 345.

511 SUÁREZ-LLANOS, L., «Responsabilidad de los administradores de sociedad anónima (Disciplina jurídica de la acción social)», Anuario de Derecho Civil, 1962, p. 937.

512 JUSTE MENCÍA, J., *op. cit.,* pp. 421 a 424.

modifica significativamente el estado de la cuestión, por lo que aboga por equiparar la ausencia de acuerdo con la falta de convocatoria de junta[513].

Puede suceder, igualmente, que no sea el presidente, sino los socios, o un grupo de ellos, quienes hagan imposible el debate sobre la acción social. En este caso, en posición que compartimos, VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA[514] defiende la equiparación al acuerdo negativo de la hipótesis en que no sea el presidente sino los accionistas los que decidan impedir la deliberación.

Por último, puede existir deliberación eficaz, pero no llegar a adoptarse formalmente acuerdo alguno, generalmente por existir una situación de «empate». Es el caso de la SAP de Cádiz, Sección 1.ª, de 28 de julio de 2005[515], que opta

---

513 JUSTE MENCÍA, J., «Legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social», La responsabilidad de los administradores, ROJO-BELTRÁN (Dirs.), Edit. Tirant lo Blanch, 5.ª edit., pp. 134 a 136.

514 VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, B., *El ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima*, tesis doctoral inédita, disponible en E-prints Complutense, Madrid, mayo de 2012, pp. 429 y 430.

515 *«Sucede, sin embargo, que celebrada Junta General Universal en la fecha, hora y lugar designados, con asistencia del administrador convocante Sr. Jesús Carlos y el requirente Sr. Imanol, únicos socios —como decíamos— de "Provisol" que se reparten al 50% la totalidad de las participaciones sociales, al defender y votar cada uno de ellos las cuestiones incursas en el orden del día en función de sus respectivos postulados, antagónicos entre sí, no se tiene por alcanzado acuerdo alguno, ni en sentido favorable al ejercicio de acciones ni de signo contrario a la exigencia de responsabilidad (vid. folios 83 a 85 la Diligencia extendida por el propio Notario autorizante, "ex" artículo 55 de la Ley Especial), como advierte la Juzgadora "a quo" en el fundamento jurídico tercero de la sentencia al referirse expresivamente a la situación de "empate" registrada y subraya ahora ante la Sala el apelante.*

Mas la situación creada no puede en modo alguno interpretarse en la forma que preconiza el administrador discrepante Sr. Jesús Carlos, que interesadamente trata de capitalizar el atípico e inconmovible resultado de la votación para blindar férreamente su posición, negando toda legitimidad al socio demandante Sr. Imanol en punto al ejercicio —en defecto de la sociedad— de la acción social de responsabilidad entablada, denunciando la falta de los requisitos del artículo 134.4 de la Ley de Sociedades Anónimas, pues —se dice— si Provisol Bahía no ha accionado en el plazo de un mes que la Ley establece, es porque ningún acuerdo positivo se ha alcanzado, y por otra parte, tampoco la Junta se ha mostrado contraria a la depuración de responsabilidad en términos habilitantes de la iniciativa sustitutoria del socio, que producida en tales circunstancias debe necesariamente perecer por manifiesta falta de legitimación activa, sin necesidad de abordar los problemas sustantivos que el asunto suscita.

No compartimos en absoluto tan artificioso discurso del apelante Don Jesús Carlos, fruto —en el mejor de los casos— de una visión aprovechada, mimética e inflexible del precepto legal, que dudosamente se compadece con las peculiaridades de una sociedad personalista como la de autos, subjetivamente reducida a su mínima expresión (naturalmente fuera de la sociedad unipersonal del artículo 125 de la Ley) al estar integrada actualmente por sólo dos socios, uno de los cuales ostenta, además, la condición de administrador único de la empresa, en la que —como dijimos— ambos concurren al 50%, de modo

asimismo por equiparar la imposibilidad de acuerdo al acuerdo contrario a estos limitados efectos, lo que excluye también, por las razones apuntadas, la necesidad de impugnar lo que no sería más que un acuerdo en grado de tentativa.

2.3. ALTERACIÓN DEL RESULTADO DEL ACUERDO POR VOTAR QUIEN NO DEBÍA.

En el asunto «Bodegas Bardón», que terminó siendo resuelto por el Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de julio de 2007, se planteó por un socio la impugnación del acuerdo contrario al cese de los administradores. El socio había denunciado que concurría en los dos administradores la causa de separación del antiguo art. 133.2 TRLSA, a cuyo tenor *"[l]os administradores que lo fueren de otra sociedad competidora y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad, cesarán en su cargo a petición de cualquier socio y por acuerdo de la junta general".*

La doctrina[516], interpretando esa norma (antecedente del actual art. 224.2 LSC), venía defendiendo la posibilidad de impugnar el acuerdo de mantener en su cargo al administrador afectado, por contrario a la ley[517] o lesivo del interés social[518].

---

que cualquier fricción o discrepancia entre ellos, tanto más intensa y reconocible en supuestos específicos de hondo calado como el litigioso, bastaría para enervar toda posible reparación del agravio, con la paradoja de que unas previsiones como las comentadas del artículo 134 de la Ley, dirigidas a la exacción de la responsabilidad del administrador, cuidadosamente asegurada mediante un esquema jerárquico que en defecto de la sociedad legitima a los mismos socios, servirían —tales reglas— para cercenarla de plano y en todas sus posibles manifestaciones, quedando en manos del socio/administrador sospechoso la depuración interna de eventuales desviaciones, y anudada a su propia voluntad el ejercicio de las acciones judiciales correspondientes, consagrando a la postre la más completa inmunidad, fueren cuales fueren las extralimitaciones advertidas, como apunta la sentencia apelada al finalizar su razonamiento jurídico tercero, antes citado».

[516] Por todos, URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA, *op, cit.,* p.269.

[517] OLIVENCIA RUIZ, M., en GARRIGUES-URÍA, Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas, Tomo II, 3ª edit., revisada, corregida y puesta al día por MENÉNDEZ y OLIVENCIA, Madrid, 1976, p. 223.

[518] RUBIO GARCÍA-MINA, J., *Curso de Derecho de sociedades anónimas*, 3ª, edit., Madrid, 1974, p. 282.

El Juzgado de primera instancia de Tudela había estimado la demanda, por reputar el acuerdo desestimatorio contrario al art. 132.2., declarando nulo el acuerdo y afirmando que debían cesar los administradores afectados. La Audiencia Provincial de Navarra ratifica el cese, con la salvedad de considerar el acuerdo anulable (por lesivo) y no nulo[519].

Llegado el asunto a casación, el Tribunal Supremo afirma que *"resulta incuestionable que un acuerdo de una junta general que rechaza cesar a los administradores sociales a pesar de existir la solicitud de un socio y constar claramente la concurrencia de intereses contrapuestos, no sólo es impugnable ante los Tribunales (S. 15 de marzo de 2.004[520]), sino que además merece la consideración de nulo, y no anulable, por contradecir el art. 132.2 en relación con el 115.2, del TRLSA."* En consecuencia, ratifica la sentencia de primera instancia, declarando nulo el

---

[519] La SAP de Navarra, sec. 3ª, de 15 de enero de 2000 razonaba así el cambio de criterio respecto de la instancia: *"Ciertamente puede ocurrir, como de hecho sucede en el supuesto litigioso, que la valoración que haga un socio o grupo de socios sobre una situación determinada y que encuentre apoyo en una resolución judicial, sea diferente a la hecha por la junta general de la sociedad en cuestión; pero ello no implica que el acuerdo adoptado por tal órgano suponga una infracción del referido art. 132. 2 L.S.A., determinando su nulidad. Dicho de otro modo, en nuestra opinión a lo que el precepto obliga es a que el órgano soberano de la sociedad analice y valore los intereses en conflicto y tras ello resuelva lo que sea procedente, de tal suerte que si en el libre ejercicio de dicho examen la mayoría considera que no se dan los presupuestos requeridos denegará el cese de los administradores; sin que quepa considerar dicho acuerdo como nulo si en un momento posterior un órgano judicial opina lo contrario.*

Quizás sí podría sostenerse la nulidad por infracción de ley, si la junta pese a estimar la inidoneidad del administrador por tener intereses opuestos a aquellos por los que está obligado a velar, no actuase en consecuencia y le mantuviese pese a ello en su puesto. Pero cuando la denegación de la separación instada responde a un análisis diferente del hecho por los socios solicitantes el acuerdo no puede considerarse como vulnerador de la ley.

En la tesis que defendemos, la razón de ser del art. 132. 2 L.S.A. es posibilitar a los socios discrepantes la revocación del acuerdo que reputan lesivo para los intereses sociales. En este sentido puede traerse a colación la diferencia, subrayada doctrinalmente, entre el supuesto de hecho contemplado en el art. 124 —donde, como se sabe, se recogen las incapacidades y prohibiciones para el desempeño del cargo de administrador—, y el tipificado en el art. 132. 2, ya que aquél tiene un marcado carácter objetivo del que adolece el segundo. Así cuando el art. 124 dice que no pueden ser administradores los quebrados no rehabilitados o los menores, por ejemplo, es claro que está objetivando unas causas, determinando la inobservancia del precepto la destitución inmediata del administrador, a petición de cualquier accionista, art. 132.1. Tal objetivación conlleva que a diferencia de lo que ocurre en los supuestos tipificados en el art. 132. 2, no se haga mención al acuerdo de la junta general." La Audiencia se hacía así eco de la opinión de la doctrina que reconocía en el supuesto del art. 132.2 libertad de la junta para apreciar o no el conflicto de intereses.

[520] La referencia a esa previa sentencia de 15 de marzo de 2004 es equívoca, pues lo allí impugnado era el acuerdo positivo de cese y no el que lo rechazaba.

acuerdo social contrario al cese de los administradores, *"debiendo en consecuencia cesar los expresados en sus cargos de consejeros de dicha sociedad".*

El Tribunal Supremo, aunque es parco en razonamientos, viene a sustituir la voluntad de la junta, por considerar el cese consecuencia —*necesaria*, me atrevo a añadir, por venir impuesta por la ley— de la declaración de nulidad.

Un caso más complejo y que ilustra bien las dificultades que encierra la impugnación de acuerdos desestimatorios es el asunto «MAZACRUZ» (más que un asunto, un serial). De los múltiples procedimientos que nos ha proporcionado esta mercantil, me centro en aquel que dio lugar al dictado de la STS de 11 de marzo de 2015.

La secuencia de hechos es la siguiente. En la junta de 14 de octubre de 2010 se debatía, entre otros extremos, un punto del orden del día propuesto por un socio, que pretendía el cese de los miembros del consejo de administración y el nombramiento de otros por él propuestos. Al formar la lista de asistentes, se produce una discrepancia entre este socio y la presidenta de la junta, pues aquel se arrogaba, en virtud de un artículo de los estatutos, un derecho de voto quíntuple en una serie de participaciones, lo que la presidente le niega, asignando a las mismas un voto sencillo, haciendo constar en acta el socio su protesta. Sometida a votación la propuesta de cese y nombramiento, la presidente declara que la propuesta obtiene un voto favorable del 27´46% y un voto en contra del 72'54%. El socio, de nuevo, hace incluir en el acta que se reserva el derecho de impugnar el acuerdo. Pero lejos de impugnarlo, opta por la vía de hecho: los consejeros por él propuestos se constituyen, por sí y ante sí en consejo, cesan a los consejeros hasta entonces existentes y, sorpresivamente, logran la inscripción del cese y nombramiento, pues el registrador, interpretando los estatutos, decide obviar la decisión de la presidenta y el resultado de su proclamación, y entiende aprobado el acuerdo que la junta rechazó. Esto obliga al resto de socios a impugnar, no ya el acuerdo de la junta (que ellos entendían correctamente proclamado), sino el acuerdo del consejo por el que se cesaba a los otros administradores. Tanto el juzgado (SJM nº 9 de Madrid de 6 de julio de 2011) como la Audiencia (SAP de Madrid, sec. 28ª, de 25 de enero de 2013)

estiman la demanda, pero en sus razonamientos la Sala, tras resaltar el valor del acto de proclamación de los acuerdos adoptados, aclara que *"no es a las demandantes a quienes correspondía impugnar unos acuerdos que, con arreglo a lo proclamado en la junta por su presidenta, serían inexistentes, sino que era más bien al socio proponente de los mismos e interesado en su adopción a quien incumbía someter el resultado de la junta proclamado por la presidenta a revisión jurisdiccional".* Esto es, si el socio proponente entendía que le habían sido asignados menos votos de los que estatutariamente le correspondían, alterando el sentido del acuerdo, debía haber impugnado el acuerdo desestimatorio. De haber actuado así y no por la fuerza de los hechos, la propia Audiencia adelanta cuál habría sido el alcance de esa revisión jurisdiccional:

> "[E]s cierto que aquel resultado que consiste en el rechazo de una propuesta de acuerdo no equivale a un acuerdo cuyo contenido decisorio consista en no acordar lo propuesto: se trata, simple y llanamente, de una hipótesis de ausencia de acuerdo frente a la que, por definición, no pueden ejercitarse las acciones impugnatorias previstas en el Art. 204 de la Ley de Sociedades de Capital , acciones cuyo ejercicio ha de partir del presupuesto implícito de que el acuerdo objeto de impugnación fue efectivamente adoptado y goza, por lo tanto, de existencia. Aun cuando se trata de una problemática controvertida (la S.T.S. de 27 de marzo de 2001 , ante un caso en el que se había rechazado la propuesta de cambiar el domicilio social, consideró que se había adoptado el acuerdo de no cambiarlo), podemos partir, efectivamente, de que ello es así. Ahora bien, aun cuando un "no acuerdo" no pueda constituir conceptualmente el objeto de una acción impugnatoria de acuerdos sociales, ello no significa que la situación creada por ese resultado asambleario no pueda ser combatida, en vista del generosísimo elenco de posibilidades de tutela que brinda el Art. 5 de la L.E.C ., mediante acciones declarativas de situaciones jurídicas, sin perjuicio de los pronunciamientos condenatorios que resulten procedentes y de la proyección registral de aquellos. Así, en un supuesto similar al presente pero en el que el socio interesado en la adopción del acuerdo rechazado por el junta si ejercitó, a diferencia de lo que aquí ocurre, esa clase de acciones, este tribunal procedió, en su sentencia de 8 de febrero de 2007, a declarar mal confeccionada la lista de asistentes determinante del resultado adverso y declaró cuál había sido el resultado real de las votaciones (adopción de acuerdos de cese y nombramiento de nuevos consejeros), todo ello sobre la base de que "El cómputo de participación fue indebidamente reflejado al inicio de la Junta y sirvió para alterar el resultado de las votaciones, de manera que la proclamación efectuada no se corresponde con la que debía efectuarse en los puntos del orden del día a los que se refiere la demanda". De esa manera, este tribunal no sustituía el resultado adverso por uno positivo suplantando la

> voluntad soberana de la junta, sino que se limitaba a declarar cuál había sido, exactamente y de acuerdo con un cómputo correcto, esa misma voluntad. Resulta, pues, perfectamente posible combatir judicialmente esa clase de irregularidades, que es, justamente, lo que Don Valentín, proponente de los acuerdos rechazados, se abstuvo de hacer, a pesar de haber anunciado que lo haría."

Ese modo de proceder del socio provocó una situación ciertamente peculiar, obligando al resto a impugnar un acuerdo (inexistente, podríamos decir) del consejo, cuando lo procedente era que él impugnara el acuerdo de la junta desestimatorio o negativo, solicitando que por el órgano judicial se declarara el acuerdo indebidamente rechazado.

La sentencia de casación, desestimatoria del recurso, lo explica de forma un tanto alambicada:

> "[E]n todos los casos, para que un acuerdo sea declarado inválido —nulo o anulable— ha de haber sido tomado por el órgano correspondiente. De modo que, en caso contrario, no es que el mismo no valga jurídicamente, sino que, previamente, no existe —aunque, por no existir, tampoco valga—.
>
> Dicha inexistencia —en el sentido de no haber sido tomado por el órgano, ni siquiera aparentemente—, en cuanto exteriorización de una realidad de contenido negativo, puede ser declarada, por su mera constatación, mediante los pertinentes juicios de valor —fundamentalmente referidos a la prueba. —
>
> En el caso enjuiciado, el Tribunal de apelación —al igual que había hecho el de la primera instancia—, tras tomar en consideración el régimen de formación y exteriorización de los acuerdos sociales, llegó a la conclusión de que, en la junta general de catorce de octubre de dos mil diez, la propuesta de cese y nombramiento de administradores, formulada por don Juan Pedro, no fue aprobada, sino rechazada por la mayoría —aunque ésta no hubiera sido bien contabilizada—.
>
> Al fin, el Tribunal declaró no que el acuerdo fue aceptado y era nulo o anulable —para lo que, ciertamente, habría sido necesario seguir el proceso a que la recurrente se refiere—, sino, simplemente, que no se tomó, pues el que si lo fue era, exactamente, el contrario; y que el hecho de que el cómputo de los votos no hubiera sido correcto no significaba que el acuerdo rechazado hubiera sido el realmente adoptado por la mayoría."

La revisión jurisdiccional de la legalidad del voto emitido, a fin de excluirlo y, con ello, variar el sentido del acuerdo, no está exenta de límites. El primero, y más lógico, que el acuerdo resultante se ajuste a derecho o, como venimos diciendo, su

"contenido u oportunidad venga impuesto por la ley o los estatutos"; el segundo, que el acuerdo solo disponga de dos alternativas posibles. Ambos aparecen en el siguiente caso.

En la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid de 30 de diciembre de 2013 se solicitaba que se declarara la nulidad del acuerdo denegatorio de la "expulsión" de dos socios, que controlaban más del 50% del capital social. El motivo por el que se pretendía la exclusión era que ambos se dedicaban al mismo negocio que la sociedad en cuestión. Debatido en junta el acuerdo de expulsión de tales socios, no se abstuvieron, cuando a juicio de los impugnantes debieron haberlo hecho por imperativo del art. 190 LSC; por tal motivo, defendían que el acuerdo desestimatorio era inválido y debía entenderse adoptado por el resto del capital social, que había votado, lógicamente, a favor de su exclusión.

El juzgado rechaza la pretensión, como también la Audiencia, sec. 28ª, en sentencia de 22 de abril de 2016. La Sala razona que *"[l]a estimación de la impugnación contra el acuerdo del contenido negativo de la propuesta de expulsión de socios conllevaría necesariamente entender adoptado el acuerdo de signo contrario, es decir, el positivo respeto de la propuesta de expulsión, no ya sólo porque así lo plantea el conjunto de la pretensión (de la actora), sino porque se trata de una opción exclusivamente alternativa en la expresión de la voluntad de la Junta de socios, esto es, o se acuerda rechazar la expulsión, o se adopta la misma."* Y en tal tesitura de tener que declarar judicialmente un acuerdo de signo contrario al efectivamente proclamado, concluye que *"[e]sa solución impone la necesidad de algún tipo de control sobre el resultado del acuerdo virtual que se pretende proclamar en este proceso judicial, ya que, además, una vez acogido judicialmente no cabría contra el acuerdo virtual, proclamado en sentencia, un nuevo proceso de impugnación para su sometimiento a control de legalidad, al menos no sin graves dificultades en relación con la cosa juzgada."* Sometido a ese control judicial el acuerdo virtual, la Audiencia sentencia que no lo supera, por no ajustarse a derecho:

> "(v) Debe partirse de que, ciertamente, el art. 190.1.b) TRLSC dispone que "el socio no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga por objeto: (...) excluirle de la sociedad". Por ello, inicialmente, sí concurriría

en apariencia formal un deber de abstención de los socios ALSIMASICOSULLA INVERSIONES SL y SISULLA SL, cuya expulsión era sometida a debate en Junta.

(vi) Lo que ocurre es que el enunciado mismo de la propuesta de acuerdo, contenida en el Orden del día, era manifiestamente contraria a la legalidad, ya que lo sometido a la Junta no era la expulsión de socios incursos en causas legales para ello, esto es, del art. 350 TRLSC, la que afecta al socios *(sic.)* que es a su vez administrador de la sociedad y ha incurrido en competencia no autorizada con la misma. Sino que lo que se pretendía aplicar por acuerdo de la Junta era una expulsión de la sociedad por competencia de administrador, cuando en los dos socios afectados, ALSIMASICOSULLA INVERSIONES SL y SISULLA SL, no concurría objetiva y palmariamente dicha condición. Con ello, el acuerdo virtual que resultaría, favorable a la expulsión, de la anulación del efectivamente adoptado, negativo a la expulsión, infringiría frontalmente una norma con rango legal, arts. 350 en relación con el art. 204 TRLSC.

(vii) Es decir, ciertamente el art. 190 TRLSC impone el deber de abstención al socio cuando se debate una propuesta de acuerdo que conlleva su exclusión. Si tal precepto aparece en este caso formalmente infringido, ya que esa era la clase de acuerdo propuesto, ello debería conllevar la proclamación de un resultado en la votación distinto al obtenido, al estimar la abstención de los socios afectados. Pero tal defecto legal de forma no puede conducir, de modo que resulte abusivo, a imponer la proclamación de un resultado de la votación que suponga la adopción de un acuerdo radicalmente contrario a derecho, por la formulación de su contenido intrínseco, como es la separación de socios no administradores por incurrir en competencia.

(viii) Frente a ello, la valoración puramente formal que atendiese a que la propuesta de acuerdo es de expulsión y ello, automáticamente, debería haber conllevado la abstención de los socios afectado, conduciría a decisiones irrazonables, que abocarían a la sociedad y sus socios a un nuevo proceso de impugnación, del acuerdo proclamado, sin sentido, siempre y cuando se pudiese eludir la excepción de cosa juzgada en ese segundo proceso."

Esta última alusión a la cosa juzgada resulta un tanto enigmática y exige alguna matización. Lo que los socios demandantes suplicaban era, literalmente, que *"[s]e declare la nulidad del acuerdo denegatorio de la expulsión de los socios ALSIMASICOSULLA INVERSIONES SL y SISULLA SL de la sociedad HABIAL CONSULTING SL, adoptado en Junta de fecha 19 de junio de 2012, con los efectos inherentes a ello."* Si bien nos fijamos, no pedían que el juez "declarara" el acuerdo de expulsión, aunque esa consecuencia declarativa podía entenderse implícita o necesaria consecuencia de la declaración de nulidad. La Audiencia, como hemos visto, desestima la pretensión, pero de haberla acogido, ¿cuál debería haber sido el

contenido de su fallo? ¿Debería limitarse a declarar la nulidad y que fuera el presidente de la junta —en una suerte de prórroga de funciones— quien proclamara el acuerdo correcto? ¿O —como sugiero— que hubiese sido la propia Audiencia quien declarara adoptado el acuerdo de exclusión?

En esta difícil labor de alumbrar el razonamiento oculto de la Audiencia, podemos pensar que, tras la referencia de soslayo a la cosa juzgada, se ocultan tres posibilidades.

La primera, que casi me atrevería a descartar, es que la Audiencia entienda, ya por la forma de redactar el suplico ya por cómo concibe las facultades del juez en la impugnación de acuerdos "negativos", que, una vez declarada judicialmente la nulidad, volvería el asunto a la sociedad (se entiende que a la junta, ¿pero a qué junta, la ya celebrada u otra nueva?), que debería proclamar (¿a través de quién?) el acuerdo, que sería, de nuevo, impugnable, siendo en ese segundo proceso donde se plantearía el problema de la cosa juzgada.

La segunda posibilidad es que la Audiencia parta de que es ella quien declara el acuerdo que la junta negó. Ese acuerdo, por más que sea expresión de una voluntad oculta de la junta que el juez revela, no es impugnable; lo impugnable es la sentencia, no el acuerdo[521]. Pero esta explicación dejaría vacía de contenido la

[521] IRIBARREN BLANCO, M., "Consecuencias de la infracción de una prohibición de voto por conflicto de intereses en la junta general", en La Ley Mercantil, núm. 92, junio 2022, edición digital, pp. 8 y 9/23 entiende, al contrario, que el acuerdo "positivo" resultante es lo impugnable. Por principio, discute la extensión de las facultades de control del juez del acuerdo "positivo": *"A mi juicio, salvo que la cuestión del cumplimiento de los presupuestos para la exclusión del socio se introduzca en el procedimiento por un sujeto legitimado —v. gr. socio excluido, que reconvenga impugnando el acuerdo para el caso de que el juez acceda a proclamarlo—, el principio de congruencia impide al juez examinar si el acuerdo de exclusión adolece de causa de ineficacia. El control del juez se circunscribe a aquellos defectos que permitan calificar el acuerdo como contrario al orden público y desencadenen su nulidad. Si el acuerdo es efectivamente nulo —como sucedía, por cierto, en el caso al que nos acabamos de referir— no hay duda de que el tribunal hará bien en negarse a declarar su adopción. En otro caso, esto es, si el acuerdo no adolece de causa de nulidad (es solo impugnable: ilegal —sin llegar a ser contrario al orden público— o contraviene los estatutos o es simplemente perjudicial para el interés social) ha de proclamarlo como adoptado. La impugnación del acuerdo de exclusión, por vicios formales o sustantivos, constituye una acción distinta. La tutela de los socios —especialmente de los excluidos (y restantes legitimados)— queda perfectamente asegurada. Ésta se puede además materializar ya en el propio procedimiento de impugnación del acuerdo negativo, sin esperar a la sentencia. Hay que admitir, naturalmente, la posibilidad de intervención del socio excluido (art. 13.1 LEC) en el procedimiento de impugnación del acuerdo negativo haciendo valer los motivos y pretensiones que estimen oportunos. En particular, este podría reconvenir solicitando, en caso de que el juez accediera a declarar el acuerdo como adoptado, la ineficacia del acuerdo de exclusión."* Aunque el autor, en "Exclusión plural de socios", Revista de Derecho de Sociedades, núm. 65, mayo-agosto 2022, versión digital, RR-4.14

referencia a la cosa juzgada, que extiende sus efectos sobre un ulterior proceso (que no es la casación) que aquí faltaría.

La tercera posibilidad es que la Audiencia piense que, al declarar ella —y en sentencia— el acuerdo, se altera el régimen normal de impugnación y pueden existir socios, distintos de los impugnantes y de los afectados por la exclusión (que necesariamente han de ser demandados junto con la sociedad) que no puedan

---

afirma que *"[n]uestra legislación procesal admite la reconvención contra un sujeto diferente del actor",* esto exige una aclaración; ciertamente, el art. 407.1 contempla que *"[l]a reconvención podrá dirigirse también contra sujetos no demandantes, siempre que puedan considerarse litisconsortes voluntarios o necesarios del actor reconvenido por su relación con el objeto de la demanda reconvencional";* esto no significa que la sociedad (aquí, demandada) puede ser objeto de la reconvención; cuando el art. 407 se refiere a sujetos no demandantes se está refiriendo a terceros extraños al pleito, no a quien, como la sociedad, ya es partícipe en el mismo como demandada.

Volviendo a "Consecuencias de la infracción…", expone acto seguido su interpretación sobre la cosa juzgada y la posibilidad de impugnación del acuerdo que el juez declara: *"Pero no solo eso. La cosa juzgada no impide, en mi opinión y a menos que ello hubiese sido ya objeto del primer procedimiento, de acuerdo con lo que acabamos de explicar, la impugnación del acuerdo positivo proclamado por el juez basándose en vicios ya no formales sino sustantivos. La ineficacia del acuerdo constituye una pretensión distinta que el socio podría naturalmente solicitar dentro de los límites que la ley impone para la impugnación de los acuerdos de la junta general. Así como la estimación de la impugnación de un acuerdo positivo, con la consiguiente remoción de sus efectos, ya no permite la apertura de otro procedimiento en el que se juzgue sobre el mismo acuerdo, en cambio, la estimación de la impugnación de un acuerdo negativo, basada en vicios formales, con la consiguiente proclamación judicial del acuerdo positivo, no impide la impugnación posteriormente de este último, con la condición, claro está, de que los motivos de impugnación no hayan sido ya considerados y decididos en el primer procedimiento."*

BÜHLER, S. y VON DER CRONE, H.C., "Positive Beschlussfeststellungsklage. Bundesgerichtsurteil 4A_48/2014 vom 2. Juni 2014 i.S. A. AG (Beschwerdeführerin) gegen B. (Beschwerdegegner)", en Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, Revue suisse de droit des affaires et du marché financier, Núm. 5, 2014, p. 579, disponible en https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:850222c4-3eb2-4a05-8ca9-13eedbabcf55/SZW_5_2014_Positive%20Beschlussfeststellungsklage.pdf, última consulta 24 de abril de 2024, distinguen, en relación al derecho suizo, si el vicio del eventual acuerdo positivo resultante es de nulidad de pleno derecho y se ha introducido oportunamente en el procedimiento, en cuyo el caso el juez lo puede apreciar de oficio y desestimar la acción de sentencia declarativa positiva, y los supuestos de mera anulabilidad, en que el tribunal debe atenerse al motivo de impugnación, sin extender su control a la legalidad del acuerdo resultante.

En mi opinión, el juez, al proclamar el acuerdo resultante, solo debe evitar que el mismo incurra, por su contenido, en una clara infracción de la ley o los estatutos. No concibo que el acuerdo resultante pueda ser impugnado a través de una nueva acción por los socios vencidos. ¿Qué podrían alegar en una acción impugnatoria autónoma que no puedan alegar en vía de recurso? ¿Vicios formales previos? Esos vicios, para comenzar, serían comunes al acuerdo "negativo" (*v. gr.* convocatoria) e invocables como motivo de impugnación por el socio inicialmente demandante y no por la sociedad y los socios que defendían —y defienden— la validez (formal y sustantiva) del acuerdo "negativo". ¿Vicios sustantivos privativos del acuerdo positivo judicialmente declarado? No imagino cuáles, pero, de existir, lo que deben hacer la sociedad o los socios coadyuvantes es recurrir la sentencia y no iniciar un nuevo recorrido judicial.

recurrir en casación el acuerdo "adoptado" por la Audiencia, por no haber sido parte en el procedimiento, y a quienes debería dejárseles impugnar el acuerdo emanado del órgano judicial, siendo en ese segundo proceso de impugnación donde la cosa juzgada podría desplegar efectos.

Más allá de cuál fuera el pensamiento no expresado de la Audiencia, a los fines que aquí nos interesan nos resulta útil su parcial silencio para poder siquiera esbozar algunos de los problemas procesales y societarios que la declaración judicial de acuerdos puede traer consigo.

Puesto a expresar mi opinión, creo que en estos supuestos el órgano judicial declara el acuerdo y que el régimen normal de impugnación de los arts. 204 y ss. LSC se ve sustituido por el régimen de recursos de la LECiv. Los socios, según su interés, habrán optado por impugnar el acuerdo desestimatorio o, si hubieren votado a favor, coadyuvar para mantener su validez (art. 206.4 LSC). Si no hicieren ni una cosa ni otra, no les queda sino asumir el efecto *erga omnes* de la sentencia (art. 222.3.III LECiv), que no podrán recurrir por no haber sido parte.

La última resolución que estimo de obligada cita en este epígrafe es de la Audiencia Provincial de Murcia, sec. 4ª, de 17 de noviembre de 2022. El motivo de su relevancia a los efectos de nuestro estudio es que en la demanda que le dio origen se pedía la nulidad de los votos de dos socios, cuya respectiva exclusión se solicitaba. Cada socio se había abstenido, en cumplimiento de lo previsto en el art. 190.1.b) LSC, en la votación relativa a su exclusión, pero había votado en la del consocio, lo que el resto de socios impugnantes tildaban de abusivo (el voto, no el acuerdo), por ser común a ambos socios la causa de exclusión; al no haberse abstenido en la votación del otro socio, ambos, por su porcentaje de capital, bloqueaban de forma cruzada todo intento de exclusión, que requería una mayoría cualificada. Como segundo pedimento, consecuencia del anterior, solicitaban que el órgano judicial declarara el acuerdo frustrado de exclusión.

La Audiencia, en una sentencia de gran finura, rechaza ambas pretensiones. En cuanto a la solicitud de excluir los votos, comienza aclarando que cada acuerdo de exclusión debe ser objeto de votación separada y, tras ello, declara que la

circunstancia de que un socio se encuentre en la misma situación que otro no impide que pueda ejercer su derecho de voto en los acuerdos de exclusión de los demás socios afectados, so pena de alterar gravemente el principio de mayorías que rige el funcionamiento de la sociedad, máxime en una sociedad cerrada como era la demandada. Aunque el rechazo de la pretensión de nulidad del voto ya llevaba aparejado el fracaso de la pretensión declarativa del acuerdo frustrado, la Audiencia razona que la solución no es la exclusión de la mayoría por la minoría (a través del cauce oblicuo de la impugnación de acuerdos), sino la disolución judicial por paralización de los órganos sociales, que se presenta no solo cuando hay bloques paritarios, sino también cuando, siendo no paritarios, concurre *"la imposibilidad de adopción de acuerdos fundamentales que precisan una mayoría reforzada."*

La oportunidad de la cita de esta resolución viene dada porque nos permite —al tiempo que reiterar que la impugnación de acuerdos no procede cuando la ley arbitra otro tipo de salidas (aquí, la disolución)— discutir sobre la necesidad de demandar al socio, junto con la sociedad (como aquí se hizo), cuando lo que se persigue es anular su voto, tesis ya sostenida por cierto sector de nuestra doctrina[522]. La respuesta no puede ser unívoca, pues dependerá de cómo se plantee

[522] ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, "Artículo 204", *op. cit.,* p. 1439. Una tesis distinta, limitando la legitimación pasiva a la sociedad, se puede ver en GANDÍA PÉREZ, E., "La impugnación como remedio eficaz frente al atesoramiento abusivo de beneficios", La Ley Mercantil, nº 100, marzo 2023, pp. 13 y 14, razona: *A nuestro modo de ver, sin embargo, la acción de impugnación —al menos cuando su ejercicio se basa en la lesión del interés social—, aunque* formalmente *se dirija contra el acuerdo, se proyecta* materialmente *sobre los votos de los socios incumplidores.*

Dar este otro paso exige superar, por fin, ese «prejuicio realista», que hasta ahora nos ha impedido advertir que, en las relaciones internas, la técnica de la personalidad jurídica juega un papel muy limitado. De hecho, su única función es simplificar el proceso de impugnación. Y es que atribuirle a la sociedad el acuerdo impugnado hace posible que la acción se dirija contra un único sujeto, aun cuando el «vicio» se predique de una pluralidad de actos (los votos) imputables a una pluralidad de personas (los socios). En otras palabras: identificar en el acuerdo, como acto de la sociedad, el objeto de las acciones de impugnación le permite al socio actuante solicitar, en su caso, la tutela judicial frente al incumplimiento contractual de varios sujetos sin tener que pasar por el engorroso trámite de un litisconsorcio pasivo necesario (art. 12.2 LEC). Nada más (ni nada menos).

Por lo demás, que el objeto —siquiera mediato— de la impugnación son los votos se aprecia con toda claridad en los supuestos de exclusión. Como es sabido, el artículo 190.1, letra b), de la Ley de Sociedades de Capital prohíbe al socio ejercitar el derecho de voto cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga por objeto excluirle de la sociedad. Pues bien, si, a pesar de esta prohibición, el socio al que se pretende excluir acaba tomando parte en la votación y, gracias a su voto en contra, la propuesta sale rechazada, no debería plantear ninguna duda que los demás socios pueden acudir al juez para que éste descuente los votos inválidamente» emitidos y declare aprobado el acuerdo de exclusión. Y tampoco parece discutible que el cauce adecuado para ello es el ejercicio de una acción de impugnación, dirigida contra

la demanda. Con carácter general, si lo que se solicita del juez es que declare el acuerdo, tras corregir la votación, basta con demandar a la sociedad, pudiendo los socios cuyos votos están en cuestión intervenir a su costa para defender la validez, no tanto de sus votos, como del acuerdo resultante. Ahora bien, si, como en este caso, se eleva al fallo una pretensión declarativa del carácter abusivo del voto, el componente subjetivo del abuso de derecho excede de las posibilidades de defensa por parte de la sociedad, que es un tercero ajeno al acto de emisión del voto; en tal caso, como en otros similares de marcado carácter subjetivo, demandar al socio nos parece obligado para que la relación jurídico-procesal esté correctamente constituida[523].

2.4. SITUACIONES DE BLOQUEO[524].

Si en los supuestos anteriores se pedía del órgano judicial que declarara el acuerdo verdaderamente adoptado por la junta, en los casos de bloqueo por empate la pretensión es que sea el juez quien supla la voluntad social. La distinción no es baladí, pues, así como en los acuerdos desestimatorios o negativos la STS de 2 de

la sociedad y sujeta a los requisitos de legitimación y plazo previstos en los artículos 205 y 206 de la Ley de Sociedades de Capital."

[523] VIVES RUIZ, F., "Impugnación de acuerdos sociales…", p. 105, señala que *"será necesario demandar no sólo a la sociedad impugnando los acuerdos adoptados por su junta sino, también, al socio que votó."* La tesis que defendemos no es contraria a la jurisprudencia. Es cierto que el Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de enero de 2014, ha señalado que (i) *"[en el caso de la acción de impugnación de acuerdos sociales, en atención a su objeto y a los efectos de una eventual estimación, la propia ley ha previsto que la demanda vaya dirigida contra la sociedad (…)"* y (ii) *"[s]in perjuicio de una posible intervención voluntaria, los posibles intereses afectados de los socios o administradores no determinan necesariamente que deban ser llamados al proceso, al no apreciarse un nexo común, inescindible, homogéneo y paritario, configurador de una comunidad de riesgo"* (con la sociedad, se entiende). Pero esta afirmación debe entenderse dentro del concreto procedimiento en que se expresó, en que lo se venía a sostener era que la junta se había constituido de forma defectuosa porque había existido un fraude de dos socios en el desembolso de las acciones, lo que lleva a la Sala a excluir el litisconsorcio pasivo necesario *"porque la acción ejercitada era de impugnación de acuerdos sociales, respecto de los que tan sólo está legitimada pasivamente la sociedad, frente a quien debe dirigirse la demanda de impugnación (art. 117.3 TRLSA), y los efectos de la sentencia estimatoria se limitan a dejar sin efecto los acuerdos impugnados, en este caso los adoptados por la junta defectuosamente constituida."*

[524] En la doctrina extranjera es usual referirse a esta situación como "abuso de igualdad". Así, CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU, A.L., *L'abus de majorité, de minorité et d'egalité. Étude comparative des droits français et américain des societés*, edit. Dalloz, 2010; PORTALE, G.B., «"Minoranze di blocco" e abuso del voto nell'esperienza europea: della tutela risarcitoria al gouvernement des juges?», in *Europa e dir. priv.*, 1999, pp. 153 a 182; CIAN, M., «Abus d` égalité, tutela demolitoria e tutela risarcitoria», nota a Trib. Catania 10 de agosto de 2007, Corriere giuridico, 2008, Vol. 25, nº. 3 pp. 397 a 411.

junio de 2015 dice que hay acuerdo, aun contrario al pretendido, aquí ninguno de los bloques en conflicto ha alcanzado la mayoría necesaria. El juez, en tal escenario, no declara el acuerdo, sino que él mismo lo crea.

Cuando el bloqueo adquiere cierto grado de permanencia y se revela irresoluble, estamos ante una causa de disolución, ya expresa (parálisis de la junta), ya implícita (imposibilidad de realizar el fin social). En este caso, lo procedente no es impugnar la falta de acuerdo, sino instar la disolución[525].

Entenderlo de otro modo implicaría ignorar la solución prevista especialmente por el legislador para estas situaciones para, en su lugar, acudir a un remedio general como es la acción de impugnación, que tiene como presupuesto la existencia de un acuerdo (positivo o negativo, estimatorio o desestimatorio) que aquí precisamente el empate ha impedido que nazca a la vida.

Presente una causa de disolución, otro obstáculo añadido se presentaría al juez para crear el acuerdo que no fue posible en junta. Como es sabido, el art. 365 ofrece un abanico de soluciones a los socios. Un abanico que ha ido abriéndose más con el paso del tiempo y las reformas. Si en el TRLSA de 1989 solo ofrecía a los socios las opciones de modificar el capital social (aumentándolo o reduciéndolo) o disolver, pero no la quiebra ni tampoco la suspensión de pagos, la Ley 22/2003, Concursal, añadió la posibilidad (en realidad el *deber*, si a la causa de disolución se añade la insolvencia) de concursar; y la reforma operada en la norma concursal por la Ley 16/2022 ha añadido al haz de opciones anteriores la comunicación del inicio de negociaciones para alcanzar un plan de reestructuración. Por ello, si superando los óbices anteriores el juez accediera a crear la voluntad social, podría encontrarse con

[525] SAP de Valencia, sec. 9ª, de 10 de marzo de 2005: *"Esta es la situación que, pese a lo argumentado por la parte recurrente, atraviesa la mercantil demandada, sociedad de responsabilidad limitada integrada por dos únicos socios titulares, cada uno de ellos, del 50% de las participaciones, con una situación personal de enfrentamiento irreconciliable, como se desprende de la prueba aportada a las actuaciones, y es claro ejemplo el acta de la Junta General de 25 de junio de dos mil tres, en la que no se pudo adoptar ningún acuerdo. Queremos precisar, al llegar a este punto, que en realidad lo que hace la demandante al impugnar en su escrito de demanda el acuerdo social de no disolución, es impugnar el no acuerdo de disolución, puesto que nada se pudo adoptar al respecto al votar cada 50% de participaciones en sentido adverso entre sí, razón que determina nuestra única discrepancia con la sentencia de instancia, porque entendemos que no se podía declarar la nulidad de lo que no ha constituido propiamente un acuerdo, y que, justifica, precisamente la razón de ser de la demanda."*

tener que decidir(se) por aumentar el capital social (imponiendo a los socios unas aportaciones que no deseen o pueden hacer), reducirlo (si fuere posible), disolver, concursar o comunicar el inicio de negociaciones. El juez, a lo más, podría "crear" el acuerdo en supuestos binarios en que una de las dos posibilidades viene impuesta por la ley o los estatutos (declarando un *sí* donde la junta dijo *no*, o a la inversa), pero no le compete decidir cuando las soluciones posibles son plurales. Para ilustrar este supuesto, disponemos, de nuevo, de un caso real, resuelto por la SAP de Pontevedra, sec. 1ª, de 18 de diciembre de 2014.

El objeto de impugnación era un "no acuerdo" de ampliación de capital, en que un socio —el impugnante— había votado a favor de ampliar el capital en cuatrocientos mil euros, y el otro en contra, resultando un empate al tener repartido el capital social por mitad. El socio interesa del juez que declare nulo el acuerdo *(sic.)* y que *"conforme a derecho acuerde la ampliación de capital en cantidad de 400.000 euros o, subsidiariamente, en cantidad de 369.205'46 euros".* La sentencia de primera instancia desestima la demanda; se cuestiona la Sala si *(i)* hay acuerdo impugnable en el sentido del art. 204 LSC y si, *(ii)* de haberlo, puede el juez sustituir la voluntad social.

A la primera pregunta responde afirmativamente:

> "Tanto si se interpreta que no hubo acuerdo en sí mismo considerado (acuerdo no adoptado o acuerdo inexistente negativo), como que la no consecución de la voluntad mayoritaria supone un acuerdo contrario a la propuesta, la Sala considera que entra en el concepto de "acuerdo impugnable" al que se refiere el art. 204 LSC (…)

Más allá de que la Audiencia vea "acuerdo" en lo que no pasaba de ser una mera tentativa, frustrada por el empate, lo relevante es que, acto seguido, niega que en el caso concreto pueda el órgano judicial suplir la voluntad del órgano social[526]:

[526] En el derecho belga un caso similar puede encontrarse en la sentencia de la Corte de Apelación de Bruselas de 6 de diciembre de 2011. El accionista mayoritario de una sociedad, ante la imposibilidad de lograr financiación externa, decide proponer un aumento de capital, que es frustrado por la oposición del minoritario, que entiende que no se han estudiado seriamente las posibles alternativas. En primera instancia, el Tribunal de Comercio estima la demanda del socio mayoritario y dispone que su sentencia vale como decisión de aumentar el capital sobre la base de un número de acciones y precio de emisión provisionales, a confirmar posteriormente por un experto. En alzada, la Corte

"(…) o dicho de otra manera, la nota de "impugnabilidad " no estriba tanto en el sentido de la decisión como en su contenido y adecuación a la ley y a los estatutos de la sociedad, de forma que, tratándose de un acuerdo que venía impuesto legal o estatutariamente, su rechazo explícito o por falta de obtención de la mayoría necesaria abre la puerta a la impugnación, estando el juez legitimado para sustituir la falta o insuficiencia de la voluntad social por la voluntad del legislador o del órgano constituyente de la sociedad, plasmadas en la ley o en los estatutos y demás normas de organización y gobierno de aquella, mientras que, por el contrario, en el caso de cuestiones "abiertas" a varias alternativas, cualquiera de ellas admisible desde la perspectiva legal o estatutaria, si bien en abstracto cabe admitir la impugnación, es necesario reconocer que carecería de sentido porque, no existiendo un acuerdo en determinado sentido, el Juez no podría sustituirlo o crear ex novo otro al carecer de legitimidad para optar por una de las alternativas viables en lugar por sustitución de los socios.

En relación a este último punto, el Tribunal Supremo viene reiterando, desde la antigua sentencia de 4 de octubre de 1956 , que los tribunal han de procurar no invadir la esfera de acción reservada por la ley o por los estatutos a los órganos de la sociedad, sin perjuicio, claro es, de que puedan y deban revisar los acuerdos de aquéllas si el proceso ofrece demostración suficientemente razonable de que el organismo social se ha extralimitado por exceso o por defecto en el ejercicio de sus facultades legales o estatutarias o ha causado lesión a la entidad en beneficio de un socio. Esfera de acción de la junta que, en última instancia, también ha de ser respetada, además de porque dimana de un ente con personalidad jurídica propia, por razones de seguridad jurídica.

El rechazo a la propuesta de ampliación de capital es, pues, impugnable a la vista de la conjunción de dos elementos: primero, la situación económica de la sociedad, que al finalizar el ejercicio 2001 presentaba pérdidas que determinaron un patrimonio neto negativo y que se incrementaron a lo largo del ejercicio 2012; y, segundo, el rechazo a la propuesta que figuraba en el siguiente punto del orden del día de solicitar el concurso de la sociedad.

Ahora bien, una cosa es que la decisión sea impugnable y otra muy distinta que, para que prospere la impugnación de un acuerdo negativo o no adoptado, es necesario que el Juez pueda adoptar un acuerdo, supliendo la falta de mayoría suficiente en el seno de la junta, lo que exige, como ya se expuso, que el acuerdo venga impuesto, en su contenido y oportunidad, por la ley o por los estatutos.

---

revoca la sentencia, afeando el juez que se haya arrogado la voluntad de la junta, cuando lo procedente era neutralizar el ejercicio ilícito del derecho de voto o confiar su ejercicio a un mandatario especial, posibilidades que no habían sido interesadas en la demanda.

Y esta exigencia es, precisamente, la que no concurre en el caso de autos, puesto que el art. 363.1 LSC, al regular las causas de disolución de la sociedad, alude en la letra e) a la existencia de "pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso".

La constatación de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social aboca a la sociedad a optar por una de tres posibilidades: ampliar o reducir el capital en la medida suficiente, solicitar la declaración de concurso o acordar la disolución.

Los administradores deberán convocar la junta en el plazo de dos meses (art. 365 LSC) y, si la junta no fuera convocada, no se celebrara, o no adoptara alguno de los acuerdos previstos en el artículo anterior, cualquier interesado podrá instar la disolución de la sociedad ante el juez de lo mercantil del domicilio social (art. 366.1 LSC).

Asimismo, la ley impone a los administradores la obligación de solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o no se hubiera adoptado (art. 366.2 LSC).

En la medida que la junta general no adoptó ningún acuerdo, a saber, ni decidió ampliar el capital, solicitar el concurso o proceder a la disolución de la sociedad, caben dos opciones: o bien se entiende que el Juez tiene ante sí una pluralidad de alternativas, o bien que, de conformidad con el art. 366.2 LSC, solo puede acordar la disolución. Pero, en cualquier caso, la solución es la misma porque, si hay varias posibilidades igualmente asumibles, el Juez carece de legitimidad para elegir e imponer una concreta por encima de la voluntad de la sociedad, mientras que sí solo era factible la disolución, la demanda de impugnación carecería de sentido porque el demandante, sea como administrador o como interesado, podía instar la disolución de la sociedad ante el Juez de lo Mercantil.

Lo que no puede hacer el Juez es adoptar el acuerdo de ampliación de capital que postula el demandante, ya que estaría invadiendo la esfera de actuación de la sociedad."

Un escenario aún más complejo se nos presenta cuando el bloqueo no precede a la disolución y es causa de la misma, sino que aparece o persiste ya abierta la liquidación societaria e impide, bien nombrar liquidador, bien aprobar el balance

final de liquidación, paso previo y necesario a que el liquidador otorgue la escritura de extinción y complete el ciclo vital societario obteniendo del registro la cancelación de la inscripción.

El Tribunal Supremo —sentencia de 30 de mayo de 2007[527]— solo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la legalidad del nombramiento de un liquidador judicial cuando el bloqueo impide nombrar a uno perteneciente a las facciones enfrentadas.

Sin embargo, la presencia de un liquidador judicial, aunque reduce las reticencias de los socios, no excluye que éstos impidan la aprobación del balance final de liquidación; en la práctica, el enfrentamiento es de tal entidad que basta que un sector vote a favor para que el otro lo haga en contra. Para esta eventualidad, la ley no arbitra ninguna solución.

El art. 390 LSC impone al liquidador, una vez agotadas las operaciones liquidatorias, la obligación de someter a la censura de la junta el balance final, un informe completo sobre dichas operaciones y, en su caso, un proyecto de división del activo resultante entre los socios. La ley solo contempla la posibilidad de impugnar el acuerdo aprobatorio del balance, reduciendo la legitimación a los socios que no hubieran votado a favor; pero nada dice de la posibilidad de impugnar el acuerdo desestimatorio ni, como es el caso, la falta de acuerdo por empate. Como el bloqueo persiste (o *surge*, si fue otra la causa disolutoria), el juez se queda sin uno de los argumentos para negar la vía impugnatoria, pues la disolución, que es la vía predilecta del legislador, ya se ha iniciado y se ha revelado inútil a tal fin.

---

[527] Dice así el Alto Tribunal: *"Por otra parte debe ponerse de relieve la transcendencia de las operaciones de liquidación, que van dirigidas a la determinación de la existencia o inexistencia de un remanente de bienes repartibles entre los socios, para, previa satisfacción de los acreedores sociales, proceder, en su caso, a su reparto (S. 3 julio 2003), por lo que su finalidad de "protección de los intereses contrapuestos de los socios y los acreedores sociales" (S. 15 julio 2003) exige procurar, dentro de lo posible que se efectúe por personas capacitadas y dotadas de las condiciones de objetividad e imparcialidad. De ahí que, como ocurre en el caso, cuando la previsión estatutaria es someter la designación de los administradores a la Junta de la sociedad, la falta de la mayoría al efecto, deba ser sustituida por la designación judicial."*

No han faltado intentos de evitar la impugnación mediante la inscripción *per saltum* (sin acuerdo previo) de la escritura de extinción. La SJM nº 1 de Palma de Mallorca de 28 de abril de 2022 resuelve una impugnación de calificación negativa del registrador en un caso de inexistencia de acuerdo. El objeto del proceso era la impugnación de la calificación denegando la inscripción por defectos de la escritura de liquidación. La sociedad había sido disuelta por auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Palma, que había procedido a designar liquidador judicial. Concluidas las operaciones de liquidación, el liquidador sometió a la aprobación de la junta general el balance final, un informe completo sobre las operaciones de liquidación y un proyecto de división entre los socios del activo resultante, resultando un empate. Ante tal situación, el liquidador decide dejar transcurrir el plazo de dos meses previsto en el artículo 390.2 LSC para la impugnación y otorga ante notario escritura pública de extinción de la sociedad. Presentada al registro para su inscripción, el registrador resuelve no practicar la inscripción solicitada, aduciendo que *"las operaciones tendentes a la liquidación de la sociedad han de ser aprobadas por la junta general"* y, a falta de aprobación por parte de ésta, *"la voluntad social habrá de ser sustituida por el juez".* La sociedad decide impugnar ante el juez mercantil la calificación negativa arguyendo que, pese a que no se ha aprobado en junta general el balance final, no existe discrepancia entre los socios puesto que ninguno de ellos ha impugnado judicialmente el acuerdo negativo e, incluso, han hecho suya la cuota de liquidación, salvo un socio titular del 0.03% del capital social cuya cuota de liquidación se halla consignada en una notaría de Formentera; este socio, además, no estaría legitimado para impugnar al no representar individualmente al menos el uno por ciento del capital social (art. 206.1 LSC). Por tanto, razona la sociedad, si los socios que representan el 99,97% del capital se han aquietado a las operaciones de liquidación, han cobrado su cuota de liquidación y dejado expirar el plazo de caducidad de dos meses para impugnar el acuerdo, no concurriría el defecto señalado por el registrador puesto que el acuerdo de liquidación no podría ser impugnable. El juez de lo mercantil, aunque reconocer compartir *"la visión práctica del impugnante",* resalta que falta en la ley una previsión específica para estos supuestos e invita a los socios a la reflexión ("*sin perjuicio de volver a someter el asunto a junta general")* o a la impugnación del acuerdo "negativo" a fin de obtener del juez la aprobación de balance y proyecto:

> "Para que tal planteamiento fuera aceptable, debiera existir un mecanismo que, en caso de no alcanzarse la mayoría ordinaria o simple legalmente prevista en los artículos 198 y 201 LSC, tal rendición de cuentas sometiendo a debate un balance final de liquidación adquiriera la condición de acuerdo. Y, sin embargo, tal posibilidad no se advierte en nuestro ordenamiento jurídico.
>
> No debe dejarse de lado, que aunque el artículo 390.2 LSC sólo haga referencia a la posibilidad de impugnar "el acuerdo aprobatorio" del balance final y el proyecto de división, el requisito que debe contener la escritura pública que debe inscribirse en el Registro y que, por tanto, el Registrador en su función calificadora debe controlar, es que haya "transcurrido el plazo para la impugnación del acuerdo de aprobación del balance final sin que se hayan formulado impugnaciones o que ha alcanzado firmeza la sentencia que las hubiera resuelto".
>
> Es requisito, por tanto, que haya un acuerdo aprobatorio. Y acuerdo social solo es el que es alcanzado por la junta como órgano soberano de la sociedad o, en su defecto, por sustitución de la voluntad social por el juez.
>
> En nuestro Derecho, a diferencia del Derecho comparado, por ejemplo, el Derecho alemán, no existe la posibilidad que el presidente de la junta en atención a la posición del minoritario que impida alcanzar un acuerdo lo considere desleal y prescinda de el para así proclamar la aprobación del acuerdo. En nuestro ordenamiento, si no se alcanza las mayorías ordinarias o reforzadas legalmente previstas para cada tipo de acuerdo, tendremos un acuerdo, pero este será negativo, no aprobatorio. Y, por tanto, para que conste un acuerdo aprobatorio del balance final que de conformidad con lo previsto en el artículo 395.1a) LSC debe contener la escritura púbica *(sic.)* de extinción y que debe controlar el Registrador Mercantil, en caso de no haberse alcanzado la mayoría legalmente prevista y el acuerdo fuera negativo, deberá impugnarse por las causas prevista en el artículo 204 LSC. Todo ello, sin perjuicio de volver a someter el asunto a junta general y aprobarse el balance final."

Empero, en las Audiencias Provinciales existe cierta resistencia a que el juez emita, en sustitución de la junta, la declaración de voluntad favorable a la aprobación del balance final de liquidación y del proyecto de reparto de la cuota de liquidación a los socios.

La Audiencia Provincial de La Coruña (sec. 4ª) es la más laxa en este sentido, pues ha dictado dos sentencias favorables a que sea el juez quien apruebe el balance de liquidación cuando se haya revelado imposible que lo hagan los socios.

El primer caso se afrontó en la sentencia de 26 de febrero de 2010. El liquidador judicial había presentado a la junta el proyecto de división del activo resultante, sin que se alcanzara acuerdo alguno por la existencia de bloques paritarios. Tres de los socios impugnan la falta de acuerdo y aunque el juzgado rechaza su demanda, la Audiencia la acoge en alzada; para la Sala *"sería un dislate que no se pudieran aprobar las operaciones liquidatorias, si esa confrontación entre los socios persiste durante la realización de las precitadas actuaciones, de manera tal que no se puedan aprobar el balance final ni el proyecto de liquidación, cercenando con ello el derecho fundamental del socio a participar en el patrimonio resultante de la liquidación"*, por lo que accede a su pretensión bajo el argumento de que si la ley permite la impugnación del acuerdo aprobatorio, es *"evidente que tal impugnación judicial es también factible cuando el acuerdo no se puede aprobar por los enfrentamientos entre los socios cotitulares del 50% del capital social, so pena de privarles de su tutela judicial efectiva"*, de modo que *"en casos como los expuestos de bloqueo social (…) cabe imponer una resolución judicial, que obvie abusos y dilaciones carentes de justificación."*

Como corolario, estima el recurso y declara que:

> "(1º) Procede la aprobación del Balance Final de Liquidación (…) y el Proyecto de División del Activo resultante, presentado por el liquidador Judicial (…) y (2º) Se procederá por el Liquidador Judicial a llevar a efecto los actos jurídicos necesarios para culminar las mentadas operaciones liquidatorias conforme a lo establecido en las leyes (…)."

El segundo caso de la Audiencia Provincial de La Coruña finaliza en la sentencia de 1 de abril de 2022. La sociedad en litigio tenía el capital social dividido en parte iguales entre dos socios. Ante la imposibilidad de alcanzar acuerdo alguno, la misma había sido disuelta por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de La Coruña, que nombró liquidadora a una de los socios. Como era previsible, la situación de bloqueo continuó tras la disolución de la sociedad y la socia-liquidadora promueve demanda solicitando la aprobación judicial de las cuentas por ella formuladas correspondientes a los ejercicios de 2013 a 2016, ambos incluidos, así como la del balance final de la liquidación y la propuesta de reparto del haber social,

pretensiones —ambas— que son acogidas en sus propios términos por la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de La Coruña de fecha 30 de julio de 2019. En el fallo el juez decide estimar la demanda *"y en consecuencia debo aprobar y apruebo:*

1. Las cuentas anuales de los ejercicios 2013 a 2016, ambos inclusive.

2. El balance final de liquidación y la propuesta de reparto del haber social formulada por la liquidadora."

La sociedad, representada por el otro socio[528], recurre argumentando que *(i)* la demanda no debió ser admitida por carecer de respaldo en nuestro ordenamiento jurídico, en el que la aprobación de las cuentas, la del balance final y la de la propuesta de distribución es competencia exclusiva de la junta general y no puede ser suplida por una tercero; que *(ii)* es improcedente la interpretación de la sentencia que asimila la pretensión de la demandante a la de una impugnación de acuerdos sociales; y que *(iii)* el acuerdo es inexistente.

La Audiencia desestima el recurso. Respalda, en primer lugar, la admisibilidad de la demanda, pues las causas de inadmisión son tasadas en nuestro ordenamiento (*cfr.* art. 403 LECiv) y la liquidadora interesaba una clase de tutela de las previstas en el art. 5 LECiv. En segundo término, reconoce que *"el enfoque que hace la sentencia apelada de la cuestión litigiosa —la asimilación de la acción ejercitada a la de impugnación de acuerdos sociales, considerando que el resultado de la votación (…) equivale a la existencia de un acuerdo negativo impugnable— es discutible y ni siquiera había sido sugerido en la demanda",* pero superando cualquier tacha de incongruencia[529], manifiesta que *"esa misma línea argumental es la más*

[528] Al haber interpuesto la demanda la liquidadora, que ostentaba la representación de la sociedad, el juzgado optó por llamar al otro socio en calidad de interesado, aplicando analógicamente el art. 206.3 LSC, que contempla que el juez confiera la representación a uno de los socios que haya votado a favor del acuerdo, cuando aquí no había acuerdo ni el socio había votado a favor, sino en contra de la aprobación del balance. En la sentencia de 26 de febrero de 2010 la socia no impugnante había actuado en el proceso a través la figura general de la intervención voluntaria del art. 13 LECiv.

[529] La Sala explica que *"[l]a sentencia apelada no es incongruente por la razón expuesta (…) La demanda describe una situación de bloqueo societario por ejercicio abusivo del derecho de voto, una situación que precedió a la disolución y que persiste tras ella, imposibilitando la conclusión de la liquidación; y al apreciarlo así, la sentencia no se aparta en modo alguno de la pretensión construida sobre esa premisa fáctica y jurídica.*

19. Lo esencial no es la argumentación que la sentencia dedica a justificar la impugnabilidad de acuerdos negativos, sino la que concluye que el voto negativo del socio disidente únicamente pretende

comúnmente utilizada para alcanzar el resultado pretendido", aunque la cita se agota en su anterior sentencia de 26 de febrero de 2010 y la SJM nº 13 de Madrid de 23 de marzo de 2021, a la que luego nos referiremos.

La Audiencia confirma la resolución de instancia, en la que, recordemos, el juez, por sí y ante sí, decidió aprobar las cuentas anuales de cuatro ejercicios, el balance final de liquidación y el proyecto de reparto del activo residual entre los socios. Es decir, algo bien alejado de los supuestos binarios hasta ahora examinados y en que, a mayores, una de las posibilidades venía impuesta legal o estatutariamente. Las posibilidades aquí eran casi infinitas y ninguna predeterminada por la ley o los estatutos; en abstracto, todas las posibilidades eran igualmente válidas: aprobar las cuentas, pero no el balance ni el proyecto; repudiar las primeras, pero no los segundos; aprobar unas cuentas sí y otras no; rechazar alguna partida de las cuentas a fin de que, una vez corregidas, se volvieran a someter a la junta; y, en fin, cualquier permutación de estos factores. La Audiencia, sin duda consciente de que esta es una debilidad de su razonamiento, viene a asimilar el caso, sin decirlo, a un supuesto de acuerdo binario (aprobar o rechazar) y, además, en el que el único sentido posible del voto era el afirmativo, pues el socio *"[n]inguna objeción, por otra parte, señaló en el acto de la junta que se refiriese concretamente a la forma de registrar las operaciones de los últimos cuatro ejercicios, a la observancia de los principios contables y los que legalmente presiden la confección de las cuentas anuales, a las operaciones de liquidación realizadas, a su resumen en el balance final o a la propuesta de reparto del haber social resultante."*

En suma, lo que hace el juez con el refrendo de la Audiencia es considerar que el socio, al votar en contra, hizo un "ejercicio abusivo del derecho de voto" lo que le lleva, bien por supresión hipotética del voto ilegítimo, bien por su sustitución

impedir la liquidación de la sociedad, o forzar a que se resuelva en términos desigualmente favorables a sus intereses, prolongar en definitiva, inaceptablemente, la misma situación de bloqueo que motivó la disolución judicial de la compañía a partir de la cual se abrió la liquidación y, con ella, se modificó el objeto social, ahora centrado en el pago de los créditos de los acreedores, la conclusión de las operaciones, la realización de los derechos de cobro y el reparto del haber social entre los socios. El respeto a las decisiones judiciales y la buena fe que ha de presidir el ejercicio de los derechos son incompatibles con maniobras obstruccionistas mediante las que se trata de burlar el remedio que los tribunales habían dispuesto en vista de la situación de bloqueo social, o con posturas y actitudes que persiguen una finalidad diferente a la que es propia de una defensa leal por parte del socio de su posición en la liquidación."

(judicial) por el voto debido, a aprobar el acuerdo y no meramente a considerarlo aprobado por la junta. El matiz dialéctico es importante, porque en el primer supuesto el juez crea el acuerdo (pronunciamiento constitutivo) y en el segundo solo lo declara. La solución es bien cercana al *jugement valant acte,* en cuyo rechazo persiste la jurisprudencia francesa[530], pero que ha logrado obtener reconocimiento legislativo en Bélgica tras el nuevo Código de sociedades y asociaciones de 2019, que permite al juez otorgar a su decisión el valor de un voto emitido por la minoría de bloqueo[531].

La SJM nº 13 de Madrid de 23 de marzo de 2021 se orienta en la misma dirección. De nuevo dos socios enfrentados por mitad, lo que les impide aprobar el balance de liquidación y el proyecto de reparto de la cuota de liquidación, pues el socio-liquidador vota a favor y la consocia, su exesposa, repetidamente —en varias juntas— en contra, alegando una infracción del derecho de información.

El socio liquidador demanda a la sociedad en impugnación del acuerdo, solicitando que se declare su nulidad *"al no haberse podido aprobar por un ejercicio abusivo de su derecho por parte de la otra socia, impidiéndole, de manera injustificada, extinguir la sociedad y poder cobrar su cuota de participación en el haber social."*

---

[530] Entre las resoluciones más recientes, *Cour de Cassation* de 21 de diciembre de 2017, nº 15-25.627. El primer caso en alcanzar la *Cour de Cassation* es la sentencia de 9 de marzo de 1993, 91-14.685, conocida como "arrêt Flandin". La Ley de 1 de marzo de 1984 había dispuesto un capital mínimo de cincuenta mil francos para las sociedades de responsabilidad limitada, concediendo, a las ya existentes, plazo hasta el primero de marzo de 1989 para que procedieran a adaptar su cifra del capital, bajo pena de disolución de pleno derecho. Convocadas dos juntas extraordinarias a tal fin, dos socios que ostentaban casi la mitad del capital social (50 y 51 acciones sobre 204), no se presentaron, impidiendo alcanzar la mayoría cualificada. La *Cour d'appel* de Pau, atendiendo la demanda de la sociedad, entendió que los socios habían actuado con abuso de minoría, con la intención de perjudicar los intereses de los mayoritarios y de la sociedad misma, y, en consecuencia, decidió que su sentencia constituía la adopción del acuerdo de aumento de capital, lo que el tribunal de casación censura por cuanto el juez no puede sustituir a los órganos sociales legalmente competentes, debiendo haber optado por la designación de un mandatario *ad hoc* que sustituyera a los minoritarios y votara por ellos en la junta, en interés de la sociedad sin perjudicar los intereses "legítimos" de los minoritarios. En sentencias posteriores (16 de diciembre de 2009, nº 09-10.209, y 4 de febrero de 2014, nº 12-29.348), la *Cour de Cassation* ha precisado que los jueces no pueden imponer al mandatario el sentido de su voto.

[531] "Art. 2:43. *Les causes de nullité d'un vote sont les mêmes que celles d'un acte juridique. La nullité d'un vote entraîne la nullité de la décision prise si le demandeur prouve que le vote nul a pu influencer la délibération ou le vote.*
Lorsqu'une minorité des votants abuse de son droit de vote de manière telle qu'une assemblée n'est pas en état de prendre une décision à la majorité requise par la loi ou les statuts, le juge peut, à la requête d'un membre de l'assemblée concernée ou de la personne morale, donner à sa décision la valeur d'un vote émis par cette minorité."

La juez comienza reconociendo que:

> "lo habitual es que las acciones de impugnación versen sobre acuerdos sociales positivos, cuya nulidad pretende que se dejen sin efecto. Sin embargo, puede suceder que, en ocasiones, la mayoría haya aprobado justamente no aprobar ese acuerdo, surgiendo la duda de si es posible o no su impugnación. Aunque en origen había una gran discusión doctrinal y jurisprudencial acerca del tema, el TS ya ha concluido que sí, que es posible impugnar un acuerdo social negativo porque refleja una voluntad social, máxime si despliega efectos o consecuencias jurídicas para la mercantil. Por el contrario, no serían impugnables aquellos acuerdos sociales inexistentes, bien porque se eliminaron del orden del día o porque tenían una finalidad meramente informativa, sin sometidos a la votación de los socios.
>
> En el caso de autos, nos encontramos ante un acuerdo negativo, debido al bloqueo social que existe en el órgano socia de la demandada, al ser cada uno de los socios titular de un 50% del capital social y mantener un enfrentamiento manifiesto a lo largo de los años. "

A continuación, la juez examina los requisitos legales que debe cumplir el informe de liquidación y concluye que *"el mismo cumple perfectamente tales requisitos. De hecho, la demandada no discute que el balance refleja la imagen fiel.".* Y ante ello se pregunta: "*¿Por qué no votó entonces a favor del acuerdo?".*

La pregunta no es retórica, sino que la propia juez ofrece la respuesta:

> "Del examen de la documental obrante en autos, así como del contenido de la petición de información, se observa, aun cuando la demandada lo niega, que el hecho de votar en contra se debe a una desconfianza en cuanto a la labor y gestión realizada por el liquidador, más concretamente, si éste ha podido vender los activos por debajo del valor de mercado, circunstancias que, de ser así, podrían justificar el ejercicio de otras acciones legales como la acción social de responsabilidad, pero no bloquear la aprobación de un balance final, cuyo objetivo es mucho más limitado como es reflejar las operaciones liquidatorias realizadas hasta el momento. "

Finalmente, tras destacar que las múltiples solicitudes de información de la socia obedecen a una estrategia de injustificada de bloqueo y que el balance final de situación, el informe final de liquidación y el proyecto de reparto del haber social, reflejan una imagen completa y veraz de las operaciones de liquidación, satisfaciendo tanto el contenido del art. 390 TRLSC como el derecho de información del socio, acuerda *"declarar la nulidad del acuerdo negativo aprobado en la junta*

impugnada, al tener su origen o causa en una actitud obstruccionista por parte de la socia Doña Leticia, contraria a la buena fe, cuya finalidad no es otra que, instrumentalizar el derecho de información para fines espurios, como es bloquear la liquidación, la extinción de la sociedad e impedir al otro socio, en última instancia, sin justa causa, que pueda cobrar la cuota de liquidación que le corresponde."

Como cierre de su argumentación, la juez enfrenta en el fundamento de derecho quinto los efectos de la nulidad del acuerdo, para aseverar que, si bien el efecto inmediato es la pérdida de eficacia del mismo, *"como en este caso, el acuerdo que se impugna es negativo, tal pronunciamiento judicial resultaría estéril y no colmaría la tutela judicial del actor no se colma (sic.), máxime cuando está probado que, de dejarse esa decisión a una futura junta, volveríamos al mismo punto de partida (…) al votar cada socio en sentido contrario.*

Por ello, habida cuenta que de la prueba practicada se infiere que el balance final de liquidación y el proyecto de reparto del haber social reflejan la imagen fiel de la compañía, contienen un análisis exhaustivo de las operaciones de liquidación practicadas por el liquidador desde que se aprobó la disolución, me llevan a aprobar dicho informe. Dicha conclusión no se ve alterada por el hecho de que ese informe se haya tenido que ir actualizando a lo largo de estos dos últimos años de contienda judicial."

El fallo es del tenor siguiente:

> "Declaro la nulidad del acuerdo segundo, adoptado durante la junta general de socios celebrada el día 17 de julio de 2019.
>
> En consecuencia, apruebo el balance final, el informe completo sobre las operaciones de liquidación y el proyecto de división, del activo resultante, entre los socios, presentada a la junta general ese mismo día 17 de julio de 2019."

De la mera lectura de lo transcrito se desprende que es el órgano judicial quien aprueba el balance final, el informe completo sobre las operaciones de liquidación y el proyecto de división, del activo resultante. Es el juez y no la junta

quien aprueba tales documentos; ni siquiera a efectos dialécticos podríamos entender que es la junta la que aprueba por boca del juez, pues los documentos que se sometieron a la censura de los socios son distintos de los que el juez reconoce aprobar.

La sentencia fue revocada por la SAP de Madrid, sec. 28ª, de 24 de junio de 2022. Reconoce la Sala que la cuestión es "pantanosa" y efectúa un recorrido por la doctrina y la jurisprudencia para razonar:

> i.- "Con carácter general, no apreciamos obstáculos para considerar que podrían ser susceptibles de impugnación aquellos acuerdos negativos que pueden identificarse con un acuerdo positivo, pero de contenido negativo. Tanto da rechazar una propuesta de cambio de domicilio social (acuerdo negativo) que aprobar un acuerdo consistente en no modificar el domicilio social (acuerdo positivo de contenido negativo o de no hacer).[532]"
>
> ii.- No consideramos que puedan impugnarse acuerdos negativos por los que se rechaza determinada propuesta cuando la propuesta no aprobada no es la única alternativa posible que pudiera ser valorada y aprobada por los socios, pues de otra forma el juez supliría la voluntad social con grave quebranto de las competencias de un órgano social. Se trata de acuerdos discrecionales en tanto que dependen de la libérrima voluntad de los socios, o sea, de una decisión estrictamente política que atiene exclusivamente al gusto o a la conveniencia de cada votante.
>
> iii.- "No se trata solo de que no pueda imponerse judicialmente determinada decisión a los socios, entre varias alternativas, sino que el acuerdo no es susceptible de impugnación. Carece de sentido sostener la impugnación de un acuerdo negativo para eventualmente dejarlo sin efecto, porque tal declaración no produciría efecto alguno al no poder el juez suplir la voluntad de la junta".
>
> iv.- "Sí consideramos posible la impugnación de los acuerdos negativos cuando la propuesta rechazada sea un imperativo legal o estatutario y no se prevea otro cauce específico para exigir su cumplimiento".

Tras estas reflexiones de carácter general, baja al caso concreto sometido a revisión y descarta que *"la aprobación de una concreta y determinada propuesta de liquidación venga impuesta por la ley o los estatutos y, en consecuencia, su rechazo o*

[532] En el mismo sentido, CIAN, M., *La deliberazione negativa dell'assemblea nella società per azioni*, edit. Giappichelli, Torino, 2003, p. 22.

falta de aprobación no es susceptible de impugnación." Reproducimos parcialmente la argumentación:

> ii.- "[L]a norma (por referencia al art. 390 LSC) no parece contemplar la posibilidad de impugnar la decisión de la junta por la que se rechace la propuesta de aprobar el balance final de liquidación y sí solo el acuerdo aprobatorio del balance final.
>
> iii.- "Además, el precepto establece un norma específica de legitimación en tanto que solo puede impugnar el acuerdo aprobatorio el socio que hubiera votado en contra, por lo que, de admitirse, la impugnación del eventual acuerdo negativo solo podría impugnarse por el socio que hubiera votado a favor y en el caso de autos, aunque el demandante es socio y votó a favor, presenta la demanda expresamente en su condición no de socio sino de liquidador de la sociedad hasta el punto de interesar la aclaración de la sentencia dictada en la instancia precedente para que así se hiciera constar, a lo que se accedió."
>
> iv.- "[L]a impugnación del acuerdo tampoco podría sostenerse en la lesión del interés social en la modalidad de acuerdo abusivo que es en lo que se fundamentaba la demanda de impugnación.
>
> En la hipótesis objeto de autos en que se rechaza la propuesta sometida a la junta al obtener el voto favorable del 50% del capital social y en contra de la otra mitad, no cabe sostener que el eventual acuerdo negativo se impone por una inexistente mayoría en interés propio y en contra de la minoría también inexistente."
>
> v.- "En realidad, de admitirse la impugnación del acuerdo, lo que rechazamos, solo podría sostenerse en su carácter ilegal por actuar el socio que votó en contra del acuerdo con infracción de la *(sic.)* reglas de la buena fe o con abuso de derecho (artículo 7 del Código Civil) de modo que no se computara su voto y el acuerdo pudiera entenderse adoptado por el voto del otro socio titular del 50% del capital social.
>
> En esta hipótesis tampoco podría haber prosperado la demanda en tanto que no puede considerarse que el socio discrepante actuara de mala fe o con abuso de derecho cuando consideramos que se infringió su derecho de información. Esto es, el eventual e inexistente acuerdo aprobatorio tendría que ser declarado nulo por infracción del derecho de información del socio que votó en contra."

Y, por último, la Audiencia cuestiona el balance que ha de ser objeto de aprobación judicial, siendo así que el aprobado por la juez es el presentado por el

liquidador a la junta de 19 de julio de 2019, que fue sustituido por otro posterior, asimismo rechazado en otra junta.

Convenimos con la Audiencia de Madrid en que la única opción pasa por no computar el voto emitido y entender adoptado el acuerdo con el solo voto del otro socio. Pero esta solución se compadece mejor con una acción declarativa —de la existencia del acuerdo— que con una impugnatoria, que tiene por objeto la declaración de nulidad/ineficacia de un acuerdo (aquí inexistente) y no de un voto. En este caso, en puridad, no hay acuerdo; pero aun cuando fingiéramos su existencia, no sería contrario a la ley (lo sería, por abusivo, el voto, no el acuerdo cuyo nacimiento impide) o a los estatutos, ni lesivo para el interés de la sociedad (muy difuso cuando está en trance de extinción) con correlativo beneficio de un socio (los dos se perjudican o benefician por igual), ni, en fin, lesivo para la minoría por impuesto abusivamente por la mayoría, pues en una situación de empate no existe ni una ni otra. En suma, no habría objeto como tampoco causa de la impugnación. Por esta razón, pero sin abandonar la acción impugnatoria como vehículo procesal, se ha sostenido por parte de la doctrina que lo impugnado no es propiamente el acuerdo, sino el voto. No desconocemos que parte de la doctrina ve en la acción impugnatoria una acción de cumplimiento del contrato social; pero por más que mediatamente persiga —o consiga— ese fin, la acción impugnatoria es, de forma inmediata, una acción de ineficacia (de un determinado acto o acuerdo) y no de eficacia (del contrato social). El cumplimiento del contrato social tanto puede lograrse a través de una acción de impugnación de un acuerdo existente, pero viciado, como de una acción declarativa de la existencia de un acuerdo negado; se trata, tan solo, de ejercitar la acción que más naturalmente se ajusta al fin inmediato, que es el definido en el suplico. La acción impugnatoria es tan solo una más de las que el ordenamiento reconoce al socio y solo la inercia histórica lleva al empeño de constreñir a tan estrecho cauce todas las posibilidades de tutela que la ley concede al socio. Acostumbrados a mirar a través de la angosta mira de la Ley de 1951, seguimos viendo solo acciones de responsabilidad y de impugnación donde la ley (en especial, desde la reforma de 2014) ofrece un amplio elenco acciones autónomas

o de acompañamiento, como la remoción de efectos, la reparación de daños[533], la cesación de la conducta o la anulación de actos y contratos (*cfr.* art. 204.2.II y 232). Existiendo la posibilidad de una tutela meramente declarativa[534], no veo necesidad de desnaturalizar la acción de impugnación ni de ampliar su objeto a los votos. Esa acción declarativa, ya se ejercite de forma acumulada o en compañía de la impugnatoria[535], debe quedar sujeta al mismo régimen de legitimación y caducidad que la acción de impugnación. Admitir lo contrario, sujetando la acción declarativa al régimen común[536] (art. 11 LECiv para la legitimación, 1964.2 CC para la prescripción) implicaría resucitar aquella perturbadora división que creara la LSA de 1951 —con el apoyo cómplice de la jurisprudencia[537]— entre la impugnación, sujeta al procedimiento especial del art. 70, y el resto de posibles acciones, derivadas al procedimiento común.

---

[533] La posibilidad de ejercicio de una acción de carácter indemnizatorio ha sido objeto de debate por la doctrina italiana, si bien sin obtener consenso en cuanto a la legitimación activa y pasiva. GAMBINO, A. ("Nuove prospettive del conflitto d'interessi assembleare nella società per azioni", Studi in ricordo di P.G. Jaeger, Giuffrè, 2011, p. 343 y ss.) amén de al socio "bloqueado", le reconoce eventualmente legitimación activa a la sociedad, al tiempo que le niega la pasiva por no serle imputable el voto en contra a la sociedad; por el contrario, RORDORF, R. ("Abuso di potere della minoranza nella s.p.a.", nota al laudo arbitral de 18 de diciembre de 2006, en Corriere giuridico, núm. 10, 2007, p. 1455) deja fuera a la sociedad del conflicto, que debe ventilarse exclusivamente entre los socios.

[534] Ya bajo el imperio del TRLSA de 1989 JIMÉNEZ DE PARGA, R., *op. cit.,* p. 1821, defendía la posibilidad del ejercicio de acciones declarativas (junto con la impugnatoria) dentro del menor cuantía, finalizada la necesidad de disociarlas que imponía hasta entonces la jurisprudencia (la impugnatoria a través del procedimiento especial de la LSA de 1951 y la declarativa a través del declarativo ordinario que procediera).

[535] VIVES RUIZ, F., "Impugnación de acuerdos sociales…", p. 40 sostiene, con ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, "Artículo 204", que hay que *"solicitar la declaración de nulidad del voto negativo que haya sido determinante para la no aprobación del acuerdo, a la que deberá acumularse la acción para que la sociedad proclame el resultado que habría tenido la votación con el cómputo correcto de los votos."*

[536] IRIBARREN BLANCO, M., "La impugnación…", p. 179, descarta *"de raíz"* otorgar a estas acciones el carácter de declarativas ordinarias y propone someterlas, *"independientemente de cómo se califique la acción"*, al régimen de la impugnación, *"con las adaptaciones que sean necesarias".*

[537] Como vimos en el capítulo II —y ahora recordamos— el Tribunal Supremo (ss. de 8 de diciembre de 1973, 22 de junio de 1979, 2 de noviembre de 1985 y 19 de septiembre de 1986) mantuvo un criterio rigorista según el cual *"el marco de los estrictos límites del procedimiento de impugnación de acuerdos sociales* (con un plazo de caducidad de 40 días) *no posibilita pronunciamientos declarativos de derechos",* que habían de ser planteados *"en el correspondiente juicio declarativo ordinario"* , quedando la acción declarativa sometida al plazo de prescripción que correspondiera a su naturaleza (generalmente los 15 años del art. 1964 CC, en su primitiva redacción).

2.5. ATESORAMIENTO DE BENEFICIOS.

En materia de dividendos es donde mejor se aprecia la evolución jurisprudencial en materia de acuerdos desestimatorios.

El ánimo de lucro es elemento natural de una sociedad de capital. El socio aspira a una gestión lucrativa de la sociedad que se traduzca, bien en un reparto periódico de una porción de las ganancias, bien en un derecho diferido a la cuota de liquidación. El art. 93, dentro del catálogo de derechos del socio, incluye el de "*participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación".*

Siendo el dividendo una legítima aspiración del socio, no es un derecho absoluto, sino que su reconocimiento y efectiva percepción está condicionado a una serie de requisitos. La Ley de Sociedades de Capital condiciona el reparto de dividendos al cumplimiento de una serie de presupuestos, unos de corte formal u orgánico, y otros de contenido económico. Entre los primeros, son los socios, reunidos en junta, quienes deciden si se reparten o no dividendos y en qué cuantía. La ley dispone asimismo que en el acuerdo de distribución de dividendos la junta general ha de determinar el momento y la forma del pago, y en su defecto, el dividendo será pagadero en el domicilio social a partir del día siguiente al del acuerdo. Sí se establece un plazo máximo para hacer efectivo ese pago, que será de doce meses desde la fecha del acuerdo de la junta de distribución (*cfr.* art. 276).

Además de cumplir los presupuestos formales, se sujeta la validez del acuerdo de repartir dividendos al cumplimiento de unos presupuestos de naturaleza económica o patrimonial. En efecto, la LSC (art. 273) adopta una serie de cautelas para evitar que el reparto de dividendos descapitalice la sociedad, en perjuicio de sus acreedores:

(a) Con los beneficios obtenidos han de cubrirse, en primer lugar, la reserva legal y, en su caso, las estatutarias.

(b) Si cubiertas esas reservas existe sobrante, podrá acordarse el reparto con cargo al beneficio del ejercicio o a reservas de libre disposición.

(c) No puede acordarse el reparto de dividendos si el valor del patrimonio neto es inferior al capital social, antes del acuerdo o como consecuencia de su adopción.

(d) Si existieran pérdidas de ejercicios anteriores que hicieran que ese valor del patrimonio neto de la sociedad fuera inferior a la cifra del capital social, el beneficio se destinará necesariamente a la compensación de esas pérdidas;

(e) Finalmente, se prohíbe toda distribución de beneficios a menos que el importe de las reservas disponibles sea, como mínimo, igual al importe de los gastos de investigación y desarrollo que figuren en el activo del balance.

Cumplidos esos requisitos, la junta podrá acordar el reparto de dividendos. Es entonces cuando nace el derecho a su percepción. La jurisprudencia[538] distingue así entre el derecho *abstracto* del socio a participar en el reparto de las ganancias sociales [art. 93 *a)*] y el derecho *concreto* al dividendo , que sólo surge a su favor cuando la junta decide aplicar todo o parte del resultado del ejercicio a retribuir el capital (art. 160 *a)*].

La activación definitiva del derecho de separación del art. 348 *bis* ha conseguido, de forma indirecta, un mayor reparto de dividendos, si bien de común limitado al porcentaje mínimo de bloqueo del 25%. Si las aspiraciones del socio son mayores, la acción de impugnación es la única vía.

La LSA de 1951 (art. 67) y, luego, el TRLSA de 1989 (art. 115) permitían a los socios la impugnación de los acuerdos sociales que fueren contrarios a la ley, se opusieren a los estatutos o lesionaren, en beneficio de uno o varios de los accionistas, *los intereses de la sociedad.*

[538] SSTS de 10 de octubre de 1996, 19 de marzo de 1997 o 24 de julio de 2014.

El Tribunal Supremo, como vimos en el capítulo IV, mantuvo durante décadas una concepción ecléctica del interés social, que identificaba con los intereses de la sociedad, no propiamente como ente, sino como sumatorio de los intereses particulares de los socios, lo que era tanto como decir los intereses de la mayoría. Desde esta perspectiva, no repartir dividendos y destinarlos a reservas, lejos de perjudicar a la sociedad, la beneficia, pues la sociedad «se empobrece» al repartir dividendos y se refuerza mediante su atesoramiento.

Muestra de esa orientación jurisprudencial son las sentencias de 25 de enero de 1968, 19 de febrero de 1991 o 20 de febrero de 2003. En la de 29 de marzo de 2007 ya es visible un deseo de amparar a la minoría frente a actuaciones abusivas de la mayoría, pues al tiempo que reproduce la clásica afirmación de que «*la acción impugnatoria (…) exige la lesión de los intereses de la sociedad, y no los del accionista en particular»,* concluye con una reflexión de capital importancia: la junta tiene el derecho de decidir si reparte o no dividendos, pero no puede usar del mismo de forma abusiva:

> «La presencia de la lesión se ha de apreciar, en consecuencia, de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, siempre con cautela y ponderación, para no interferir en la voluntad social y en la esfera de acción reservada por la Ley y los estatutos a los órganos sociales; sin perjuicio, claro está, de la facultad de los tribunales de controlar y corregir la extralimitación de la actuación de éstos que lesiona los intereses de la sociedad (…)»

Pero el verdadero paso adelante se aprecia en la sentencia de 7 de diciembre de 2011, cuyos principales hitos podemos resumir:

(a) El reparto de dividendos es una facultad de la Junta, pues no existe norma legal que imponga el reparto obligatorio de dividendos, aun cuando concurran todos los presupuestos legales para ello.

> «…el acuerdo de no repartir dividendos, cuando menos en abstracto y aparentemente, no vulnera la Ley…»
>
> «…a diferencia de la previsión que contenía el artículo 87 del Borrador del Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada publicado por el Boletín Informativo del Ministerio de Justicia el 25 de junio de 1993, que en determinadas condiciones imponía el reparto obligatorio de dividendos, la propia norma atribuye a la Junta General la

> facultad de decidir en tal sentido en el caso de que existan beneficios repartibles —"[l]a junta general resolverá sobre la aplicación del resultado del ejercicio de acuerdo con el balance aprobado" (artículo 213.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aplicable al caso enjuiciado y 273 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital».

(b) La negativa de la junta al reparto de dividendos tampoco constituye —generalmente— una infracción estatutaria, dado que los estatutos no suelen contener una previsión que imponga el reparto imperativo de dividendos (aunque fuere en la cantidad o proporción que disponga la junta):

> «También tiene razón cuando sostiene que el acuerdo de no repartir beneficios no vulnera los estatutos, ya que no se nos ha identificado ninguna norma estatutaria que impusiese ese reparto».

Ciertamente, nada impide que en los estatutos se disponga un reparto obligatorio de dividendos, aunque no es habitual. Como ejemplo, la SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 29 de abril de 2021 recoge en sus antecedentes de hecho un caso así, en que el artículo 33 de los estatutos sociales establecía que *"[l]a Junta General deberá acordar el reparto de un dividendo mínimo del 50% de los beneficios netos anuales repartibles, una vez cubiertas las atenciones legales."*

(c) Repartir o no repartir y la medida del reparto no es una facultad libérrima, sino que está sujeta a límites, en concreto la protección del interés social, entendido como interés de la minoría.

En suma, la STS de 7 de Diciembre de 2011, adelantando la reforma de 2014, da un giro en la interpretación del interés social (ya presente en alguna sentencia anterior, como la de 26 de mayo de 2005) y, atendiendo a la causa lucrativa que es la base del contrato de sociedad, considera lesivos del interés social no sólo los acuerdos que contrarían el interés de la sociedad (ya entendido como el como un interés propio del ente, ya como la simple suma de los intereses particulares de sus socios, singularmente los mayoritarios) sino los intereses de la minoría.

Tras la sentencia de 7 de diciembre de 2011 y, aún más claramente, con la Ley 31/2014, un acuerdo contrario al reparto de dividendos puede reputarse abusivo y, por ende, ser susceptible de anulación en vía judicial, y ello sin necesidad de que la negativa sea sistemática y reiterada (ejercicio tras ejercicio); basta con que no existan razones objetivas para negar el pago al socio.

Así lo aclara la misma sentencia:

> «Consecuentemente con lo expuesto, declarado por la sentencia recurrida que "en las circunstancias examinadas, negar absolutamente a los socios absolutamente cualquier reparto de las sustanciosas ganancias resultantes se considera injustificado y abusivo", el motivo debe ser desestimado, ya que para estimar concurrente el comportamiento abusivo no se requiere la existencia de la reiteración a la que hizo referencia, pero en modo alguno exigió, la citada sentencia 418/2005, de 26 mayo, citada por la recurrente en apoyo de su tesis».

Abierta la vía impugnatoria para atacar la falta de reparto de dividendos, no tardaron en aparecer los interrogantes:

(a) ¿Puede el juez, además de anular el acuerdo, condenar al pago de una cantidad concreta en concepto de dividendo?

(b) ¿Puede integrar la voluntad social, sustituyéndola?

(c) ¿O debe limitarse a establecer parámetros genéricos de legalidad confiando en que la junta los asuma de forma "voluntaria" (sabedora de que, desoyendo el parecer judicial, se expone a una nueva impugnación, de resultado más que cierto)?

Aquí pugnan una serie de principios, pertenecientes unos al ámbito del proceso civil, y otros a la propia configuración de las sociedades de capital, a saber:

(a) Principios de rogación y congruencia: como punto de partida inexcusable, para que podamos, siquiera, entrar a discutir si puede el juez, además de anular el acuerdo, condenar al pago de un concreto dividendo, tal pretensión de condena debe pedirse expresamente en el

suplico de la demanda (lo que no es —o era— usual, acaso lo contrario)[539].

(b) En segundo lugar, la posible extralimitación del juez puede proceder, no de la infracción de los indicados principios que informan el proceso civil, sino de los que configuran las sociedades de capital, entre los que se halla el respeto al principio mayoritario, expresado a través de un acuerdo de la junta.

Es obvio, y así lo venimos razonando, que la negativa injustificada al reparto de dividendos, concurriendo los presupuestos legales para ello, puede dar lugar a la anulación judicial del acuerdo de la junta, cuando se repute lesivo para los intereses de la sociedad (*rectius*, de la minoría), por abusivo. La cuestión es si el juez puede complementar ese pronunciamiento de nulidad con otro de condena al pago del dividendo omitido (y en qué medida o proporción), sin atentar con ello al principio de soberanía de la junta[540].

Hasta la STS de 11 de enero de 2023 podían distinguirse tres tendencias judiciales:

(a) *Tesis amplia.* Postula el reparto de todos los beneficios en proporción al capital social. Ejemplo de esta postura es la STS de 26 de mayo de 2005, que confirma la sentencia de primera instancia que había condenado al pago de "todos" los beneficios repartibles. Es también la tesis seguida por la SAP de

[539] De hecho, en la doctrina se cuestiona, incluso, que sea posible acumular a la acción impugnatoria tal pretensión de condena. GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (*op. cit.,* p. 33), denuncia que *"uno de los problemas y limitaciones de estas acciones* (por referencia a las acciones de impugnación) *es que en principio solo permiten encajar pretensiones declarativas de nulidad de los acuerdos, en el sentido de que no es posible incluir, junto a la demanda de impugnación, pretensiones de condena para que la sociedad realice determinadas actuaciones."*

[540] Las reflexiones GARCÍA GARCÍA, E. (*op. cit.* p. 41), son expresivas de las dificultades con las que nos encontramos los jueces cuando se nos pide algo distinto de la nuda declaración de nulidad. Por un lado, *"lo deseable es que no se produzca una interferencia desde el exterior en la adopción de particulares decisiones estratégicas del empresario";* pero, de otro, *"la experiencia ha venido enseñando que son precisos medios de tutela judicial para impedir que en el seno de las sociedades puedan consolidarse* (y, añadiríamos, reiterarse) *decisiones ilegales o antiestatutarias o que entrañen perjuicio para la entidad en beneficio de tercero o sean un puro ejercicio de abuso de derecho de la mayoría sobre la minoría social".*

Baleares, Sección 5ª, de 22 de diciembre de 2010[541]. La peculiaridad de esta sentencia es que el demandante no sólo había pedido la declaración de nulidad del acuerdo, sino también que se condenara a la sociedad al reparto.

(b) *Tesis estricta.* Según la misma, para que el juez, a la par que anula el acuerdo, pueda sustituir la voluntad social, es necesario que el acuerdo venga impuesto, en su contenido y oportunidad, por la ley o los estatutos. En ella podemos encuadrar a la SAP Barcelona, sec. 15ª, de 7 de mayo de 2014, que declara la nulidad, por abusivo, del acuerdo contrario al reparto de dividendos, pero rechaza la pretensión de condena a su pago:

> "Con relación a la acción de resarcimiento por daños y perjuicios en la demanda, de acuerdo con la pericial contable practicada, se reclama con base al derecho abstracto al reparto de dividendos, la cantidad de 57.726,28 euros en el periodo analizado (2003-2010) en el que la sociedad ESTRUCTURAS METÁLICAS MOVIESTAN SL acumularía unos dividendos mínimos legalmente repartibles que ascenderían a un total de 192.520,94 euros, resultando la referida cantidad reclamada en función del porcentaje de participación sobre el capital de la sociedad (30%) de la actora. Tal y como ya señaló la sentencia de primera instancia al respecto no puede sustituirse la voluntad de la junta sobre el alcance del quantum ahora pretendido. De ahí que, aun habiéndose declarado abusivo el acuerdo de reparto de beneficios por no resultar justificado, no procede esa reclamación dineraria sino solo la pretensión declarativa de nulidad del primero de los acuerdos impugnados".

---

[541] *«CUARTO.- El motivo segundo justificador de la negación sistemática al reparto de dividendos, alegado por la demandada, es el de capitalizar la sociedad, lo que contrasta con la buena y saneada situación económica y financiera, con que es titular de al menos siete inmuebles (f.209 a 330 de autos), que no se invierte desde 1999, que no tienen previsto invertir, que no precisan de acudir a la financiación externa, que tiene inversiones mobiliarias y de fondos, que no tiene préstamos pendientes de devolución, amén de altas inversiones inmobiliarias, que la sociedad se autofinancia y es de carácter patrimonial (véanse cuentas y balance del ejercicio 2008 como f. 142 a 148, cambios en el patrimonio neto como f. 172, memoria y aplicación de resultados como f. 176). Consiguientemente, no se puede perpetuar tal medida sin reinvertir, y a la vez privar automática y anualmente de los beneficios obtenidos a los partícipes: sea total o parcialmente. Además, no ha quedado acreditado que no estén cubiertas las atenciones exigibles por la Ley y por los estatutos sociales, ni que el patrimonio neto sea inferior al capital social o que lo llegase a ser a consecuencia del reparto de dividendos, que no hay necesidad de compensar pérdidas (al no haberlas) de ejercicios anteriores, ni que el porcentaje de reservas legales no esté cubierto y las reservas puedan cubrir el 5% sobre el fondo de comercio adquirido a título oneroso.*

En definitiva, la privación al derecho a percibir los beneficios sociales obtenidos es injustificable y sistemática, a tenor de la evolución en la participación societaria del actor desde octubre de 2004, y del destino dado a aquéllos, en este caso y para el ejercicio económico 2008 en su importe total; y no consta obstáculo que impidiera, incluso, el reparto a cuenta de dividendos.»

(c) *Tesis intermedia.* El juez, sin suplir directamente la voluntad social imponiendo en la sentencia un reparto concreto de dividendos, puede obligar a la junta a adoptar un nuevo acuerdo que determine el reparto, en la proporción adecuada, previa constitución o aplicación de la reserva legal y las voluntarias convenientes. Ejemplo de esta tesis es la SAP de Álava, sec. 1ª, 19 de octubre de 2010:

> «La estimación de la demanda debe ser parcial, en cuanto no se estima la íntegra distribución de beneficios como se pide en el suplico, sino la parte que la Junta de forma razonada decida, previa constitución o aplicación de los resultados a reservas legales y voluntarias convenientes.»

De seguirse las tesis «estricta» o «intermedia» podemos encontrarnos con una rueda interminable de impugnaciones, pues no puede excluirse que la junta insista en su negativa al reparto (arropando el acuerdo de nuevos argumentos de los que carecía[542]) o que acuerde el reparto de una cantidad mínima o que no satisfaga cabalmente el derecho del socio. Buena muestra de esto son las SSJM nº 8 de Barcelona de 22 de enero de 2018 y 3 de diciembre de 2019, en que, tras condenar a la sociedad a que aplique el resultado a dividendos en el importe que resulte adecuado a las circunstancias de la empresa, el juez se ve obligado, en

[542] Es interesante a este respecto la SJM nº 8 de Barcelona de 4 de marzo de 2020, que insiste en que la justificación del motivo por el cual se destina todo o parte de los beneficios a reservas y no a dividendos debe ofrecerse en la propia junta, lo que nos lleva a cuestionarnos si es posible que, ausente la justificación entonces, pueda ofrecerse (algunos dirían "construirse") a posteriori en sede judicial o, por el contrario, la sociedad deba estar y pasar por lo que (no) dijo en la junta cuyo acuerdo se impugna. La decisión que tomemos al respecto es relevante, pues se trata, en definitiva, de resolver si es legítimo conceder a la sociedad una segunda oportunidad de justificar el atesoramiento. La respuesta seguramente no pueda ser única, sino que dependerá también de la actitud del socio en la junta: a) Si solicitó explicaciones al reparto (insuficiente) o a su falta y se le negaron, no debería tolerarse que, cuando el socio impugna (a ciegas) la sociedad aproveche para ofrecer la justificación que entonces negó, pues de tolerarse y aceptarse por el juez la justificación sobrevenida, la demanda será desestimada y, aunque no se le impongan las costas al impugnante (por entender asimilable la opacidad a las dudas de hecho/derecho), habrá de asumir sus propios costes, pues nuestro derecho no contempla la condena en costas al litigante vencedor; b) Si el socio se limitó a expresar su voto en contra y no exigió una explicación de la propuesta de no reparto (o de reparto insuficiente), entonces deberíamos admitir que la sociedad exponga en la contestación toda suerte de justificaciones.

segunda vuelta, a sustituir la voluntad social para, allí donde la junta acordó repartir "solo" un 35%, distribuir el 100%.[543]

Con ejemplos como ese, era de esperar que la tesis «amplia» fuera cogiendo impulso en nuestros tribunales, siquiera fuera por una suerte de hastío judicial. De hecho, en los últimos tiempos tenemos ejemplos de distintas resoluciones de Juzgados de lo Mercantil y Audiencias Provinciales que se muestran más flexibles a fin de evitar lo que hace unos años bauticé como el "bucle impugnatorio".

El camino lo inicia la SAP de La Coruña, sec. 4ª, de 25 de marzo de 2019:

> «[A] la anulación del acuerdo debe seguir la condena de la sociedad a repartir los beneficios injustificadamente retenidos, puesto que de otro modo no podríamos impedir eficazmente la persistencia en el abuso.»

Y, puesta a elegir la proporción del reparto, acude a un criterio histórico, el reparto antecedente, precisamente el inmediato al enfrentamiento entre los socios, en el que éstos habían considerado conveniente el reparto de una suma ligeramente superior al 75%.

A esta sentencia siguieron otras dos, de idéntica fecha — 30 de noviembre de 2020— procedentes de la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 15ª. Los integrantes de la Sala confiesan que:

> "[c]uando se trata de la nulidad del acuerdo de reparto de los beneficios, (…) la forma de proceder más común ha de ser la de remitir la decisión de nuevo a la junta de socios, que es el órgano que tiene la competencia para hacerlo. No obstante, cuando pueda considerarse que el

[543] En la primera de ellas la juez explica que *"[l]a declaración de nulidad del acuerdo impugnado implica que la sociedad deberá convocar nueva junta para acordar la aplicación del beneficio distribuible obtenido en el ejercicio 2015 a dividendos en el importe que resulte adecuado a las circunstancias de la empresa, no procediendo un pronunciamiento expreso en tal sentido puesto que la nulidad del acuerdo implica que la junta deba adoptar de nuevo el acuerdo de reparto y, una vez aplicadas las reservas legales si proceden, lleve a cabo la distribución de dividendos entre los tres socios en la proporción que les corresponde."* En la de 3 de diciembre de 2019 el juez declara *"la nulidad de pleno Derecho del acuerdo adoptado en la junta general extraordinaria de la sociedad de capital demandada (…) por el que se decidió destinar a dividendos el 35% del resultado del ejercicio 2015, que se sustituye, a todos los efectos legales pertinentes, por otro acuerdo por el que la compañía demandada habrá de destinar a dividendos el 100% del resultado del ejercicio 2015 de la sociedad demanda (190.856, 05 euros), que habrá de ser repartido entre los tres socios de la sociedad demandada en la proporción que les corresponda."*

proceder de la junta constituye una reiterada violación de los derechos del socio minoritario, tal solución no ofrece una respuesta adecuada a los intereses en conflicto, pues la tutela del socio se convertiría en ilusoria o ficticia."

Por ello, juzgan justificado que, ante un abuso de mayoría, el juez deba adoptar medidas que impidan la persistencia en el abuso:

*"***33.** Somos conscientes de que esa posibilidad solo puede ser entendida como excepcional, esto es, aplicable solo en los casos en los que el fundamento de la impugnación sea el abuso de derecho (o la violación del interés social) y exista riesgo de que el mismo se pueda prolongar, como en el caso creemos que podría ocurrir. Por ello estimamos que también en este punto es preciso seguir el criterio que ha seguido la resolución del juzgado mercantil, que no se ha limitado a declarar la nulidad, sino que ha dispuesto que sean repartidos la totalidad de los beneficios, en los mismos términos interesados en la demanda del socio. Es decir, ha acordado la sustitución del acuerdo social impugnado por otro cuyo contenido es distinto y consiste en acordar el reparto de todos los beneficios del ejercicio. Por tanto, aunque el pronunciamiento judicial tenga un mero carácter declarativo, sus efectos serán los propios de un acuerdo adoptado por la junta general a efectos de su efectividad inmediata".

Más cautelosa se ha mostrado la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 28ª, que se resiste a abandonar las posturas más tradicionales. Como muestra, la sentencia de 31 de marzo de 2017. Ante la pretensión —más contenida— del reparto en concepto de dividendos de, al menos, el treinta por ciento de los beneficios, contesta negando[544] el auxilio reclamado:

"28.- Tal pretensión no puede recibir sino una respuesta negativa por nuestra parte, pues supone convertir al juzgador en el sujeto de decisiones que no le corresponden. Las facultades del juez ante una situación conflictual como la que aquí se presenta se reducen a declarar la ineficacia de los acuerdos sociales que le brindan cobertura. De *lege data* no cabe una actuación sustitutiva de la voluntad de la junta de socios como la que

[544] Lo curioso de esta sentencia es que viene precedida de otra de la misma Sección —y sociedad, Inversiones Marpel— de 1 de abril de 2016 en que, concedido por el juez (SJM nº 8 de Madrid de 28 de noviembre de 2013) el 30% (que era lo propuesto por el impugnante), la Audiencia lo confirma afirmando que el *"principio mayoritario (…) ha de ser respetado, pero siempre y cuando se sitúe dentro del cumplimiento de la legalidad. Si lo que ocurre es que se desbordan los límites marcados por ella, debe otorgarse tutela judicial a la minoría que se ha visto avasallada en el disfrute de sus derechos."* La Audiencia no justifica el cambio de criterio en apenas once meses, pese a que entre una y otra coincidían dos de los magistrados firmantes, cambiando solo el ponente.

> persiguen los recurrentes, resultando significativo que cuando el legislador ha encarado directamente la problemática subyacente a la situación que se nos plantea haya optado por un remedio radicalmente diferente (artículo 348 bis del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital).
>
> 29.- En consecuencia, nuestra intervención no puede ir más allá de declarar la nulidad de los acuerdos impugnados, debiéndose convocar nueva junta para acordar la aplicación del beneficio distribuible obtenido en los ejercicios 2005 y 2006 a dividendos en el importe que resulte adecuado a las circunstancias de la empresa, teniendo en cuenta las valoraciones expresadas en precedentes líneas."

Como vemos, pese a que existía una sentencia del Tribunal Supremo (26 de mayo de 2005) fijando el dividendo en todos los beneficios repartibles, la misma no tuvo especial predicamento en los tribunales inferiores, que se sintieron libres para aplicar otros criterios. Ciertamente, no podemos reprocharles la desobediencia, a la vista de su pobreza argumental. El procedimiento tenía por objeto la impugnación, entre otros, del acuerdo por el que se decidió destinar a reservas los más de dieciocho millones que había arrojado el resultado del ejercicio. El socio minoritario impugnó el acuerdo, pero ni siquiera solicitó que esos beneficios se repartieran entre los socios. El suplico[545], textualmente, interesaba del juzgado que dictara sentencia *"por la que declare radicalmente nulos los acuerdos adoptados por la Junta General (…); o subsidiariamente nulos; o más subsidiariamente anulables, con expresa imposición de costas a la Sociedad demandada y con todas las consecuencias inherentes sobre nulidad o anulabilidad de tales acuerdos."* El juez de primera instancia acoge en su fallo la declaración de nulidad del acuerdo, *"ordenando que los beneficios del ejercicio 1.994 se repartan entre los socios en proporción a sus participaciones",* quizás en el entendimiento[546] —claramente erróneo— de que el reparto de beneficios (y nada menos que en toda la extensión que permitía el

[545]La sentencia, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Alcoy, en los autos de Menor Cuantía 186/1996, por su antigüedad, no se encuentra disponible y la de la Audiencia Provincial, confirmatoria, no transcribe el suplico. Es el Tribunal Supremo el que, al resolver el recurso de casación, consigna el suplico en su literalidad en la que, seguramente, es la única virtud de toda la sentencia.

[546] Al no tener acceso a la sentencia de instancia no podemos conocer qué razones llevaron al juez a condenar al reparto, cuando en la demanda no se había solicitado. No obstante, la motivación no debía ser memorable, ya que la Audiencia califica sus consideraciones *"no muy amplias, pero del todo acertadas."* Ignoramos su amplitud, pero dudamos seriamente que fueran acertadas.

resultado del ejercicio) es consecuencia necesaria de la nulidad del acuerdo de no reparto. La sociedad recurre en apelación y la Audiencia confirma la resolución de instancia, sin hacer pronunciamiento alguno en cuanto a la posibilidad del juez de mutar la voluntad social[547], que simplemente da por supuesta; insiste en casación, con idéntico resultado, proclamando el Alto Tribunal que *"[p]rivar al socio minoritario sin causa acreditada alguna, de sus derechos a percibir los beneficios sociales obtenidos y proceder a su retención sistemática, ya que se declara probado que MARKESTIL, S.L. nunca ha repartido dividendos entre sus socios, se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener el amparo de los Tribunales, pues se trata de actitud impeditiva afectada de notoria ilicitud, que justifica la impugnación promovida y estimada del acuerdo de aplicación del resultado, pues todo ello significaría consagrar un imperio despótico de la mayoría, en este caso dos socios hermanos, frente a la minoría (el demandante que recurre)."* De cómo la pretensión de nulidad se acaba convirtiendo en una condena a hacer, ni una palabra.

La sentencia es de muy baja calidad técnica, pues considera nulo el acuerdo de no reparto, no por abusivo, sino por infringir el art. 85 LSRL, que obligaba, salvo disposición en contrario de los estatutos, a distribuir los dividendos a los socios en proporción a su participación en el capital social, precepto que en absoluto era de aplicación, pues faltaba el acuerdo de reparto que precisa como antecedente lógico.

La STS de 11 de enero de 2023, despreciando este precedente[548], se inclina de forma decidida por la tesis amplia. El Supremo resuelve la casación contra la SAP de La Coruña de 25 de marzo de 2019, ya analizada. Recordemos que, en ella, la

[547] En el recurso no parece que se haya alegado incongruencia por conceder el juez más de lo pedido. Al menos, la Audiencia no lo refleja, como debería de haberse elevado a motivo de recurso.

[548] En el Alto Tribunal los silencios son muy expresivos. La sentencia de 26 de mayo de 2005 se cita (excluyendo los autos de inadmisión) en cuatro ocasiones (sentencias 5 de octubre de 2011, 7 de diciembre de 2011, 3 de febrero de 2020 y 12 de noviembre de 2020), pero nunca para reiterar, siquiera en calidad de *obiter dicta*, lo que constituyó su principal "aportación": la posibilidad del órgano judicial, al anular el acuerdo, de completar la declaración de ineficacia de un acuerdo (de no reparto de dividendos, en este caso), con la condena a su reparto, convirtiendo un acuerdo contrario al reparto en una condena judicial al reparto de todos los beneficios repartibles. La falta de cita es muy elocuente en la STS de 11 de enero de 2023, precisamente cuando, por reiterarse la doctrina y elevarse —por repetición— a jurisprudencia, era más oportuna.

Audiencia había fallado anular los acuerdos de aplicación del resultado de dos ejercicios (2014 y 2015) y condenar a la sociedad *"a que reparta entre los socios, en proporción a su respectiva participación en la sociedad, al menos tres cuartas partes de los beneficios de cada uno de los mencionados ejercicios."* Es decir, la Audiencia no fijaba la cuantía exacta del reparto, sino un mínimo del 75%, incumbiendo a la junta decidir si se ajustaba a ese límite o lo superaba y en cuánto. Por tanto, la junta conservaba cierto margen de discrecionalidad, concretamente el 25% restante.

El Alto Tribunal desestima la casación. Mi discrepancia no alcanza tanto al resultado, pues hay que poner freno a los atesoramientos abusivos, sino al razonamiento, pues dice una cosa y la contraria. Comienza afirmando que *"en este caso concreto, la estimación de la impugnación del acuerdo de destinar los beneficios a reservas voluntarias conllevaba que se entendiera aprobada la otra alternativa legal, el reparto de dividendo"*, para — a párrafo seguido— reconocer que *"la junta podía acordar el destino de todos los beneficios a reservas o su reparto total o parcialmente como dividendos. Si se declara ineficaz la primera alternativa, quiere decir que la junta necesariamente debía acordar el reparto de dividendos."* Como fácilmente se comprende, una cosa es que, declarado abusivo el acuerdo de no reparto, la alternativa sea necesariamente el reparto y, otra muy distinta, que la proporción del reparto la fije, al menos en su límite inferior, el órgano judicial. Esto, se mire como se mire, no es un acuerdo binario[549], porque no hay una única

[549] La SJM nº 8 de Madrid de 28 de noviembre de 2013 afrontó el carácter binario (o no) del acuerdo, distinguiendo entre la "esencia" del acuerdo (que es repartir o no repartir) y su cuantificación:

"(…) concurren razones suficientes como para estimar que, en este supuesto especial, puede el órgano judicial en el proceso de impugnación integrar la voluntad social, ya que:

(i) En esta clase de acuerdos, el contenido de la voluntad social es puramente binario, alternativo. Es decir, la Junta sólo puede, en cuanto a su decisión sobre la aplicación del resultado positivo del ejercicio, adoptar una de dos soluciones, o dotar reservas o repartir dividendos.

(ii) No se trata, por tanto, de integrar una voluntad discrecional del órgano social, en asuntos o decisiones cuyo contenido puede ser vario, indeterminado por las normas, y asentado en meros criterios de oportunidad e interés. En cambio, en el caso de la aplicación del resultado positivo del ejercicio, únicamente existen dos opciones posibles, excluyentes la una de la otra en su esencia, no cuantitativamente, como se verá.

(iii) Así, cuando el proceso de impugnación del acuerdo por el que se decidió la dotación de reservas, con denegación de reparto de dividendos, termina con la anulación del acuerdo, anulación precisamente asentada en un reproche al contenido mismo de la decisión, esto es, en que optarse por la dotación de las reservas se ha vulnerado indebidamente el derecho al dividendo, aquella censura no puede más que llevar a la conclusión de que el único acuerdo que era ajustado a Derecho era precisamente el contrario, el de reparto de dividendos, al menos en lo conceptual, no en lo cuantitativo.

(iv) Esa alternativa con un exclusivo doble camino, y ese reproche de contenido al acuerdo

alternativa (repartir), sino todas las numéricamente comprendidas entre más de cero y el cien por cien; tampoco ninguna de las alternativas venía obligada en su contenido o necesidad por la ley o los estatutos. La Sala Primera, por tanto, está yendo manifiestamente más allá que las Audiencias Provinciales, como legítimamente puede. Y como puede hacerlo, no es necesario que se nos pretenda vestir la solución como lo que no es, cuando afirma que si *"la Audiencia entiende que, en atención a las circunstancias de esa sociedad y sus antecedentes, (que) constituía un abuso de la mayoría destinar a reservas voluntarias más del 25% de los beneficios alcanzados en los ejercicios de 2014 y 2015 (…) es razonable entender que si solo*

---

efectivamente adoptado, debe llevar a concluir que, en estos casos especiales, puede el proceso impugnatorio terminar en una integración de la voluntad social, sobre el reparto de dividendo, única posibilidad que permite la tutela íntegra in natura del derecho del socio.

(v) Cuando el art. 348 bis TRLSC, aún no en vigor a la fecha de esta resolución, permitiese la baja voluntaria del socio ante la negativa a repartir dividendos, no se trataría de la respuesta que imperativamente indica el Ordenamiento a esta situación, sino de una facultad más otorgada a favor del socio, quien puede ejercitarla, o bien puede optar por litigar para la tutela in natura de su derecho al dividendo, sin que la solución propuesta en el art. 348 bis TRLSC suponga una exclusión de tal opción para el socio.

(12) <u>Problema de la cuantificación</u>. Lo dicho hasta aquí permite afirmar que el Juez puede integrar la voluntad social de repartir dividendos, pero dicha voluntad puede y debe ser modulada, ya que cuantitativamente el reparto de dividendos y la dotación de reservas son compatibles, de modo que la sociedad puede destinar un porcentaje del resultado del ejercicio a cada finalidad. La cuestión estriba pues en cuáles serán los criterios que deben orientar la decisión judicial, cuando se impone la misma en un procedimiento de impugnación. Sobre ello, debe tenerse presente que:

(i) A diferencia de lo que ocurre con la decisión de la Junta, en cuanto a la determinación de los porcentajes atribuidos a cada opción, la decisión judicial no puede ser discrecional, asentada en criterios de oportunidad.

(ii) Si existiese una previsión estatutaria en la sociedad, debería estarse a dicha previsión sobre los porcentajes de beneficios a repartir.

(iii) En ausencia de lo anterior, debería guiarse por las cuantías aplicadas por la propia sociedad en anteriores acuerdos de reparto de dividendos, los que revelarían la práctica en dicha sociedad, de acuerdo con actos propios.

(iv) En defecto de ello, deberá el socio aportar datos y argumentos que acrediten la objetividad y ponderación de su derecho con el interés social para fijar la cuantía del reparto.

(13) Por Héctor se propone que se reparta como dividendo el 30% del resultado positivo del ejercicio, dejando lo restante a reservas. Respecto de dicha petición debe afirmarse que (i) se ha de tener presente la importante suma de reservas ya dotadas por INVERSIONES MARPEL SL durante el curso de sucesivos ejercicios económicos, (ii) no se ha aportado por INVERSIONES MARPEL SL alegación alguna sobre eventualidades o proyectos que precisen previsiones de especial consideración, y (iii) el reparto propuesto, en el que se deja la mayor parte del resultado para la sociedad, se revela prudente con el interés social."

Esta sentencia fue confirmada por otra de la AP de Madrid de 1 de abril de 2016 (ya referida en la nota 544), que omite cualquier razonamiento sobre el carácter binario del acuerdo.

resultaba pertinente destinar a reservas voluntarias el 25%, el acuerdo procedente era destinar el resto a reparto de dividendos, que es lo que declara la sentencia."

Por principio, la sentencia de alzada no declara eso. Lo que la Audiencia dice es que la junta decida cuánto repartir, si bien sobre un mínimo de las tres cuartas partes de los beneficios de cada ejercicio. Y tampoco llega la Audiencia a esa conclusión sobre la base de que *"constituía un abuso de la mayoría destinar a reservas voluntarias más del 25% de los beneficios alcanzados en los ejercicios de 2014 y 2015" o que "solo resultaba pertinente destinar a reservas voluntarias el 25%*; la Audiencia razona que *"a la anulación del acuerdo debe seguir la condena de la sociedad a repartir los beneficios injustificadamente retenidos, puesto que de otro modo no podríamos impedir eficazmente la persistencia en el abuso"*; y, necesitada de fijar en qué proporción, acude al acuerdo adoptado en 2011, *"en el que los socios valoraron como conveniente el reparto de una suma ligeramente superior al 75% y la retención del 25% restante".* Esto es lo que dice la Audiencia, nada más. Podía haber dado el 100% (de hecho, lo baraja *"puesto que la sociedad demandada no ha asentado en razones admisibles la decisión de retener los beneficios de los dos ejercicios, ni siquiera en parte, cabría acoger la petición de la demanda y ordenar el reparto de la totalidad de los obtenidos"*), pero considera más prudente fijar un umbral mínimo del 75%.

Sin embargo, el Tribunal Supremo nos presenta el reparto del 75% como una consecuencia necesaria de la anulación del acuerdo de no reparto, tanto en el *an,* como en el *quantum.* Y si bien convenimos en lo primero, no podemos aceptar lo segundo. La Sala parece hacer un silogismo deductivo en que, ante una premisa mayor (es abusivo no repartir dividendos) y una premisa menor (es abusivo destinar a reservas más del 25%) la única conclusión posible es que es legítimo imponer un reparto del 75%. El problema es que la premisa menor y la conclusión son una y la misma cosa y ambas las crea el Tribunal Supremo. Ni la Audiencia dijo que fuera abusivo destinar a reservas más del 25% (lo era no repartir en absoluto) ni condenó a repartir solo el 75% (sino a partir de esa cifra). Se nos quiere presentar como binario algo que está muy lejos de serlo, tanto como las cien posibilidades (en números enteros) que hay entre repartir todo el beneficio o no hacerlo en absoluto.

Habría sido preferible reconocer, con toda transparencia, que ha de ser el juez, o, en su caso, la Audiencia quienes, en atención a las circunstancias de cada caso y sociedad, fijen el porcentaje de reparto, de forma discrecional —que no arbitraria— y motivada, no *ad baculum*.

El problema, a nadie escapa, es a qué criterio atender para fijar el reparto[550]. Tres opciones se me antojan como posibles: *(i)* acudir al porcentaje del art. 348 *bis, (ii)* optar por repartos históricos o *(iii)* repartir el 100%. La primera la descartaría, pues sería tanto como consagrar judicialmente que el socio nunca podrá aspirar a que se repartan más del 25% de los beneficios; el criterio del reparto histórico, presenta graves problemas cuando ha habido repartos porcentualmente variables y/o han cambiado las circunstancias económicas de la sociedad entre el ejercicio impugnado y el tomado como referencia[551]. Quizás lo más apropiado sería acordar el reparto del 100%; de hecho, si aceptamos la ficción de que estamos ante un acuerdo binario, lo más propio es que ante la negativa absoluta a repartir la alternativa sea el absoluto reparto; si la sociedad no ha conseguido acreditar que el atesoramiento tiene una justificación razonable, se podría sostener que lo más conforme al ánimo de lucro que está en la base del contrato social es repartir todos

[550] ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L., en "Una propuesta de redacción alternativa del artículo 348 bis LSC", en La Ley Mercantil, núm. 33, febrero de 2017, consultada en formato digital, tras destacar (p. 9) que *"resulta evidente el riesgo de conceder discreción al juez en materia de decisiones empresariales: el juez puede pecar por exceso o por defecto: ora anulando distribuciones perfectamente «razonables» ora permitiendo aplicaciones sustancialmente lesivas del derecho del minoritario",* proponen una redacción del art. 348 *bis* que culmine con un apartado 6 del siguiente tenor:

"6. Lo dispuesto en este artículo no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos sociales y de responsabilidad de los administradores de hecho y de derecho por violación del deber de lealtad. En ejecución de sentencia declarativa de la nulidad de acuerdos sociales, el juez podrá fijar un dividendo usual en el mercado o en el tráfico jurídico como dispone el art. 708.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En los términos previstos en el art. 40 del Código de Comercio quien acreditare un interés legítimo podrá solicitar una verificación de cuentas limitada a la comprobación de si ciertas operaciones realizadas con personas vinculadas con los administradores se han realizado en condiciones de mercado conforme lo contemplado en el art. 230.2 de esta Ley."

[551] GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C., "¿Puede el juez imponer un dividendo concreto en un procedimiento de impugnación del acuerdo de aplicación del resultado?", publicado en Almacén de Derecho el 17 de febrero de 2023, última consulta 26 de abril de 2024, https://almacendederecho.org/puede-el-juez-imponer-un-dividendo-concreto-en-un-procedimiento-de-impugnacion-del-acuerdo-de-aplicacion-del-resultado, se pregunta: *"¿Cuál hubiera sido la respuesta del tribunal si, por ejemplo, se hubieran repartido un año el 100%, 3 años el 50%, 2 el 25%, otros 2 el 75% y los 5 restantes nada?"*

los beneficios[552]. Si retrocedemos a la SAP de La Coruña, es la primera opción que se planteó la Sala:

> "Puesto que la sociedad demandada no ha asentado en razones admisibles la decisión de retener los beneficios de los dos ejercicios, ni siquiera en parte, cabría acoger la petición de la demanda y ordenar el reparto de la totalidad de los obtenidos".

Pero como el derecho no suele entender de escenarios químicamente puros, no es descartable que el juez llegue a la convicción de que ninguna de las dos opciones son razonables y que lo más conveniente al interés social sea atesorar parte y repartir el resto, acordando el máximo reparto que, amén de respetar los condicionantes del art. 273, no comprometa la solvencia de la sociedad; pero, para ello, precisaríamos un informe pericial del que seguramente no vamos a disponer, pues a ninguna de las partes interesa: el impugnante no querrá invertir en una pericial que, como todas, es susceptible de ser rebatida; y la sociedad va a tratar de aferrarse a que el no reparto responde a una necesidad razonable. Las partes se van a situar en los extremos porque a ninguna interesa, estratégicamente, rebajar de salida su posición ofreciendo un techo/suelo de reparto a su rival. Psicológicamente siempre se tiende a pedir más y a ofrecer menos de lo que se estaría dispuesto a consentir, para que la posible "rebaja" judicial deje a la parte allí donde aspiraba a estar.

---

[552] ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y CAMPINS VARGAS, A., "Abuso de la mayoría en el reparto de dividendos y derecho de separación del socio en las sociedades de capital", en *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias Prada*, Edit. Civitas, 1ª ed., Cizur Menor, 2014, versión Proview®, IV, recomendaban *"una norma de reparto de dividendos instaurando el reparto como regla general y el atesoramiento como excepcional debiendo ser la mayoría la que justifique la falta de reparto entre los socios."* Esta recomendación de *lege ferenda* es la que lleva a los autores ("Sobre la condena al reparto de los dividendos en los supuestos de atesoramiento abusivo de beneficios. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2023", en Revista de Derecho Mercantil, núm. 328, abril-junio de 2023, RR-9.10) a defender, si no fuere posible averiguar cuál habría sido la voluntad común de los socios (acudiendo, por ejemplo, a una política de reparto sostenida), la aplicación como "regla de derecho supletorio de segundo grado", a la de sociedades de personas, que impone repartir la totalidad de los beneficios, regla que juzgan "equitativa" porque no compromete la financiación de la sociedad (de otro modo el atesoramiento no se habría declarado abusivo por responder a una necesidad razonable) ni afecta a las reservas ya constituidas ni a los beneficios de ejercicios futuros. En el mismo sentido, con mayor profusión argumental, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Cuando acaba la sequía…", *op. cit.,* RR-1.12 y ss.

Para finalizar, debemos plantearnos si, tras la decisión judicial favorable al reparto de dividendos es preciso que la junta adopte un acuerdo de conformidad. La respuesta depende de hasta donde el juez suplante la voluntad de la junta. La STS de 11 de enero de 2023 ya lo apunta en su párrafo final:

> "Cuando la estimación de la impugnación de los acuerdos sociales no deja margen de discrecionalidad a la junta de socios para adoptar el acuerdo procedente, no existe ningún inconveniente en que el tribunal lo declare y a partir de entonces surta efecto."

Estando de acuerdo con el Alto Tribunal, no deja de resultar sorprendente que lo diga en un caso en que la Audiencia, con su visto bueno, ha decidido precisamente lo contrario, condenando a la sociedad *"a que reparta entre los socios, en proporción a su respectiva participación en la sociedad, al menos tres cuartas partes de los beneficios de cada uno de los mencionados ejercicios."* Por tanto, en este caso y en otros equiparables, firme la sentencia, se ha de convocar junta[553] para que

[553] ¿Cuál habría de ser el orden del día de esa junta? ¿Han de volverse a aprobar las cuentas, la gestión y resolver la aplicación del resultado o puede contraerse a este último extremo? La STS de 11 de enero de 2023 parece inclinarse por la primera opción, *"puesto que la Ley de Sociedades de Capital concibe la aprobación de las cuentas anuales y la aplicación del resultado como una actividad conjunta, en la que la segunda es consecuencia debida de la primera. Así se desprende, primero, del art. 164 LSC, cuando regula el contenido de la junta general ordinaria ("aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado") y del art. 253.1 LSC, que se refiere a la obligación de los administradores de la sociedad de formular las cuentas anuales, que debe ir unido al informe de gestión y a la propuesta de aplicación del resultado. También del art. 273.1 LSC , que prescribe de forma imperativa el acuerdo de aplicación del resultado si se aprueban las cuentas ("La junta general resolverá sobre la aplicación del resultado del ejercicio de acuerdo con el balance aprobado"); y del art. 279.1 LSC cuando prevé que "los administradores de la sociedad presentarán, para su depósito en el Registro Mercantil del domicilio social, certificación de los acuerdos de la junta de socios de aprobación de dichas cuentas, debidamente firmadas, y de aplicación del resultado".* BLAYA GONZÁLEZ, M., "Dudas y reflexiones a propósito de la STS de 11 de enero de 2023", en el blog de Hay Derecho, https://www.hayderecho.com/2023/03/15/dudas-y-reflexiones-a-proposito-de-la-sts-de-11-de-enero-de-2023/, publicado el 15 de marzo de 2023, último acceso 29 de abril de 2024 también es de esta opinión: *"es importante recordar que la Ley de Sociedades de Capital concibe la aprobación de las cuentas anuales, la aprobación del resultado y la aprobación de la gestión social "*como una actividad conjunta*", por lo que sería lógico pensar que debería celebrarse una nueva Junta que aunase todos estos puntos en el orden del día y procediese a su aprobación."* Por la segunda opción se decanta GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C., *op. cit*., que, en su labor de crítica de la STS, afirma: *"Igualmente, creemos que yerra en su razonamiento cuando afirma que* "de otro modo se adoptaría un acuerdo incompleto" *porque la LSC concibe la aprobación de las cuentas anuales, la aprobación del resultado y la aprobación de la gestión social* "como una actividad conjunta".

Una cosa es que, en cada Junta general ordinaria, haya que someter a dicho órgano soberano esos tres acuerdos y otra muy distinta que se trate de un único acuerdo que, por ello, quedaría incompleto. Creo que nadie duda de que, a pesar de su conexión funcional, nos encontramos ante tres acuerdos distintos aun cuando se pudieran haber incluido dentro del mismo punto del orden del día y que, de hecho, se suelen votar por separado de forma que es perfectamente posible que se aprueben las cuentas y, en

los socios decidan dentro del margen de discrecionalidad que el tribunal les ha dejado. Si la discrecionalidad restante fuera nula, porque ya el órgano judicial ha fijado un concreto porcentaje o cantidad de reparto, no es pertinente el acuerdo social, porque ha venido a ser sustituido por la resolución judicial, que simplemente ha de cumplirse, porque *"sus efectos serán los propios de un acuerdo adoptado por la junta general a efectos de su efectividad inmediata"* (SSAP de Barcelona, sec. 15ª, de 30 de noviembre de 2020).

cambio, no se apruebe la propuesta de aplicación de resultado o que, aprobándose los dos primeros, se desapruebe o censure la gestión social y otras combinaciones que se podrían poner como ejemplo."

Lo máximo que, a mi juicio, podría incluir el fallo que estima abusivo el no reparto de dividendos ***es imponer la obligación de acordar un reparto y, con ello, la obligación de los administradores de convocar junta para adoptar el acuerdo correspondiente, a****l haberse declarado ineficaz al previamente adoptado, pero nunca imponer un determinado porcentaje de reparto porque, a pesar de que la STS diga lo contrario, ello sí que implica una suplantación ilegítima en la voluntad de los socios que debe expresarse en Junta general.*

Y no sólo porque no hay tal acuerdo incompleto (hay dos acuerdos válidos y un tercero declarado ineficaz, que obliga a volver a someter la cuestión a la Junta general), sino sobre todo porque la estimación de la impugnación nunca puede conllevar que "se entendiera aprobada la otra alternativa legal", *sencillamente porque no hay una única e indefectible alternativa obligada, sino muchas opciones distintas que pueden ser igualmente válidas (repartir el 33%, el 50%, el 75%, etc.)."*

En mi opinión, no hay una sola respuesta, pues dependerá de cómo se haya estructurado el orden del día, la votación y la impugnación. Si hubo tres acuerdos o uno solo. Si la impugnación fue del todo o solo de una parte. Allí donde alcance la nulidad, la junta deberá pronunciarse de nuevo.

CAPÍTULO VII. LOS SUPUESTOS DE (IN)IMPUGNABILIDAD.

SUMARIO: 1.- LA INFRACCIÓN DE REQUISITOS (MERAMENTE) PROCEDIMENTALES. 1.1.- INTRODUCCIÓN. 1.2.- INFRACCIÓN DE NORMAS RELATIVAS A LA CONVOCATORIA. 1.2.1.- Competencia para convocar. 1.2.2.- El complemento de convocatoria. 1.2.3.- El anuncio de la convocatoria. 1.2.4.- El contenido de la convocatoria. 1.2.4.1. Elementos identificativos. 1.2.4.2. El orden del día. 1.2.4.3.- El carácter de la junta. 1.2.4.4.- La junta de aprobación de cuentas (art. 272.2). 1.2.4.5.- La convocatoria de junta híbrida y telemática. 1.3.- LA INFRACCIÓN DE REGLAS DE CONSTITUCIÓN. 1.3.1.- Lugar de celebración. 1.3.2.- Asistencia de los administradores. 1.3.3.- La junta universal. 1.3.4.- Mesa y lista de asistentes. 2.- LAS INFRACCIONES RELATIVAS A LAS MAYORÍAS. 2.- EL DERECHO DE INFORMACIÓN. 2.1.- MODALIDADES Y CARACTERÍSTICAS BÁSICAS. 2.2.- LOS LÍMITES DEL DERECHO DE INFORMACIÓN. 2.2.1.- El límite del orden del día. La información sobre sociedades del grupo. 2.2.2.- Límites (o condiciones) de tiempo y forma. 2.2.3.- Perjuicio al interés social, información innecesaria y uso extrasocial. 2.2.4.- El límite del ejercicio abusivo. 2.3.- (IM)PROCEDENCIA DE LA IMPUGNACIÓN [ARTÍCULO 204.3 b)]. 3.- EL TEST DE RESISTENCIA. 4.- EL INCIDENTE DE PREVIO PRONUNCIAMIENTO.

1. LA INFRACCIÓN DE REQUISITOS (MERAMENTE) PROCEDIMENTALES.

1.1. INTRODUCCIÓN.

El art. 204.3, tras la redacción conferida por la Ley 31/2014, ha reducido el ámbito potencial de impugnabilidad de las infracciones procedimentales, disponiendo en la letra a) del apartado 3, que *"[t]ampoco procederá la impugnación de acuerdos basada en (…): a) La infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, salvo que se trate de una infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos, así como cualquier otra que tenga carácter relevante."*

El Tribunal Supremo y la DGRN habían venido proclamando la necesidad de una interpretación estricta de las causas de nulidad de los acuerdos, pues no todas las contravenciones tienen la misma entidad y efectos, por lo que se impone extrema prudencia y criterios flexibles en la aplicación de la nulidad radical (SSTS de 28 de mayo y 2 de noviembre de 2001 o 12 de junio de 2008). Igualmente, la DGRN declaraba que los defectos meramente formales podían orillarse siempre que por su

escasa relevancia no comprometieran los derechos del socio, a fin de que el tráfico fluya sin presiones formales injustificadas y trámites que, sin aportar mayores garantías, gravan el funcionamiento de las sociedades (Rr. de 2 y 3 de agosto de 1993, 26 de julio de 2005, 29 de noviembre de 2012, 20 de mayo de 2013, 6 de febrero y 29 de septiembre de 2015 o 2 de septiembre de 2016).

A esa necesidad, expresada, de reducir las impugnaciones por motivos formales obedece la Ley 31/2014, que, en su preámbulo, ya anuncia que, tras haber ponderado las exigencias derivadas de la eficiencia empresarial con las derivadas de la protección de las minorías y la seguridad del tráfico jurídico, *"se adoptan ciertas cautelas en materia de vicios formales poco relevantes y de legitimación, para evitar los abusos que en la práctica puedan producirse."*

La franquicia de impugnabilidad, como avanza el preámbulo, no alcanza a todo vicio de procedimiento, sino tan solo a la infracción de requisitos *meramente* procedimentales.

Si todo acuerdo social es el resultado de un proceso, definir lo que haya de entenderse por "meramente procedimental" se presenta como la clave de bóveda del nuevo sistema, pues, de no acertar en la medida, corremos el riesgo cierto de eliminar la franquicia o convertirla en una inmunidad de los vicios de procedimiento.

Vicio procedimental, en sentido lato, es todo aquel que afecte al procedimiento de adopción del acuerdo. La formación de la voluntad social a través de la junta es reglada en los arts. 159 a 203 (Título V, Capítulo I a VII), que tratan sucesivamente de (i) la junta, (ii) su competencia, (iii) las clases, (iv) la convocatoria, (v) el lugar de celebración, (vi) el plazo que necesariamente ha de mediar entre convocatoria y celebración, (vii) la observancia de los derechos de asistencia, representación y voto, (viii) la constitución de la junta, (ix) la formación de la lista de asistentes, (x) la celebración de la junta, (xi) el ejercicio del derecho de información, (xii) la forma de votación y el régimen de mayorías y (xiii) el acta.

Y otro tanto sucede con el consejo, pues la ley disciplina su composición (art. 242), el sistema de representación proporcional (art. 243), la cooptación (art. 244), su organización y funcionamiento (art. 245), la convocatoria (art. 246), su constitución (art. 247), la adopción de acuerdos (art. 248), la delegación de facultades (art. 249), las facultades indelegables (art. Art. 249 *bis*) y el acta (art. 250).

Pero, limitándonos ahora a la junta, ni todas las normas de procedimiento están contenidas en el Título V ni todas las allí incluidas son procedimentales. Entre esas normas hay algunas que son sustantivas y otras procedimentales. La primera misión del intérprete es, pues, discernir si la norma en cuestión es procedimental o sustantiva. Concluido que lo es procedimental, el siguiente estadio es determinar hasta qué punto lo es. En esta tarea el legislador nos presta una franca ayuda, aunque insuficiente.

Es claramente sustantiva y no procesal que previsión de que la junta ha de venir referida a los asuntos propios de su competencia (arts. 159 y 160), por lo que el acuerdo que traspase esos límites es impugnable, por contrario a la ley, aunque se hayan respetado de forma escrupulosa los requisitos procedimentales. Es claramente procesal y no sustantiva la que obliga a expresar en la convocatoria el orden del día (art. 174). Y no faltan normas que, siendo sustantivas, como el derecho de asistencia del socio (art. 179), tienen reflejo procedimental en la formación de la lista de asistentes, el *quorum* de constitución (en anónimas) y el régimen de mayorías[554].

Fuera del Título V hallamos multitud de normas de procedimiento; solo para la convocatoria de junta podemos citar, sin ánimo exhaustivo, los arts. 272.2, 287, 293.3, 300.2, 301.4, 308.2.b), 417.2.c), 492 y ss. para la sociedad anónima europea o art. 515.2 para las cotizadas.

[554] Por este motivo ALONSO ESPINOSA, F.J., "Los requisitos "meramente procedimentales" en la impugnación de acuerdos sociales", en Revista de Derecho Mercantil, núm. 321, julio-septiembre, 2021, pp. 58 y ss., advierte del carácter *"superfluo y, acaso perturbador, de la distinción entre requisitos meramente procedimentales y normas sustantivas (no relevantes)"* ya que *"no se proporcionan ni existen criterios seguros para diferenciar"* unas de otras (p. 60).

De ese conjunto disperso de normas, discernir, a partir de la fórmula legal, cuáles representan la forma más pura de lo "meramente procedimental" es casi una labor de alquimia.

La norma, ciertamente, nos proporciona una guía para el proceso de destilación, si bien incompleta y parcialmente inexacta, por lo que su seguimiento difícilmente nos va a permitir eliminar las impurezas.

En un primer destilado, obtenemos que la ley salva de la impugnación las infracciones meramente procedimentales que tengan su origen en la ley, los estatutos o los reglamentos de junta o consejo, en consonancia con la cláusula general del art. 204.1.

En un segundo destilado, la ley restringe lo meramente procedimental a través de un sistema de regla y excepción, de modo que únicamente será una infracción meramente procedimental, a estos efectos, la que venga referida a:

(a) La convocatoria, salvo que se trate de una infracción relativa a la forma y plazo previo;
(b) La constitución del órgano, salvo que se trate de las reglas esenciales;
(c) La adopción del acuerdo, salvo que se trate de las mayorías necesarias.

En suma, por sus atributos, para que un vicio se haga merecedor del calificativo de "meramente procedimental", *ha de afectar a* la convocatoria, a la constitución del órgano o la adopción del acuerdo *y, a la vez, no hacerlo*, de forma específica a (i) la forma y plazo de convocatoria, (ii) las reglas esenciales de constitución del órgano o (iii) las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos.

Como cláusula de cierre, común a los tres supuestos, se prevé la posibilidad de excluir de lo meramente procedimental cualquier otra infracción que tenga carácter relevante[555].

[555] QUIJANO GONZÁLEZ, J. "La reforma…", p. 95, considera que esta última avocación a cualquier otra infracción que tenga carácter relevante *"constituye una puerta abierta de par en par, o una especie de*

Obviamente, quedan fuera del art. 204.3.a) las infracciones de requisitos procedimentales que, por venir referidos al derecho de información, reciben tratamiento propio y diferenciado en la letra *b),* ya sean calificables de relevantes ya de meramente procedimentales.

Sigamos avanzando. Si acudimos al epigrafiado de la ley y le somos serviles, el art. 204.3.a) quedaría restringido, para la junta, al capítulo IV ("convocatoria") y al VII ("constitución de la junta y adopción de acuerdos").

Por tanto, en una primera destilación quedarían fuera de lo meramente procedimental y, por ende, serían siempre impugnables las infracciones de los artículos que integran los capítulos I ("la junta general"), II ("competencia de la junta"), III ("clases de juntas"), V ("junta universal"), VI ("asistencia, representación y voto") y VIII ("el acta de la junta"). Ello implicaría que una eventual infracción de los preceptos que distinguen las clases de juntas, calificando como ordinaria la que debe ser extraordinaria o a la inversa, por exceder de lo meramente procedimental, daría lugar a la nulidad del acuerdo, cuando es reiterada la jurisprudencia que nos dice que la distinción carece de trascendencia a efectos impugnatorios.

---

enmienda a la totalidad del primer postulado del precepto, que permitirá, con más o menos generalidad, atribuir carácter relevante en un caso concreto a un requisito que, en otro supuesto, podrá ser considerado como meramente procedimental". Por ello no hde de extrañar que exprese una *"justificada expectación"* ante los pronunciamientos judiciales o arbitrales que se irán sucediendo en torno al *"conjunto de elementos normativamente abiertos, que no son pocos (requisito meramente procedimental, regla esencial, infracción relevante)."* Con ánimo de darle contenido, LATORRE CHINER, N., "La impugnación de acuerdos por infracción de requisitos procedimentales [art. 204.3.a) LSC]", en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, AA.VV., Rodríguez Artigas, F., Farrando Miguel, I. y Tena Arregui, R. (Dirs.), Academia Matritense del Notariado, Madrid, 2015, pp. 234 y 235, opta por circunscribir esta cláusula de residuo *"a las infracciones que que se derivarán de la regla de votación separada contenida en el nuevo art. 197* bis *LSC".* ALCALÁ DÍAZ, Mª. A., "La delimitación de los supuestos de infracción de requisitos procedimentales en los que se excluye la impugnabilidad de los acuerdos sociales [art. 204.3.a) LSC]", en *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad Cotizada*, AA.VV., T. I, edit. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, consultada en formato Proview®, RB-9.16, incluye aquí los acuerdos adoptados con infracción de las normas relativas al acta, lo que resulta incompatible con la jurisprudencia que le confiere un valor meramente probatorio y no constitutivo. DÍAZ MORENO, A., "Artículo 197", en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014) [Sociedades no cotizadas]*, AA.VV., Juste Mencía (Coord.), edit. Thomson Reuters Civitas, 2015, versión digital, RL-1.5, considera que, según el caso, podría ser relevante la infracción de la regla de votación separada del art. 197 *bis.*

Si de los capítulos descendemos a los preceptos las dudas, lejos de evaporarse, aumentan:

(a) En "convocatoria" serían infracciones meramente procedimentales las que afectaran a cualquier precepto del capítulo IV (arts. 166 a 177), a excepción de los relativos a la "forma" (art. 173) y "plazo previo de la convocatoria" (art. 176), que el legislador juzga en todo caso relevantes. De lo anterior se colegiría que unos acuerdos fruto de una convocatoria con infracciones de contenido, por omitir el nombre de la sociedad y los puntos del orden del día objeto de un complemento de convocatoria (arts. 172 y 174), serían, según la ley, no impugnables, por estar comprometidos requisitos meramente procedimentales. Y así como podemos admitir, como hizo el Tribunal Supremo, que la primera omisión es irrelevante, no podemos transigir con que también lo sea la segunda. Del mismo modo, una convocatoria por sujeto u órgano no competente, no sería impugnable, a pesar de que para la jurisprudencia sí lo es, salvo que recurramos a calificarla como sustantiva (*quod non*), la incluyamos como "cualquier otra infracción relevante" en la cláusula de cierre o, como juzgo más propio, entendamos que la alusión del art. 204.3 a la "forma" de la convocatoria no se agota en el art. 173, sino que abraza asimismo a la regularidad del convocante y al contenido.

(b) En la "constitución" del órgano habría que discernir qué normas de las comprendidas en el capítulo VII, sección 1ª ("constitución de la junta") son "reglas esenciales" y cuáles no; y, aun siendo esencial en origen, no sería impugnable una regla de constitución del órgano si consistiera en la participación en la reunión de personas no legitimadas y la misma no hubiera sido determinante para la constitución del órgano [art. 204.3.c)];

(c) Y, en fin, en la "adopción", sección 3ª, sería impugnable una infracción de las mayorías, salvo que entrara en juego la regla de la resistencia del art. 204.3.d) y el voto inválido no hubiera sido determinante para la consecución de la mayoría exigible.

El legislador, consciente de la insuficiencia de los parámetros que facilita para calibrar la medida de lo meramente procedimental, renuncia a establecer un catálogo agotador de infracciones relevantes, permitiendo al juez, como hemos visto, anular aquel acuerdo aquejado de cualquier otra infracción de entidad asimilable a las positivizadas.

En resumen, intentar extraer de la ley una categoría químicamente pura de infracciones meramente procedimentales es tarea vana y cede ante la utilidad de un estudio casuístico, que es lo que vamos a afrontar.

1.2. INFRACCIÓN DE NORMAS RELATIVAS A LA CONVOCATORIA.

Según el precepto comentado las infracciones relativas a forma y plazo previo de convocatoria son siempre relevantes y, por ende, siempre impugnables. Dentro de la *forma* entendemos que queda incluido:

(i) Quién convoca (arts. 166 a 171);
(ii) El complemento de convocatoria (art. 172);
(iii) El anuncio de la convocatoria (art. 173);
(iv) El contenido de la convocatoria (art. 174); y
(v) El plazo (art. 176).

En principio, según el art. 204.3.a), la infracción de cualquiera de estas normas haría el acuerdo inmediatamente impugnable, sin más consideración. Sin embargo, muchas de esas normas han sido matizadas por multitud de resoluciones judiciales y administrativas, antes (las más) y después (las menos y algunas referidas a hechos anteriores) de la Ley 31/2014.

A título meramente enunciativo, se han considerado válidos acuerdos adoptados en juntas convocadas por órganos de administración aquejados de ciertas disfunciones en su composición y/o funcionamiento o en que se percibían desviaciones tolerables en la asunción y redacción de los puntos del orden del día propuestos en el complemento de convocatoria. A la inversa, se han considerado

nulos acuerdos adoptados en juntas cuyo anuncio de convocatoria respetaba de forma sacramental los requisitos legales y/o estatutarios si tal observancia constituía un abuso de la formalidad dirigido a que la convocatoria pasara inadvertida para los socios, confiantes en que la forma de la convocatoria sería tan informal como hasta entonces.

Por ello, insisto, hemos de ir, una a una, viendo cada regla y los efectos de su infracción, con base —fundamentalmente— en resoluciones judiciales, pero no solo, ya que será frecuente la cita de resoluciones de la DGFPSJ motivada por la circunstancia de que el registrador mercantil debe calificar todos los extremos concernientes a la celebración de una junta general que redunden en la validez de la misma, ya sean los requisitos de la convocatoria (R. de 9 de febrero de 2012), persona legitimada para convocarla (Rr. de 11 de marzo y 6 de abril de 1999 y 24 de enero de 2001), cómputo del plazo de celebración (Rr. de 10 de julio y 6 de noviembre de 1995, 15 de julio de 1998 y 9 y 10 de febrero de 1999), lugar de celebración (Rr. de 1 de diciembre de 1994, 18 de febrero de 1998 y 2 de octubre de 2003), *quorum* de asistencia (Rr. de 2 de febrero 1957 y 19 mayo de 2006), representación de los asistentes (Rr. de 7 de febrero 1996 y 5 de marzo 1997), validez de los acuerdos (Rr. de 7 de febrero 1996 y 5 de marzo 1997), y aprobación del acta (Rr. de 30 de septiembre de 2000 y 10 de octubre de 2005).

1.2.1. Competencia para convocar.

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2014 recuerda que la validez de los acuerdos que puede adoptar la junta general dentro del ámbito de sus competencias está condicionada no sólo a que lo hayan sido por la mayoría legal o estatutariamente exigible, sino, como requisito previo, a la válida constitución de la propia junta, lo que exige su previa convocatoria (*cfr.* artículo 174 de la Ley de Sociedades de Capital) incluyendo el orden del día, que debe expresar «los asuntos a tratar».

La ley regula en los artículos 166 a 171 los sujetos que pueden convocar junta. Comenzando por el art. 166, dispone que la junta será convocada por los

administradores y, en su caso, por los liquidadores de la sociedad. Para los casos de muerte o cese del administrador único, de todos los solidarios, de alguno de los mancomunados o de la mayoría de consejeros, sin que existan suplentes, el art. 171 faculta a cualquiera de los administradores que permanezcan en el cargo para convocar junta, pero solo con el limitado objeto de completar el órgano de administración.

La jurisprudencia ha admitido la validez de la convocatoria efectuada por un administrador con cargo caducado (SSTS de 5 de julio de 2007, 23 de octubre de 2009), sin importar *"el hecho de que la convocatoria (…) comprendiese, además del dirigido a la regularización del órgano de administración, otros extremos"* (sentencia de 9 de diciembre de 2010); y, excepcionalmente, por administrador cuya designación había sido anulada o por un administrador de hecho, a pesar de que este, en principio, no tiene capacidad para actuaciones orgánicas como la convocatoria (STS de 23 de febrero de 2012).

Con respecto al cargo con administrador caducado la Dirección General ha venido manteniendo un criterio más restrictivo el propio Tribunal Supremo. Reconociendo la razones pragmáticas que inspiran a la jurisprudencia, el centro directivo, en resoluciones de 13 de mayo de 1998, 15 de febrero de 1999, 24 de enero de 2001, 30 de octubre de 2009 o 4 de febrero de 2015, ha seguido su propia línea, limitando la capacidad convocante del administrador caducado a los supuestos de caducidad reciente, en los términos del art. 222, que, recordemos, no dispone una caducidad automática, una vez vencido el plazo para el que fueron nombrados, sino una vigencia del cargo claudicante, que se extiende hasta que se haya celebrado junta general o haya transcurrido el plazo para la celebración de la junta de aprobación de cuentas.

A salvo el supuesto de que el régimen sea el de administrador único o solidarios, se ha prestado a dudas la competencia para convocar en caso de consejo de administración y administradores mancomunados.

Comenzando por la mancomunidad, la STS de 16 de enero de 2009 aclara que la competencia para convocar se encuadra dentro del poder de gestión administración de los administradores, lo que supone que ha de realizarse de consuno, por lo que en principio no es válida la convocatoria realizada faltando la voluntad de uno de ellos, a salvo el supuesto en que ese defecto formal no haya sido objeto de objeción por parte de los socios. En el mismo sentido, y de forma repetida, se ha pronunciado la DGRN (hoy DGFPSJ), en resoluciones de 28 de enero de 2013, 27 de julio de 2015, 4 de mayo de 2016 y 12 de febrero de 2020 (en todas, convocada la junta por dos de tres) o 3 de agosto de 2016 (dos de cinco), que ha admitido, empero, la validez de convocatoria llevada a cabo por el administrador mancomunado supérstite, una vez fallecido el otro (Res. 12 de noviembre de 2020), no así si ambos estaban vivos y con cargo vigente, en cuyo caso la actuación debe ser necesariamente conjunta (Res. de 25 de febrero de 2000).

En el caso de consejo de administración, la facultad/deber de convocar es indelegable, como especifica el art. 249 *bis* j), fruto de la Ley 31/2014, y, antes de la reforma, la STS de 14 de marzo de 2005 y la Resolución de la DGRN de 1 de octubre de 2013, a cuyo tenor:

> «(...) el órgano de administración, en cuanto tal, monopoliza por atribución legal el ejercicio de dicha competencia (la de convocatoria), aún en los casos en que su ejercicio, más que una facultad constituya un deber, como ocurre en el caso que da lugar a la presente, en que medió la petición de socios que representan más del cinco por ciento del capital (cfr. artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital). Por ello, ni aún en este supuesto, en que media una obligación de convocar -en que la convocatoria constituye en buena medida un acto debido para el consejo de administración-, cabe la actuación individual de un miembro de dicho órgano, por más que ostente la condición de presidente, sino que es necesaria una decisión colectiva adoptada en la forma y con las mayorías previstas estatutariamente. 4. Esta solución, que es la que única posible y compatible con la regulación legal, no queda excepcionada por el hecho de una eventual actuación desleal, abusiva u obstruccionista de uno o varios miembros de dicho consejo de administración. La posible responsabilidad en que pudieran incurrir, en tales supuestos, los administradores, no excepciona el criterio fijado en la Ley. En estos casos queda al socio, al margen de la posibilidad de exigir la correspondiente responsabilidad a los administradores, el recurso a la autoridad judicial para que proceda a la convocatoria, tal y como prevé el artículo 169 del cuerpo legal antes referido».

El Tribunal Supremo ha admitido la validez de la convocatoria por un consejo de administración incompleto (por dimisión de unos de sus miembros), pero mayoritario (STS de 16 de enero de 2019). La Res. DGRN de 17 de mayo de 1999, en aplicación del antiguo art. 45.4 LSRL (hoy art. 171), extendió la competencia al único consejero de un consejo trimembre en el que los otros dos habían renunciado al cargo, pero exclusivamente a los efectos de completar el órgano.

En el caso del consejo de administración, deberá formar su voluntad de convocar junta a través del correspondiente acuerdo. La Resolución de la DGRN de 31 de enero de 2018 es muy tajante al respecto, advirtiendo que la infracción de esta regla es causa de nulidad conforme al art. 204.3.a):

> "Como afirma la Resolución de 28 de junio de 2013, si el órgano de administración ha adoptado la forma de consejo, su régimen de actuación ha de ser el propio de los órganos colegiados dentro del marco diseñado al respecto por los estatutos sociales atendiendo a las exigencias que les impone el artículo 210.1 de la ley (cfr. la Resolución de 8 de marzo de 2005). Y, según doctrina jurisprudencial (vid. entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1986, 24 de febrero de 1995, 8 de octubre de 2001, 4 de diciembre de 2002, 14 de marzo de 2005 y 30 de octubre de 2009), la facultad o deber de convocar las juntas generales de la sociedad corresponde al consejo de administración, de modo que si el consejo no convoca, su voluntad no puede ser suplida por su presidente o uno de sus miembros, sino que ha de interesarse la convocatoria judicial (hoy por el letrado de la Administración de Justicia o por el registrador Mercantil). Resulta en consecuencia que la falta de validez del previo acuerdo del consejo de administración sobre la convocatoria de junta o su ausencia es causa de invalidez de la convocatoria realizada y de los acuerdos en ella adoptados tal y como afirma la Resolución de este Centro Directivo de 3 de agosto de 2016 que además considera que se trata de una causa cualificada pues del artículo 204.3.a) de la Ley de Sociedades de Capital resulta claramente que son irregularidades relevantes no sólo las relativas a las reglas esenciales de constitución del órgano sino también la consistente en la convocatoria realizada por personas u órganos incompetentes, como ocurre en el presente supuesto."

Ello nos plantea la duda de si, en aquellos casos en que el vicio de convocatoria de la junta es, a la vez, un acuerdo viciado del consejo, éste debe ser objeto de impugnación de forma previa o acumulada a los acuerdos de la junta, a fin de evitar que, en aquellos casos en que el sujeto tenga legitimación para impugnar uno y otros, la sociedad le pueda oponer que dejó pasar el plazo para impugnar el

acuerdo primario de convocatoria y, con ello, convalidó el acuerdo nulo del consejo, que no podrá ya exhumarse en sede de impugnación de la junta y sus acuerdos como defecto de convocatoria.

Podría pensarse que, siendo impugnable el acuerdo del consejo por el que se decide convocar la junta, si los legitimados para su impugnación (administradores y socios con el 1%) no atacan el acuerdo, no podrán luego, una vez devenido firme, alegar un vicio del mismo como defecto de convocatoria, sin que la falta de impugnación quede suplida con lo denuncia al inicio de la junta (art. 206.5); pero un examen de la jurisprudencia revela que no se viene exigiendo para impugnar la junta por defectos de convocatoria que acuerdo del consejo causante de los mismos sea previa o simultáneamente atacado.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en distintas ocasiones sobre la nulidad de los acuerdos de la junta cuando la convocatoria de la misma por el consejo era contraria a la ley. Pero sus pronunciamientos, por las circunstancias fácticas y lo tasado de la casación, no aportan elementos decisivos.

Los precedentes más remotos por lo general no resultan útiles, porque en la mayoría de casos enjuiciados el defecto era la propia falta de acuerdo del consejo (sentencias de 3 de febrero de 1966[556], 13 de mayo de 1976[557] y 8 de marzo de 1984[558]); y, cuando lo hubo y se alegó la doctrina de los actos propios para impedir

[556] En la STS de 3 de febrero de 1966 se discutía la existencia misma del acuerdo, que la sociedad demandada defendía afirmando que la convocatoria había sido decidida y acordada por la mayoría de los administradores, aunque el acuerdo no constara en el libro de actas, lo que el Alto Tribunal rechaza por considerar acreditado que el consejo no se reunió antes de la junta, viciando la convocatoria, sin que el hecho de que los anuncios se ajustaran a la legalidad la convalidara.

[557] Un supuesto de inexistencia de acuerdo acontece asimismo en la sentencia de 13 de mayo de 1976, en que la convocatoria fue llevada a cabo directamente por el presidente del consejo.

[558] Razona el Alto Tribunal, en relación al art. 49 LSA de 1951 ("las Juntas Generales podrán ser ordinarias y extraordinarias y habrán de ser convocadas por los Administradores de la sociedad"), que *"el carácter imperativo de esta norma no deja lugar a que los Estatutos o los componentes de la sociedad provean de modo diverso, alterando la regularidad de la convocatoria y desvirtuando el sentido del precepto al suponer acuerdo del Consejo de Administración para la convocatoria y acordar unilateralmente ésta sin reunión de aquél e incluso publicándose el anuncio en el periódico oficial antes de dicha reunión, que fue lo que aconteció en el supuesto litigioso ahora contemplado, puesto que, como se deduce del presupuesto fáctico comprobado, no hubo convocatoria por parte del Consejo sino que anticipándose a su reunión al efecto otra persona, don (…), como persona individual y no en nombre de*

que el socio-consejero que intervino en su adopción pudiera impugnar los acuerdos de la junta por defectos de convocatoria, el Alto Tribunal (sentencia de 6 de julio de 1973[559]) dejó pasar la ocasión de pronunciarse; a mayores, como hemos visto al trazar la evolución histórica, en aquel tiempo la impugnación de acuerdos del consejo aún no había recibido carta de naturaleza legislativa.

La sentencia de 27 de diciembre de 1993 comienza a marcar la senda. Las circunstancias para que el Tribunal Supremo se pronunciase eran más propicias, porque *(i)* había acuerdo del consejo, *(ii)* los socios impugnantes, al tiempo consejeros, denunciaban un vicio de convocatoria de la junta por no haber sido convocados al consejo que decidió convocar la junta y *(iii)* no habían impugnado el acuerdo del consejo (sí, en cambio, los acuerdos posteriores, adoptados "en ejecución y desarrollo" de los resultantes de las juntas); pero, siendo las

dicho Consejo, pues éste no se había todavía reunido, por sí y ante sí acordó la convocatoria de la Junta con plena desconsideración de lo que en la posterior reunión pudiera efectivamente acordarse por el precitado Consejo (…) [E]n definitiva, el hecho de haber sido convocada la Junta realmente sin previa reunión del Consejo por persona que no reúne esta condición, aunque sea su Presidente, vicia de nulidad la convocatoria, pues no se cumplió lo dispuesto en el artículo cuarenta y nueve de la Ley y diecinueve de los Estatutos sociales dando lugar como consecuencia a la nulidad a la Junta y de los acuerdos adoptados en la misma, siguiendo criterio ya manifestado por esta Sala en sentencias de trece de mayo de mil novecientos setenta y seis y treinta y uno de mayo de mil novecientos ochenta y tres".

[559] La STS de 6 de julio de 1973 desestima el recurso de casación interpuesto por un socio—consejero contra la sentencia de la Sala Segunda, de lo Civil, de la Audiencia Territorial de La Coruña de 9 de mayo de 1972, en la que se resolvía —también con rechazo— acerca de la nulidad de los acuerdos de aprobación de cuentas y traslado del domicilio social a Barcelona. El impugnante había invocado en su demanda, entre motivos de nulidad, un defecto de convocatoria y la infracción del derecho de información; el primero, porque pese al proyectado cambio de domicilio social y a existir una oficina de la sociedad en la villa de Navia (Asturias), el anuncio solo había sido publicado en el BOE y en el diario "El Progreso", de Lugo; y, el segundo, porque no se le había suministrado la memoria. La Audiencia Territorial, según se consigna en el Resultando Segundo de la sentencia de casación (no se ha podido acceder al texto de la sentencia de alzada), afirmó en su Considerando Quinto *in fine* (o, al menos, eso le imputó el recurrente como segundo motivo de recurso) que *"el actor no puede ir contra sus propios actos al impugnar acuerdos tomados por Junta General convocada por él, aprobados por él en el Consejo de Administración, como demuestra la propia acta de dicho Consejo de Administración, no pudiendo alegar falta de información por este motivo".* El socio-consejero, reconociendo que votó a favor de convocar la junta, vino a sostener que *"el consejero que conociendo balance y cuentas no las aprueba, pero está conforme con la convocatoria de la Junta General, no tiene perdido el derecho de impugnación del acuerdo que adopte éste por la sola circunstancia de que como tal consejero haya asistido a la Junta del Consejo de Administración y convocado la Junta General"*, alegato que el TS rechaza, mezclando ambos motivos de impugnación, pues *"si no fue contra sus propios actos, en manera alguna se hizo con falta de información"*, amén de que, asistente el socio a la junta, todo vicio de convocatoria quedaba sanado. El argumento (mejor, su falta) es muy mejorable, pues el Alto Tribunal no se atreve a descartar la vinculación al acto propio, a pesar de que éste era absolutamente inane: se había limitado a emitir su voto favorable a la convocatoria y lo que denunciaba era un defecto en el acuerdo sino en el acto, *ajeno*, de publicación del anuncio.

circunstancias más favorables, no eran perfectas para excitar a la Sala, ya que no consta que la sociedad demandada objetara la falta de impugnación previa del acuerdo del consejo como óbice a la viabilidad de la impugnación de la junta; en tal tesitura, esperar de la Sala, siquiera un *obiter dicta*, era quimérico. Por ello, tras apreciar que el acuerdo de convocatoria era defectuoso, se limitó a declarar la nulidad de las juntas y de los acuerdos aprobados.

Finalmente, disponemos de la sentencia de 16 de enero de 2019. Pero aquí las circunstancias de hecho eran muy adversas para lograr que el Tribunal Supremo se pronunciara, ya que el socio impugnante era, al tiempo, el consejero dimisionario que había dejado incompleto el órgano de administración, por lo que la Sala, al igual que antes la Audiencia, entendió que la impugnación basada en que la junta fue convocada por un órgano inválidamente constituido era abusiva.

Por tanto, a falta de un refrendo jurisprudencial claro a la prescindibilidad de la impugnación del acuerdo de convocatoria defectuoso, lo más prudente es impugnarlo, antes o al tiempo que los acuerdos de la junta[560] [561]. Y, en todo caso, denunciar el vicio al inicio de la junta (art. 206.5), salvo que, al tiempo de celebrarse la junta, ya haya impugnado el acuerdo del consejo, supuesto en que la advertencia de ilegalidad sería redundante[562].

---

[560] La SAP de Córdoba, sec. 3ª, de 15 de noviembre de 2010, declara "*LA NULIDAD de todos los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración y por la Junta General de la sociedad demandada el día 29 de noviembre de 2008 y nula la propia junta".* En sentido contrario, la SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 26 de enero de 2011 rechaza la impugnación por vicio de convocatoria porque el actor, consejero, *"no acudió al consejo de administración que convocó a la junta impugnada y con conocimiento de lo que allí se iba a acordar (doc. 6 de la contestación) dejó transcurrir el plazo para impugnar esos defectos de convocatoria".* La SAP de Málaga, sec. 6ª, de 10 de enero de 2013 parece decantarse por la posibilidad de impugnar los acuerdos de la junta *per saltum*, y decimos "parece" porque la argumentación, que transcribimos, no permite extraer ninguna conclusión segura*: "ahora se intenta la impugnación de la Junta General, y no del acuerdo de Consejo de Administración del que trae causa, pero que habiéndose convalidado éste al no ser impugnado en debido tiempo, 30 días desde su notificación, y en realidad no habiéndolo sido nunca, tampoco bajo ningún concepto procedería acoger el propuesto argumento de la nulidad de celebración y acuerdos de la Junta General."*

[561] CABANAS TREJO, R., "Nuevo régimen…", p. 406, asevera que *"[l]o normal será que se impugnen ambos acuerdos (…) ya que la ineficacia del primero desemboca en la del segundo, pero si excepcionalmente la acción contra el primero caducó (pasan los treinta días desde su adopción), no se pierde la posibilidad de impugnar la posterior JG por un defecto de convocatoria referido a la reunión del consejo."* Con menor desarrollo argumental, el mismo autor en "Cambios en el régimen de la junta general…", n. 35.

[562] Siempre que denuncia y demanda procedan del mismo socio.

Por último, hemos de recordar que es doctrina jurisprudencial reiterada que la nulidad sobrevenida del nombramiento de administrador no vicia las convocatorias por él efectuadas (STS 23 de febrero de 2012 y posteriores).

1.2.2. El complemento de convocatoria.

El art. 172, solo para las sociedades anónimas[563], concede a los accionistas que representen, al menos, el cinco por ciento del capital, el derecho a solicitar (y, en principio, obtener) del órgano de administración, la publicación de un complemento a la convocatoria, incluyendo uno o más puntos del orden del día.

Como carga del socio, le impone el ejercicio mediante notificación fehaciente[564], que habrá de recibirse en el domicilio social dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria. Recibida la notificación en tiempo y forma, surge para el órgano de administración el deber de publicar el complemento con quince días de antelación como mínimo a la fecha establecida para la junta. La falta de publicación es causa de nulidad de la junta, según la STS de 13 de junio de 2012.

La publicación del complemento, como la convocatoria inicial, es una facultad indelegable, según la resolución de la DGRN de 31 de enero de 2018[565] y la SAP de

---

[563] La Resolución de la DGRN de 10 de octubre de 2011 niega la posibilidad de extender este instrumento a las limitadas.

[564] Sobre el alcance del término "fehaciente", *vid.* SAP de Madrid, sec. 28ª, de 21 de abril de 2023, que admite la comunicación por correo electrónico.

[565] *Vid.* sobre esta resolución, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "El complemento de la convocatoria de la Junta General (competencia y diligencia). Comentario a la Resolución DGRN de 31 de enero de 2018", Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 151, 2018, consultada versión digital BIB 2018\13066; el mismo autor, "Complemento de convocatoria y función de filtro del consejo de administración", en su blog "Juan Sánchez-Calero Guilarte", entrada de 21 de febrero de 2018, accesible en http://jsanchezcalero.com/complemento-convocatoria-funcion-filtro-del-consejo-administracion/, último acceso 25 de abril de 2024; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Rifiuti ingiustificati", en su blog "Derecho Mercantil", entrada de 13 de febrero de 2018, disponible en https://derechomercantilespana.blogspot.com/2018/02/rifiuti-ingiustificati.html, última consulta 25 de abril de 2024.

Madrid, sec. 28ª, de 3 de marzo de 2023, que resuelve el recurso interpuesto contra la misma.

Los hechos son los que siguen. Convocada junta por acuerdo del consejo de administración y llevados a cabo los anuncios de convocatoria, se publica con posterioridad un complemento de convocatoria por solicitarlo un socio. Al presentar la escritura pública de los acuerdos adoptados junto con copia del acta notarial, el registrador suspende la inscripción porque no resulta la existencia de acuerdo del consejo de administración en relación al complemento de convocatoria.

El recurrente solicita la revocación de la calificación negativa. La Dirección General comienza su argumentación —de rechazo— sentando que es doctrina reiterada del centro directivo (Resoluciones de 28 de junio y 1 de octubre de 2013, entre otras) que la facultad de convocatoria de la junta general está reservada legalmente al órgano de administración con carácter exclusivo, al margen de supuestos singulares como el relativo a la sociedad en fase de liquidación, el de convocatoria por el registrador mercantil o letrado de la Administración de Justicia o el de órgano de administración incompleto y con objetivo limitado del art. 171. Asimismo, rememora cómo con la Ley 31/2014 esa doctrina tiene su consagración legal en el artículo 249.bis.j) en que se considera como facultad indelegable del consejo «la convocatoria de la junta general de accionistas y la elaboración del orden del día y la propuesta de acuerdos».

Cuando la ley reconoce dicha competencia a los administradores —prosigue la Dirección— lo hace en conjunto a todos los que forman parte del órgano de administración, y no «uti singuli» a cada uno de sus miembros. Es decir, se trata de una atribución conjunta a quienes tienen la condición de administradores, para que la ejerciten de conformidad con la estructura propia correspondiente a la modalidad del órgano de administración que tenga adoptada la compañía. Si la sociedad ha optado por la estructura de varios administradores mancomunados, la convocatoria debe hacerse de conformidad con las reglas que rigen su ejercicio (Rr. de 18 de septiembre y 28 de octubre de 2013 y 23 de marzo y 25 de julio de 2015); y si la sociedad ha optado por la estructura de consejo de administración, es a este órgano

colegiado a quien corresponde, según sus propias normas de funcionamiento, adoptar la decisión de efectuar la convocatoria.

El centro directivo razona que ese monopolio del órgano de administración se extiende al supuesto de complemento de convocatoria, sin que a ello obste que constituya una medida protectora de la minoría en la sociedad anónima (lo que, apunto, debería llevar a replantearse si no se le causa con esa posición rigorista más perjuicio que beneficio) ni que, formulada en tiempo y forma la solicitud de complemento de convocatoria por accionista legitimado, la publicación del complemento de convocatoria por el órgano de administración sea un acto debido cuyo incumplimiento acarrea, en su caso, la responsabilidad de los administradores.

Contra la resolución de la DGRN se interpuso recurso ante los juzgados de lo mercantil, llegando en alzada a la Audiencia Provincial de Madrid (sec. 28ª), en su sentencia de 3 de marzo de 2023, que lo desestima:

> "9. La tesis de la recurrente no se adecua a la lectura integradora del art 249 bis j) LSC. Si este prevé que es indelegable la facultad de convocatoria, elaboración del orden del día y la propuesta de acuerdos, ello es perfectamente trasladable al complemento de la convocatoria, que, siendo un derecho de minoría distinto a la petición de convocatoria (art 168), también implica una configuración del orden del día, al introducir nuevos asuntos.
>
> Hay, pues, entre ambos una estrecha relación, al responder a la misma ratio: son derechos de la minoría que permiten su implicación en la vida societaria y ponen fin al monopolio del órgano de administración en la determinación de los asuntos a decidir por el órgano soberano, de modo que los consideramos a estos efectos equiparables. Ello justifica la traslación que hace la resolución de la DGRN impugnada de la regla del art 249bis j) al supuesto del art 172.
>
> El que no sean idénticos, como enfatiza el recurrente, no desvirtúa lo dicho. Es verdad que ante la falta de atención del derecho del art 172 la sanción es la nulidad de la junta, en lugar de prever el remedio del expediente de la convocatoria de la junta por el LAJ o el registrador. Pero ello se explica porque por motivos temporales es imposible acudir a este remedio para completar una convocatoria ya en marcha; expediente ante el LAJ o extrajudicial al se podrá acudir en todo caso, al margen de que si no se atiende la solicitud ex art 172 LCS la junta no completada sea nula."

1.2.3. El anuncio de la convocatoria.

El respeto a las formalidades del anuncio de convocatoria apenas se presta a apreciar casos en que su infracción pueda calificarse de meramente procedimental o no relevante. Aunque el Tribunal Supremo (ss. de 5 de marzo de 1987) y la DGRN (Rr. de 2 y 3 de agosto de 1993, 24 de noviembre de 1999, 8 de febrero y 29 de noviembre de 2012 o 26 de febrero de 2014) han admitido que puedan conservarse los acuerdos adoptados cuando existan defectos no sustanciales en la convocatoria, en la práctica no pasa de ser un recurso dialéctico, pues ni siquiera se excusan las infracciones cometidas en una convocatoria judicial o registral (Rr. de 29 de abril de 2000 y 10 de junio de 2020), a salvo el caso en que por el juzgado se hubiera notificado personalmente al socio (Rr. de 24 de noviembre de 1999 y 28 de febrero de 2014).

1.2.4. El contenido de la convocatoria.

Más laxa es la apreciación de los requisitos de contenido.

1.2.4.1. Elementos identificativos.

Se ha considerado irrelevante la falta de identidad entre la identidad de la sociedad que figura en la convocatoria con la real, por su inhabilidad para provocar error en los socios (Res. DGRN de 2 de agosto de 1993).

1.2.4.2. El orden del día.

En relación con el orden del día debemos distinguir varios escenarios, a saber: en primer lugar, el caso en que los administradores convoquen la junta por su propia iniciativa, en que la redacción del orden del día es libérrima, excepto en el caso de la junta de cierre de ejercicio, en que uno de los puntos del orden del día debe ser, por exigirlo el art. 164, la aprobación de las cuentas, el informe de gestión y la aplicación del resultado; en segundo, la convocatoria a instancias de la minoría, en la que el art. 168 dispone que deberán incluirse *"necesariamente en el orden del día los asuntos que hubiesen sido objeto de solicitud";* y, finalmente, el complemento

de convocatoria en anónimas, en que el art. 172 faculta a los accionistas que representen, al menos, el cinco por ciento del capital, para solicitar que se publique un dicho complemento "incluyendo uno o más puntos en el orden del día".

Más recientemente se ha considerado que la imposibilidad de deducir de un orden del día expresado en términos generales el alcance y consecuencias de la creación de una página web, justifica el rechazo a la inscripción de los acuerdos adoptados (Resolución de 10 de octubre de 2012).

Sin abandonar el primer escenario, si la junta tiene por objeto una modificación estatutaria, el art. 287 exige que en la convocatoria se expresen, «con la debida claridad, los extremos que hayan de modificarse» (artículo 287 transcrito), lo que tiene por objeto, según la DGFPSJ (entre muchas, Resolución de 26 febrero de 2014), no sólo permitir a los socios asistentes o representados el ejercicio consciente y reflexivo del derecho de voto, con el asesoramiento e información que estimen oportuno recabar, para valorar su trascendencia, sino también el control por los ausentes de la legalidad de los acuerdos que se adopten y la impugnación de aquellos que no se correspondan con el orden del día de la convocatoria, derechos ambos de difícil ejercicio en caso de convocatorias ambiguas o indeterminadas (con cita de las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1965, 9 de julio y 17 de diciembre de 1966 y 24 de enero de 2008, así como la Resolución de 1 de diciembre de 1994, entre otras). El alcance de dicha exigencia reconoce el centro directivo, ha sido objeto de diversas interpretaciones sobre el sentido, tanto de la claridad exigible como de la precisión sobre los extremos sujetos a modificación, lo que ha dado lugar a un casuismo jurisprudencial muy ajustado al supuesto concreto. En este sentido, la Dirección General tiene declarado que la garantía adicional establecida en el mismo artículo 287, al exigir que en los anuncios se haga constar el derecho de todos los socios a examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y, en el caso de sociedades anónimas, del informe sobre la misma, así como el de pedir la entrega o envío gratuito de dichos documentos, se entenderá cumplida cuando la convocatoria contenga una referencia precisa a la modificación que se propone, sea a través de la indicación de los artículos estatutarios correspondientes, sea por referencia a la materia concreta sujeta a

modificación, sin necesidad de extenderse sobre el concreto alcance de dicha modificación, del que podrán los socios informarse a través de los citados procedimientos (Rr. de 18 de mayo de 2001 y 2 de junio de 2003).

El rigor se exacerba en aquellos casos en que como consecuencia de la modificación estatutaria propuesta pueda verse comprometida la posición jurídica del socio, supuesto en que la Dirección General ha exigido una mayor precisión en la convocatoria para evitar su adopción sin que los llamados tengan cabal conocimiento del alcance de los acuerdos respecto de los que son llamados a pronunciarse. Así lo ha exigido cuando como consecuencia de la reducción y aumento del capital propuestos pueden los socios perder su condición de tales (Resolución de 18 de mayo de 2001) o, por la pérdida de la condición laboral de la sociedad, van a ver alterados el conjunto de sus derechos y obligaciones (Resolución de 2 de junio de 2003) o del acuerdo a adoptar resulte la exclusión de un socio en sociedad de responsabilidad limitada (Resolución de 10 de octubre de 1995).

El Tribunal Supremo, por su parte, viene entendiendo, en los casos de aumento, que la debida claridad a que se refiere el precepto se ha de traducir, al menos, en la reseña de los extremos por modificar (sentencia de 24 de enero de 2008), bastando a estos efectos una referencia a los preceptos estatutarios implicados (sentencias de 9 de julio de 1966 y 30 de abril de 1988) , el enunciado de la materia y que se trataba de modificar los artículos relativos a ella (sentencias de 10 de enero de 1973 y 14 de junio de 1994).

En sentido opuesto, no se ha considerado suficiente un enunciado como el de «estudio de los Estatutos» cuando después se ha producido la modificación de diversos artículos no especificados (sentencia de 25 de marzo de 1988) o en la convocatoria no se fijaba el importe de la ampliación, ni se expresaba si podía hacerse por emisión de nuevas acciones o por elevación de valor de las existentes, ni preveía la delegación de facultades a los administradores (sentencia de 29 de diciembre de 1999). Aun faltando tales menciones, la SJM nº 4 de Madrid de 17 de febrero de 2014 entiende que la convocatoria es válida porque los defectos de contenido del orden del día (no indicaba más que la propuesta de aumento, sin

precisión de importe ni modalidad) fueron suplidos por el informe del consejo que se acompañaba a la convocatoria.

En relación la redacción del orden del día en una convocatoria de junta instada por la minoría, me permito la autocita a través de la SJM nº 1 de Oviedo de 24 de noviembre de 2011. Los administradores habían procedido a incluir los puntos solicitados, con alguna ligera variación de redactado, modificación que superó el grado de tolerancia de los socios solicitantes, que lo elevaron a causa de impugnación, que fue rechazada:

> "Concluido que la extemporaneidad de la Junta no afecta a su validez, abordemos la cuestión atinente a la forma en que ha de redactarse la convocatoria. Los demandantes denuncian que se ha mutilado su propuesta del orden del día, a lo que la sociedad demandada replica que únicamente se han suprimido los nombres personales, sin que ello merme la potencialidad de venir en conocimiento de los asuntos a tratar. GARRIGUES-URÍA (op. cit. p. 635) recogen la STS de 21-5-1965, que en relación con el primitivo art. 56, alumbra que "será innecesario transcribir los propios términos empleados en la solicitud y cuando razones de índole moral o de posible lesión al crédito social así lo aconsejen, deberá redactarse el orden del día de modo que, sin hacerse eco de lo que, en su literal expresión sea pertinente, se detalle la materia a tratar con el pormenor suficiente para que los socios, en relación con ella, puedan con conocimiento de causa y libertad no mermada por la ignorancia o la improvisación, utilizar en forma adecuada sus derechos de información y determinación, procediendo en otro caso, si se impugnase, la anulación de los acuerdos que se adopten." En similares términos se expresan URÍA, MENÉNDEZ, MUÑOZ PLANAS (op. cit. 120), afirmando que "la redacción concreta compete a los administradores", JUSTE MENCÍA ("el orden del día debe ser fiel reflejo de la propuesta de los socios de minoría: las variaciones sobre el sentido literal de la propuesta no podrán, en ningún caso, mermar la información a los accionistas sobre al asunto que vaya a ser tratado"; *Los derechos de Minoría en la Sociedad Anónima*, p. 223) o MORRAL SOLDEVILLA ("los administradores están obligados a incluir en el orden del día los *asuntos* propuestos pero no la *redacción* propuesta para tratar esos asuntos"; *Comentarios a la Ley de Sociedades anónimas*, II, p. 998, Tecnos). Por último, sentencia SÁNCHEZ CALERO (op. cit. p.135) que "se ha de tener en cuenta que – en el caso de enfrentamiento de la minoría con la mayoría- puede buscarse por aquélla desprestigiar a los administradores utilizando términos que prejuzguen una conducta ilícita de ellos o palabras innecesarias para la descripción del asunto a tratar en la junta, procurando la minoría el perjuicio de los administradores o de la mayoría, sugiriendo expresiones insultantes para describir los asuntos del orden del día (v. gr. "malversación de los fondos

sociales por los administradores", "informe de las querellas presentadas contra el presidente del consejo de administración", etc.)."

De la mera comparación entre la redacción propuesta y la efectivamente llevada a la convocatoria se observa que únicamente se han suprimido los nombres propios, por lo que, viniendo la solicitud de convocatoria de la minoría, en ningún caso pueda ésta alegar desconocimiento de los asuntos a tratar."

Si en la convocatoria a instancias de la minoría la ley, de forma expresa, exige la necesaria constancia en el orden del día de los asuntos que hubiesen sido objeto de solicitud, el art. 172, para el supuesto de complemento de convocatoria, parece darlo por supuesto, disponiendo tan solo el plazo en que deberá publicarse.

La Resolución de la DGRN de 31 de enero de 2018, ya citada, contiene un extenso desarrollo argumental que, por su utilidad, me permito reproducir:

"5. En relación con la conducta a seguir por los administradores en los supuestos en que exista un deber legal o estatutario de convocar junta o de adicionar puntos/asuntos en el orden del día de una junta convocada, no se puede hablar de «automatismo». Los administradores de la sociedad afectada por una solicitud de convocatoria o de complemento de convocatoria no solo pueden, sino que deben cumplir con su deber de convocar la junta, cualquiera que sea su fundamento (legal o estatutaria) vigilando que se cumpla el pleno respeto a la Ley y a los estatutos y procurando siempre la mejor defensa del interés social. A tal efecto, deben desempeñar un papel de «filtro» de la solicitud que consiste en cohonestar el deber de convocar con el deber de una defensa diligente del interés social. En sentido negativo, los administradores no quedan excusados en su actuación si se limitan a comprobar la legitimación del solicitante y el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley de tiempo y forma de la solicitud. Pueden incurrir en responsabilidad por el perjuicio causado cuando desempeñan indebidamente su labor de filtro. Tanto da que la junta general en cuestión sea una junta ordinaria o extraordinaria, que sea convocada por ellos mismos (aunque sea a requerimiento de persona obligada) o que sea convocada por el registrador en los casos en que proceda (en el bien entendido que incluso en este caso cabe el complemento de convocatoria en el marco del procedimiento de la convocatoria registral). Este «deber de filtro» de la solicitud en lo que hace al orden del día/asuntos objeto de la pretensión del legitimado y que pesa sobre los administradores de la sociedad afectada existe en todo caso, incluso en los supuestos menos evidentes como la convocatoria de junta ordinaria o la convocatoria de junta en las situaciones de acefalía en que la fijación del orden

del día parece obvia o no-problemática (respectivamente: el orden del día fijado en la ley para la ordinaria por el artículo 164.1 de la Ley de Sociedades Anónimas o la renovación de los cargos ex artículos 171 y 377 de la Ley de Sociedades de Capital). Piénsese que siempre cabe imaginar un uso abusivo o extralimitado del derecho por el socio minoritario o por el interesado. Con mucha más razón cuando el solicitante goza de arbitrio reconocido por la Ley de indicar los «asuntos a tratar» (cfr. artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital) o los puntos del orden del día a adicionar en la convocatoria (cfr. artículo 172.1 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 494 de la Ley de Sociedades de Capital para la sociedad anónima europea) o, incluso, de la inclusión de una nueva propuesta de acuerdo en junta de sociedad anónima cotizada y convocada (artículo 519 de la Ley de Sociedades de Capital). De lo arriba expuesto se sigue que los administradores pueden/deben oponerse a la inclusión de ciertos puntos en el orden del día cuando esa oposición es legítima o está justificada por coherencia con el deber de diligencia y respeto al interés social. El vigente artículo 2367 CCiv italiano habla de un «rifiuto di provvedere giustificato/ingiustificato». Puede también concederse lo solicitado, pero simultáneamente «modificando» o «corrigiendo» el orden del día propuesto. Es decir: sustituyendo el propuesto por otro «congruente» con la solicitud y más conforme con la Ley o el interés social. En todo caso, toda la doctrina y la práctica forense están conformes en que los administradores cumplen con la Ley cuando, aunque no respeten en su integridad el tenor literal de la propuesta, confeccionan un orden del día coherente o «congruente» con la solicitud practicada y aunque no se respete íntegramente la dicción literal del requerimiento. Tanto la doctrina comparada como la patria y la jurisprudencia recaída, reconocen un evidente margen de arbitrio de los administradores a la hora de la confección del orden del día solicitado por los socios. En este sentido, puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1965 que indica con toda claridad que «será innecesario transcribir los propios términos empleados en la solicitud y cuando razones de índole moral o de posible lesión al crédito social así lo aconsejen, deberá redactarse el orden del día de modo que sin hacerse eco de lo que, en su literal expresión, sea pertinente, se detalle la materia a tratar con el pormenor suficiente (…)[566]».

[566] La Dirección cita en su apoyo diversas resoluciones judiciales: *"La misma doctrina tiene sentado el Alto Tribunal a propósito del complemento de convocatoria de la junta en la famosa Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2012. Con razón se ha dicho que corresponde a los administradores un deber de revisar las solicitudes y defender una redacción ajustada al interés social. La cuestión resulta muy clara en el caso examinado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, de 8 de enero de 2014, en que los administradores, a petición de minoritario de inclusión de ciertos puntos en el orden del día, habían dado una redacción a la «convocatoria integrada» en la que, sin trascribir la solicitud, se consideraban «subsumidos» los puntos propuestos en los definitivamente redactados. En fin, en el auto de 7 de marzo de 2008 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao, que admitió la compatibilidad del derecho a pedir complemento de convocatoria con una convocatoria judicial de junta de anónima, admitió sin bagajes que quedaba mucho más claro un orden del día diferente del propuesto —un orden del día «integrado»— que el que resultaría de incluir puntos diferentes del orden del día contenido contradictorio."*

Estas exigencias relativas al orden del día aplican a la junta, pero no al consejo, según la STS de 20 de mayo de 2013:

> "Legalmente, el orden del día o la relación de temas a tratar, al contrario de lo que ocurre en la junta de socios (art. 46.4 LSRL), no constituye un requisito esencial para la validez de la convocatoria del consejo. Consecuentemente, en principio, la validez de la convocatoria no queda supeditada a la inclusión de los asuntos que forman el orden del día, de forma que pueden ser tratados todos los asuntos que el consejo considere oportunos. Este distinto tratamiento legal de la junta y del consejo se justifica por las peculiaridades de uno y otro órgano, y en concreto porque el dinamismo propio de la gestión empresarial exige agilidad en la toma de decisiones, lo que no es compatible con la exigencia del previo anuncio del orden del día de las reuniones con una antelación mínima. De este modo, aunque los estatutos prevean, como en este caso, que pueda existir un orden del día, sin llegar a imponerlo necesariamente, puede tratarse en cada sesión cualquier cuestión que el propio consejo, por mayoría, decida abordar.
>
> Cabría que, por la remisión contenida en el art. 57 LSRL, los estatutos previeran como exigencia ineludible la convocatoria de la sesión con un orden del día, bajo la sanción de ineficacia de los acuerdos adoptados sobre cuestiones no incluidas en dicho orden del día, pero este no es el caso. La previsión estatutaria tan sólo contempla la posibilidad de que se incluya un orden del día en la convocatoria, sin que éste constituya una exigencia necesaria para que se pueda discutir un asunto en la sesión y adoptar un acuerdo sobre el mismo"

Más recientemente, en el mismo sentido, la SAP de Madrid, sec. 28ª, de 24 de octubre de 2022:

> "[N]o podemos confundir las exigencias del orden del día en el caso de la junta general con el supuesto del consejo de administración. En este último no contempla previsión legal (arts. 245 a 247 LSC) y la distinta naturaleza y composición de ambos órganos dificulta la aplicación analógica del régimen de la junta general: mientras ésta constituye un órgano en el que sus miembros se encuentran alejados del día a día de la administración en la sociedad y por ello para que puedan cumplir sus funciones y no se lesionen derechos de los socios, la LSC exige que la convocatoria deba contener el correspondiente orden del día de los temas a tratar, de forma que los accionistas puedan previamente ejercer su derecho de información y concurrir plenamente documentados, el consejo de administración aparece como un órgano permanente en el que sus miembros deben tener un continúo conocimiento de la actividad de la sociedad y que por su propia naturaleza resuelve cuestiones de gestión y dirección cuya efectividad exige mayor agilidad."

1.2.4.3. El carácter de la junta.

La distinción entre juntas ordinarias y extraordinarias ha originado históricamente no pocos enredos. La ley clasifica las juntas en ordinarias y extraordinarias (art. 163), reservando aquella denominación para la que *«se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para, en su caso, aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver la aplicación del resultado»,* si bien precisa (desde la reforma operada por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, en el antiguo artículo 95 TRLSA) que *«[l]a junta general ordinaria será válida aunque haya sido convocada o se celebre fuera de plazo»* (artículo 164), originando su extemporaneidad, únicamente, una posible exigencia de responsabilidad al órgano de administración, como ya apuntaron en su día la STS, Sala 1.ª, de 11 de noviembre de 1968, y el Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas de 1979[567] cuando precisaba en el artículo 65 que «la junta general ordinaria celebrada fuera de los plazos establecidos será válida, respondiendo los administradores de los perjuicios causados por el retraso». Por exclusión, *«[t]oda junta que no sea la prevista en el artículo anterior tendrá la consideración de junta general extraordinaria»* (artículo 165).

La bipartición entre una y otra clase de juntas surgió en la práctica, como es sabido, para diferenciarlas por razón de su diversa competencia. Como revela su propia expresión calificadora, ordinarias serían aquellas juntas competentes para resolver los asuntos ordinarios en la marcha de la vida social, y, fundamentalmente, las cuentas sociales que cada año debían presentar los administradores, de ahí que se consideraran también como juntas de reunión periódica por el carácter anual de cada ejercicio social. En cambio, las extraordinarias serían competentes para tratar

[567] Este importante Anteproyecto fue elaborado por una Ponencia especial, dentro de la Comisión General de Codificación, nombrada por la OM de 21 de abril de 1978, que presidió el profesor GARRIGUES y de la que formaron parte los profesores SÁNCHEZ CALERO, BROSETA y A. BERCOVITZ. El artículo 65 citado en el texto reproducía en el párrafo primero el artículo 50 de la Ley de 1951 e, inspirándose en la Ley francesa, preveía en el párrafo segundo la posibilidad de que el plazo de seis meses fuera ampliado por el Juez del lugar del domicilio social a petición de los administradores o de la Dirección, antes del cumplimiento del mismo y existiendo causas justificadas para ello. Y en el párrafo tercero se disponía lo que se transcribe en el texto, que habla en plural de «plazos» porque la validez de las Juntas tardías se afirma tanto si se producen tras el plazo originario como tras el prorrogado.

asuntos excepcionales, de especial gravedad, como el aumento o la reducción del capital social, los cambios estructurales de la sociedad (fusión, transformación, escisión, etc.) y, en general, las modificaciones de los estatutos sociales. Eran juntas no periódicas, imprevisibles, que se reunían sólo cuando tenía lugar alguno de esos eventos.

Más tarde, al hacerse cargo los legisladores modernos de esta distinción acuñada por la práctica, arbitraron distintas disciplinas. En el Derecho alemán la *Aktiengesetz* no diferencia entre juntas ordinarias y extraordinarias, limitándose, de un lado, a denominar ordinaria a aquella que tiene como objeto aprobar las cuentas anuales y la gestión de los miembros de la Dirección y del Consejo de Vigilancia, y, de otro, a exigir una mayoría cualificada de capital para los acuerdos sociales más importantes (*vid.* §§ 174 y 175 en relación con los 118 y ss.). Esta solución del derecho germano es la seguida por el Estatuto de la sociedad anónima europea.

Los ordenamientos francés e italiano sí han consagrado la tradicional distinción antes apuntada y han servido de orientación a la Ley española. Así, en el primero, tal como resulta de la Ley de Sociedades Comerciales de 24 de julio de 1966 (refundida en el Código de Comercio, *vid.* ahora artículos L. 225-96, 225-97, 225-98 y 225-100 del mismo), la junta ordinaria debe convocarse, al igual que entre nosotros, dentro de los seis primeros meses siguientes al cierre del ejercicio social para aprobar las cuentas correspondientes, sin perjuicio de otras cuestiones sometidas a su deliberación, excepto la modificación de los estatutos sociales y el cambio de nacionalidad de la sociedad, que son competencia exclusiva de la Junta extraordinaria. Igualmente, en el derecho italiano (artículos 2364 y 2365 del Código Civil de 1942) la junta ordinaria debe reunirse periódicamente dentro de los cuatro meses siguientes al cierre del ejercicio social para aprobar las cuentas y la gestión de los administradores u otros asuntos que no sean las modificaciones estatutarias, la emisión de obligaciones y el nombramiento y determinación de los poderes de los liquidadores, que están reservados a la junta extraordinaria.

La distinción entre las juntas ordinarias y las extraordinarias varía en el Derecho suizo (artículo 699 del Código de las Obligaciones), pues en el mismo las primeras han de reunirse anualmente en los seis primeros meses siguientes al cierre

del ejercicio social para aprobar las cuentas, pudiendo extender su competencia a todo tipo de asuntos, con independencia de su importancia; mientras que las extraordinarias son las que pueden reunirse en cualquier momento que sea conveniente a los intereses sociales, sin que les esté reservada competencia exclusiva alguna.

En el Derecho patrio el Código de Comercio de 1885 no se refería con claridad al tema y, como señalan URÍA, MENÉNDEZ y MUÑOZ PLANAS[568], hubo que esperar hasta el Decreto-Ley de 7 de noviembre de 1947, que recogió el testigo del Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas del Instituto de Estudios Políticos de ese mismo año, para disponer de una disciplina legal suficientemente precisa. En su artículo 1 concebía la junta ordinaria como aquella que ha de ser convocada cuando lo dispongan los estatutos y necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio para aprobar las cuentas del ejercicio anterior, sin perjuicio de que pueda adoptar acuerdos sobre cualquier otro asunto que no esté reservado por la Ley o los estatutos a la decisión de la junta extraordinaria o de los administradores.

La Ley de 1951, inspirándose en el derecho suizo, suprimió con buen criterio esa última referencia a las juntas extraordinarias, herencia del derecho francés, limitándose a reseñar en su Preámbulo que la junta ordinaria «puede tomar eventualmente cualquier acuerdo sobre asuntos que no estén reservados por la Ley o por los estatutos a la administración de la sociedad».

Los textos relativos de la Ley de 1951 permanecieron prácticamente intactos en el TRLSA de 1989 (artículos 94, 95 y 96) y de ahí pasaron a la LSC vigente. Conforme al artículo 164 la junta ordinaria se caracteriza, en primer lugar, por la periodicidad de sus reuniones, ya que por imperativo legal («se reunirá necesariamente», reza el precepto) debe reunirse en los seis primeros meses del ejercicio social para aprobar las cuentas del anterior (sin perjuicio de que los estatutos prevean otras reuniones periódicas de la junta con el objeto que especifiquen), y, en segundo lugar, por la competencia exclusiva que la Ley les reserva para aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver

[568] URÍA, MENÉNDEZ, MUÑOZ PLANAS, *op. cit.,* p. 56.

sobre la aplicación del resultado; la extemporaneidad en la convocatoria o en la celebración de la junta ordinaria no afecta a su validez ni la convierte en extraordinaria. En cambio, toda junta que se celebre de manera esporádica por decisión de los administradores o a petición de socios que representen un cinco por ciento del capital social es extraordinaria.

Pero, salvo esa competencia reservada para la aprobación de las cuentas sociales que tiene la junta ordinaria, en todo lo demás ambas juntas, ordinaria y extraordinaria, pueden tratar de los mismos asuntos, cualesquiera que sean, pues «con excepción de la periodicidad de las ordinarias, no existe diferencia sustancial entre éstas y las extraordinarias ni en cuanto a los asuntos a tratar, ni, desde luego, en cuanto a garantías respecto a convocatoria y celebración[569]» (SSTS, Sala 1.ª, 31 de octubre de 1984 y 20 de abril de 1987).

De este modo, el régimen legal relativo a la constitución y convocatoria es común para unas y otras. La única diferencia que existe es la relativa a la convocatoria judicial prevista por el artículo 169, que diferencia en orden a la legitimación según se trate de la junta ordinaria o de las juntas previstas en los estatutos («a solicitud de cualquier socio», apartado 1.º) o de la extraordinaria (en que se requiere la minoría del artículo 168 en relación con el artículo 169.2).

Una aclaración adicional. El artículo 50 de la LSA de 1951 establecía que *«la Junta general ordinaria se reunirá cuando lo dispongan los Estatutos y necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para censurar la gestión social, aprobar en su caso las cuentas y balance del ejercicio anterior y resolver sobre la distribución de beneficios».* El artículo 95 TRLSA de 1989 y, con ligeros retoques, el actual artículo 164, suprimieron la mención a la previsión estatutaria. En este punto era más clara la redacción de la Ley de 1951 al permitir la reunión «cuando lo dispongan los Estatutos», lo que permitía deducir que, además de la convocatoria necesaria para la aprobación de cuentas, existía la posibilidad de celebrar nuevas juntas ordinarias con distinto contenido, lo que venía confirmado

[569] *Vid.* CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., "Las juntas generales y las juntas especiales en las sociedades anónimas. Comentario de la STS de 9 de diciembre de 2010", en Revista de Derecho Patrimonial, núm. 27, 2011-2, consultada en versión digital (BIB 2011\1273).

por la previsión del antiguo artículo 11.i), que contemplaba la exigencia de que en los estatutos constasen «los plazos y formas de convocar y constituir las Juntas de socios, tanto ordinarias como extraordinarias», siempre que hubiera previsión estatutaria al respecto, y así lo venía entendiendo la jurisprudencia[570]. La supresión del inciso relativo a la posibilidad de juntas ordinarias de carácter estatutario no debe interpretarse, sin embargo, como una decisión del legislador contraria a su existencia, sino como mera constatación de que era una mención superflua, pues resulta evidente, sin necesidad de que la ley lo diga expresamente, que en los estatutos se puede fijar con plena libertad (respetando siempre el plazo máximo legal para la junta de aprobación de cuentas anuales) el período de celebración de las juntas[571]. Cosa distinta es que sea útil o conveniente que los estatutos prevean la celebración de otras juntas ordinarias, ya que será frecuente que, en ocasiones, llegada la fecha prevista en los estatutos, los administradores no sepan qué asuntos llevar a la junta, pues puede suceder que no haya tenido lugar ningún acontecimiento que merezca la asamblea ni sea necesario la adopción de acuerdo alguno. De ahí, quizás, la supresión del inciso comentado, puesto que resulta más fácil que los administradores, cuando haya asuntos que requieran la celebración de una junta, la convoquen y celebren con el carácter de extraordinaria, con plena libertad y sin estar constreñidos por fechas concretas.

Admitida la eventualidad de una pluralidad de juntas ordinarias en un mismo ejercicio, y siendo evidente que sólo una de ellas podrá tener en el orden del día la aprobación de las cuentas anuales, aparece como automática la conclusión de que

---

[570] La STS, Sala 1.ª, de 4 de mayo de 1961, ya citada, se pronunció sobre esta cuestión en los siguientes términos, que no dejan lugar a dudas: *«a) que efectivamente el artículo 50 (hoy 95) no se opone a que la sociedad pueda celebrar varias Juntas Generales ordinarias en un solo ejercicio, o una como mínimo dentro de los seis primeros meses para censurar la gestión social, aprobar en su caso las cuentas y balance del ejercicio anterior y resolver sobre la distribución de beneficios, b) que para celebrar válidamente más de una Junta General ordinaria en un mismo ejercicio es requisito indispensable como parece deducirse del propio artículo 50 que hayan sido expresamente previstas por los Estatutos, de tal forma que si sólo se prevé una Junta General ordinaria en cada ejercicio esta Junta General ha de celebrarse dentro de los seis primeros meses del ejercicio social».*

[571] URÍA, MENÉNDEZ y MUÑOZ PLANAS, op. cit., p. 78: *«La supresión de esta última mención estatutaria (por referencia al antiguo artículo 11.i) por el nuevo precepto legal (artículo 8) y la desaparición en el precepto comentado (artículo 95) del inciso que contemplaba las juntas ordinarias impuestas por los estatutos, no autoriza para pensar que se haya querido excluir la posibilidad de que los estatutos exijan la reunión periódica de las juntas en los plazos y con el objeto que libremente establezcan. Sin una prohibición expresa, que no existe, dicha posibilidad es tan indubitada ahora, como lo era antes».*

las juntas ordinarias pueden tratar toda clase de asuntos sociales, sin necesidad de ceñirse a los previstos en el artículo 164.1.

En conclusión, en su configuración legal, la bipartición entre juntas generales ordinarias y extraordinarias no ofrece mayores problemas. Lo que ocurre es que en la práctica estatutaria es muy frecuente prever una distribución de competencias entre unas y otras juntas, respetando, naturalmente, la que es propia y exclusiva por imperativo legal de la junta ordinaria. Y es esta división estatutaria de competencias la que ha originado problemas por las dudas que a veces se plantean sobre si, en algún asunto concreto, la competencia corresponde a la junta ordinaria o a la extraordinaria; dudas que, en ocasiones, y en evitación de posibles impugnaciones, ha dado lugar a que la junta se convoque con el doble carácter de ordinaria y extraordinaria, lo cual es una práctica extraña, pero que no es ilegal, a juicio de nuestra mejor doctrina y de la jurisprudencia[572].

Estas prácticas anómalas derivadas de las previsiones estatutarias, con los problemas que suscitan, es lo que ha hecho pensar a un sector de nuestra doctrina más moderna si de *lege ferenda* no sería la mejor solución superar la bipartición entre unas y otras Juntas, que es más bien una secuela de tradiciones superadas, pero que actualmente no responde a exigencia positiva alguna. Sugerencia doctrinal que posteriormente fue recogida por nuestra Ley de sociedades de responsabilidad limitada de 1995, que prescindió de la distinción entre ambas clase de Juntas por considerarla —como dijo uno de los autores del Proyecto de Ley[573]— «inútil y perturbadora», opinión suscrita también por la doctrina posterior a la entrada en vigor de la ley citada[574]. También prescindió de esa distinción la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles (*vid.* Tít. VII, Libro I, artículos 77 y ss.).

---

[572] Vid. URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J.Mª. *op. cit.,* p. 94; y en la jurisprudencia, SSTS de 18 y 30 de octubre de 1985 comentadas por AREÁN LALÍN, M., «La distinción entre Juntas ordinarias y extraordinarias en la sociedad anónima», en La Ley, 1986-I, pp. 613 a 620.

[573] IGLESIAS PRADA, J.L., «El Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y la empresa familiar», Revista General de Derecho, 1994, p. 5423.

[574] ESTEBAN VELASCO, G., «Algunos aspectos relevantes de la regulación de la Junta General de socios en la nueva Ley de sociedades de responsabilidad limitada de 1995», en *Estudios de Derecho Mercantil homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*, Valladolid, 1998, Tomo I, p. 236.

Finalmente, esta es la orientación del Anteproyecto de Código Mercantil, que elimina toda referencia al carácter ordinario o extraordinario de la junta y únicamente habla de «junta general anual» para referirse a aquella que necesariamente haya de reunirse para resolver sobre la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y la aplicación del resultado.

Sentado lo anterior, la distinción entre juntas ordinarias y extraordinarias responde más bien a una inercia histórica y *«con excepción de la periodicidad de las ordinarias, no existe diferencia sustancial entre éstas y las extraordinarias ni en cuanto a los asuntos a tratar, ni, desde luego, en cuanto a garantías respecto a convocatoria y celebración»* (SSTS de 31 de octubre de 1984, 20 de abril de 1987 y 30 de abril de 1999[575]). Tan es así que la STS de 9 de diciembre de 2010, tras recordar que *(i)* por la identidad de órgano competente para convocar, la exigencia de los mismos requisitos en la convocatoria y la posibilidad de adoptar en junta ordinaria acuerdos extraordinarios *«no puede hacerse depender de una simple cuestión de denominación la eficacia de los acuerdos tomados», (ii)* la norma regula un solo tipo de junta reunida, eso sí, en sesión "ordinaria" o "extraordinaria", *(iii)* ni antes el artículo 97 TRLSA ni ahora el art. 174 LSC exigen que en la convocatoria de la junta se indique si la misma tiene carácter ordinario o extraordinario, censura «*la pretensión de las recurrentes de nulidad del acuerdo exclusivamente por razón de la errónea mención de que la junta tenía carácter ordinario, sin que se haya identificado interés legítimo alguno a tutelar, al no haberse alegado ni siquiera que la función publicitaria de la denominación típica haya introducido oscuridad alguna en la convocatoria o inducido a error sobre su contenido, ni que haya afectado a la seguridad del tráfico jurídico*», por lo que —concluye— *«deviene una exigencia formulista que debe ser desterrada, en tanto en cuanto nada más conduce a entorpecer el normal funcionamiento de la sociedad.* »

No obstante la declarada irrelevancia de la distinción, es posible hallar ejemplos, incluso de la propia Sala, en que en que sí ha sido relevante. La STS de 26

[575] *"[A]mbas clases de Juntas no presentan diferencias sustanciales entre ellas salvo la periodicidad de la convocatoria de las ordinarias y, por otro, que la distinción entre ambas clases de Juntas no impide que en las ordinarias se puedan tomar otros acuerdos (además de los que le son propiamente específicos —artículo 95 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas—), siempre que se den los «quorums» exigidos para la validez de los mismos (Sentencia de esta Sala de 18 de octubre de 1985)".*

de septiembre de 2001 anula una junta celebrada el 29 de junio de 1994, cuyo orden del día incluía el examen y aprobación conjunta de las cuentas anuales de los ejercicios 1992 y 1993, lo que el Alto Tribunal califica de "anomalía" por *«convocar una junta para aprobar las cuentas de un ejercicio social —el de 1992—, que debiera haber sido objeto de una junta coincidente cronológicamente con dicho ejercicio. Por ello dicha junta tenía que haber tenido el carácter de extraordinaria, puesto que las juntas ordinarias lo son para intervenir -en sentido amplio- las cuentas del ejercicio anterior y deben ser convocadas dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio. Y en el presente caso la referida junta de 29 de junio de 1994, se convocó para debatir las cuentas de un ejercicio terminado dieciocho meses antes.*»

En ocasiones, la irrelevancia de la distinción llega hasta el extremo de que, convocadas ambas por separado y sucesivamente, el juez considera "artificiosa" la división y anula los acuerdos de ambas, por más que el vicio afectara solo a la primera. Es el caso de la SJM nº 2 de Valencia de 20 de noviembre de 2014; el socio impugnante había cursado la solicitud —no atendida— de la presencia de notario y el juez anula por tal vicio los acuerdos de ambas, pese a la insistencia de la sociedad en que solo se había solicitado el fedatario público para la ordinaria, bajo el argumento de que *«debe considerarse que (…) la sociedad demandada no celebró dos juntas, sino una sola, por lo que la petición de la presencia notarial debe predicarse para todos los puntos del orden del día.»*

Tampoco es infrecuente el caso en que, convocada la junta y concurriendo a ella todo el capital, los socios decidan celebrarla como universal, generalmente a instancias del bloque mayoritario para suplir cualquier posible vicio en la convocatoria, lo que impide luego al disidente arrepentido impugnar los acuerdos por esa causa. Es el caso de SJM nº 13 de Madrid de 24 de febrero de 2023, en la que a la juez le *«llama la atención (…) que, siendo, en principio, válida la convocatoria de la junta general y su orden del día, que, pese a ello, los socios decidieran constituirse en junta universal, aprobando, como orden del día, el mismo que ya figuraba en la convocatoria previa, de ahí la confusión constante en la demanda sobre los requisitos que rigen para un tipo y otro de junta. Y este dato no es baladí pues, conforme al art. 173 de la LSC, la junta universal es aquella en la que no hay una convocatoria previa, sino que los socios deciden, de manera espontánea, constituirse en junta y aprobar el*

que será el orden del día. Por ello, no puede impugnarse una junta universal por vicio o defecto de convocatoria pues justamente, la misma se caracteriza por la ausencia de ésta.»

La doctrina correcta creemos que es la que se establece en la STS de 9 de diciembre de 2010: el mero error en la convocatoria al señalar el carácter ordinario de la junta cuando debía ser extraordinaria es del todo intrascendente y no puede afectar a su validez al no existir interés legítimo susceptible de tutela por dicha causa.

1.2.4.4. La junta de aprobación de cuentas (art. 272.2)

El art. 272.2 LSC impone al órgano de administración, para hacer posible el ejercicio de ese derecho de información en la junta de cierre de ejercicio, que haga constar en la convocatoria la mención de que, a partir de la misma, cualquier socio podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como en su caso, el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas.

La STS de 6 de octubre de 2014[576] (previa, como se deduce de su fecha, a la reforma de 2014) declara que «[e]*l error meramente formal de invocar los artículos de la derogada LSRL en lugar del actualmente vigente (272.2 LSC) ni es relevante, ni es invalidante ni supuso un impedimento al ejercicio del derecho efectivamente ejercitado de información, a que se refiere el art. 196 LSC, lo que ha sido debidamente acreditado en toda su extensión en la instancia, al serle entregados al socio todos los documentos que, según el precepto que debió ser mencionado, tenía derecho a exigir».*

En la SJM nº 13 de Madrid de 24 de febrero de 2023 el socio denunciaba infracción de dicho precepto, pues, en la convocatoria de la junta no se hizo constar

[576] *Vid.* comentario a la misma de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., en su blog, el 19 de diciembre de 2014, bajo el título "Acuerdos impugnables que no debían serlo: sobre una STS y sobre el artículo 204.3 LSC", disponible en https://jsanchezcalero.com/acuerdos-impugnables-que-no-debian-serlo-sobre-una-sts-y-sobre-el-articulo-204-3-lsc/, última consulta el 16 de abril de 2024.

el *lugar* donde los socios tenían a su disposición, de forma gratuita e inmediata, los documentos que iban a ser sometidos a su aprobación. Lo que aparecía en la convocatoria, literalmente, era lo siguiente: «En cumplimiento del artículo 272 de la ley de Sociedades de Capital que da a disposición de los socios, de forma inmediata y gratuita, todos los documentos que han de quedar sometidos a la aprobación de la misma». La juez, como hemos visto en el anterior epígrafe, consideró sanado el vicio por la aceptación de los socios a celebrar la junta como universal. No obstante, a efectos dialécticos, entiende que el vicio habría sido irrelevante:

> "Es más, aun aceptando como infracción, el hecho de no haber mencionado en la convocatoria que la documentación estaba a disposición de los socios en el domicilio social, la misma tampoco sería relevante conforme al art. 204.3 de la LSC, máxime cuando la actora era perfecta conocedora de cómo pedir esa documentación, tal como demuestra con la documentación que acompaña con su demanda, relativa a la junta de 10 de febrero de 2022. Por tanto, estaríamos ante un vicio o defecto irrelevante que comporta la imposibilidad de poder impugnar los acuerdos sociales por tal motivo, conforme al art. 204.3 de la LSC y la desestimación de la demanda en este punto."

No obstante, como la mención del art. 272.2 es instrumental del derecho de información, finalmente la sentencia acaba anulando el acuerdo porque, solicitada por el socio en la propia junta (nunca antes) la entrega de las cuentas, el administrador no se las facilitó.

Volviendo a la infracción del art. 272.2 como vicio estricto de convocatoria, si pese a omitirse las menciones que exige el precepto, el socio, conocedor de su derecho a la obtención gratuita de aquellos documentos, se dirige de forma espontánea a la sociedad para su obtención y efectivamente los obtiene, quedará sanado el defecto y, al tiempo, la posible infracción del derecho de información.

1.2.4.5. La convocatoria de junta híbrida y telemática.

En el caso de junta híbrida, presencial y telemática, el art. 182 exige que en la convocatoria se describan *"los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los socios previstos por los administradores para permitir el adecuado desarrollo de la*

junta". De forma similar, aunque no coincidente, se expresa el art. 182 bis para la junta exclusivamente telemática, imponiendo que el anuncio informe de *"los trámites y procedimientos que habrán de seguirse para el registro y formación de la lista de asistentes, para el ejercicio por estos de sus derechos y para el adecuado reflejo en el acta del desarrollo de la junta".*

En ambos casos, la omisión de esos contenidos imperativos será "relevante" y, por ende, causa de nulidad de los acuerdos. Si la convocatoria contiene esas menciones pero el contenido es defectuoso o incompleto, solo será causa de nulidad si el vicio es impeditivo del ejercicio de los derechos de los socios.

1.2.5. El plazo.

Dentro del *plazo*, la ley se cuida de advertir que la salvedad solo comprende el "previo" a la convocatoria, esto es, el que ha de mediar entre la convocatoria y la efectiva celebración (art. 176), quince días para limitadas y un mes para anónimas, salvo que los estatutos hayan dispuesto un plazo superior. Distinto es el supuesto en que la junta de aprobación de cuentas se convoque o efectivamente se celebre fuera del plazo de los seis primeros meses del ejercicio siguiente, infracción que el art. 164.2 excluye indirectamente como motivo de impugnabilidad al proclamar de forma expresa su validez.

1.3. LA INFRACCIÓN DE REGLAS DE CONSTITUCIÓN.

La infracción de las reglas de constitución del órgano será o no impugnable en función de que sean o no "esenciales". Por reglas de constitución, a mi criterio, debemos entender las afectantes a:

(i) Lugar de celebración (art. 175);
(ii) Asistencia de los administradores (art. 180);
(iii) Junta universal (art. 178);
(iv) Constitución de la mesa (art. 191)

(v) Formación de la lista de asistentes (192); y

(vi) *Quorum* de constitución (arts. 193 y 194).

Las infracciones de estas normas legales (o las estatutarias o reglamentarias dictadas en su sustitución, complemento o desarrollo) solo serán causa de impugnación cuando la norma (no la infracción) sea "esencial", adjetivación que el legislador ha abandonado por entero al juicio discrecional del órgano judicial, sin facilitar ningún criterio orientativo más allá del previsto en la letra c) del art. 204.3, según el cual es inane la participación en la junta de personas no legitimadas cuando no hubiera sido determinante para la constitución del órgano. Como en las infracciones relativas a la forma y plazo de convocatoria, las resoluciones judiciales y administrativas conforman un acervo de indiscutible valor para tratar de llenar el concepto.

1.3.1. Lugar de celebración.

El art. 175 dispone que *"[s]alvo disposición contraria de los estatutos, la junta general se celebrará en el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio. Si en la convocatoria no figurase el lugar de celebración, se entenderá que la junta ha sido convocada para su celebración en el domicilio social".*

El Tribunal Supremo había venido declarando la nulidad cuando la junta se celebra en localidad distinta al domicilio social (Ss. de 25 de noviembre de 1967, 23 de noviembre de 1970 y 25 de abril de 1978), aunque sea próxima a éste y en el mismo ámbito provincial (s. de 28 de marzo de 1989), salvo que la junta tenga carácter de universal (ss. de 13 de octubre de 1961 de 17 de diciembre de 1997), sin que la enfermedad de uno de los socios pueda considerarse fuerza mayor enervante de tal obligación (Res. DGRN de 20 de noviembre de 2012). También es motivo de nulidad la celebración en un domicilio social aún no registrado (s. 15 de julio de 1988). Será válida la junta, por el contrario, si se inicia en el el término municipal donde radica el domicilio social, aunque se mude después (Res. de 2 de octubre de 2003).

En el ámbito de las Audiencias Provinciales, la SAP de Murcia de 25 de marzo de 2002, de cita recurrente, declara válida la junta fuera del domicilio social si en la convocatoria se hizo constar esa incidencia sin que los socios formularan protesta. En similar sentido, la SAP de Vizcaya, sec. 4ª, de 11 de mayo de 2023: la sociedad tenía su domicilio social en Getxo, pero desde su constitución todas las juntas se habían celebrado en Bilbao, sin protesta; y lo mismo sucedió en la litigiosa, en la que en la convocatoria ya se especificaba el lugar y el impugnante asistió *"sin formular protesta o reserva alguna (…) participando y ejercitando su derecho de voto".*

La SAP de Valencia, sec. 9ª, de 13 de octubre de 2021 rechaza una petición de nulidad porque la alternativa propuesta por los impugnantes tampoco era la registral:

> "Entendemos que la impugnación estaría justificada si los demandantes hubieran exigido desde el primer momento que se celebrara la reunión en la localidad del domicilio social conforme a lo establecido en la norma, pero no tanto cuando se cuestiona la propuesta adversa para proponer otra - igualmente fuera de norma - pero más conveniente a su estrategia. "

1.3.2. Asistencia de los administradores.

Los administradores, a tenor del art. 180, *"deberán asistir a las juntas generales".* No obstante, la falta de asistencia de los administradores no vicia la junta por defectos formales, sin perjuicio de que puede tener incidencia en otros motivos de impugnación si su falta impide que pueda evacuarse el derecho de información (STS de 19 de abril de 2016, SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 22 de julio de 2022).

1.3.3. La junta universal.

El art. 178, en su primer apartado, prescribe que *"[l]a junta general quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto, sin necesidad de previa convocatoria, siempre que esté presente o representada la totalidad del capital social y los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión".* Esta disposición se complementa con el art. 97.1.3.ª RRM, que exige la constancia en acta

"si se tratase de Junta o Asamblea universal (de) los puntos aceptados como orden del día de la sesión".

En relación a la junta universal, la falta de alguno de los requisitos para que pueda considerarse tal son siempre relevantes, hasta el punto, como ya vimos, de que da lugar a supuestos de inexistencia, atentatorios del orden público.

1.3.4. Mesa y lista de asistentes.

Salvo disposición en contrario de los estatutos, el presidente y el secretario de la junta serán los del consejo de administración y, en su defecto, los designados por los socios concurrentes al comienzo de la reunión (art. 191). La falta de asistencia del presidente y el secretario a la junta es motivo de nulidad (STS de 19 de octubre de 2000), no así la del secretario (SSAAPP de Barcelona de 8 de julio de 1994, Jaén, sec. 2ª, de 27 de junio de 2001 y Res. DGRN de 3 de enero de 2004). Ya tras la Ley 31/2014, la SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 10 de mayo de 2022 juzga irrelevante la infracción en un supuesto en que, habiendo renunciado el presidente del consejo a presidir la junta, asumió el cargo un letrado presente, puesto que *"se respetaron los derechos de participación, información y voto de los asistentes (y) se pudo formar correctamente la voluntad social conforme a las mayorías legalmente establecidas".* En sentido opuesto, declarando la nulidad por presidir un tercero ajeno a la sociedad, SSAP de Navarra, sec. 2ª, de 9 de febrero y 30 de abril de 2002, salvo que ese tercero sea el administrador concursal (STS de 24 de abril de 2012). Por no hacerse denunciado el vicio al inicio de la junta, se rechaza la nulidad en la SAP de Madrid, sec. 28ª, de 13 de enero de 2023, aplicando, aun sin citarlo, el art. 206.5.

Conforme al art. 192.1, antes de entrar en el orden del día se formará la lista de los asistentes, que, en las sociedades de responsabilidad limitada, se incluirá necesariamente en el acta (ap. 3). La omisión de la lista de asistentes en el acta, siempre que se demuestre que haya existido (STS de 31 de octubre de 1984), no es vicio esencial (s. de 17 de abril de 2009), dada la relativa relevancia de esta exigencia, reconocida, entre otras, por las SSTS de 8 de mayo de 1962, 17 de febrero de 1992, 14 de marzo de 1998, 9 de febrero de 2007 y 26 de julio de 2009, *ex multis*.

Otra cosa es la *lista defectuosa*. En tal caso, la STS de 17 de abril de 2009 dispuso que es *"doctrina jurisprudencial que la constancia imperfecta, desde el punto de vista formal, en el Acta de la Junta General de una Sociedad Anónima, de la lista de asistentes, no determina por sí misma la nulidad de la Junta, siempre que se recojan los extremos que señala el artículo 111.2 LSA , y que pueda acreditarse que se formó la lista, verificando el oportuno control de asistencia, salvo que tal imperfección haya conducido a la imprecisión sobre el quórum o sobre la legitimación de los asistentes, o a otras consecuencias lesivas para el interés social o los derechos de los demás socios que el Tribunal valorará en cada caso".* Por ello, la SAP de Madrid, sec. 28ª, de 16 de junio de 2017 estima relevantes los defectos porque impiden conocer quien asistió y si la representación de los socios era o no correcta.

Por último, no debe confundirse el defecto en la lista de asistentes con la negativa indebida —que la lista refleja correctamente— a dejar participar a quien tenía derecho a hacerlo, que es siempre causa de nulidad del acuerdo[577].

1.4. LAS INFRACCIONES RELATIVAS A LAS MAYORÍAS.

Finalmente, son impugnables los acuerdos adoptados con infracción de las "mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos". Si existe infracción, es

[577] La Audiencia Provincial de Madrid, en sentencias de 30 de abril de 2009 y 15 de febrero de 2013, insiste en que la formación de la lista de asistentes ha de realizarse con suma prudencia: *"debe realizarse una labor de ponderación en el caso concreto, que en un inicio debe acometerse por el presidente de la junta y a posteriori, si hubiere lugar a ello, por el juez, entre la necesidad de asegurarse de que solo asiste a la junta quien deba hacerlo y, a un tiempo, la de salvaguardar el derecho del socio a participar en ella. Esa tarea debe realizarse con prudencia y buen sentido, pues el trámite de formalización de la lista de asistentes (artículo 111 del TR de la LSA) no ha de servir como instrumento para perjudicar, sin razón suficiente, el derecho de un socio a participar en juntas donde se ventilen asuntos tan trascendentes como el examen de las cuentas del ejercicio precedente, el posible reparto de beneficios o la posibilidad de censurar la gestión social. Porque puede ocurrir que, a la hora de constituir una junta, se adopten simplemente decisiones desacertadas que quebranten de modo injustificado derechos del socio o incluso que se predisponga un escenario para, al amparo de una legalidad formal, vulnerar dichos derechos, actuando de un modo que, en determinadas circunstancias, pueda estimarse abusivo o inadmisible. Bastaría, no obstante, para justificar la declaración de nulidad, con que lo ocurrido revelase, cuando menos, desde un punto de vista objetivo, un patente desacierto en la actuación de los responsables de la entidad demandada que hubiese producido al socio impugnante un quebranto en sus derechos que no estuviese suficientemente justificado."*

indiferente el elemento intencional o la causa que la motive, de modo que bajo este subtipo se incluirá tanto la privación ilegítima del derecho de voto como el error en la determinación de la mayoría exigible en función de la naturaleza del acuerdo o en el recuento de votos, por omitirse alguno válidamente emitido o atribuírsele un sentido distinto del expresado por el socio.

Queda a salvo el caso en que el voto inválido o el error de cómputo no hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible, para lo que nos remitimos a lo dispuesto en el epígrafe 4 de este capítulo.

2. EL DERECHO DE INFORMACIÓN.

El segundo supuesto de no impugnabilidad afecta al derecho de información. Si el TRLSA de 1989 puso fin, transitoriamente, al régimen disímil de anónimas y limitadas, haciendo coincidir milimétricamente el tenor del art. 112 LSA y el art. 51 LSRL, la Ley 26/2003 retomó el tratamiento diferenciado que hoy conservamos, con el art. 196 consagrado a las limitadas y el art. 197 a las anónimas.

El art. 204.3 b), norma troncal aplicable a ambos tipos sociales, dispone que no procederá la impugnación de acuerdos basada en:

> "La incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta, salvo que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación."

Este precepto se completa con la dicción del art. 197.5, también afectado por la Ley 31/2014, que, para el supuesto de ejercicio del derecho durante la junta, prescribe que:

> "5. La vulneración del derecho de información previsto en el apartado 2 solo facultará al accionista para exigir el cumplimiento de la obligación de

información y los daños y perjuicios que se le hayan podido causar, pero no será causa de impugnación de la junta general."

Literalmente interpretadas ambas normas, la infracción del derecho de información como causa de impugnación queda reducida, en anónimas, a la infracción *previa* (elemento temporal) a la junta cuando la información incorrecta o no facilitada hubiera sido *esencial* (elemento objetivo) para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación. De faltar el elemento temporal y/o el objetivo, el acuerdo deviene inimpugnable.

En limitadas, la falta de una previsión análoga a la del art. 197.5 ha suscitado la polémica[578], aún no resuelta jurisprudencialmente[579], sobre si resulta aplicable analógicamente o, por el contrario, concurren en ese tipo social características peculiares que aconsejen reconocer al socio una tutela impugnatoria más amplia. Es conocido el criterio que sobre el particular viene manteniendo la Audiencia Provincial de Madrid desde las sentencias de 1 de febrero y 12 de abril de 2019, en el sentido de mantener la plena efectividad impugnatoria del derecho de información ejercitado verbalmente durante la junta, cuando se trata de

[578] En la doctrina parece predominante la tesis de que el art. 197.5 limita su aplicación a las anónimas, sin posible extensión a las limitadas. QUIJANO GONZÁLEZ, J. "La reforma…", p. 96; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., "Nuevas causas de impugnabilidad: defectos informativos (arts. 197.5 y 204.3.b. LSC)", en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, AA.VV., Rodríguez Artigas, F., Farrando Miguel, I. y Tena Arregui, R. (Dirs.), Academia Matritense del Notariado, Madrid, 2015, pp. 251 y 252; ALONSO ESPINOSA, F.J., "El derecho de información del accionista ejercitado verbalmente durante la junta tras la Ley 31/2014 (anotaciones al art. 197.5 LSC)", en *Junta General y consejo de administración en la sociedad cotizada*, AA.VV., Fernando Rodríguez Artigas, Luis Fernández de la Gándara, Jesús Quijano González, Alberto Alonso Ureba, Luis Antonio Velasco San Pedro y Gaudencio Esteban Velasco (Dirs.), edit. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, edición consultada en Proview®, RB-5.5; FARRANDO MIGUEL, I., "Los déficits informativos como causa de impugnación de los acuerdos sociales [arts. 197.5 y 204.3.b) LSC], Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad Cotizada, AAVV, T. I, edit. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur menor, 2016, consulta en formato Proview®, RB-12.2; RECALDE CASTELLS, A., "Artículo 197", *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, edit. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, edición Proview, parágrafo [15]; BENAVIDES VELASCO, P., "El derecho de información de los socios en las sociedades de capital", en Revista de Derecho Mercantil, núm. 302, 2016, p. 241.

[579] A la espera de que el Tribunal Supremo se pronuncie, la Audiencia Provincial de Madrid niega la aplicación analógica que defienden, por ejemplo, las SSAAPP de Asturias, sec. 1ª, de 11 de noviembre de 2016, Murcia, sec. 4ª, de 22 de marzo de 2018, Baleares, sec. 5ª, de 22 de abril de 2018 o Valencia, sec. 9ª, de 20 de mayo de 2019.

sociedades de responsabilidad limitada, no de anónimas (sentencia de 5 de marzo de 2021), con base en los siguientes argumentos:

> "Este tribunal considera, sin embargo, que el artículo 197.5 del TRLSC (que establece que la vulneración del derecho de información ejercitado en el transcurso de la junta general no será causa de impugnación de ésta) es una norma prevista, tan sólo, para las sociedades anónimas. Su extensión por analogía a las sociedades de responsabilidad limitada, como propone la parte apelada, no resulta procedente, por las siguientes razones:
>
> 1º) el legislador ha regulado por separado en el Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (aprobado por RDL 1/2010, de 2 de julio) el régimen material del derecho de información en cada tipo de sociedad, el de las limitadas (SL) en el artículo 196 y el de las anónimas (SA) en el artículo 197 y sólo decidió modificar el de éstas y no el de aquellas, que permaneció incólume, con ocasión de la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre;
>
> 2º) cuando el legislador ha querido unificar para ambos tipos sociales el tratamiento restrictivo del derecho de información del socio como posible justificación para la acción de impugnación de acuerdos sociales, lo ha hecho de modo explícito a raíz de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre (así ocurre con el derecho de información previo a la junta en el artículo 204.3.b del TRLSC, donde restringe la posibilidad de impugnación a los casos en los que la información fuera de carácter esencial o determinante de la infracción para el ejercicio de los derechos del socio); no lo ha hecho, sin embargo, en lo que atañe al derecho de información durante el transcurso de la junta, donde, tras la mencionada reforma, solo se prevé la regla restrictiva en sede de sociedades anónimas (art. 197 TRLSC), pero no para las de responsabilidad limitada (art. 196 TRLSC), lo que lleva a pensar en un designio determinado del legislador y que no existe, en realidad, laguna alguna que llenar, por analogía, para esta otra clase de entidades mercantiles;
>
> 3º) además, puesto que el art. 197.5 del TRLSC se trata de una norma restrictiva de los derechos del socio (en concreto, el de impugnar los acuerdos sociales - art. 93.c del TRLSC), su aplicación de modo extensivo a otro tipo de sociedad distinto del previsto por el legislador no es, tal vez, la solución jurídicamente más correcta;
>
> y 4º) la existencia de identidad de razón, exigida por el artículo 4 del C. Civil , es bastante opinable, pues la restricción que puede tener sentido para garantizar el funcionamiento más fluido de una entidad de gran tamaño, como aspira a serlo la sociedad anónima, puede no ser la más adecuada en entidades que respondan a otro modelo, más reducido y a menudo de carácter cerrado, donde la jurisprudencia tradicional (sentencia de la Sala 1ª del TS 986/2011, de 16 de enero de 2012, a propósito de las sociedades mercantiles cerradas) ha insistido en que se debería permitir una adecuada y más profunda fiscalización por los socios de la gestión social".

En mi opinión, es difícilmente defendible que, en las sociedades no cotizadas que de ordinario encontramos en la litigación —de común tan cerradas unas como otras al margen del tipo social elegido[580]— puedan mantenerse regímenes diferenciados de impugnación. Pero lo cierto es que el legislador así lo ha dispuesto; y, si bien podemos especular con que al tiempo de la Ley 31/2014 no actuara con plena conciencia[581] de la dualidad que instituía, hoy en día, habiendo tenido oportunidades repetidas de modificar el art. 196 sin haberlo hecho, sostener la concepción unitaria no puede pasar de una propuesta de *lege ferenda*.

Esclavos, en suma, de la letra de la ley, en sociedades limitadas la impugnación por infracción del derecho de información no está sujeta al límite temporal, pero sí en todo caso al objetivo, de modo que ya el ejercicio sea previo, ya coetáneo a la junta, solo será dable la impugnación cuando *"la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación."* Conviene tener presente que, como establece la STS de 19 de septiembre 2013[582], *"para que se satisfaga el derecho de información no es necesario*

[580] Esta afirmación excede de una mera opinión personal. La STS de 30 de noviembre de 2011, en relación a una sociedad que *"no cotiza (…) y, pese a su estructura de sociedad capitalista formalmente abierta, en la realidad tiene características de sociedad de carácter cerrado —escaso número de socios (9) en la que uno de ellos tiene un 49,769% con las consiguientes dificultades reales del socio minoritario para desinvertir—",* afirma que ello *"exige potenciar su transparencia y el control por la minoría de la actuación de los administradores".* Expresivo en el título de su trabajo y en el contenido, *vid.* GUASCH MARTORELL, R., "La difícil comprensibilidad y justificación de la regulación dualista del derecho de información del socio en las sociedades de capital no cotizadas", Revista de Derecho Mercantil, núm. 315, enero-marzo 2020, pp. 83 a 116, especialmente pp. 103 y 104

[581] RECALDE CASTELLS, A., "Artículo 197", parágrafo [15], se atreve a aventurar que *"[n]o parece, sin embargo, que este cambio responda a una decisión consciente del legislador."* Más tarde, en "La impugnación de acuerdos por violación del Derecho de Información ejercido durante la junta en la sociedad de responsabilidad limitada", en Homenaje al profesor José María de Eizaguirre, Emparanza Sobejano, A., Martín Osante, J. M. y Zurimendi Isla, A. (dirs)., Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2020, p. 395 y n. 18, reitera esta "hipótesis intuitiva", aunque ofrece (pp. 397 y ss) sólidas razones *"sistemáticas"* (menor plazo entre convocatoria y junta en limitadas que trata de compensar ampliando el juego del derecho de información durante la junta, tanto en cuanto a su ejercicio, cuando a las posibilidades de tutela impugnatoria) y *"fundamentalmente (…) de fondo"* (por no concurrir en las limitadas los problemas que, presentes en cotizadas, fueron la causa justificativa de la reforma de 2014) que justifican el tratamiento disímil entre anónimas y limitadas.

[582] Sobre esta sentencia, *vid.* MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P., "El derecho de información del accionista de una sociedad anónima de carácter familiar: A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de septiembre de 2013", en Revista de Derecho Mercantil, núm. 291, 2014, pp. 621 a 638; y GARROTE CRESPO, P., "Derecho de información: aplicación y desarrollo por parte de las Audiencias Provinciales de la jurisprudencia de la STS 531/2013, de 19 de septiembre", en La Ley Mercantil, núm. 8, 2014, pp. 30 a 35.

que el socio quede convencido por la información que se le facilite, basta que se le informe razonablemente sobre los extremos interesados, lo que no es incompatible con la concisión o brevedad, y que la información no sea objetivamente falsa o sustancialmente inexacta o incompleta".

Los filtros elegidos por el legislador para definir el elemento objetivo, son, de suyo, tan marcadamente subjetivos, que solo es posible aprehenderlos a través de un examen meramente casuístico de resoluciones judiciales. Considero, no obstante, que ese recorrido jurisprudencial debe ir precedido de unas consideraciones generales del derecho de información, que, unas veces implícitas en las sentencias, otras explícitas, están presentes, siempre, en el subconsciente judicial.

2.1. MODALIDADES Y CARACTERÍSTICAS BÁSICAS.

El art. 93 d) TRLSC, como antes hiciera el art. 48.2.d) TRLSA de 1989, recoge el derecho de información en el catálogo de mínimos de derechos del socio. Reitero que no es mi propósito efectuar un recorrido lineal y sistemático del derecho de información, sino solo en aquello estrictamente imprescindible para el objeto de nuestro estudio.

Como punto de partida de ese recorrido nos parece oportuno recordar algunos de los pasajes de la STS de 16 de enero de 2019, que nos van a permitir centrar lo que luego, con mayor profusión, será el objeto de nuestra exposición:

> "1.- Con carácter general, la información en las sociedades de capital puede contemplarse en dos aspectos: (i) el que exige a las sociedades la obligación de hacer públicos determinados documentos y hechos que son relevantes para los socios y para los terceros, y entregar a los socios determinados documentos sin necesidad de que estos lo soliciten; (ii) el que otorga al socio el derecho individual a pedir a los administradores cierta información, como un mecanismo para adoptar decisiones relevantes en defensa de sus intereses particulares y controlar la gestión de los administradores sociales.
>
> Los intereses protegidos en uno y otro aspecto no son necesariamente coincidentes, y las consecuencias del incumplimiento del régimen legal por parte de la sociedad son diferentes. Aunque también se observa una cierta

correlación entre uno y otro aspecto de la información, pues cuanto más detallada sea la información que debe publicar la sociedad y cuantos más instrumentos de acceso a la información social se prevean (derecho a la entrega de documentos, publicación en la web de la sociedad, acceso a la información depositada en el Registro mercantil o en los registros de la CNMV), el ámbito de ejercicio del derecho individual del socio se reduce, pues carece de sentido que se extienda a datos que la sociedad haya publicado o le haya entregado.

2.- La sentencia 608/2014, de 12 de noviembre, resume la jurisprudencia en la materia, que había rechazado la concepción restrictiva del derecho de información del socio de la sociedad anónima, pervivencia de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951. Resalta que la LSC considera el derecho de información como inherente a la condición de accionista (art. 93.d LSC) y lo reconoce como "mínimo" en el estatuto del accionista de una sociedad anónima. Es inderogable, pues no puede ser eliminado por acuerdo de la junta o del órgano de administración, e irrenunciable, sin perjuicio de que el accionista sea libre de ejercitarlo o no en cada caso, según su conveniencia.

Antes de la reforma llevada a cabo por la Ley 31/2014, la LSC configuraba el derecho de información como un derecho autónomo sin perjuicio de que pudiera cumplir una finalidad instrumental del derecho de voto. Servía también para controlar el cumplimiento por los administradores de sus deberes de diligente administración, fidelidad y lealtad, de ahí que pudiera considerarse también instrumental respecto de la exigencia de responsabilidad a los administradores sociales (sentencia 746/2012, de 13 de diciembre). Se entendía que ello justificaba la previsión legal de que en ciertos casos la información pueda suministrarse por escrito tras la junta (art. 197.2 TRLSC), cuando ya no tiene ninguna función instrumental respecto del derecho de voto, o que la tengan también socios sin derecho al voto o que no piensen ejercitarlo.

3.- Pero junto a este concepto amplio del derecho individual de información del socio, también hemos declarado que no es ilimitado y, aparte de estar condicionado al cumplimiento de determinados requisitos (relación directa y estrecha con el orden del día, petición en el momento adecuado, etc.), está sujeto al límite genérico o inmanente de su ejercicio de forma no abusiva, objetiva y subjetivamente. Lo que debe examinarse de forma casuística en función de múltiples parámetros, entre otros, las características de la sociedad y la distribución de su capital, volumen y forma de la información solicitada.

Entre tales circunstancias a tener en cuenta, destaca que el socio desempeñe o haya desempeñado funciones de administración durante el periodo al que se contrae la solicitud de información, puesto que en tal caso habrá tenido mayor posibilidad y facilidad de acceso a los asuntos sociales, habida cuenta que para el administrador social la obtención de información no es un derecho, sino un deber (art. 225 LSC)."

Por su forma de expresión, es posible distinguir varias manifestaciones del derecho que analizamos:

(a) El derecho de información que podríamos denominar general (arts. 196 y 197), con las especialidades previstas para cotizadas (arts. 520 y ss.).

(b) A ese derecho genérico *"se superpone, sin confundirse ni ser sustituido"* (STS de 23 de noviembre de 2010) el derecho de obtención documental de las cuentas anuales, el informe de gestión y, en su caso, el informe del auditor, todo ello en relación con la junta de aprobación de cuentas (art. 272.2);

(c) El derecho de examen, en limitadas, de los documentos que sirvan de soporte y antecedente de las cuentas anuales (art. 272.3).

Cada una de estas expresiones del derecho de información tiene sus propias especificidades. Por lo que respecta al derecho de impugnación, la principal es que las restricciones del art. 204.3.b) solo operan para el ejercicio del derecho de información de los arts. 196 y 197; cuando el derecho infringido es el recogido en el art. 272. 2 ó 3 la impugnación siempre es posible[583].

El derecho de información, tanto en su formulación general (arts. 196 y 197) como en la especial del art. 272.2, viene siendo considerando como un derecho:

(i) *Mínimo*, en cuanto integrante del núcleo de derechos que el artículo 93 reconoce a todo socio "como mínimo".

[583] La SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 27 de septiembre de 2022 señala que *"en este caso ni siquiera es preciso el examen de la relevancia (…) El socio medio tiene derecho a poderse enfrentar a la votación del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales con conocimiento de las cuentas que se aprueban (art. 272.1 LSC) y también con la posibilidad de haber accedido a los documentos contables que le sirven de apoyo y la violación de cualquiera de esos derechos determina la nulidad de los acuerdos, al menos como regla general".* Solo una precisión hemos de hacerle a la Audiencia: si hay violación del art. 272.2 y/o 272.3 no solo no opera la regla de la relevancia, sino tampoco el estándar del socio medio.

(ii) *Irrenunciable* por acto propio (art. 6.2 del Código Civil) e *inderogable*[584] por el ajeno. El Tribunal Supremo, en una primera sentencia de 8 de noviembre de 2007, ya afirmó que constituye un derecho: "*de naturaleza pública y, por tanto, de carácter imperativo, que no es dable ser modificado o excluido por pactos particulares y, además, de cumplimiento inexcusable para el órgano ejecutivo de la sociedad* anónima". Con ocasión de la sentencia de 12 de noviembre de 2014[585] ha hecho expresión de una fórmula más extensa y

[584] El carácter irrenunciable, como es obvio, se refiere a la renuncia indiscriminada al ejercicio futuro del derecho, pero nada impide que, en cada caso y en función de su conveniencia o intereses, el socio abdique con carácter particular de su ejercicio. Así lo aclara, por si fuera preciso, la STS de 5 de octubre de 2021: *"inderogable (no puede ser eliminado por acuerdo de la junta o del órgano de administración) e irrenunciable, sin perjuicio de que el socio sea libre de ejercitarlo o no en cada caso, según su conveniencia".*

[585] Esta sentencia, conocida en el tráfico por ser una más de la saga IBERDROLA-ACS, resuelve, estimándola, una demanda de impugnación de acuerdos adoptados por una junta general ordinaria de accionistas de Iberdrola del año 2011 en que se aprobaron, entre otros, acuerdos relativos a la redacción de los estatutos y el reglamento de la junta general.

En dichos preceptos se introducían modificaciones que, al criterio del impugnante RMC, por la amplitud e inconcreción de los términos empleados, dejaban el derecho de información del socio a la decisión graciosa y discrecional de los administradores, al sustituir los criterios legales (ya de la LSC, perjuicio al interés social, ya del CC, abuso de derecho) que permiten la denegación de información al socio por otros de mera oportunidad y conveniencia. Así, sin ánimo exhaustivo, el art. 20 de los estatutos, donde antes de la junta limitaba la denegación de la información a los "*casos en que resulte legalmente improcedente*", pasó a referirla a "*los casos en que resulte improcedente o inoportuna*"; en la cláusula de salvaguarda del interés social se sustituyó la expresión "*cuando la publicidad perjudique los intereses sociales*" por "*cuando la publicidad pueda perjudicar el interés social*". Por su parte, el reglamento de la junta preveía la posibilidad de negar la información (i) antes de la junta, cuando fuera "*improcedente, inoportuna o innecesaria para formar opinión sobre las cuestiones sometidas a la junta general de accionistas o, por cualquier causa, merezca la consideración de abusiva o contraria al principio de igualdad de trato y a los derechos o intereses de otros accionistas*" (art. 9); o (ii), ya en la propia junta cuando *"la información o aclaración solicitada sea innecesaria para formar opinión sobre las cuestiones sometidas a la junta general de accionistas o, por cualquier causa, merezca la consideración de abusiva"* (art. 28).

Iberdrola, en su oposición al recurso, expuso un argumento sugerente, pues entendía que las modificaciones aprobadas, por sí mismas, no limitaban el derecho de información, al ser normas estrictamente habilitantes que regulan su ejercicio, de modo que la ilicitud y, con ella, la impugnación, solo cabía contra el uso que se hiciere de ellas. Sería entonces, a su juicio, cuando el socio podría impugnar el acuerdo por el uso incorrecto que se hubiese hecho de la facultad de denegar la información solicitada sobre el asunto concreto sobre el que versare el acuerdo.

La Sala repudia el argumento, afirmando que:

(i) El derecho de información del socio tiene carácter imperativo, por lo que no puede ser restringido ni limitado por los estatutos de la sociedad ni por normas de régimen interno como el reglamento de la junta de socios;

(ii) Los estatutos pueden contener una regulación del derecho más favorable para el socio o regular la forma de ejercicio del derecho para que el socio conozca los cauces a través de los que puede formular la solicitud de información, pero no es admisible que los estatutos

depurada, de suerte que ese carácter imperativo impone que no puede ser restringido ni limitado por los estatutos de la sociedad ni por normas de régimen interno como el reglamento de la junta de socios.

(iii) *Individual,* por cuanto que *"que atribuye a todos y cada uno de los accionistas la facultad de dirigirse a la sociedad a fin de que le sean facilitados los datos referidos a la marcha de la empresa, por lo que no cabe entender que se satisface el mismo cuando la información se facilita de forma discriminada tan solo a alguno o algunos de los demandantes de la misma".*

(iv) *Autónomo,* pues si bien durante más de cinco décadas la jurisprudencia vino afirmando el carácter instrumental del derecho

---

sociales restrinjan el ámbito legalmente reconocido al derecho de información del socio, lo que tendría lugar cuando se prevén causas de denegación de la información que van más allá de las que resultan de la regulación legal del derecho, o se otorga a los administradores o al presidente de la junta una excesiva discrecionalidad para denegar la información solicitada por el socio, mediante la inclusión en los estatutos de cláusulas generales muy amplias para definir los supuestos de rechazo de una solicitud de información;

(iii) La regulación estatutaria de las facultades de administradores y presidente de la junta otorgándoles facultades discrecionales para denegar la información más allá de las excepciones o limitaciones contenidas en la ley, constituye en sí misma una infracción legal, sin perjuicio de que también lo sea la utilización de estas facultades con un resultado contrario a las previsiones legales;

(iv) No es admisible que el socio deba impugnar los acuerdos adoptados cada vez que se le deniegue la información utilizando el margen previsto en los estatutos más allá de lo autorizado por la ley. Tanto más cuando la actuación del administrador o del presidente de la junta, al denegar la información, puede aparecer revestida de una cierta apariencia de regularidad por ajustarse a las previsiones estatutarias.

(v) Aunque la Audiencia Provincial anuló los acuerdos en aquellos aspectos de las reformas que de modo más patente introducían causas de denegación ilegales, los incisos que no fueron anulados otorgan a los administradores y al presidente de la junta una discrecionalidad excesiva en la denegación de información, al introducir criterios de conveniencia u oportunidad que la regulación legal solo otorga al socio para adoptar la decisión de solicitar la información, pero no a los administradores para denegársela.

de voto[586], a partir de 2010[587] lo elevó a *"derecho autónomo -incluso si carece de derecho de voto o no tiene intención de ejercitarlo, sin perjuicio de que pueda cumplir una finalidad instrumental,* en cuyo caso *"trata de facilitar al socio un conocimiento directo sobre la situación de la sociedad y desde luego es uno de los derechos más importantes del accionista, que mediante su ejercicio puede tener el conocimiento preciso de los puntos sometidos a aprobación de la Junta, posibilitando una emisión consciente del voto"* (sentencia de 22 de febrero de 2007, con cita de otras muchas).

La mutación del derecho de información de instrumental a autónomo no es fruto de un impulso reformista del Alto Tribunal, sino que viene motivado —en parte— por la modificación operada en el derecho de información por la Ley 26/2003 para las sociedades anónimas: si la solicitud efectuada en el acto de la junta podía ser contestada por escrito dentro de los siete días siguientes a su terminación, solo fingidamente podía seguirse defendiendo el carácter instrumental de información y voto. A esta razón legislativa se unían otras, preexistentes a la reforma de 2003, pues la exigencia de una relación puramente instrumental entre información y voto privaba de este derecho esencial al titular de acciones sin voto o

[586] No hay que remontarse a antiguo para encontrar en sentencias del TS afirmaciones como esta: *"el derecho de información es un derecho importantísimo y que debe ser interpretado ampliamente, y que dicho derecho de información es un derecho esencial no solo inderogable, sino asimismo irrenunciable, y que desde luego su desconocimiento acarrea ineludiblemente la nulidad de los acuerdos de la Junta en que previo a su desarrollo se haya denegado a cualquier socio la información solicitada, lo que supone que siempre podrá solicitar la tutela judicial correspondiente"* (sentencia de 29 de julio de 2004). Hasta tal punto alcanzaba la relación entre información y voto que, si se quebraba, decaía toda posibilidad de impugnación, como en la STS de 22 de mayo de 2002 *"en que primero se votó en la misma y se adoptaron determinados acuerdos, y luego no se puede con posterioridad pedir determinadas informaciones, con la intencionalidad de atacar dichos acuerdos, logrados con absoluta validez."*

[587] En la sentencia de 1 de diciembre de 2010 ya se empieza a percibir el giro hacia una concepción autónoma del derecho de información, del que ya solo se dice que "*puede* (la cursiva, nuestra) cumplir una finalidad instrumental del derecho de voto". En la sentencia de 21 de marzo de 2011, perdida ya toda timidez, se dice lo que antes solo se intuía: "El derecho de información (…) constituye un derecho autónomo —sin perjuicio de que pueda cumplir una finalidad instrumental del derecho de voto". *Vid.* comentario a estas sentencias y las que siguieron en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., "'Nuevas tendencias sobre el alcance del derecho de información en relación con las cuentas anuales, ejercitado por minorías cualificadas en sociedades cerradas: SSTS de 1 de diciembre de 2010, 21 de marzo de 2011, 21 y 30 de noviembre de 2011 y 16 de enero de 2012", en Revista de Derecho de Sociedades, núm. 38, 2012, pp. 379 a 396.

a quien, teniendo derecho al voto en abstracto, tenía suspendido su ejercicio o no pensaba hacerlo efectivo. Pese a ello, lastrado por el *décalage* propio de la casación, el Tribunal Supremo tardó siete años en acomodar su jurisprudencia a la nueva modalidad de respuesta. Quedaba por resolver la inconsecuencia de que la infracción de un derecho no (necesariamente) instrumental solo se pudiera tutelar de forma instrumental, a través de la impugnación de los acuerdos sociales potencialmente afectados (SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 20 de marzo de 2018). La superación de esta inconsecuencia está en la raíz de que el art. 197.5, con la Ley 31/2014, impida la impugnación cuando el derecho de información se haya ejercitado en la propia junta; sin embargo, subsiste una doble incongruencia, al restringir esa previsión a las anónimas y, aun dentro de este tipo social, al no distinguir adecuadamente entre los casos en que a la solicitud durante la junta se responde después (en que la pérdida de la instrumentalidad es notoria) y cuando se responde —o se podría responder— en el acto, en que la privación del derecho de impugnación no puede sostenerse en la carencia de vínculo instrumental, sino en una decisión de política legislativa de primar el ejercicio previo.

En realidad, el debate estaba contaminado al mezclar de forma impropia la naturaleza del derecho con la posibilidad de impugnar los acuerdos en que se hubiera visto infringido. No cabe duda —ni nunca cupo— de que el derecho de información es autónomo del derecho de voto; cuestión distinta es que, a los solos efectos impugnatorios, solo sea causa de nulidad del acuerdo aquel ejercicio frustrado que sea instrumental del derecho de voto; cuando no lo sea —o no de forma esencial— su infracción no debe buscarse por vía impugnatoria, sino a través del cumplimiento forzoso (que lo es del contrato social) y/o la indemnización de daños y perjuicios.

En contraposición al derecho de información de los arts. 196, 197 y 272.2, el derecho de examen contable del art. 272.3 es dispositivo (cabe supresión estatutaria) y doblemente limitado en el aspecto subjetivo, pues solo cabe en limitadas[588] y deja de ser derecho individual para serlo de minoría (más del cinco por ciento del capital social).

[588] Aunque nada impide que se incluya vía estatutaria en anónimas, como tampoco nada impide (abuso de derecho aparte) su supresión estatutaria en limitadas.

El derecho de información, con todo, está sujeto, a ciertos límites; unos comunes a todo derecho, como el ejercicio no abusivo, y otros societarios y privativos, como su ejercicio temporáneo y su concreción a los asuntos comprendidos en el orden del día.

2.2. LOS LÍMITES DEL DERECHO DE INFORMACIÓN.

De la simple lectura de los arts. 196 y 197 resulta que el derecho de información, por más que se integre en el llamado núcleo duro del estatuto del socio, no es un derecho absoluto, sino limitado.

El art. 65 LSA de 1951 y el art. 112 TRLSA de 1989 no disponían más límites al ejercicio del derecho de información que la sujeción al orden del día y el perjuicio a los intereses sociales. A ellos añadió la jurisprudencia el uso abusivo del derecho.

La experiencia de más de cinco décadas de aplicación del derecho reveló que el abuso de derecho era insuficiente para reducir *ex ante* el número de impugnaciones. La represión *ex post* del abuso del socio (no siempre seguido de un correctivo en costas) fue freno insuficiente al ansia impugnatoria. La ganancia esperada —que no solía ser la anulación del acuerdo, sino generalmente una salida pactada— era mayor que el riesgo de ver rechazada la demanda.

Por ello; la Ley 31/2014, siguiendo las recomendaciones del Comité de expertos, ha multiplicado las barreras a la impugnación cuando trae causa de la infracción del derecho de información.

Los límites son plurales, pero de extensión variable, como pasamos a ver.

2.2.1. El límite del orden del día. La información sobre sociedades del grupo.

La solicitud de información queda constreñida a los asuntos comprendidos en el orden del día (arts. 196.1, 197.1 y 197.2), sin posibilidad de alcanzar a otros.

El derecho de información ha de recaer sobre extremos concretos del orden del día de la junta general (sentencia de 3 de diciembre de 2003), debiendo existir

una conexión necesaria entre la información demandada y las materias sometidas a la junta, sin que la norma exija una relación "directa y estrecha", debiendo estarse para determinar la suficiencia de su conexión con el orden del día al juicio casuístico de pertinencia (sentencia de 1 de diciembre de 2010). Basta la inclusión del asunto en el orden del día para que la petición de información haya de ser respetada, aunque el asunto no fuera de la competencia de la junta[589].

La jurisprudencia, ya en relación con el art. 65 LSA de 1951, venía sosteniendo que el derecho de información no autoriza al accionista a investigar en la contabilidad y en los libros sociales y menos aún en toda la documentación de la sociedad, sino que queda reducido a solicitar por escrito con anterioridad a la reunión de la correspondiente junta de accionistas, o verbalmente durante la misma, los informes o aclaraciones que estimase precisos y, cuando la junta tuviera por objeto la aprobación de las cuentas anuales, a examinar el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la propuesta sobre distribución de beneficios y la memoria y, en su caso, el informe de los censores de cuentas (SSTS de 9 de febrero y 11 de mayo de 1989).

El art. 272.2 LSC impone al órgano de administración, para hacer posible el ejercicio de ese derecho de información sobre las cuentas en la junta de cierre de ejercicio, que haga constar en la convocatoria la mención de que, a partir de la misma, cualquier socio podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como en su caso, el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas[590]. El art. 287 LSC hace lo propio respecto de la junta convocada para la modificación de los estatutos.

[589] En la SAP de Madrid, sec. 28ª, de 3 de diciembre de 2021 se había incluido como punto del orden del día la fijación de la deuda de los socios con la sociedad y el plan para su amortización. La Audiencia, aunque considera que si bien *"[l]a junta podrá decir en qué condición se decide reclamar un crédito exigible a su favor (…)", "[l]a existencia o no, su importe y exigibilidad dependerá (…) de si efectivamente las sociedades abonaron cantidades que debían haber sido atendidas por los socios. Y menos aún puede fijar unilateralmente unos determinados intereses de esa deuda (…)".* No obstante, *"avocada su competencia a la junta general, debe respetarse el derecho de información".*

[590] La SAP de Madrid, sec. 28ª, de 24 de junio de 2022 considera aplicable el art. 272.2 también al balance final de liquidación.

Al socio incumbe, una vez recibida la convocatoria, solicitar la entrega de esos documentos, que puede verificarse físicamente, por correo ordinario, burofax o, como es usual, por correo electrónico.

En el art. 272.2 *lugar* y *tiempo* no son irrelevantes. Por lo que respecta al lugar, la STS de 5 de octubre de 2021 entiende que hay afectación del derecho de información[591] porque los administradores habían consignado en la convocatoria, por error, un lugar distinto a aquel en que verdaderamente se encontraba la documentación, lo que *"dificultó en gran medida el acceso a la documentación, una vez que los socios interesados acudieron al lugar señalado y no pudieron tener acceso (puramente físico) a la información pretendida, con el resultado de que acudieron a las juntas generales sin haber podido examinar ningún documento*[592]*."*

También el tiempo es importante en el modo de cumplir las exigencias del art. 272.2. La entrega (o envío) debe ser inmediata a la solicitud, por lo que un retraso puede fundar la acción impugnatoria[593].

[591] Aunque también podía haberse anulado el acuerdo por un defecto en la convocatoria que excede de lo meramente procedimental conforme al art. 204.3 a).

[592] Como argumento de refuerzo el Alto Tribunal señala que *"en el acto de la junta tampoco se pusieron los documentos a disposición de los socios",* por lo que, concluye, *"no puede considerarse irrelevante, en los términos del art. 204.3 b) LSC, la información no suministrada, puesto que resultaba "esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación".* El argumento, más que reforzar la fundamentación, la debilita, pues da a entender, o al menos no excluye, que si la documentación se hubiese facilitado en la misma junta ello hubiera cambiado el sentido del fallo, cuando no debería ser así, pues no puede pretenderse que el socio pueda formarse opinión sobre las cuentas con un examen rápido justo antes de la junta o una vez iniciada.

[593] La SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 11 de diciembre de 2020 entiende que la sociedad no cumplió con la obligación de entrega inmediata al demorarse doce días desde que los socios reclamaron la entrega y con solo tres días de antelación al día de la junta (fundamento de derecho tercero). No obstante, como finalmente hubo entrega, aunque demorada, considera *"subsanado, aunque tardíamente el defecto inicial"*, si bien acaba finalmente anulando el acuerdo de aprobación de las cuentas porque el socio no obtuvo respuesta a la petición de información que realizó por burofax el mismo día de la recepción. La AP de Madrid, sec. 28ª, en sentencia de 24 de junio de 2022, anula el acuerdo porque el socio dispuso de poco más de un día para examinar la documentación; y en la previa de 4 de febrero de 2022 porque la entrega tuvo lugar *"en el acto mismo de la junta".*

En cambio, la omisión en la convocatoria *ex* art. 272.2 del carácter gratuito de la obtención no lesiona el derecho de información del socio (STS de 8 de mayo de 2003[594]).

El Tribunal Supremo viene repitiendo que esta específica manifestación del derecho de información no excluye ni limita el alcance del atribuido a los socios en los arts. 196 y 197, que no queda constreñido al simple examen de los documentos sometidos a la aprobación de la junta (sentencias de 1 de diciembre de 2010, en relación con el art. 112 TRLSA de 1989, 21 de marzo de 2011 y sucesivas).

Del propio modo, el derecho de examen de las cuentas no se circunscribe al balance y a la cuenta de pérdidas y ganancias, sino también al informe de gestión (sentencia de 13 de diciembre de 2012[595]), alcanzando, a mayores, lo que la STS de 13 de diciembre de 2012 denomina "informaciones conexas":

> *"2.4. Las informaciones "conexas".*
>
> 24. Lógica consecuencia de lo expuesto, es que el examen y aprobación de las cuentas anuales y de la gestión de la actuación de los administradores -como es el caso- no pueda quedar constreñida exclusivamente a datos relacionados directamente con "los números" de la contabilidad, hurtando a los accionistas datos conexos, razonablemente precisos para poder desplegar cierto control de la forma de gestionarla y del cumplimiento por los administradores de los deberes de diligente administración, fidelidad y lealtad, en relación con la actividad de la sociedad reflejada en las cuentas sometidas a la aprobación y en el informe de gestión y, en su caso, proponer que se demanden las responsabilidades procedentes."

La sentencia de 16 de enero de 2012 reconoció al accionista el derecho a:

---

[594] *"Pues bien, la convocatoria de dicha Junta decía, entre otras cosas: "Los accionistas disponen en el domicilio social de la documentación correspondiente de los asuntos a tratar, pudiéndose solicitar por correo". Por ello, hablar de coacciones al derecho de información del accionista en el presente caso, no deja de ser un acto voluntarista de la parte recurrente, sobre todo cuando fundamenta su tesis en que no se había explicitado que la obtención de dichos informes y documentación se podían efectuar gratuitamente."*

[595] *"No cabe cercenar el ámbito del derecho de información y ceñirlo al examen de las cuentas anuales, con olvido de que también se somete a la junta el informe de gestión a cuya exhaustividad alude el artículo 202 de la Ley de Sociedades Anónimas , lo que exige que, además de aquellos datos que posibiliten el voto reflexivo sobre las cuentas, se faciliten los que impone el deber de trasparencia en la gestión social y que permitan al socio el control razonable del cumplimiento por los administradores de los deberes de diligente administración, fidelidad y lealtad, en relación con la actividad de la sociedad reflejada en las cuentas sometidas a la aprobación y en el informe de gestión."*

> "solicitar las informaciones o aclaraciones que estime precisas, máxime cuando también se sometió a la junta el informe de gestión a cuya exhaustividad alude el artículo 202 LSA (hoy art. 262 LSC), que en el cuarto párrafo del apartado 1 dispone que "el informe de gestión incluirá, si procede, referencias y explicaciones complementarias sobre los importes detallados en las cuentas anuales", lo que exige que, además de aquellos datos que posibiliten el voto reflexivo sobre las cuentas, se faciliten los que impone el deber de trasparencia en la gestión social y que permitan al socio el control razonable del cumplimiento por los administradores de los deberes de diligente administración, fidelidad y lealtad, en relación con la actividad de la sociedad reflejada en las cuentas sometidas a la aprobación y en el informe de gestión".

Y más próxima en el tiempo, la sentencia de 5 de octubre de 2021 ha afirmado que:

> "Cuando el objeto de la junta general sea la aprobación de las cuentas anuales y la censura de la gestión de los administradores, el ámbito de la información que puede ser solicitada por el accionista es muy amplio, pues debe admitirse cualquiera que guarde relación con las cuentas y la gestión. "

El hecho de que estas dos últimas sentencias vengan referidas a sociedades anónimas ha planteado la duda de si la extensión a las informaciones conexas es una suerte de compensación en este tipo social a la imposibilidad de acceder al examen contable que en limitadas se reconoce al socio que disponga del 5% del capital. En mi opinión, esta facultad no debe confundirse con el derecho de examen del art. 272.3, ni objetiva ni subjetivamente; objetivamente, el art. 272.3 tiene mayor alcance; y, subjetivamente, así como ese precepto está restringido a quien detente un determinado porcentaje del capital social, el derecho a obtener informaciónes conexas corresponde a todo socio, al margen de su peso en el capital y del tipo social[596].

[596] La SAP de Madrid, sec. 28ª, de 29 de enero de 2021, comentando la sentencia de 19 de septiembre de 2013, afirma que *"[n]o resulta aceptable el argumento de que la doctrina emanada de la transcrita sentencia del Alto Tribunal, sea aplicable únicamente a sociedades anónimas por el hecho de que en este tipo de sociedad los socios no disponen del derecho al examen de la documentación que sirve de soporte a la contabilidad, mientras que en las sociedades de responsabilidad limitada sí disponen de tal derecho. Precisamente en el supuesto objeto de la Litis, no es aplicable este razonamiento porque el socio no dispone del derecho referido"* (no alcanzaba el porcentaje estatutario, que era del 14%).

El socio tiene derecho a requerir detalles de las partidas que han dado lugar, por agregación, a los importes consignados en los diversos apartados del balance o de la cuenta de pérdidas y ganancias (STS de 21 de noviembre de 2011[597]), como también a extender sus peticiones a la política de personal[598].

Por ello, hay infracción del derecho de información, determinante de la nulidad del acuerdo de aprobación de cuentas, gestión social y aplicación del resultado, si al socio se le niega parte de la documentación (SAP de Madrid, sec. 28ª, de 4 de marzo de 2022) o la entrega del informe de auditoría en una sociedad obligada a someter sus cuentas a tal trámite, *"con independencia de que el mismo no haya de ser objeto de aprobación"* (STS de 24 de noviembre de 2011). La SAP de Madrid, sec. 28ª, de 21 de octubre de 2011 distingue según cual sea la causa de la falta de informe de auditoría: si se debe a avatares ajenos a la voluntad de la sociedad, como por ejemplo que el registrador mercantil no hubiera resuelto sobre la designación de auditor al tiempo de la junta, no existiría infracción del derecho de información; a la inversa, la habría si la falta fuera debida a un comportamiento obstativo de la sociedad —como la falta de entrega al auditor de los documentos precisos para que pudiera efectuar su labor—, sin que pueda reputarse tal la simple oposición (salvo que se pueda reputarse claramente temeraria o insostenible) de la sociedad a la designación del auditor en el expediente registral[599]. En el mismo

[597] La sentencia se encarga de precisar que ese derecho no es omnímodo, sino que *"el órgano de administración deberá contestar siempre que concurran los indicados requisitos que operan como límite a la obligación de transparencia —que la información sea oportuna; se requiera en momento adecuado; la limitada publicidad a facilitar no perjudique los intereses sociales; y en su ejercicio no concurran los requisitos precisos para el abuso del derecho (en este sentido, entre otras muchas, sentencia 140/2006 de 17 febrero)."*

[598] *Vid.* sentencia de 21 de noviembre de 2011, apartado "2.5. La privacidad de datos laborales", en el que la Sala explica que *"[e]l control de eventuales nepotismos y favoritismos en la política de personal seguida por los administradores de la sociedad, y de obtención de beneficios al margen del reparto de dividendos, puede justificar el interés de los accionistas en el conocimiento de los datos requeridos, que no puede obstaculizarse al amparo de su pretendida "intimidad""*

[599] La Audiencia razona que ello no implica vaciar de contenido el derecho del socio a la revisión de cuentas por auditor independiente, pues la emisión del informe sigue teniendo trascendencia aunque se efectúe con posterioridad a la junta, por tres motivos: primero, porque si el informe contiene reservas relevantes o se pronuncia en sentido desfavorable o deniega la opinión, el socio podrá impugnar el acuerdo de aprobación de las cuentas si del tenor del informe se desprende que no responden al reflejo de la imagen fiel; segundo, pues cabe exigir responsabilidad a los administradores sociales; y, tercero, porque la falta del informe de auditoría preceptivo impide el depósito de las cuentas en el registro mercantil y provoca el cierre registral.

sentido, cuando la falta de informe sea imputable a la sociedad, SJM nº 1 de Palma de Mallorca de 24 de abril de 2015. En cuanto a la carga de la prueba de la falta de puesta a disposición del informe de auditoría, la SAP de Madrid, sec. 28ª, de 11 de abril de 2014 dispone que *"negada por el demandante la puesta disposición del informe de auditoría, corresponde a la sociedad demandada acreditar su entrega o puesta a disposición de conformidad con el artículo 217.7 LECiv, sin que pueda hacerse recaer sobre el actor las consecuencias de la falta de prueba de un hecho negativo".*

Una cuestión no exenta de polémica es si el derecho de información puede extenderse a datos de sociedades del grupo, estén obligadas o no a consolidar cuentas. En la STS de 22 de mayo de 2002 se solicitaba *"diversa y completa documentación contable y el acta de la reunión del consejo de administración de las distintas empresas del grupo."* La Sala rechaza el motivo de impugnación porque "el núcleo de la información solicitada no tiene relación alguna con el orden del día de la junta impugnada[600]". Posteriormente, en la sentencia de 30 de noviembre de 2011 se hace una simple referencia, tomada de la sentencia recurrida, a "*las operaciones económicas con las demás sociedades del grupo".*

Pero es en la sentencia de 15 de julio de 2015 donde se aclara el alcance del derecho de información intragrupo. Conozco bien los pormenores del asunto, pues lo juzgué en la instancia (SJM nº 1 de Oviedo de 24 de noviembre de 2011). Se ejercitaba una acción de impugnación de acuerdos sociales acompañada de otras de corte declarativo. Los socios minoritarios (con un 48'79% del capital) habían interesado la celebración de una junta extraordinaria con varios puntos del orden del día referidos a una filial, de la que la matriz era socia única. Excluidos como estaban de la junta y del consejo de la filial, solo podían obtener información de la filial en la junta de la matriz; a mayores, solicitaban el cese de los administradores de la filial y la supresión de su retribución. El consejo de administración de la matriz, atendiendo al requerimiento, convocó la junta, incluyendo en el orden del día los puntos (todos) propuestos por la minoría; pero al tiempo de la deliberación, el presidente de la junta procedió a excluir los puntos referidos a la filial bajo el

[600] *A fortiori* el Tribunal Supremo entiende que *"la denegación de tal información, tiene además justificación, por el dato de ser socio-consejero el solicitante, y "per se" poder conocer lo que solicitaba."*

pretexto de que no eran asuntos propios de la competencia de la junta de la matriz, sino de la junta de la filial. Los minoritarios reaccionan a través de una demanda en la que solicitan que se declare su derecho a que sean objeto de debate, discusión y votación todos los puntos por ellos propuestos; la matriz se opone, afirmando que el órgano deliberó sobre su propia competencia, acordando que no procedía su debate. La sentencia de instancia estima la acción y condena a celebrar nueva junta en la que se incluyan (y traten) los asuntos indebidamente preteridos. La matriz recurre en apelación y la Audiencia Provincial de Asturias, sec. 1ª, en sentencia de 3 de mayo de 2013, revoca la sentencia de instancia bajo el argumento de que:

> "el art. 93-1 L.S.A. (hoy art. 159-1 L.S.A.) dispone que "Los accionistas, constituidos en junta general debidamente convocada, decidirán por mayoría en los asuntos propios de la competencia de la junta", de donde se desprende que el principio de competencia del órgano se erige como delimitador del ámbito de actuación de este órgano social. Y continuando con ello, cuando el art. 123-1 L.S.A. (hoy art. 214-1 L.S.A.) dispone que el nombramiento de los administradores sociales compete a la Junta General solo puede interpretarse, necesariamente, referido a los administradores de la propia sociedad y no de una tercera, por más que pueda tratarse de una filial íntegramente participada por la matriz, pues lo contrario supondría subvenir aquellas reglas. Es por ello que la pretensión de los socios minoritarios de que se incluya en el orden del día de la Junta General de FUGISA los puntos relativos a "Cese y nombramiento, en su caso, de los Administradores de Gijonesa de Cementerios, S.A.U., y en particular de los citados" así como a la "Supresión de la remuneración de los Administradores en Gijonesa de Cementerios, S.A.U." deben ser reputada como improcedente por exceder del ámbito de competencia propio de dicha Junta. Por lo demás, idéntica conclusión cabe alcanzar en lo referente a los puntos del orden del día relativos a la obtención por parte de los Administradores sociales de determinadas explicaciones acerca de su labor de gestión, pues ello también se sitúa extramuros de los límites de la competencia de la Junta conforme los asuntos enumerados en el art. 160 L.S.C.".

Llegado el asunto a casación, la STS de 15 de julio de 2015 estima el recurso y confirma la sentencia de instancia:

> "En el presente supuesto, a una minoría cualificada del 48,79 por ciento del capital social de la demandada, no podía negarse a los actores la información solicitada bajo el pretexto de que la Junta considerara que no era de su competencia. Tratándose la sociedad sobre la que se solicita información, Gijonesa de Cementerios SAU, de una sociedad participada íntegramente por la demandada, no existen razones objetivas para considerar

que podría utilizarse para fines extrasociales, o contrarios al interés social, tanto menos cuando, ostentando Gijonesa de Cementerios, SAU la condición de sociedad unipersonal, sus decisiones son del socio único que ejerce las competencias de la junta general pudiendo ser ejercitadas y formalizadas por el propio socio o por los administradores de la sociedad.

De admitirse la tesis de la sentencia recurrida, la sociedad unipersonal, cuyo objeto social es complementario al de la sociedad demandada, puede adoptar decisiones a través de sus administradores, sustrayendo una información relevante a accionistas de la sociedad demandada que ostentan nada menos que un 48,79 % del capital social, manteniendo ocultos unos acuerdos (decisiones) que suponen, entre otras cuestiones, (1ª) relevar en el cargo de consejeros de la citada filial a quienes ostentan una participación significativa en la sociedad matriz; y, (2ª) modificar el objeto social, ampliándolo, en actividades que correspondían a la matriz o a otra sociedad Flores Cabueñas, S.A. (destinada a los socios de segunda generación).

En el presente supuesto, la sociedad demandada no ha alegado ninguna razón objetiva para negar la información, tan solo el acuerdo formal de la junta que entendió que no era competente. Como señala la STS núm. 377/2012 de 13 de junio: "[...] la pretensión de limitar los derechos de la minoría cualificada a proponer la adopción de acuerdos, vetando aquellos que tengan por objeto obtener información sobre asuntos sociales que no están relacionados con asuntos consignados en el orden del día confeccionado por los administradores, al socaire de que la junta es un órgano decisorio sobre materias de su competencia, cercenaría de forma inadmisible el derecho autónomo de información de los socios -por más que habitualmente tenga finalidad instrumental en relación con la formación de la decisión de voto-, y permitiría a los administradores una opacidad sobre aquellas materias que decidieran no someter a la junta, extremos incompatibles con el deber de transparencia de quien gestiona bienes ajenos" . Es doctrina que la Sala considera aplicable al presente supuesto."

Siguiendo la senda trazada por el Alto Tribunal, la SAP de Madrid, sec. 28ª, de 12 de abril de 2019, concluye que *"denegar la información sobre la filial, de la que es socio único la matriz, siendo el demandante exclusivamente socio de la dominante, determina dejar a los minoritarios huérfanos de cualquier información sobre el negocio que se desarrolla en la filial, aprobándose las cuentas consolidadas sin posibilidad de fiscalización alguna por parte de los socios minoritarios."*

Más próxima en el tiempo, la SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 27 de septiembre de 2022 declara que *"el hecho de que la información y los acuerdos del órgano de*

administración[601] *no fueran respecto de la propia sociedad sino respecto de filiales participadas muy mayoritariamente por la sociedad, no justifica que no exista derecho de información del socio. El derecho de información no se limita a los actos de la propia sociedad, sino que también se extiende a los de las sociedades participadas cuando tengan incidencia efectiva, como en el caso ocurría, sobre el patrimonio de la matriz*[602]*."*

De forma coherente con esta ampliación jurisprudencial del alcance del derecho de información, el art. 197.3 permite denegar la información cuando su publicidad perjudique a la sociedad "o a las sociedades vinculadas". En limitadas, la negativa tendrá que residenciarse en el "interés social", lo que, en principio, excluye el interés de las sociedades del grupo.

2.2.2. Límites (o condiciones) de tiempo y forma.

La exigencia de que el derecho de información venga referido a los asuntos comprendidos en el orden del día, marca, siquiera implícitamente, otro límite, si bien no ya objetivo, sino de carácter temporal. En efecto, el derecho de información no es un derecho de ejercicio constante, sino ocasional. El socio no tiene derecho a un caudal de información continuo, sino a que se le facilite información con ocasión y motivo de la celebración de la junta. La STS de 10 de noviembre de 2014 insiste en esta idea: la ley no reconoce un derecho permanente de información en dichos preceptos, sino que exclusivamente lo confiere antes y durante la junta concreta y en relación con la misma.

Por el tiempo de ejercicio, el derecho de información puede ser previo a la junta o simultáneo.

[601] Los acuerdos impugnados eran de la junta y la sociedad estaba regida por una administardora única, por lo que la alusión a los "acuerdos del órgano de administración" obedece a un error material del ponente, sin trascendencia.

[602] Los acuerdos impugnados se correspondían con la aprobación de cuentas de 2019 y 2020.

Si el ejercicio es previo, el art. 196 expresa para sociedades limitadas la *forma* ("por escrito"), el *objeto* ("informes o aclaraciones") y muy difusamente el *tiempo* ("con anterioridad a la reunión de la junta").

Como reverso de ese derecho, el apartado segundo impone al órgano de administración el deber de proporcionar la información solicitada. Así como en el art. 197 ni la forma (necesariamente escrita) ni el tiempo de respuesta (hasta el día de celebración de la junta) se dejan a discreción del órgano de administración, en las sociedades limitadas el legislador se limita a apuntar que lo harán "*en forma oral o escrita, de acuerdo con el momento y la naturaleza de la información solicitada".* En relación a la forma, la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 28 ª (sentencias de 14 de febrero de 2008, 5 de mayo de 2008, 24 de abril de 2009, 16 de diciembre de 2011 y posteriores), con ocasión del artículo 51 LSRL, coincidente con el actual artículo 196, viene manteniendo que deben combinarse dos criterios:

(i) El momento en el que se solicita la información, conforme al cual la regla general es que, si la solicitud se realiza de forma escrita con anterioridad a la junta, la respuesta de ser escrita, mientras que si las preguntas se realizan en la propia junta se impone la forma oral para la respuesta;

(ii) Y este criterio formal hace combinarse con otro relativo a la naturaleza de la información solicitada, criterio complementario y eventualmente corrector del anterior conforme al cual si la solicitud de información previa a la junta está dotada de una extrema simplicidad podrá ser satisfecha oralmente (cuestión distinta será la prueba); y, a la inversa, podrá contestar de forma escrita una solicitud verbal en el curso de la junta cuando sea tan compleja que no se encuentre al alcance de los administradores satisfacerla en el acto; ahora bien, advierte, en cuanto ese diferimiento supone una quiebra del principio de complementariedad funcional entre el derecho de información y el de voto, esta segunda opción deberá ser siempre objeto de interpretación restrictiva y verse limitada aquellas

hipótesis extremas en las que la información oral en el curso de la junta resulte realmente inviable.

En el mismo sentido, la STS de 22 de marzo de 2000, tras subrayar que la ley (el art. 112 TRLA, de idéntica dicción al art. 196 actual) "*no establece ni cuándo ni cómo los administradores o los obligados a informar, deben proporcionar la información"*, concluía que *"lógicamente hay que proclamar que ello se deberá hacer en el momento en que tal información pueda ser utilizada por el accionista para la emisión del voto, ya que otra ocasión haría ilusorio tal derecho".* La SAP de Zaragoza, sec. 5ª, de 15 de enero de 2015 señala que serán las circunstancias del caso en las que determine si ha habido o no cumplimiento, a lo que en el caso concreto responde afirmativamente porque *(i)* la documentación solicitada se entregó con tres días antelación a la fecha de la junta, *(ii)* el actor conocía el funcionamiento de la sociedad en anteriores ejercicios dado que fue administrador hasta noviembre del año 2011 y las cuentas aprobar eran las del ejercicio 2012 y *(iii)* los documentos solicitados y entregados no eran de gran complejidad y su examen podía perfectamente complementarse en ese plazo restante hasta la convocatoria.

En la anónima el accionista puede asimismo ejercitar el derecho de información *antes* de la junta —por escrito y hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la junta— o *en* la junta —verbalmente—. En función de la modalidad elegida por el socio, varia el tiempo y forma de la respuesta: *(i)* por escrito, hasta el día de celebración de la junta, si la solicitud fue previa; *(ii)* verbalmente en el acto de la junta o por escrito dentro de los siete días siguientes a su terminación, si la solicitud es coetánea y por la naturaleza de la información solicitada no fuera posible satisfacer el derecho del accionista en ese mismo momento.

Aunque los arts. 196 y 197 atribuyen varias formas a la solicitud ("informaciones", "aclaraciones" o "preguntas") y a la respuesta ("facilitar" o "proporcionar"), a mi juicio de significado indistinto, lo relevante es que tanto la solicitud como la respuesta han de llegar a conocimiento del destinatario. La

pluralidad de formas de envío que pueden elegir socio y sociedad (burofax, requerimiento notarial, correo electrónico, etc.) y la actitud más o menos colaboradora a hacer efectiva la recepción, ha dado lugar a cierta litigiosidad, en especial cuando el derecho de información genérico se suma el derecho de obtener de forma inmediata y gratuita los documentos que han de ser sometidos a la junta de aprobación de cuentas, el informe de gestión y el del auditor de cuentas.

La STS de 13 de diciembre de 2012 indica a este respecto (ap. 2.5), bajo el título *"[e]l deber de pronta información a los accionistas",* las siguientes líneas directrices:

> "25. Lógica contrapartida al derecho de los accionistas a obtener la información demandada dentro de los límites expuestos, pesa sobre el órgano de administración el deber de facilitarla. Tratándose de cuentas anuales, mediante la remisión de los documentos de forma inmediata y gratuita, a tenor del artículo 212.2 del TRLSA —hoy 272.1 del TRLSC—. Si de otras informaciones interesadas por escrito antes de la junta *"por escrito hasta el día de la celebración de la junta general"* (segundo párrafo del artículo 112.1 TRLSA en la redacción dada por la Ley 26/2003 de 17 de julio.
>
> 26. No se respeta tal deber cuando la remisión de los documentos no es inmediata en el caso de la regulada en el artículo 212 TRLSA , ni cuando entre la recepción de la petición de información y la remisión de la misma discurre un periodo de tiempo discorde con el momento y la naturaleza de la información solicitada al amparo del artículo 112 TRLSC —hoy el artículo 196.2 TRLSC explicita esta regla implícita en el TRLSA al disponer que *"[e]l órgano de administración estará obligado a proporcionárselos, en forma oral o escrita de acuerdo con el momento y la naturaleza de la información solicitada"* —.
>
> 27. Además, aunque la eficacia de la información queda condicionada a su recepción por el accionista, sobre el que pesa el deber de colaboración en la efectividad de la comunicación, recae sobre el órgano de administración la responsabilidad de elegir el medio adecuado para que la misma llegue temporáneamente a la esfera del destinatario, de tal forma que no es suficiente la remisión inmediata en unos casos, acorde con la naturaleza de las informaciones solicitadas en otros, si el medio escogido interfiere en su pronta recepción por causas inimputables al destinatario de acuerdo con las reglas de la autorresponsabilidad."

Previamente, en la sentencia de STS de 4 de octubre de 2005 había incidido en el carácter recepticio de la solicitud, siendo el factor decisivo a estos efectos que

la comunicación hubiese llegado al "círculo de intereses"[603] de la sociedad con tiempo suficiente para ser atendida, no siendo oponible al socio el proceso interno de recepción, tratamiento y envío:

> "El derecho del accionista a ser oportuna y diligentemente informado, pues, no ofrece duda: basta una lectura de los artículos 112.1 y 212.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas para llegar a esa conclusión. Y la petición se realizó oportunamente, cuando faltaban cinco días para la Junta, y se pudo llevar a efecto con antelación suficiente, si se hubiera atendido inmediatamente, o dentro del plazo que el Reglamento Notarial para dar respuesta al requerimiento La elección de la vía notarial, en este sentido, implicaba para los solicitantes que la entrega de la documentación dentro del término normal de ejecución del requerimiento habría de ser suficiente.
>
> Por otra parte, la solicitud de la información y de la documentación, que ha de ser tratada como una declaración recepticia, y que llegó al "círculo de intereses" de la sociedad con tiempo suficiente, y el proceso interno por el cual los administradores la recibieron la víspera de la Junta por la tarde no puede excusarles. Esto es, que ha sido recibida, que ha llegado a poder del destinatario, pues se ha de pensar, con base en la interpretación doctrinal y jurisprudencialmente más extendidas de preceptos como el artículo 1262 del Código civil, que se ha de equiparar al conocimiento real de la declaración la posibilidad de conocimiento, cuando éste no se ha producido por causa imputable a culpa o a falta de diligencia del destinatario. Como no vale el argumento de que los accionistas solicitantes no viven en la misma ciudad, y por ello no hubiera habido tiempo. Bastaba con que hubieran atendido el requerimiento notarial, haciendo entrega al Notario de la documentación solicitada. A partir de cuyo momento, hubiera sido cargo de los solicitantes el curso de los documentos. Ni cabe admitir que los administradores, en tema de este tipo de documentación, puedan valerse de la insuficiencia de un plazo para realizar las copias, visto que el artículo 212.2 TRLSA les impone un deber cuyo cumplimiento exige una especial diligencia en la preparación y puesta a disposición de la documentación allí citada.

[603] La SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 5 de noviembre de 2021 da por probada la llegada de la petición del art. 272.2 a la sociedad (en realidad fueron dos las peticiones), pese a que no fue recibida (el personal de Correos dejó aviso) y el certificado que acompaña al burofax no acredita el contenido de la misiva, deduciéndolo de *(i)* su remisión tras la convocatoria de junta y en fechas próximas a su celebración y *(ii)* la existencia de un correo electrónico (enviado a una dirección errónea) en que el socio insistía en su petición y refería las anteriores. La misma Audiencia, en sentencia de 13 de julio de 2022, considera bastante la recepción de los requerimientos por la letrada del socio-administrador, a quien éste había encomendado la entrega: *"Si el administrador de la sociedad encomienda a la Letrada Sra. (…) la entrega de la documentación obligatoria, esa encomienda ha de comprender la recepción de los requerimientos que, en relación a dicha documentación, le formulen los socios para transmitir al administrador de la compañía".*

(…) Y es lógico pensar que los administradores tenían preparadas las copias (que cualquier accionista puede pedir), como exige aquí una diligencia media."

La carga de acreditar la realidad del requerimiento de información incumbe al solicitante (STS de 31 de julio de 2002[604]), soportando la sociedad la prueba de la realidad de la respuesta.

La ley, como hemos visto, emplea la disyuntiva ("o") para disociar entre el derecho previo a la junta y el coetáneo. El uso de la disyuntiva en vez de la copulativa no ha de entenderse en el sentido de que el ejercicio por escrito previo a la junta impide (re)preguntar oralmente en el acto de la misma. El socio tiene libertad para elegir si ejercita su derecho solo antes de la junta, solo durante la misma o si acumula ambas vías, asumiendo, tras la Ley 31/2014, que reservarse el derecho para la junta le impedirá tutelarlo a través de la acción de impugnación. Si los puntos del orden del día son meramente informativos, no hay infracción del derecho de información —según la SAP de Valencia, sec. 9ª, de 26 de febrero de 2014— aunque se desoiga la solicitud de información previa, pues no es necesaria para tomar conocimiento del asunto, bastando para ello la asistencia a la junta.

La ley dispone reglas especiales cuando el derecho de información se ejercita *durante* una junta híbrida o exclusivamente telemática, ya que si el ejercicio es *previo* rigen las reglas generales.

El art. 182 dispone tres reglas, a saber:

(a) En la convocatoria se describirán los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los socios previstos por los administradores para permitir el adecuado desarrollo de la junta.

[604] *"[E]n el mismo anuncio de la convocatoria de la Junta se puso a disposición de los accionistas, para su examen en la sede social o la obtención de su entrega o envío gratuito, toda la documentación que detalla el precepto señalado como quebrantado (documento número 21 acompañado con la demanda), sin que conste en autos que la misma haya sido requerida por los actores y negada por la litigante pasiva (…)"*

(b) En particular, los administradores podrán determinar que las intervenciones y propuestas de acuerdos que, conforme a esta Ley, tengan intención de formular quienes vayan a asistir por medios telemáticos, se remitan a la sociedad con anterioridad al momento de la constitución de la junta.

(c) Las respuestas a los socios o sus representantes que, asistiendo telemáticamente, ejerciten su derecho de información durante la junta se producirán durante la propia reunión o por escrito durante los siete días siguientes a la finalización de la junta.

De las tres, solo la última afecta claramente al derecho de información, en concreto a la respuesta que ha de facilitar el órgano de administración, que podrá ser oral, en la propia junta, o por escrito, durante los siete días siguientes a su finalización, norma que, por remisión (*cfr.* art. 182 bis.5), también se aplica a la junta exclusivamente telemática. ¿Qué sucede con al derecho a preguntar en la junta? El artículo es confuso, pues las facultades que concede al órgano de administración para garantizar el adecuado desarrollo de la junta se refieren *(i) genéricamente,* a los "derechos de los socios", permitiendo a aquél disponer previsiones sobre "plazos, formas y modos de ejercicio"; y *(ii) específicamente,* a "las intervenciones y propuestas de acuerdos", en cuyo caso el órgano de administración podrá determinar que "se remitan a la sociedad con anterioridad al momento de la constitución de la junta". ¿Esa referencia a las "intervenciones" alude a (o comprende) las preguntas que el socio pretendía realizar oralmente en el acto de la junta? Si efectuamos una interpretación literal del art. 182 la respuesta parece afirmativa, de modo que, si así lo decide el órgano de administración, el socio estaría obligado a remitir las preguntas con antelación y, si no lo hiciere, quedaría privado del derecho a formularlas verbalmente después. Esta interpretación literal debe descartarse, pues si en la junta exclusivamente telemática (presumiblemente más compleja) el art. 182 *bis* permite al socio "ejercitar en tiempo real" el derecho de información, de palabra o por "mensajes escritos durante el transcurso de la junta", carece de sentido que en una junta en que solo algunos de los socios asisten telemáticamente el ejercicio del derecho de información sea (para ellos) más

restringido[605]. Cuestión distinta es que, "para permitir el adecuado desarrollo de la junta", el órgano de administración pueda establecer unas reglas sobre el tiempo o el orden de intervención, pero sin poder alcanzar en ningún caso a prohibir las preguntas *durante* la junta[606].

En cuanto al tiempo y modo de respuesta, la ley parece dejarlo a criterio del órgano de administración, bien oralmente en la misma junta, bien por escrito durante los siete días siguientes a la finalización de la junta. Aunque el art. 182 (y, por extensión, el art. 182 *bis*) omita los principios que deben inspirar ese criterio, habría que entender aplicable, ya por analogía, ya como guía interpretativa, el art. 197.2, que tan solo permite diferir la respuesta cuando "el derecho del accionista no se pudiera satisfacer en ese momento". El hecho de que se opte por diferir la respuesta no ha de impedir, en limitadas, la impugnación del acuerdo si el socio estima que se ha infringido su derecho de información.[607]

Para finalizar este apartado relativo al tiempo y forma de la solicitud y al suministro de información hemos de hacer referencia a la modalidad de examen contable del art. 272.3. Como es sabido dicho precepto dispone:

> "3. Salvo disposición contraria de los estatutos, durante ese mismo plazo, el socio o socios de la sociedad de responsabilidad limitada que representen al menos el cinco por ciento del capital podrán examinar en el domicilio social, por sí o en unión de experto contable, los documentos que sirvan de soporte y de antecedente de las cuentas anuales."

---

[605] Muy críticos con las consecuencias de la interpretación literal, RECALDE CASTELLS, A. y JUSTE MENCÍA, J., "Asistencia telemática a la junta y juntas exclusivamente telemáticas tras la Ley 5/2021 (arts. 182 y 182 bis LSC)", en Revista de Derecho de Sociedades, núm. 62, 2021, consultada en versión Proview®, RR-1.9.

[606] En este sentido, RECALDE CASTELLS, A. y JUSTE MENCÍA, J., *ibídem;* MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., "Algunos problemas en torno al ejercicio del derecho de información y el cumplimiento de la obligación de informar en la junta exclusivamente virtual y en la junta «híbrida»", en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 165, enero-marzo 2022, p. 92.

[607] GÁLLEGO LANAU, M., *La junta exclusivamente telemática en las sociedades de capital cerradas*, monografía núm. 51, Revista de Derecho de Sociedades, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, consultada en formato Proview®, capítulo III, epígrafe VII.

Este derecho puede ejercerse, según la norma, "durante ese mismo plazo". Si bien leemos el art. 272 el mismo no contiene plazo alguno; la única referencia temporal la proporciona el apartado segundo, que fija el día inicial ("a partir de la convocatoria de la junta") pero omite el final. Como esa documentación, de ordinario, es el paso previo al ejercicio del derecho de información del art. 196, el socio de buena fe normalmente no apurará el plazo que media entre convocatoria y junta, sino que tratará de adelantar lo más posible el examen parta disponer de más tiempo para luego preparar las preguntas. Cuanto más cercana esté la solicitud de examen al día de la junta, más sospechas de comportamiento abusivo se ciernen sobre el socio, que puede estar provocando que la sociedad no pueda atender su petición por falta de tiempo hábil.

El tiempo, sin embargo, no es el elemento más relevante del precepto, a tenor de las resoluciones judiciales disponibles, de las que podemos entresacar extremos de interés:

(a) El socio no tiene derecho a la entrega de la documentación, sino a su examen en el domicilio social. La STS de 29 de julio de 2004 se ve necesitada de aclarar al socio que no se le negó el acceso a la documentación contable de la sociedad, sino que únicamente se le negó que la documentación original saliera de la sede social.

(b) El socio no puede ir asistido de letrado, sino solo de un experto contable (STS de 12 de noviembre de 2003[608]), por lo que no hay infracción si la

[608] STS de 12 de noviembre de 2003: *"El quid del presente recurso se basa en un dato, que surge del factum de la sentencia recurrida y que es incontrovertido. Dicho dato consiste en el impedimento que se puso a la parte recurrente para que al examinar en persona la contabilidad de la empresa recurrida por mor a su derecho a ser informado, lo hiciera pidiendo que en dicha operación se le autorizara el ir en compañía de su abogado.*
(…) [N]o ha habido transgresión alguna al derecho de información, fundamental para todo socio de sociedades de responsabilidad limitada, y en el que debe, en todo caso, ser amparado. Ya que no se le prohibió el examen de la contabilidad de la sociedad, sino que no se le permitió que en el examen le acompañara su letrado. Y si no realizó tal examen fue por su propia voluntad, ya que no se le puso impedimento alguno para ello, sino que incluso se le permitió a tenor del artículo 86 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que fuera acompañado no solo de un perito en contabilidad, sino también por un economista."

sociedad impide el acceso al socio que insiste en hacerse acompañar de este profesional.

(c) El socio no tiene derecho al envío por correo de la documentación soporte de las cuentas[609].

(d) Si la solicitud es plural, es irrelevante que solo comparezca uno de los socios, puesto que sería un acto de renuncia voluntaria por parte de quien no acudiera (SAP de Valencia, sec. 9ª, de 26 de febrero de 2014).

(e) El órgano de administración no puede condicionar el derecho de examen contable a que el socio, con carácter previo, haga una relación de los documentos que quiere visionar (SAP de Madrid, sec. 28ª, de 16 de diciembre de 2011[610]).

(f) No obstante, resulta recomendable, a efectos de acreditar qué documentación fue exhibida, que la sociedad haga firmar al socio una relación de cuanto le fue exhibido, pues sobre ella recae, en caso de duda, la carga de probar el hecho positivo de la exhibición[611].

---

[609] La SAP de Segovia, sec. 1ª, de 16 de junio de 2014, en un supuesto en que el socio solicitó el envío de los soportes contables por correo, recuerda que el derecho es el de poder examinar tales documentos en la sede social, sin que se pueda admitir que ese derecho a la información se haya visto vulnerado porque se haya querido ejercitar de forma distinta a la legalmente prevista, máxime cuando el socio vive en el mismo edificio de la sede social, por lo que tampoco se advierte limitación en su derecho de información por el hecho que hubiese de desplazarse hasta la sede de la entidad.

[610] La Audiencia concluye que no se puede justificar la negativa de acceso a la documentación en que el socio requirente no haya comunicado previamente a la sociedad, para que fuera evaluado por su consejo de administración las concretas partidas que deseaba consultar, pues ese trámite previo no está contemplado en la ley. Si el consejo de administración, advertido con antelación suficiente por el actor de su propósito de girar visita, considera que existe información que no debe facilitar, es en el momento de la visita en el que debería hacer eventual uso de esa prerrogativa denegatoria. Añade la Sala que, además, ese trámite previo es inviable desde el momento en que solo a la luz de los documentos que va a examinando le es posible al socio, convenientemente asesorado por experto contable, concretar los demás documentos que necesita estudiar, sin que parezca razonable exigirle tal concreción con carácter anticipado. A lo sumo podría concebirse que en ausencia de los miembros del consejo de administración en el preciso instante en que el socio se persone en el domicilio social, se le imponga una espera razonable e incluso que se le cite para el de inmediato posterior, pero sin que resulte en modo alguno admisible la negativa rotunda a la exhibición. En el mismo sentido sentencia de la misma sección de 10 de julio de 2009.

[611] El riesgo de prueba, a tenor de la SAP de Valencia, sec. 9ª, de 26 de febrero de 2014, lo corre el socio impugnante, pues la Audiencia afirma que corresponde a los impugnantes acreditar qué documentación se les denegó y les indica que debieron exigir una certificación o documento escrito

2.2.3. Perjuicio al interés social, carácter innecesario de la información y uso extrasocial.

Los arts. 196 y 197 establecen otros límites al ejercicio del derecho de información. A la ya vetusta cláusula de perjuicio al interés social, común a ambos tipos sociales, el art. 197.3[612] añade otros tres condicionantes: *(i)* el carácter innecesario de la información para la tutela de los derechos del socio, *(ii)* la existencia de razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales o *(iii)* cuando su publicidad perjudique a la sociedad o a las sociedades vinculadas[613]. Por más que aparezcan como privativos de las sociedades anónimas, los dos primeros pueden tener cabida en el abuso de derecho[614] y el tercero no es sino una manifestación del perjuicio al interés social, interés que no cabe confundir con el de los administradores en ocultar los datos (STS de 13 de diciembre de 2012).

No es suficiente para negar el acceso a la información, según la SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 11 de diciembre de 2020, el hecho de que los socios sean competidores; es preciso, además, que *"se analice el carácter perjudicial de la información solicitada desde la perspectiva de la concreta situación de conflicto".*

Estas limitaciones no operan cuando la solicitud esté apoyada por socios que representen, al menos, el 25% del capital social (reducible hasta eun máximo del 5% en anónimas). El porcentaje ha de titularse al tiempo de la solicitud, no de la impugnación[615].

---

de lo que se pedía y se denegó o haber acudido con fedatario que hiciera constar tal extremo. Discrepo de tal parecer, pues no se puede exigir la prueba de un hecho negativo como es la falta de exhibición.

[612] Comentando este precepto, *vid.* MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., "Los supuestos de exoneración del deber de información a los accionistas por los administradores", en Revista de Derecho de Sociedades, núm. 45, 2015, pp. 177 a 212.

[613] BOQUERA MATARREDONA, J., "El derecho del accionista a la información", en Revista de Derecho Mercantil, núm. 300, abril-junio de 2016, p. 16, llama la atención de que *"[l]a referencia a las sociedades vinculadas amplía el posible rechazo de la solicitud de información por lo que el socio tiene menos posibilidades de controlar la gestión del grupo".*

[614] En esta línea, BOQUERA MATARREDONA, J., *op. cit.,* p. 18, cuando asegura que *"[l]a jurisprudencia sobre el ejercicio abusivo del derecho de información o contrario a la buena fe, proporciona muchos datos para saber cuándo existen o no razones objetivas".*

[615] Aunque la aclaración parece prescindible, la realidad supera cualquier previsión. La SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 11 de diciembre de 2020, en un caso en que la solicitud venía avalada por

Un repaso a la jurisprudencia revela que no son límites novedosos. Las SSTS de 13 de abril de 1962, 26 de diciembre de 1969 y 31 de julio de 2002 remarcan que el derecho de impugnación de los socios no puede servir como instrumento de obstrucción de la actividad social, para sobreponer a los intereses sociales el particular del accionista que solicita la información, cuando no obedece a una verdadera y real necesidad[616].

La STS de 17 de febrero de 2006 dispone que *"cabe negar la información o aclaración cuando, a juicio del presidente, la publicidad de los datos solicitados por accionista o accionistas (…) perjudique los intereses sociales, mientras que otras no eran relevantes para la finalidad de formar un conocimiento suficiente para la emisión del voto."*

2.2.4. El límite del ejercicio abusivo.

La proscripción del abuso de derecho es un principio inmanente al ejercicio de cualquier facultad.

Su presencia es una constante en la jurisprudencia en materia de impugnación de acuerdos. La STS de 8 de mayo de 2003 proclama que no se puede llevar este derecho fundamental societario a un paroxismo que produzca un imposible funcionamiento correcto y normal de la sociedad, sobre todo enclavando la alegación de tal derecho en el área del abuso del derecho. Las SSTS de 19 de octubre de 1995, 6 de febrero de 1999, 14 de mayo de 2002, entre otras muchas, insisten en la necesidad de que el carácter abusivo quede claramente manifestado. La sentencia de 16 de junio de 2006, yendo más allá, señala que la estimación de la existencia de un ejercicio abusivo exige que se demuestre que se sobrepasen manifiestamente los "límites normales del ejercicio de un derecho", lo que se ha de

socios que, agrupados, reunían el 40% del capital, juzga irrelevante que luego solo uno impugnara y que su porcentaje fuera del 15%. El derecho de información se infringió con la denegación y "[l]o único relevante es que el socio demandante formaba parte de ese 40% solicitante de la información y que se vio privada de ella de forma injustificada". Obviamente, si el impugnante no hubiera formado parte del grupo solicitante, no podría aprovecharse de su solicitud para vertebrar su demanda.

616 *Vid.* BOQUERA MATARREDONA, J., "El ejercicio abusivo del derecho de información por parte del socio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *Estudios Jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, AA.VV., V. I, edit. Tirant lo Blanc, Valencia, 2011, pp. 369 a 376.

deducir de la intención del autor, de la finalidad que se persigue o de las circunstancias concurrentes, fórmula que la sentencia de 5 octubre del mismo año amplía a otros múltiples parámetros, entre otros, las características de la sociedad y la distribución de su capital, volumen y forma de la información solicitada.

El abuso del derecho no puede vincularse *sin más* al volumen de información requerida (STS de 13 de diciembre de 2012) ni al nivel de detalle solicitado (STS de 21 de marzo de 2011), pero son aspectos relevantes a valorar por el juez. Así, la SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 1 de febrero de 2023 concluye que el ejercicio fue abusivo por una combinación de tiempo (el socio tardó 8 días en solicitar la información) y volumen (la sociedad, para darle satisfacción —sin obtenerla— hubo de enviarle 5.849 documentos en 79 correos electrónicos). La SAP de Madrid, Sec. 28ª, de 17 de enero de 2022 repudia las *"peticiones de información genéricas o de una amplitud injustificada"* y, en el caso concreto, considera "desmedida" la petición de *"todas las facturas y de todos los movimientos bancarios de la entidad a lo largo de una anualidad"*, juzgando irrazonable que *"la sociedad tenga que plegarse a una petición genérica del socio que propone que se le dé todo, de manera indiferenciada, para después, cuando disponga de ello, decidir que es lo que pueda interesar",* petición que *"no se compadece con el esfuerzo de gestión que se impone a la sociedad para preparar la respuesta".*

En otras ocasiones el tiempo basta para tildar de abusivo el ejercicio del derecho. La SAP de Madrid, Sec. 28ª, de 19 de enero de 2024 reprocha al socio haber tardado 7 días en remitir su petición, con el agravante de que el envío es impuesto en Correos un viernes al final de la mañana, de suerte que cuando se deja aviso a la sociedad (el martes siguiente por la tarde) la sociedad casi ya no dispone de tiempo hábil para remitirle la información antes de la junta.

Las circunstancias a valorar para determinar la existencia del abuso son muy variadas. Se ha reputado abusivo impugnar por no haberse facilitado una información a la que los accionistas tenían derecho, pero que en su momento no fue requerida por ellos (STS de 23 de noviembre de 2010) o la solicitud por quien fue administrador que se ha venido ocupando de todas las formalidades mercantiles y

fiscales de la sociedad (STS de 24 de mayo de 2023). La SAP de Madrid, Sec. 28ª, de 8 de marzo de 2019 rechaza la impugnación e imputa al socio la construcción abusiva de un motivo de impugnación por cuanto la sociedad desplegó la actividad necesaria para hacerle llegar la documentación, sin conseguirlo, por estar ausente en el domicilio indicado y no contestar nadie a las repetidas llamadas, ni ese día ni al siguiente, llegando incluso el letrado del actor a rechazar la documentación con el pretexto de que carecía de poderes para ello, lo que la sala entiende que evidencia el escaso interés en la parte en recibir la documentación.

En otras ocasiones lo determinante son las condiciones subjetivas del solicitante, en especial cuando ha sido previamente administrador[617] y la información se refiere a los ejercicios en que concurría en él esa condición (STS de 16 de enero de 2019). Así, las SSAP de Valencia, sec. 9ª, de 20 de enero y 26 de febrero de 2014 o Zaragoza, sec. 5ª, de 21 de diciembre de 2010. En otras ocasiones esa condición subjetiva es irrelevante, si consta que no intervino en la formulación de las cuentas (SAP de Madrid, sec. 28ª, de 3 de marzo de 2022) o se da una situación de paulatino aislamiento del administrador fruto de una situación de conflicto familiar (SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 20 de octubre de 2014).

Hasta la ley 31/2014, el único correctivo para el ejercicio abusivo venía dado por la imposición de costas. Esa consecuencia, común a todo procedimiento, se amplía en el art. 197.6 con la proclamación de la responsabilidad del socio por los daños y perjuicios causados por la utilización abusiva o perjudicial de la información solicitada. En este caso, el abuso, de haberlo, no es (o no solo es) previo a la recepción de la información, sino posterior, pues radica no en la solicitud, sino en el uso que se haga de la información recibida[618].

[617] *Vid.* MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., "De nuevo sobre tres tópicos del derecho de información del accionista: su ejercicio por un consejero, su alcance respecto de la contabilidad y la posible actuación abusiva de la minoría. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 26 de septiembre de 2005", en Revista de Derecho de Sociedades, núm. 26, 2006, pp. 435 a 454.

[618] BOQUERA MATARREDONA, J., "El derecho del accionista….", *op. cit.,* p. 25, identifica "utilización" con "difusión".

2.3. (IM)PROCEDENCIA DE LA IMPUGNACIÓN [ARTÍCULO 204.3 b)].

Todo este acervo jurisprudencial culmina en el art. 204.3 b), cuando declara que no procederá la impugnación de la junta[619] basada en *"[l]a incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta, salvo que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación."*

De las modalidades del derecho de información expuestas, el precepto solo cubre el derecho de información en sentido estricto, con exclusión del derecho de examen contable que el art. 272.3 concede a la minoría en las limitadas, salvo previsión estatutaria en contra.

Siguiendo, para su examen, el orden que nos marca el propio precepto, varias son las cuestiones a resolver, a saber:

(i) Si la privación absoluta de información es equiparable a efectos impugnatorios con *"[l]a incorrección o insuficiencia de la información facilitada";*
(ii) Cuándo es esencial la falta de información;
(iii) Qué debemos entender por ejercicio razonable;
(iv) Cómo se fija el estándar del socio medio.
(v) Qué derechos de participación, amén del de voto, son aquellos que tutela la norma.

La ley, como hemos visto, restringe el supuesto de inimpugnabilidad a los casos de *"incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta".* Así como la incorrección parte de que hay un cumplimiento defectuoso del derecho de

[619] Referir la impugnación a la junta obedece, simplemente, a una deficiente técnica legislativa, pues la (im)procedencia afectará exclusivamente al acuerdo o acuerdos instrumentalmente vinculados a la infracción del derecho de información.

informar (se ha informado, pero la información es total o parcialmente incorrecta) el término insuficiencia podría amparar tanto el (in)cumplimiento parcial como el total. El propio precepto da pie a sostener una cosa y la contraria; si atendemos al primer inciso, la ininpugnabilidad solo alcanzaría a los casos de suministro parcial de información, pero no a la negativa absoluta, pues la ley habla de información "facilitada"; el problema es que el segundo inciso, al dar forma a la excepción, negativiza los términos y allí donde antes decía "información facilitada" pasa a decir "información no facilitada". Por tanto, una interpretación literal del precepto poco aclara.

Podría pensarse que la ley no puede amparar los incumplimientos groseros, en que el órgano de administración desoye sin amparo legal toda solicitud y se niega a facilitar la más mínima información. Si no hay información, ni poca ni mucha, su falta impidiría formar correctamente el sentido del voto, por lo que la información hurtada al socio siempre sería esencial. No creo que esta sea la orientación que debamos dar al precepto. Aun reconociendo que la cuestión es dudosa[620] creo que

[620] FARRANDO MIGUEL, I., "Los déficits informativos…", *op. cit.,* RB 12.6, asevera que *"parece razonable sostener que la omisión total del suministro de información, o conducta equivalente, no está cubierta bajo el régimen excepcional"* del art. 204.3 b).

debemos deslindar el elemento de "insuficiencia o incorrección" de la esencialidad de lo (no) suministrado. Puede haber un cumplimiento parcial del derecho de información del socio que, por la magnitud cuantitativa y/o cualitativa de la incorrección o insuficiencia se revele esencial para el derecho de voto y, a la inversa, puede haber una falta absoluta de respuesta a los requerimientos del socio que no le impidan votar en plenitud de conciencia, ya sea porque haya pruebas de que el sentido de su voto venía predeterminado y resultaba ociosa la información, ya porque la solicitud versara sobre extremos superfluos[621].

Otro argumento añadido redunda en la conveniencia de dar amplitud al precepto de modo que no descarte, al menos *ab initio*, la inimpugnabilidad de las negativas a informar. Facilitar información sesgada o convenientemente mutilada

---

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., "Nuevas causas de impugnabilidad…", *op. cit*., afirma que *"es una norma que se contrae al supuesto de información "incorrecta o insuficiente" (…) No parece comprendido el supuesto de que la violación del derecho de información proceda de una negativa rotunda a informar, por parte de los administradores, que no pueda ampararse en un motivo ilegítimo"* (p. 242). Sin embargo, más avanzada su exposición, tras reiterar que "aparentemente" la improcedencia de la impugnación no se hace extensiva a cualquier supuesto de vulneración, sino "solo a infracciones de menor alcance que la simple negativa —infundada— a informar", de modo que "en teoría, la simple negativa a informar (…) sigue siendo motivo de impugnación" (p. 253), concluye que "esta opción normativa parece poco coherente y escasamente efectiva", por dos razones; la primera, porque no es evidente que la información incompleta y —sobre todo— la errónea sean infraciones de menor alcance que la mera negativa; y, segundo, porque los administradores, antes de arriesgarse a asumir las consecuencias de no informar, decidirán proporcionar siempre alguna información, aunque sea genérica o inexpresiva, sorteando la norma (pp. 253 y 254). Aunque la autora parece dar por sentado que la norma opta por aquella interpretación, consideramos que su tenor no excluye la que postulamos en el texto, que parece compartir SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J, en la entrada en su blog el 16 de diciembre de 2014, titulada "La impugnación de acuerdos y la cuestión previa sobre el motivo de la impugnación" (disponible en https://jsanchezcalero.com/la-impugnacion-de-acuerdos-y-la-cuestion-previa-sobre-el-motivo-de-la-impugnacion/, última consulta el 16 de abril de 2024, cuando comenta a este respecto que *"[h]ace falta que la información errónea que se facilita, o la que es incompleta, o la que se deniega, hubiera sido esencial para el ejercicio del derecho de voto, no ya por el demandante, "*sino por parte del accionista o socio medio". Siguiendo esta orientación, la SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 11 de diciembre de 2020, en un supuesto de negativa total a informar, insiste en valorar el requisito de la esencialidad, por cuanto la solicitud era "tan extensa que es posible que se haga en abuso de derecho"; no obstante considera que eso no justifica sin más la negativa, por cuanto *"[s]i la información es o no esencial para el ejercicio del derecho de voto no le corresponde juzgarlo ni a la sociedad ni a su administrador ni al letrado de la sociedad sino al tribunal una vez se ejercite la acción de impugnación", para terminar afirmando que "la información que les fue negada a los socios fue de tal magnitud que nos parece claro que se cumple con el requisito de la esencialidad."*

[621] Y si el juez llega a la convicción de que versaba sobre extremos innecesarios, resultará indiferente que el órgano de administración hubiese o no hecho uso de la facultad de denegación por esta causa (art. 197.3). Ahora bien, si no lo hubiese hecho y posteriormente el juez considera superflua la información solicitada, podrá acudir a las dudas de hecho para no imponer al socio impugnante las costas.

pude resultar más perturbador para un cabal ejercicio del derecho de voto que no suministrar información alguna[622]. Si el socio carece por completo de información, su proceso de reflexión interno no estará contaminado; podrá ser incompleto, lo que presumiblemente le llevará a votar en sentido contrario a la propuesta. Pero si se omite información de forma selectiva y/o la suministrada contiene incorrecciones o inexactitudes, el sentido de voto puede variar respecto del sentido que naturalmente cabría esperar si hubiere dispuesto de una información completa y veraz[623].

El calificativo de "esencial" implica que la información ha de ser imprescindible (no meramente útil o conveniente) para un ejercicio razonable del derecho de voto. Esencial, en la tercera de las acepciones del Diccionario de la RAE, significa "imprescindible o absolutamente necesario". Si la información es accesoria o directamente prescindible o, en todo caso, no variaría el sentido del voto, su privación no puede erigirse en motivo de impugnación. Es obvio que determinar cuándo la información era esencial es un aspecto puramente valorativo, que el legislador abandona a la discrecionalidad judicial; no obstante, la tarea no es sencilla, en especial cuando la solicitud es amplia y/o heterogénea o el acuerdo afectado de contenido amplio[624] o complejo.

---

[622] Este argumento se ve con mucha claridad en las presunciones de culpabilidad del concurso de naturaleza contable, en que el legislador tipifica como conducta de mayor gravedad la irregularidad contable relevante (art. 443.5º TRLC) que la falta de formulación de las cuentas (art. 444.3º).

[623] BOQUERA MATARREDONA, J., "El derecho del accionista….", *op. cit.,* p. 28 hace la lectura contraria: *"El legislador entiende, como es lógico, que proporcionar la información incompleta o errónea es una infracción del derecho de información de menor importancia que no informar. Y que tiene menor trascendencia sobre la formación de la voluntad del socio para el ejercicio del derecho de voto u otros derechos de participación".* Y añade: *"Nos queda la duda sobre la posible "perversión" de la norma, pues lo administradores que quieran lograr la inimpugnabilidad de los acuerdos pueden facilitar al accionista información errónea o incompleta antes que negar la información".* No advertimos la perversión que denuncia la actora: si, siguiendo su criterio, admitimos que la negación de información constituye un supuesto más grave que su suministro erróneo o incompleto, y el órgano de administración opta, a la vista de la norma, por esta última conducta, la norma, antes que pervertirse, habrá cumplido su finalidad.

[624] MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T, "Nuevas causas de impugnabilidad…", *op. cit.* p. 254, subraya, con acierto, la complejidad de la valoración *"cuando el asunto al que la información se refiere es de cierta amplitud, como sucede (…) con las decisiones que competen a la junta general ordinaria (aprobación de las cuentas, de la gestión y amplicación del resultado), para los que resulta oportuna casi cualquier solicitud de información que propicie la transpariencia de la gestión, y revele operaciones societarias de cierta trascendencia".* No obstante, creo que debemos diferenciar la necesaria amplitud que jurisprudencialmente se ha reconocido al derecho de información con ocasión de la aprobación de las cuentas con el carácter esencial de la información. Cuanta mayor amplitud potencial tiene la

Para auxiliar al órgano judicial en esa difícil labor, el legislador le proprociona dos medidas, una de corte más objetivo y otro puramente subjetiva. La información, dice el art. 204.3 b) ha de ser esencial para el ejercicio *razonable* por parte del *accionista o socio medio*[625]. No será razonable la petición exorbitante o abusiva; pero la medida de la razonabilidad se subjetiviza, identificándose con el socio medio, que se define mejor negativa que positivamente. No es socio medio el que fue administrador[626], pues tiene un conocimiento más profundo y detallado que el común de los socios y, por consecuencia, menor necesidad de información; ni tampoco lo es el abstencionista que rara vez interviene en la vida social[627]. En consecuencia, no será razonable el ejercicio de quien, siendo administrador, pide más de lo que precisa; como tampoco el de quien, por haberse apartado históricamente de la sociedad, tiene más necesidad de información, y, por ello, pide más lo que un socio medio necesitaría para formar su opinión.

El juez ha de hacer una valoración retrospectiva a fin de situarse hipotéticamente en la posición de ese socio medio (no necesariamente el

información, mayores son también las posibilidades de que en la misma confluyan aspectos esenciales, secundarios, accesorios, prescindibles, redundantes o innecesarios. La dificultad, en ese caso, será cribar cuál de esa información era realmente esencial.

[625] FARRANDO MIGUEL, I., *op. cit*. [RB 12.6] efectúa una enmienda de supresión del parámetro del socio medio, del que predica su "inhabilidad" para juzgar la lesión la lesión de un derecho que la jurisprudencia siempre ha reconocido como "personal" del socio. Además, precisa, la alusión al socio medio deja dudas sobre cuál ha de ser el parámetro de referencia, si la sociedad a la que el mismo pertenece o el tipo social en general.

[626] SAP de Madrid, sec. 28ª, de 15 de septiembre de 2023: *"Además, concurre otra circunstancia adicional que afecta al control de esencialidad de dicha petición de información. Tal cual indica el ya citado art. 204.3.b) TRLSC, el examen de resultar esencial la información es instrumental respecto del ejercicio de otros derechos y de su necesidad para el "socio medio". No parece que esta condición de socio medio puede predicarse de aquellos que reúnen el particular rasgo de haber sido miembros del Consejo de administración durante dos años completos de los tres a los que se referían las cuentas anuales, y la mitad del ejercicio restante, ya que su posición no es objetivamente subsumible en la tomada en consideración por la norma, el socio medio, que no será habitualmente administrador de la sociedad."*

[627] Para RECALDE CASTELLS, A., "Artículo 197", *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, edit. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, edición Proview, parágrafo [64], el socio medio es el que *"no es un insider ni un inversor profesional."* BOQUERA MATARREDONA, J., "El derecho del accionista….", *op. cit.,* p. 16, n. 11, subraya la similitud con el concepto de "consumidor medio", por lo que parecería que la norma se refiere al *"socio normalmente informado y razonablemente perspicaz y prudente"*, concluyendo que *"[e]l accionista administrador y el socio de control superan la calificación de socio medio"*, como también *"el socio inversor profesional".*

impugnante[628]) y valorar si, de haber dispuesto de la información correcta o suficiente, su voto se habría visto alterado. En otro caso, la impugnación claudica.

El estándar del socio medio, en definitiva, lo fija el juez, que, tengámoslo en cuenta, puede no tener a su vista a ningún otro socio de esa sociedad distinto del impugnante, salvo que intervengan voluntariamente como demandados o se solicite su declaración como testigos. Puede, incluso, que literalmente solo tenga al socio demandante "a su vista", pues quede privado de oírle porque la sociedad no interese su interrogatorio como parte. El estándar del socio medio, por tanto, tiende a la abstracción, aunque al aplicarse a una sociedad y acuerdos concretos el órgano judicial deba valorar las especiales circunstancias que puedan concurrir en ellos y que lo hagan merecedor de un mayor o menor caudal de información[629]. Por ello hubiese sido preferible[630] una fórmula más apegada al tenor del § 243.4 *AktG*, que restringe la nulidad al caso en que un accionista hubiera valorado objetivamente la información como un presupuesto indispensable para el ejercicio adecuado de sus derechos[631].

Venimos refiriendo conscientemente el carácter esencial al derecho de voto. No se vea en ello más que un intento de abreviar la fórmula legal, que abraza, a mayores, "*cualquiera de los demás derechos de participación"*, entre los que cabe incluir los previos, como la asistencia —pues un socio mal informado puede decidir

[628] La SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 11 de diciembre de 2020 destaca que *"la cuestión está en si los socios (no nuestros socios sino unos socios que respondan al parámetro abstracto del socio medio) precisaban la información que se les negó para poder ejercitar de forma razonable su derecho de voto".*

[629] MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., "El cribado del carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación de los acuerdos sociales en los supuestos de improcedencia de la acción", en Estudios sobre los órganos de las sociedades de capital, *Liber amicorum* Fernando Rodríguez Artigas y Gaudencio Esteban Velasco, AA.VV., Vol. I, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, consultado en formato Proview®, refiere el carácter esencial a *"la necesidad de la información para cualquier socio que pretenda participar, en esa sociedad y junta".*

[630] FARRANDO MIGUEL, I., *op. cit.,* RB-12.6 y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., "La restricción en los motivos de impugnación de los acuerdos sociales y su control en el proceso (art. 204.3). En particular, la impugnación por información insuficiente o errónea", en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 147, 2017, p. 25.

[631] Aunque son varias las traducciones manejadas por la doctrina, hacemos nuestra la de MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., en "Algunos problemas…", *op. cit.,* p. 69, que no es mejorada por la propia.

no acudir a la junta, confiado en que no le parará perjuicio— y los coetáneos, como la participación en la deliberación o la formulación de propuestas[632].

Como esos parámetros son por abstractos por definición, es preciso comprobar cómo operan en la práctica. Con carácter general la SAP de Madrid, sec. 28ª, de 24 de octubre de 2022 señala que es carga del impugnante *"acreditar (a) que se ejercitó el derecho de información antes de la junta (o en esta, en caso de limitadas) y (b) la relevancia de la información omitida, esto es, que el déficit informativo previo (por ser la información incorrecta o no facilitada) ha de ser esencial (lo cual habrá que solventar de forma casuística) para el ejercicio del derecho de voto, teniendo en consideración un parámetro objetivo y subjetivo , ya que el ejercicio debe ser "razonable" y por parte del "accionista o socio medio". En definitiva, que por esa falta de información el socio medio (no uno en el que concurran circunstancias específicas) no tenga los elementos de juicio precisos para ejercitar su derecho político de buena fe, y no de forma abusiva".*

La SAP de Alicante, sec. 8ª, de 29 de enero de 2018, resuelve que no resulta imprescindible para ejercer el derecho de voto sobre el punto del orden del día relativo a la renovación del auditor que el órgano de administración facilite el presupuesto de otros auditores si considera que el auditor que pretende renovar presta adecuadamente sus servicios, sin perjuicio de que los actores propongan en la junta otro auditor.

La SAP de Valencia, sec. 9ª, de 9 de mayo de 2016 rechaza la infracción del derecho de información por no haberse facilitado a la impugnante una copia de la escritura pública de transmisión de activos, ya que conocía previamente el precio de venta y, en consecuencia, el acceso al total contenido de la escritura pública no resultaba imprescindible para que el socio pudiera votar sobre los puntos del orden del día.

[632] MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., "Nuevas causas de impugnabilidad…", *op. cit.* p. 255, incluye, además, el derecho de representación y el complemento de convocatoria.

También resulta de interés la SAP de Madrid, sec. 28ª, de 15 de septiembre de 2023, pues deduce el carácter no esencial de la información del hecho de que, pese a denunciar que no le fue facilitada previamente al acto de la junta, reiteró en la misma la solicitud y aceptó el ofrecimiento de que le fuera suministrada después. O la sentencia de la misma sección de 13 de septiembre del mismo año, en que se niega el carácter esencial porque el actor ya había decidido el sentido de su voto y solicitaba la información para su empleo en otros procedimientos.

3. EL TEST DE RESISTENCIA.

La relación de supuestos de inimpugnabilidad se cierra con dos previsiones de naturaleza análoga, cuales son *(i)* la participación en la reunión de personas no legitimadas, salvo que esa participación hubiera sido determinante para la constitución del órgano y *(ii)* la invalidez de uno o varios votos o el cómputo erróneo de los emitidos, salvo que el voto inválido o el error de cómputo hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible.

Ambas son expresión del llamado "test de resistencia", cuya pertinencia, no obstante el silencio legal, era reconocida por doctrina[633] y jurisprudencia antes de la Ley 3/2014, como admite el Tribunal Supremo en sentencias de 15 de enero de 2014[634] y 24 de marzo de 2023.

En palabras del propio Tribunal, la prueba de resistencia se traduce en que, *"de la cifra originariamente considerada (para el quórum de constitución o para la*

[633] El reconocimiento de la operatividad del test de resistencia, aunque innominado, ya se encuentra en GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades anónimas, op. cit.,* p. 322, DUQUE FERNÁNDEZ, J., *Tutela…, op. cit.,* p. 151 y 152 *y* GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J. y URÍA GONZÁLEZ, R., en *Comentario…, op. cit.,* tanto en la edición de 1953, T. I, p. 632, como en la de 1976, T.I, p. 758.

[634] Sobre esta sentencia, entrada de 6 de febrero de 2014 de ALFARO ÁGUILA-REAL, J., en su blog "Derecho Mercantil" https://derechomercantilespana.blogspot.com/2014/02/gil-no-era-sutil.html; PEÑAS MOYANO, B., "Los acuerdos "inimpugnables": una categoría todavía atípica en el derecho español de sociedades, pero ya validada por la doctrina de la "prueba o test" de resistencia, en Revista de Derecho de Sociedades, núm. 43, 2014, consultada en versión digital (BIB 2014\3818); ÁVILA DE LA TORRE, A., "Comentario a la Sentencia del 15 de enero del 2014", en Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 96, 2014, consultada en versión digital (BIB 2014\3406).

mayoría), se restan el porcentaje en el capital (o los votos) atribuidos irregularmente a personas que no estaban legitimadas para asistir (o para votar). Si, tras realizar esta sustracción, con el restante porcentaje de capital asistente se alcanza el quórum suficiente, la junta se entiende válidamente constituida; en caso contrario, la junta es nula (y con ella los acuerdos adoptados) por estar irregularmente constituida. Y del mismo modo en lo que respecta al cálculo de la mayoría".

La prueba de resistencia es tan vieja como la acción de impugnación. En el capítulo I, en la labor de acopio de jurisprudencia francesa de la Ley de 1866, ya dábamos cuenta de su aplicación cuando se había permitido la asistencia de accionistas que no tenían derecho a intervenir en la junta (por no reunir el número mínimo de acciones) si, abstracción hecha de sus acciones y votos, subsistía el *quorum* de constitución necesario y una mayoría suficiente a favor de las resoluciones impugnadas (*Cass.* 20 de junio de 1888, 28 de junio de 1899, 4 de julio de 1911). El test se aplicaba con carácter indiscriminado, de suerte que la exclusión de socios que tenían derecho de asistencia tampoco comprometía la validez de las deliberaciones si se reunía el *quorum* legal y estatutario y los votos de los excluidos no habrían podido modificar el resultado de la votación (*Trib. Comm. Seine*, 2 de marzo de 1886 y 22 de diciembre de 1902). Con tal extensión no opera en el art. 204.3, pues la negación de la participación a quien está legitimado para asistir vicia los acuerdos sin que resulte de aplicación la regla de la resistencia[635]. Así lo expresa la STS de 15 de enero de 2014:

---

[635] FARRANDO MIGUEL, I., "Impugnación de acuerdos sociales y prueba de resistencia", en *Libro homenaje al profesor Vicent Chuliá*, AA.VV., Cuñat Edo, V., Massaguer, J., Alonso Espinosa, F. J. y Gallego Sánchez, E. (dirs.), edit. Tirant lo Blanc, 2013, p. 295; VIVES RUIZ, F., "Impugnación de acuerdos sociales…", *op. cit.,* p. 101; PEÑAS MOYANO, B., *op. cit.;* MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., "El nuevo régimen de impugnación…", p. 108 y nota 90, donde añade: *"A mi juicio, cuando el supuesto sea el de la emisión de votos inválidos, tampoco es descartable* a priori *que la participación de los socios que no debieron votar, y que pueden haber intervenido en la junta (haciendo uso de la palabra, planteando propuestas, solicitando información), haya podido influir en el sentido de otros votos, y por tanto en la adopción del acuerdo. Y, sin embargo, este es uno de los supuestos aceptados en los que corresponde aplicar la «prueba de la resistencia», esto es, la procedencia de estimaciones estrictamente aritméticas y no* cualitativas *respecto a la relevancia de la participación o voto emitidos. En el caso de la privación ilegítima de la participación, la improcedencia del test de la resistencia no debería vincularse, entiendo, a la potencial influencia de los socios que no participaron, sino a la gravedad intrínseca de la privación de derechos participativos."* La SAP de Madrid, sec. 28ª, de 15 de febrero de 2013, antes de reconocerse legalmente la prueba de resistencia, ya rechazó que fuera aplicable a la denegación de asistencia: *"la propuesta que efectúa la apelante, consistente en que se permita la modificación del acta de la junta para incluir el sentido del voto de las entidades demandantes (pues considera que el resultado final sería el mismo), en modo alguno contribuiría a solventar el problema de haber vetado*

> "Conviene advertir que esta regla se refiere únicamente a los casos en que se permitió de forma indebida la asistencia y el voto de quien no gozaba del derecho de asistencia o del derecho voto. No se extiende a los casos en que fue denegada de forma indebida la asistencia de quien sí gozaba de derecho para ello, pues en este segundo caso se impidió que su participación en la deliberación pudiera incidir en la conformación de la voluntad, más allá de la irrelevancia de su voto para alcanzar la mayoría exigida por la Ley."

Aunque parezca obvio, no debemos dejar de reseñar que tampoco opera el test de resistencia si lo infringido es el derecho de información, aunque el voto afectado sea intrascendente para el cómputo. De admitirse lo contrario, sería posible laminar siempre el derecho de información del minoritario.

Más modernamente la prueba de resistencia la recoge el *Codice Civile* italiano (art. 2377), de donde la toma la PCM de 2013 (art. 214-14) y, luego, la ley 31/2014. Limitada a los supuestos de votos abusivos la contempla igualmente el art. 58.1 b) del *Código das Sociedades Comerciais.*

El control opera de forma sucesiva, afectando primero a la constitución y luego a la votación. Incluso dentro de la votación el control puede ser múltiple[636] si son varios los acuerdos y distintas las mayorías aplicables., sin que pueda excluirse, a más a más, un último test si hubo un error en el cómputo de los votos. Por no afectar ni a la constitución ni a la votación es irrelevante la presencia en la junta —

la participación de la parte demandante en la junta. Al privarle del derecho de asistencia a la junta (artículo 48.2.c del TRLSA) no sólo se le impidió la posibilidad de votar, sino que también se le hurtó la de participar en la fase de debate y deliberación, y con ello de expresar su opinión con la lógica aspiración de influir en el parecer de otros; como también se le cercenó la facultad de ejercitar en la junta el derecho de información (artículos 48.2.d y 112.2 del TRLSA), mediante el planteamiento de preguntas al órgano de administración; todo esto no se satisfaría mediante el expediente propuesto por la parte recurrente, sino que exigiría la celebración de una nueva junta." No obstante, es posible encontrar alguna sentencia que aplica el test a todo evento, como la SJM nº 8 de Madrid de 19 de julio de 2023: *"lo que debe constatarse es si la infracción de existir (privación indebida del derecho de voto) tendría alguna incidencia, esto es, habría alterado el resultado de la votación en cuanto a la obtención de la mayoría exigible para la adopción del acuerdo, pues de lo contrario, el motivo es estéril. Dejar votar al socio o no hacerlo cuando su voto no altera la consecución de la mayoría necesaria para la adopción del acuerdo como tal, evidencia la irrelevancia del conflicto. El escrito de contestación a la demanda así lo evidencia, pero la demanda también permite inferir lo estéril del motivo, bastando para ello con la lectura de la página 36 al reconocerse que el voto era innecesario para que el acuerdo saliera adelante."*

[636] Tomo el calificativo "múltiple" de FARRANDO MIGUEL, I., *Ibidem*, p. 291, que se refiere a la "aplicación múltiple" de la prueba de resistencia.

aun indebida— de terceros que no tengan la consideración de socio ni actuén en su representación (letrados, asesores, auditores, etc.)[637].

Si se supera el test cuantitativo, el acuerdo subsiste. Queda al margen la posible influencia cualitativa que la asistencia del no legitimado haya podido tener en la voluntad de los que sí lo estuvieran[638], pues el legislador parte de la presunción de que el voto del resto de asistentes no habría mudado de sentido.

En el caso de voto del socio conflictuado se suscita la duda de si el test de resistencia resulta aplicable a los supuestos tipificados del art. 190.1 o éste ve reducido su ámbito operativo al art. 190.3. Podría entenderse que la mención expresa (y exclusiva) del test de resistencia en el ap. 3º implica que el test no opera en el ap.1º, pero el art. 204.3 d), que es el que regula, con carácter general, el test para los supuestos de votos inválidos, no distingue en función del motivo de impugnación, por lo que ya sea éste la infracción de ley (art. 190.1) o la lesión del interés social (art. 190.3), debemos someter el acuerdo a la prueba de resistencia[639].

---

[637] MIQUEL RODRÍGUEZ, J., "Acuerdos sociales: prueba de resistencia y cómputo de votos [art. 204.3 c) y d) LSC], en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, AA.VV., Academia Matritense del Notariado, ed. Colegio Notarial de Madrid, 2015, pp. 273 y 274.

[638] Como punta FARRANDO MIGUEL, I., *Ibidem,* p. 287, n. 17, *"ha de advertirse que el reconocimiento de la prueba de resistencia supone, en cierta medida, prescindir de la incidencia que la participación del asistente no legitimado ha podido tener en el desarrollo de la junta (p. ej. mediante sus intervenciones en la junta, solicitando información en la reunión, etc.)."*

[639] RECALDE CASTELLS, A., "Art. 190", *op. cit.,* [57] asevera que *"[l]a prueba de resistencia se impone ahora con un carácter general para impugnar cualquier acuerdo que obtuvo votos de socios en conflicto".* Ya bajo la vigencia del derogado art. 52 LSRL la citada SAP de Asturias de 31 de marzo de 2003 sometía el acuerdo al «test de resistencia» antes incluso de que el mismo fuere introducido por el legislador con la Ley 31/2014: *«La consecución de la infracción del deber de abstención es la nulidad del voto emitido por vulnerar la Ley. La nulidad de la declaración de voluntad en que se traduce el voto acarreará la nulidad del acuerdo adoptado tras ser esté sometido a la prueba de resistencia es decir tras constatar si una vez eliminado el voto indebidamente emitido el acuerdo reúne los requisitos para ser válido. La emisión del voto por el socio sujeto al deber de abstención provoca la nulidad del acuerdo cuando tal voto haya sido determinante para la adopción de dicho acuerdo, por ser contrario a la Ley.*

Según la doctrina, si el derecho se ejerciese pese a la situación constatada de conflicto, la consecuencia inmediata sería la nulidad del voto emitido partiendo del carácter de este último como negocio jurídico unilateral (J. Duque, F. Rodríguez Artiga, E. Galán Corona). Que de esa nulidad del voto no se deduce en cambio y de manera automática, la nulidad del Acuerdo de la Junta (otra cosa piensa J. Boquera Matarredona). Tratándose de una nulidad indirecta o derivada (J. Duque), su efectividad dependerá si el voto del socio en conflicto era o no determinante para el éxito del Acuerdo no cabe duda de la nulidad del Acuerdo (utilizando el argumento de la «prueba de resistencia» del Acuerdo E. Galán Corona). La tesis de la nulidad del Acuerdo cuando el voto haya sido decisivo para la adopción del Acuerdo por ser contrario a la Ley es sostenida también por otros autores (Carlos Martínez González) de modo que si no

Más compleja de resolver es la duda de cómo opera el test de resistencia en los casos de conflicto *plural*. En principio, el deber de abstención sólo opera en relación al acuerdo en que el conflicto se manifiesta. Si el conflicto es plural en cuanto al objeto, por ser varios los acuerdos afectados, el test ha de ser múltiple. El problema es cuando el conflicto es plural en los sujetos (*v. gr.* dos socios), pero cada exclusión se vota por separado y cada socio defiende estar solo conflictuado en el acuerdo que le afecta.

Siendo dos (o más) los socios a excluir, ¿la votación debe de hacerse de forma separada para cada uno de ellos (en cuyo caso en cada votación sólo debe abstenerse el afectado) o conjunta?

La STS de 9 de julio de 2007, interpretando el artículo 98.1 LSRL, declaró que una *"interpretación extensiva de este precepto (según la cual el acuerdo de exclusión puede votarse conjuntamente respecto de varios socios, permitiendo de esta forma, al quedar excluidas sus participaciones, alcanzar la mayoría necesaria exigida por el artículo 53.2.b] LSRL , cuando de otro modo no podría conseguirse), sería contraria al rigor con que debe interpretarse, como toda norma limitativa de derechos, un precepto que comporta la exclusión radical de los derechos del socio. Esta interpretación, asimismo, sería susceptible de alterar gravemente el funcionamiento de la sociedad, en especial en una sociedad cerrada, pues haría posible privar del derecho de voto a la mayoría de sus miembros con la consiguiente repercusión en el funcionamiento de la Junta; y son otros los principios generales que permiten salir al paso de situaciones en que el derecho de voto se ejercite de forma abusiva por varios socios de consuno impidiendo el funcionamiento de la sociedad."*

La Res. DGRN de 16 de octubre de 2000 se inclinó asimismo por la votación separada. La SAP de Barcelona, sec. 15ª, de 17 de octubre de 2007 cree, por el contrario, que es preciso distinguir aquellos supuestos en que el conflicto de interés que afecta a varios socios es distinto para cada uno de ellos —o siendo el mismo,

es decisivo quedará a salvo la impugnación del acuerdo por lesivo al interés social (José Manuel Calavia Molinero)».

concurren en cada socio circunstancias dignas de una apreciación específica— de aquellos otros supuestos en los que el conflicto detectado es idéntico para todos ellos y no existen circunstancias específicas que precisen de una atención individualizada:

> «En el primer caso, resulta razonable que la abstención opere de forma separada y por individuo, pudiendo participar en la votación los socios a los que la concreta situación de conflicto contemplada no afecte, ya que entonces su voto no está viciado por razón alguna. En consecuencia, sólo se excluirá del cómputo de la mayoría el voto "contaminado", no los de todos los socios. En el segundo caso, sin embargo, cuando todos los socios se ven afectados por la misma situación de conflicto, la misma respuesta supone dejar vacío de contenido el art. 52 LSRL y obviar el propósito legal.
>
> Como señala la doctrina, el art. 52 LSRL, al imponer la abstención del socio en conflicto de intereses, establece una presunción iuris et de iure de que el voto se destinará a satisfacer su interés extrasocial, que no va a votar lógicamente en contra de sus intereses particulares, de forma que encomienda al resto de socios no afectados que sea ellos quienes tomen el acuerdo, descontando el voto viciado del cómputo de la mayoría. El precepto parte de la idea de que, al ser los demás socios neutrales y ajenos a ese interés particular, no sólo el socio en conflicto debe ser excluido, sino que son los socios no afectados quienes deben conformar la voluntad social. Siendo así, la aplicación individual del deber de abstención en estos casos deja la formación de la voluntad social en manos de socios igualmente afectados por el mismo conflicto de intereses, no pudiendo afirmarse con la misma seguridad su neutralidad. Piénsese en casos como el presente, en que los dos administradores solidarios participan en entidades competidoras y tienen la mayoría del capital social: si no se aplica el deber de abstención en forma conjunta, el art. 52 nunca será de aplicación y el acuerdo se sustentará en votos viciados. El interés particular del socio también se extiende a que el voto del consocio, también afectado, no sea excluido, máxime si existen vínculos familiares, conyugales o de otro tipo».

Más recientemente, la SAP de Murcia, sec. 4ª, de 17 de noviembre de 2022, tras considerar "pacífico" que *"si en la misma junta general se decide la exclusión de varios socios es preciso que cada una se adopte en un acuerdo separado, de manera independiente (art 197* bis*), inclusive cuando la causa de exclusión que afecte a esta pluralidad de socios sea la misma",* concluye que *"el socio tiene prohibido votar en el acuerdo que le afecte a él directamente, pero no en los acuerdos de exclusión de los demás socios afectados"*.

La cuestión es discutible y discutida. Por ser meramente tangencial del test de resistencia, simplemente la dejamos apuntada[640].

4. EL INCIDENTE DE PREVIO PRONUNCIAMIENTO.

El art. 204.3 culmina con una especialidad procesal, al disponer que, *"[p]resentada la demanda, la cuestión sobre el carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación previstos en este apartado se planteará como cuestión incidental de previo pronunciamiento."*

La introducción de este incidente se debe a la propuesta que en tal sentido formuló el Consejo General del Poder Judicial en el Informe emitido sobre el Anteproyecto de Ley de mejora del gobierno corporativo el 29 de mayo de 2014 como cautela *"para el conocimiento temprano y sumario de las controversias menores relativas a la ponderación como irrelevantes de los defectos no invalidantes".* Alternativa o acumuladamente —el Informe no lo aclara— sugería (49) que *"con carácter preventivo, cabría regular que tratándose de acuerdos inscribibles se plantee esa incidencia ante el Registrador Mercantil que calificará si esa infracción es o no relevante, y si estima que no lo es y suspende la inscripción sea posible el recurso*

[640] CURTO POLO, Mª. M, "Artículo 190", *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Rojo-Beltrán (dirs.), T. I, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 1354, defiende que *"en el caso de que existan varios socios afectados en relación con algunas de las materias señaladas en el precepto será preciso adoptar un acuerdo individualizado para cada uno de ellos, de forma que no queden privados simultáneamente del derecho".* RECALDE CASTELLS, A, "Artículo 190", *op. cit.,* RL-1.3 se inclina por una interpretación restrictiva que excluya el deber de abstenerse en los conflictos indirectos, proponiendo como opción encauzar la impugnación (del acuerdo) por el abuso de mayoría del art. 204.1.II. En la SAP de Murcia citada en el texto lo que se tildaba de abusivo no era el acuerdo, sino el voto, y el fundamento no era el art. 204.1.II sino el art. 7 CC, lo que rechaza porque (i) *"[d]ifícilmente puede apreciarse ejercicio abusivo del voto cuando se presenta como razonable, al no ser pacífica la concurrencia de la causa de exclusión"* y (ii) *"[a]firmar que hay un bloqueo antijurídico porque se vota en contra de la expulsión es tanto como sostener que solo el voto a favor de la expulsión es el ajustado a la buena fe"*. Para IRIBARREN BLANCO, M., "Consecuencias de la infracción…", RR-4.7, *"la votación sobre la exclusión de socios ha de ser siempre separada (…) No obstante ello no supone que la exclusión conjunta sea siempre impugnable. No lo será (…) si las condiciones en que se encuentran los socios son iguales, de tal manera que el deber de igualdad de trato de la sociedad no hubiera permitido soluciones diferentes para todos"*, apuntando, además, que, si se concluyere que ha habido infracción de la regla de la votación separada del art. 197 *bis*, el acuerdo sería impugnable por tratarse de un vicio procedimental relevante del art. 204.3 a) *in fine.* A mi juicio, sin movernos del art. 204.3 a), más que un defecto procedimental relevante (que también), habría una infracción de las reglas de mayorías.

judicial contra las calificaciones negativas". "De esta manera —apuntaba— *se trata de establecer un sistema de filtros rápidos para depurar los defectos invalidantes más triviales y que no distraigan la actuación jurisdiccional de los temas relevantes del fondo"* (50). En el Informe emitido sobre el Anteproyecto de Código Mercantil, este organismo ya manifiesta (31) que *"[d]e las dos opciones en su día propuestas optaríamos por el trámite de depuración ante el Registro Mercantil en línea con la legislación alemana mencionada".*

De ese informe la tomó el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso para proponer su adición en la enmienda nº 58, que propuso un texto coincidente, palabra por palabra, con el reflejado finalmente en el precepto. La justificación a la enmienda poco aporta, salvo el reconocimiento de la paternidad de la idea:

> "Finalmente, siguiendo la propuesta del CGPJ, se incluye la previsión de que en el caso de ejercicio de acciones que, conforme a lo dispuesto en el artículo 204, no sean impugnables, la cuestión sobre su impugnabilidad se dilucide mediante cuestión incidental."

El incidente, ya lo anticipo, ha sido un absoluto fracaso. Su uso es prácticamente inexistente[641]. Diversos motivos conducen a ello.

El primero, la elección del cauce. Los incidentes de previo pronunciamiento son un cuerpo extraño en la propia Ley de Enjuiciamiento Civil. En mis más de veinte años ininterrumpidos de ejercicio en la jurisdicción civil (cuatro en juzgados de primera instancia y dieciséis en un juzgado de lo mercantil) puedo decir que nunca he tramitado un incidente de esta naturaleza[642]. En los diez años que han seguido a

[641] Entre el escaso éxito del incidente y que raramente los autos acceden a las bases de datos, las referencias son contadas y principalmente tangenciales, pues las hallamos, no sin esfuerzo, en las sentencias dictadas por las Audiencias contra la sentencia definitiva, en las que, bien en los antecedentes de hecho, bien en la fundamentación jurídica, dan noticia de su tramitación (o su falta).

[642] NIETO DELGADO, C., "El incidente de previo pronunciamiento sobre la relevancia del motivo de nulidad en la impugnación de acuerdos sociales: cuestiones prácticas", en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 147, 2017, pp. 111 y 112, confirma esta apreciación personal, asegurando que *"las propias previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Civil , reguladoras de las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento, probablemente se cuenten entre las menos aplicadas de todos el texto de la Ley Rituaria".*

la entrada en vigor de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, tampoco se me ha solicitado ningún incidente en la instancia ni lo he revisado en apelación.

En segundo lugar, los jueces tenemos cierta resistencia natural a anticipar pronunciamientos con influencia sobre el fondo[643]. En sede de medidas cautelares la LECiv nos obliga a realizar un juicio indiciario y provisional favorable al fundamento de la pretensión, pero "sin prejuzgar el fondo del asunto" (*cfr.* art. 728.2). En el incidente no hay un pronunciamiento sobre el fondo, que corresponde en exclusiva a la sentencia, pero el juez ha de pronunciarse sobre si el defecto procedimental es relevante, la información esencial o la participación, el voto o el cómputo erróneo son determinantes, pronunciamiento que, de ser positivo, le vincula de cara al dictado de la sentencia[644], donde podrá decir que no hay infracción, pero no negar que, de haberla habido, sería relevante o determinante[645].

---

[643] Clarividente, VIVES RUIZ, F., "La impugnación de acuerdos sociales en la reforma de la legislación mercantil", Conferencia leída el 4 de noviembre de 2014, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2014, p. 21, ya advertía que esto exigía de los jueces *"un cambio de hábitos",* pues *"ni siquiera utilizan en la práctica para esa finalidad el trámite de la audiencia previa."*

[644] NIETO DELGADO, C., *op. cit.,* p. 120, aclara que "*aunque no exista expresa previsión legal, parece que el Juez debería quedar vinculado por la previa declaración de no esencialidad efectuada en el incidente respecto de uno o varios motivos de impugnación, en atención al principio de cosa juzgada formal del artículo 207.3 LEC. Lo cual no deja de ser absurdo cuando, a la vista de las pruebas practicadas en el juicio principal, pueda constatarse que efectivamente se incurrió en error al no considerar esencial el vicio del acuerdo, no pudiendo ya modificarse esa apreciación. Sin embargo, peor sería que la autoridad judicial pudiera variar en la sentencia su anterior criterio, porque entonces todo el trámite del incidente de previo pronunciamiento habría resultado carente de objeto e innecesario.* Por eso VIVES RUIZ, F., *op. cit.,* p. 75, considera que algunos de los supuestos del art. 204.3 son, *"por su propia naturaleza, no aptos para una revisión incidental, puesto que sólo el análisis profundo del objeto de la litis permitirá un pronunciamiento sobre su relevancia".* En la misma línea, FARRANDO MIGUEL, I., "Los déficits informativos…", *op. cit.,* RB-12.7: *"[e]l juez deberá realizar una valoración* ex ante *sobre el fondo del asunto".* MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., "La restricción…", califica el incidente de *"juicio previo al juicio*" (p. 25), pues *"consume prácticamente el objeto del litigio"* (p. 27). Y, en relación con el carácter esencial de la información, la Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia de 17 de julio de 2019, no vacila en aseverar que convertirlo en cuestión de previo pronunciamiento significa *"disociar el juicio de fondo de forma injustificada y sin provecho alguno para su mejor éxito".*

[645] Como señalan ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y MASSAGUER FUENTES, J., *op. cit.,* RL-1.7, [108]: *"No pueden integrar el debate procesal en este trámite, en cambio, los aspectos sustantivos planteados por estos motivos de impugnación, esto es, (i) si los requisitos procedimentales a los que se refiere la letra a) del artículo 204.3 I fueron en efecto infringidos o no lo fueron, (ii) si la información mencionada en la letra b) del artículo 204.3 I era correcta o no lo era, o si fue en efecto proporcionada o no lo fue; (iii) si las personas de la letra c) del artículo 204.3 I estaban legitimadas para asistir a la junta o no lo estaban y si debieron tomarse en cuenta o no para proclamar la regular constitución de la junta; (iv) si el voto o votos a los que alude la letra d) del artículo 204.3 I fueron válidamente emitidos o no lo fueron, o si fueron correcta o incorrectamente computados."*

La heterogeneidad de los supuestos del art. 204.3 tampoco ayuda a fomentar el empleo del incidente, pues así como el test de resistencia no ofrece, en la mayoría de los casos, mayor complejidad, calificar un requisito como meramente procedimental y, ante todo, ponderar el carácter esencial de la información suscitan dificultades que se no se avienen con un pronunciamiento anticipado[646].

El art. 204.3 *in fine* no aporta ningún elemento de carácter procesal. Por tanto, tenemos que buscarlos en los arts. 390 y siguientes y discriminar, de entre ellos, qué previsiones resultan de aplicación a los supuestos del art. 204.3 y cuáles no.

El art. 390 comienza advirtiendo que *"[c]uando las cuestiones supongan, por su naturaleza, un obstáculo a la continuación del juicio por sus trámites ordinarios, se suspenderá el curso de las actuaciones hasta que aquéllas sean resueltas."* Cualquiera de los supuestos del art. 204.3, de prosperar, suponen un obstáculo a la continuación del juicio, por lo que se impone la suspensión del curso de las actuaciones. Podría pensarse —pensando bien— que una de las razones que subyace en la falta de incidentes es su efecto suspensivo, que va a suponer inevitablemente un retraso en las actuaciones; pero —pensando mal— creo que ese no es el motivo de que las partes no pidan la tramitación del incidente. Prefieren esperar a la sentencia. A ambas, según mi experiencia, les conviene el desgaste ajeno, aunque sea a costa del propio. A la actora, porque si la impugnación no responde a un fin legítimo (la anulación del acuerdo), sino que se encuadra en una estrategia de presión, cuando

[646] Máxime cuando, como advierte, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T, "El cribado del carácter esencial…", *op. cit.,* el incidente en ningún caso puede alcanzar a las infracciones que se aleguen de los arts. 272.2 y 3. Como los motivos de impugnación relativos al derecho de información suelen comprender alguno de esos extremos, la utilidad del incidente es muy relativa. Y, aun reducido el incidente a su objeto propio, señala la citada autora que, aunque *"se admita que éste es el caso (que la información es esencial, y por tanto, procede desestimar la demanda incidental), este pronunciamiento no anticipa una sentencia estimatoria de la impugnación. La información podría declararse esencial para el voto o la participación, desde el punto de vista del socio medio, y la sentencia podría ser desfavorable para el demandante por cuestiones sustantivas: porque la información no fue solicitada en tiempo, forma, o con la suficiente precisión como para ser atendida; porque no resultaba esencial para el socio que la solicitó, que estaba ya suficientemente informado (por ejemplo, por haber sido administrador o directivo recientemente), o bien porque concurría un motivo para denegar la información (y la participación del socio no alcanza el 25 por 100 del capital o el porcentaje inferior que indiquen los estatutos): la revelación de la información esencial perjudicaba gravemente a la sociedad o a sociedades vinculadas, o era susceptible de emplearse para fines extrasociales."* Por ello no ha de extrañar que la autora, como epílogo de su artículo, no dude al afirmar que en los casos de las letras a) y b) del art. 204.3 *"[e]l empleo del incidente (…) debería conducir raramente a la conclusión anticipada del proceso (…)"*

más se mantenga ésta, mejor; y, a la sociedad (*rectius*, la mayoría) mantener el *status quo* no le supone ningún perjuicio[647].

El art. 392 contiene un elenco no cerrado de cuestiones incidentales:

> 1.º Capacidad y representación de cualquiera de los litigantes, por hechos ocurridos después de la audiencia regulada en los artículos 414 y siguientes.
>
> 2.º Defecto de algún otro presupuesto procesal o a la aparición de un óbice de la misma naturaleza, siempre que hayan sobrevenido después de la audiencia prevista en los artículos citados en el número anterior.
>
> 3.º Cualquier otra incidencia que ocurra durante el juicio y cuya resolución sea absolutamente necesaria, de hecho o de derecho, para decidir sobre la continuación del juicio por sus trámites ordinarios o su terminación.

La simple enumeración no nos aporta ningún elemento de interés, pues en el incidente *ex* art. 204.3 *in fine* el objeto es distinto y tasado. Si hemos transcrito parcialmente el precepto es por la información temporal que nos suministra. Los dos primeros ordinales sitúan el incidente tras la audiencia previa y el tercero durante el juicio. Parece obvio que este marco temporal, de acogerse para el incidente de impugnación, fraustaría por completo su finalidad, que es depurar la acción en un momento liminar, anterior, en mi criterio, a la audiencia previa[648].

Aclarado donde debería ubicarse el incidente, procede afrontar quién puede pedirlo y por qué medio. En un natural discurrir de las cosas, la promoción del

---

[647] Y, al contrario, como señala NIETO DELGADO, C., *op. cit.,* p. 115, si lo promueve, *"se enfrenta al riesgo de que el Juez resuelva que, efectivamente, tiene entre manos algo grave. Algo que, desde una perspectiva estratégica, puede convenir más bien poco a los intereses de la sociedad, sobre todo si imaginamos escenarios de personas jurídicas con una actividad de cierta dimensión, que habrán de soportar durante todo el pleito los ecos de ese primer pronunciamiento desfavorable, quizás con repercusión mediática muy negativa".*

[648] No comparto, pues, la opinión de ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y MASSAGUER FUENTES, J., *op. cit.,* RL-1.7, [109] cuando afirman la posibilidad de plantear el incidente *"en el acto de la audiencia previa (…) e, incluso, tras ella siempre antes del inicio del juicio (arg.* ex *artículo 393.1 LEC)".* Me parece más oportuna la ubicación procesal que hace MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., "El cribado del carácter esencial…", *op. cit.,* cuando afirma que *"[e]s la sociedad quien puede hacerlo* (interponer el incidente), *si lo considera oportuno, en la contestación a la demanda o mediante un escrito presentado antes de la misma".*

incidente corresponde a la parte demandada[649] en su escrito de contestación[650], en cuanto hecho impeditivo de la prosecución del procedimiento, si bien nada impide que se interese antes, como tampoco después[651], si bien siempre por escrito[652].

Ya se pida en el escrito de contestación (normalmente por otrosí), ya en uno *ad hoc*, el art. 392.1 exige que al escrito se acompañen los documentos pertinentes y se proponga la prueba (se entiende la documental de que no se disponga —art. 265.2— y la prueba no documental); en ese mismo escrito *"se indicará si, a juicio de quien proponga la cuestión, ha de suspenderse o no el curso normal de las actuaciones hasta la resolución de aquélla".* La suspensión, por tanto, no puede acordarse de oficio; es rogada y condicionada a que las cuestiones alegadas "*supongan, por su naturaleza, un obstáculo a la continuación del juicio por sus trámites ordinarios"* (art. 390).

La admisión se ventilará por providencia *"sucintamente motivada"* (art. 393.1), que acordará —si procediere— *"el curso ordinario de las actuaciones"* (art. 393.2). La inadmisión debe adoptar forma de auto y deviene obligada cuando afecte a una cuestión que *"no se halle en ninguno de los casos anteriores"* (art. 392.2). Adaptado el tenor del art. 392.2 al incidente que comentamos, si a través del incidente pretendiere suscitarse un extremo ajeno al art. 204.3, el juez debe inadmitirlo de plano[653].

---

[649] Para ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y MASSAGUER FUENTES, J., *op. cit.,* RL-1.7, [106] y [107], la legitimación activa es exclusiva del demandado. NIETO DELGADO, C., *op. cit,* p. 116 y 117 no excluye desde el punto de vista teórico la posibilidad de que el promotor sea el propio demandante, aunque, tras subrayar la contradicción interna que ello supone (que sea el actor quien cuestione un hecho constitutivo de su demanda), concluye que en la práctica será poco probable.

[650] Según FARRANDO MIGUEL, I., *op. cit.,* RB-12.7, "[c]omo muy tarde".

[651] En un *"escrito* ad hoc*",* ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y MASSAGUER FUENTES, J., *op. cit.,* RL-1.7, [110].

[652] Tampoco comparto la tesis de ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y MASSAGUER FUENTES, J., *op. cit.,* RL-1.7, [110] cuando afirman que el incidente puede plantearse "*verbalmente en la audiencia previa"* [110]. Aun presumiendo —y es mucho presumir— que el demandado prefiriera la oralidad, el incidente es de tramitación escrita para ambas partes.

[653] A veces la depuración no llega en trámite de admisión, sino en el propio auto. En el AJM nº 15 de Madrid de 5 de mayo de 2022 (cuyo conocimiento nos llega por venir parcialmente extractado en la sentencia de ese mismo juzgado de 30 de junio de 2023), el juez desestima el incidente porque *"no estamos ante una infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la ley sino ante una cuestión sustantiva anterior (…): si Dña. Milagros debía tener inscrita o no en el Registro Mercantil su designación como persona física representante de RICARDO BORRÁS E HIJOS, SL".*

Que el incidente no pueda extenderse a aspectos distintos de los previstos en el art. 204.3 (y, dentro de éstos, a los que el demandado indique[654]) no excluye que el objeto de la impugnación sea más amplio y descanse en otros motivos. En este caso la función del incidente es simplemente depurativa, como advertía el Informe del CGPJ. Si el incidente, de acogerse, no va a poner fin al procedimiento sino solo evitar que "*los defectos invalidantes más triviales (…) distraigan la actuación jurisdiccional de los temas relevantes del fondo",* es fácil de comprender la baja capacidad de estímulo que tiene la parte demandada para promoverlo[655] y el juez para admitirlo a trámite[656].

Una vez admitido a trámite el incidente, la LECiv prevé que el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado del escrito en que se plantee la cuestión a las demás partes (en nuestro caso, actora y, de existir, otros demandados), quienes podrán contestar lo que estimen oportuno en el plazo de cinco días.

Formada la pieza con las alegaciones escritas de las partes, se citará a las partes a una comparecencia, que se celebrará conforme a lo dispuesto para las vistas de los juicios verbales. Aunque la ley no lo contemple, si las partes no proponen más prueba que la documental, la comparecencia es prescindible; para ello habría que

---

[654] Por la SAP de Valencia, sec. 9ª, 13 de octubre de 2021 tenemos conocimiento del dictado por el Juzgado Mercantil nº 4 de Valencia de un auto de 5 de marzo de 2020 considerando esencial la información hurtada al socio; la sociedad demandada no alegó como objeto del incidente —pudiendo hacerlo— un error de cómputo en la votación, lo que impidió al juez entrar a conocer de ese motivo de impugnación.

[655] Como ejemplo, la SJPI nº 6 de Lérida, en la que el juez, tras estimar el incidente y rechazar la infracción del derecho de información, acaba dictando sentencia anulando el acuerdo de aprobación de las cuentas por quebranto de la imagen fiel y, a mayores, abusivo.

[656] En el caso de lo que denomina impugnaciones "complejas" (con motivos ajenos al ámbito incidental), NIETO DELGADO, C., *op. cit.,* p. 118 propone que *"el incidente debería directamente inadmitirse".* La solución que apunta es tentadora, pero no se compadece con el tenor del art. 392.2. Aunque hago mía —acaso de *lege ferenda*— su apreciación (p. 119) de que *"[s]i la resolución estimatoria de la cuestión no ha de permitir la terminación del pleito, es absurdo que la misma haya de sustanciarse* a limine litis *y las demás no",* por lo que propone *"una reducción teleológica"* para que el incidente solo se admita *"cuando el test de esencialidad afectase a todos los motivos de impugnación alegados y precisamente se promoviese frente a todos los motivos de impugnación".* En ocasiones el juez opta por una vía oblicua y simplemente prescinde de tramitarlo, lo que, por más que reprobable, no es motivo de nulidad de actuaciones, como declara la SAP de Madrid, sec. 28ª, de 7 de marzo de 2022 porque el recurrente *"no explica, alega ni justifica en modo alguno por qué la circunstancia de que el Juez* a quo *haya resuelto la cuestión en sentencia, en lugar de por medio del incidente previo, le causaría indefensión".*

forzar el tenor del art. 393.4.I, que difiere la admisión de la prueba al mismo acto de la vista y dictar en sustitución de ese trámite oral una resolución escrita, susceptible de reposición. El reenvío al verbal lo es también, a falta de norma especial, a las reglas para citación de partes, testigos o peritos (art. 440.IV).

Finalmente, practicada la prueba, el juez resolverá —por medio de auto— en el plazo de diez días; si acordare poner fin al proceso, cabrá recurso de apelación, y si decidiere su continuación, no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que la parte perjudicada pueda impugnar la resolución al apelar la sentencia definitiva (art. 393.5).

CONCLUSIONES

I.- Consideraciones generales.

1.- Con la Ley 31/2014 el terreno de lo impugnable ha mutado de forma considerable. De la sencillez de la Ley de 1951 se ha pasado a un juego de excepciones y contraexcepciones que hace muy complejo catalogar qué impugnaciones tienen perspectivas de prosperar y cuáles no.

2.- Tras la Ley 31/2014 los jueces de lo mercantil tenemos menos ocasión de enjuiciar la legalidad de los acuerdos, pues muchas de las infracciones de ley (las meramente procedimentales o no determinantes del voto) no son aptas para sustentar una acción impugnatoria. Desde esta perspectiva cuantitativa, la ganancia frente al régimen previgente es indudable

II.- Causas de impugnación.

3.- *Infracción de ley como causa de impugnación.* El término "ley" debe ser objeto de la más amplia interpretación tanto en *continente* (toda norma con rango de ley e, incluso, inferior) como en *contenido* (normas de la propia LSC como las extracorpóreas recogidas en el derecho común, civil o mercantil, y en la normativa especial o reglamentaria) y *naturaleza* (normas imperativas y dispositivas)

4.- El acuerdo también puede ser impugnable por violar preceptos reglamentarios de la junta o el consejo, que, por afectar a extremos de índole formal u organizativa, solo serán cauce de impugnaciones por defectos procedimentales.

5.- La lesión al interés social es una causa de impugnación autónoma, que no requiere (pero no excluye) la previa violación de un precepto legal o estatutario. De hecho, es frecuente que nuestros tribunales anulen por lesivos acuerdos que (también) son contrarios a la ley o a los estatutos, quizás guiados por la causa de impugnación que ha sido expresamente invocada en la demanda

6.- La excepción de orden público debe ser invocada en la demanda por la parte que pretende su amparo, sin que quepa su introducción en una alegación posterior, ni en sede de recurso, como tampoco la apreciación de oficio.

7.- Para que exista un abuso de mayoría se exige de forma acumulativa, que (i) el acuerdo no responda a una necesidad razonable de la sociedad y (ii) se adopte por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.

8.- El carácter acumulativo de los presupuestos implica que, de faltar cualquiera de ellos, el acuerdo no será abusivo *ex* art. 204.2.II, sin perjuicio de que pueda serlo al amparo del art. 7 CC. Por ello, si el acuerdo responde a una necesidad razonable de la sociedad, el juez debe detener su examen, pues no en vano la justificación del acuerdo desde el punto de vista del interés de la sociedad convierte automáticamente en justificado el detrimento del interés de la minoría, siendo irrelevante que del acuerdo se siga entonces un beneficio de la mayoría

9.- Más que una *necesidad* razonable, nuestros tribunales vienen exigiendo que el acuerdo *responda a* una *justificación* razonable. Si no es preciso que el acuerdo sea necesario para los intereses de la sociedad, sí ha de ser conveniente y conducente a su consecución. La conveniencia, además, en cuanto causa justificativa de su adopción, ha de ser razón *suficiente*, sustancial y no cosmética. Si los jueces no podemos identificar la conveniencia al interés social como razón (auto)suficiente del acuerdo, esa razón debemos buscarla en otro círculo de intereses, que no pueden ser otros que los de la mayoría que impone su adopción.

10.- Los requisitos de *interés propio* y *detrimento ajeno* tienden a identificarse, de suerte que, descartada la existencia de una "necesidad razonable" de la sociedad y presente el detrimento injustificado de la minoría, el interés propio de la mayoría acabará siendo objeto de presunción.

11.- Tras la tipificación del abuso de derecho societario, la invocación del abuso de derecho genérico —al menos como causa autónoma de impugnación— se halla en franca regresión.

12.- Aun ajustándonos a la jurisprudencia sobre impugnación de acuerdos contrarios a pactos parasociales, es posible, con el actual listado de causas de impugnación, conceder mayor margen a la impugnación del acuerdo que infringe un pacto parasocial omnilateral, bien por entender que el acuerdo enfrenta la ley (art. 7 CC), lesiona el interés social que el pacto encarna o se impone mediante abuso de mayoría. La opción por una u otra causa dependerá de las circunstancias del caso concreto

III.- Objeto de la impugnación

13.- La impugnación puede alcanzar a todos los acuerdos adoptados en junta o solo a algunos de ellos. La ley no contempla —aunque tampoco excluye— la impugnabilidad de las juntas. En buena técnica jurídica, lo impugnable son los acuerdos, no el acto de la junta en sí.

14.- Si el vicio afecta a la convocatoria de la junta, no hay problema de índole procesal para que el juez, impugnada la junta, entienda que son (todos) los acuerdos en ella adoptados los impugnados. Si el actor impugna selectivamente solo algunos de ellos, el juez no puede declarar la nulidad de la junta, pues ello implicaría conceder más de lo pedido (incongruencia *ultra petita*), extendiendo la nulidad a acuerdos no impugnados. Como tampoco puede, si se impugna la junta pero el vicio invalidante afecta a uno de los acuerdos de forma privativa, sin comprometer a los restantes, declarar la nulidad de aquélla, sino que debe reducir la nulidad al acuerdo contaminado.

15.- Cualquiera que sea la razón de la impugnación selectiva, los jueces no debemos tolerarla. Si hay un vicio —no meramente procedimental— que afecte a la junta, se ha de extender a todos los acuerdos: o son nulos todos o no lo es ninguno. El mero hecho de que el actor excluya alguno de la impugnación debe suponer la desestimación de la demanda, so pena de admitir que la junta sea válida para unos acuerdos y nula para otros.

16.- Si la junta es meramente informativa, esto es, en la misma no se adopta acuerdo alguno, ya porque así se ha previsto, ya por fracaso de todas las iniciativas, la misma carecerá de trascendencia jurídica a efectos impugnatorios.

17.- Las actuaciones preparatorias de una junta no son impugnables de forma autónoma. En cuanto preceden a la junta, no constituyen *acuerdo*.

18.- La convocatoria incumbe al órgano de administración. Si reviste la forma de administración única, solidaria o mancomunada, la convocatoria es un *acto* del administrador único, de alguno de los solidarios o de los mancomunados de consuno, y, como tal, no impugnable.

19.- Si el vicio de convocatoria procede de estar viciado el acuerdo de convocatoria del consejo, lo más prudente es impugnarlo, antes o al tiempo que los acuerdos de la junta. No obstante, los vicios de convocatoria de ordinario son extraños al acuerdo del consejo y radican en actos de ejecución (publicaciones, comunicaciones o envíos) que, en sí mismos, no son impugnables, sin perjuicio de que, por no ajustarse a la ley o a los estatutos (o por ajustarse en demasía) la junta pueda entenderse defectuosamente convocada y acabe contaminando a todos los acuerdos en ella adoptados.

20.- Tampoco son impugnables los actos obstativos al pleno ejercicio del derecho de información o examen documental (art. 272.2 y 3) anteriores a la junta, al margen de que puedan viciar los acuerdos afectados.

21.- Del mismo modo, las actuaciones posteriores —generalmente ejecutivas o instrumentales— del acuerdo, tampoco son directamente impugnables; declarada su nulidad, si esos actos han tenido reflejo registral, serán cancelados como consecuencia del efecto expansivo de la declaración de nulidad, que afecta, no solo a la inscripción del acuerdo en sí (que deberá ser cancelada), sino a los *"asientos posteriores que resulten contradictorios con ella"* (art. 208); si esos actos no han trascendido al registro, el órgano de administración deberá simplemente removerlos a fin de ajustarse a lo decidido por el órgano judicial.

IV.- Revocación, sustitución o confirmación del acuerdo.

22.-. Si la revocación precede a la impugnación del acuerdo primitivo, la acción impugnatoria queda enervada; no es causa de inadmisión de la demanda ni puede, por ser una cuestión de fondo, conducir al archivo en la audiencia previa, pero sí a una sentencia desestimatoria por falta de acción. Si la revocación subsigue a la impugnación, el art. 204.2 determina su archivo.

23.- Si la sentencia de primera instancia hubiese declarado la nulidad de un acuerdo, y con posterioridad a su dictado, la sociedad adoptara un nuevo acuerdo que revoca el anulado, no estamos ante una carencia sobrevenida de objeto del procedimiento, sino ante una carencia sobrevenida de objeto del recurso, pues la Audiencia no puede dejar sin efecto la sentencia de primera instancia sino es mediante su revocación; en cambio, si la sentencia de instancia hubiese sido desestimatoria, y, estando pendiente de resolución la apelación del socio, la sociedad revoca ese acuerdo, la carencia sobrevenida afectaría al entero procedimiento y, con él, al recurso.

24.- La condena en costas a que se refiere el art. 22.2 LECiv no comprende todas las causadas hasta ese instante procesal, sino exclusivamente las devengadas en ese incidente de oposición, sin alcanzar a pronunciarse sobre las devengadas hasta entonces en el procedimiento principal.

25.- Si el juez, tras la comparecencia del art. 22.2 LECiv, sigue adelante, decidirá sobre las costas del incidente en el auto y sobre las del procedimiento principal en su sentencia; ahora bien, si acuerda el archivo, la ley prevé quién soporta las costas del incidente, pero guarda silencio sobre las del procedimiento principal. Ante ese silencio, habrá que atender a la actitud de las partes, dentro del proceso y fuera de él.

26.- Si la sociedad deja sin efecto el acuerdo impugnado *lite pendente* y el socio, ante el traslado, manifiesta su conformidad a la carencia sobrevenida de objeto pero solicita la condena en costas a la sociedad, el juez debe convocar la comparecencia del art. 22 y en ella decidir, no ya sobre la carencia de objeto (en que

las partes convienen) sino solo sobre las costas; y ahí el juez tendrá que hacer una doble valoración:

c) *Costas del procedimiento principal*. Habrá de verificar si la carencia sobrevenida trae causa de una actuación interna de la sociedad o externa; si es imputable a la sociedad, deberá imponerle las costas; en otro caso, cada parte soportará sus costes. El socio no podrá ser condenado en las costas del procedimiento principal salvo que la carencia de objeto no sea sobrevenida, sino inicial; e incluso en ese supuesto, el trámite no será el del art. 22, sino el dictado de una sentencia sobre el fondo.

d) *Costas del incidente.* El art. 22.2 las impone a quien viere rechazadas sus pretensiones. Aquí las pretensiones en discordia no son proseguir o archivar, sino quién paga las costas del procedimiento principal; si el juez ha decidido que las pague la sociedad, rechazando su pretensión de que cada parte soporte las suyas, deberá cargar también con las costas del incidente; si decide no imponer a ninguna de las partes las costas del procedimiento principal, en puridad está rechazando la pretensión del socio de que las sufra la sociedad, lo que ha de llevar, según el precepto, a imponerle las costas del incidente.

27.- Si el socio se opone al archivo por causa distinta a las costas y el juez acuerda poner fin al procedimiento, le impondrá las costas del incidente y, en cuanto a las del principal, decidirá, como en el supuesto anterior, en función de si el acontecimiento que supone la desaparición sobrevenida del objeto está o no dentro del poder de actuación de la demandada

28.- El acuerdo revocatorio priva de efectos al revocado a partir del momento su adopción y con efectos *ex nunc.* Entretanto, aquel acuerdo despliega la plenitud de sus efectos, a salvo el caso en que su eficacia venga suspendida por voluntad de la junta o, cautelarmente, por voluntad judicial

29.- La remoción de efectos y la reparación de los daños y perjuicios que el acuerdo haya podido causar —o esté causando— al impugnante constituyen

pretensiones no necesariamente ejercitables de forma accesoria a la impugnatoria; el demandante puede, a su elección, concentrar en una sola demanda todas sus pretensiones (impugnación, remoción y reparación) o repartirlas de forma estratégica. El art. 400 LECiv obliga a agotar hechos, fundamentos y títulos jurídicos que vayan referidos a una misma pretensión ("lo que se pida en la demanda", reza el precepto), pero no a acumular todas las acciones que asistan al actor, por más que vayan referidas a un mismo acuerdo.

30.- La junta puede limitarse a dejar sin efecto el acuerdo primitivo o puede proceder, en unidad de acto o de forma sucesiva, a dictar otro con un contenido total o parcialmente diverso. En puridad, solo podemos hablar de acuerdo sustitutorio cuando el nuevo acuerdo tiene como objeto tanto la revocación del primitivo como su sustitución por otro de contenido total o parcial distinto. Si la sociedad decide disociar en dos acuerdos la revocación y la nueva reglamentación de los intereses sociales no estaremos, propiamente, ante un acuerdo sustitutorio, sino ante una revocación seguida de la adopción de un nuevo acuerdo.

31.- El acuerdo primitivo habrá desplegado efectos hasta el momento en que el acuerdo sustitutorio comience a desplegar los suyos. Si el acuerdo sustituido no había sido impugnado, ya no podrá serlo, pero el socio podrá instar la remoción de los efectos producidos en el ínterin y la reparación de los daños propios; si la sustitución es posterior a la demanda, procederá el archivo por carencia sobrevenida de objeto.

32.- Para que el acuerdo sustitutorio produzca efectos la ley exige que la sustitución sea *válida*. Esa validez debe examinarla el juez que está conociendo de la impugnación del acuerdo a sustituir; si bien la validez comprende aspectos formales y materiales, el control que aquí hace el juez solo puede extenderse a los primeros: regularidad de la convocatoria, formación de las mayorías, votación y proclamación del resultado. Lo que no puede realizar el juez es un control de la validez material del acuerdo; la comparecencia *ex* art. 22 LECiv no es un antejuicio.

33.- Si el control de la validez material del acuerdo sustitutorio queda excluido de la comparecencia del art. 22 LECiv, de ello se sigue, como necesaria consecuencia, que el acuerdo sustitutorio puede ser impugnado de forma autónoma;

y puede serlo, no solo por esos posibles vicios materiales que el juez está impedido de apreciar, sino también por los formales.

V.- Inexistencia de acuerdo y acuerdos desestimatorios.

34.- Ausente el acuerdo la impugnación no resultaría, en principio, posible ni necesaria. Si no existe acuerdo, pero a su través quisiere exigirse algo del socio, bastaría con que este hiciera valer la inoponibilidad, ya que el sometimiento de los socios que proclama el art. 159.2 lo es a los acuerdos, no a lo que no lo son. Pero el mecanismo de la inoponibilidad puede no ser bastante cuando hay una apariencia de acuerdo (falsedad del acta); en tal caso, en que el acuerdo inexistente se presenta como existente, es dable la impugnación. Podría, por tanto, distinguirse entre inexistencia material y jurídica, de modo que cuando la inexistencia es material, bastaría la inoponibilidad; mas cuando es jurídica —acuerdo aparente— sería posible la impugnación.

35.- La categoría de acuerdos negativos tiene un ámbito más reducido que el de los acuerdos inexistentes. Los acuerdos negativos, en realidad, son propuestas que han sido rechazadas por la junta. Como un acuerdo puede ser también positivo o negativo según la junta se obligue a un hacer o no hacer, parece más adecuado hablar de acuerdos estimatorios o desestimatorios. Si no hay acuerdo, el primer impulso sería negar la posibilidad de su impugnación; pero, en verdad, sí hay acuerdo, mas distinto al pretendido.

36.- Deberían descartarse, por equívocas, las denominaciones de acuerdo inexistente y acuerdo negativo para, en su lugar, hablar de inexistencia de acuerdo y de acuerdos desestimatorios (de una propuesta).

37.- La "declaración" o "sustitución" de la voluntad social debería limitarse a aquellos acuerdos cuyo contenido u oportunidad venga determinado por la ley o los estatutos y agotarse en los acuerdos potencialmente binarios, en que solo hay dos alternativas posibles (la rechazada por el órgano social y la que la ley o los estatutos imponen).

38.- En aquellos supuestos en que el órgano judicial "declara" el acuerdo, el régimen normal de impugnación de los arts. 204 y ss. LSC se ve sustituido por el régimen de recursos de la LECiv. Los socios, según su interés, podrán optar por demandar o, si hubieren votado a favor del acuerdo desestimatorio, coadyuvar con los demandados para mantener la validez del acuerdo (art. 206.4 LSC). Si no hicieren ni una cosa ni otra, no les queda sino asumir el efecto *erga omnes* de la sentencia (art. 222.3.III LECiv).

39.- En los casos de bloqueo (por empate o no alcanzarse mayoría cualificada), si se pretende que el juez declare el acuerdo, excluyendo el voto del socio que infringió su deber de lealtad a la sociedad y/o sus consocios, lo procedente es ejercitar una acción declarativa —de la existencia del acuerdo— y no una impugnatoria, que tiene por objeto la declaración de nulidad/ineficacia de un acuerdo (aquí inexistente) y no de un voto. Esa acción declarativa, ya se ejercite de forma acumulada o en compañía de la impugnatoria, debe quedar sujeta al mismo régimen de legitimación y caducidad que la acción de impugnación.

40.- En los casos en que el juez reacciona al atesoramiento abusivo de beneficios acordando el reparto, si la sociedad no ha conseguido acreditar que el atesoramiento responde una justificación razonable, se podría sostener que lo más conforme al ánimo de lucro que está en la base del contrato social es repartir todos los beneficios.

VI.- Causas de (in)impugnabilidad.

41.- La franquicia de impugnabilidad del art. 204.3.a) no alcanza a todo vicio de procedimiento, sino tan solo a la infracción de requisitos *meramente* procedimentales. Vicio procedimental, en sentido lato, es todo aquel que afecta al procedimiento de adopción del acuerdo (Título V, para la junta, capítulo VI del Título VI, para el consejo). Pero ni todas las normas de procedimiento están allí contenidas, ni todas las allí incluidas son procedimentales. Entre esas normas hay algunas que son sustantivas y otras procedimentales, unas cuya infracción es relevante y otras que no lo es. Intentar extraer de la ley una categoría químicamente pura de

infracciones meramente procedimentales es tarea vana y cede ante la utilidad de un estudio casuístico

42.- La infracción del derecho de información como causa de impugnación queda reducida, en anónimas, a la infracción *previa* a la junta cuando la información incorrecta o no facilitada hubiera sido *esencial* para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación. De faltar el elemento temporal y/o el objetivo, el acuerdo deviene inimpugnable.

43.- El art. 197.5 no resulta aplicable a limitadas, si bien se propone de *lege ferenda* la concepción unitaria, sin distinción entre sociedades no cotizadas.

44.- El calificativo de "esencial" implica que la información ha de ser imprescindible para un ejercicio razonable del derecho de voto o de los demás derechos de participación. Si la información es accesoria o directamente prescindible o, en todo caso, no variaría el sentido del voto, su privación no puede erigirse en motivo de impugnación. Determinar cuándo la información era esencial es un aspecto puramente valorativo, que el legislador abandona a la discrecionalidad judicial

45.- La medida de la razonabilidad se subjetiviza, identificándose con el "socio medio", que se define mejor negativa que positivamente. No es socio medio el que fue administrador, pues tiene un conocimiento más profundo y detallado que el común de los socios ni tampoco lo es el abstencionista que rara vez interviene en la vida social.

46.- El estándar del socio medio tiende a la abstracción, aunque al aplicarse a una sociedad y acuerdos concretos el órgano judicial deba valorar las especiales circunstancias que puedan concurrir en ellos. El juez ha de hacer una valoración retrospectiva a fin de situarse hipotéticamente en la posición de ese socio medio (no necesariamente el impugnante) y valorar si, de haber dispuesto de la información correcta o suficiente, su voto se habría visto alterado. En otro caso, la impugnación claudica.

47.- En el supuesto del art. 204.3.c), la participación ha de serlo en calidad de socio, resultando indiferente la asistencia de terceros autorizados. El caso inverso, esto es, la negación de la participación a quien está legitimado para asistir, vicia los acuerdos sin que resulte de aplicación la regla de la resistencia.

48.- No opera el test de resistencia si lo infringido es el derecho de información, aunque el voto afectado sea intrascendente para el cómputo.

49.- En el incidente del art. 204.3 *in fine* no hay un pronunciamiento sobre el fondo, que corresponde en exclusiva a la sentencia, pero el juez ha de pronunciarse sobre si el defecto procedimental es relevante, la información esencial o la participación, el voto o el cómputo erróneo son determinantes, pronunciamiento que, de ser positivo, le vincula de cara al dictado de la sentencia, donde podrá decir que no hay infracción, pero no negar que, de haberla habido, sería relevante o determinante.

50- La promoción del incidente corresponde a la parte demandada en su escrito de contestación, en cuanto hecho impeditivo de la prosecución del procedimiento, si bien nada impide que se interese antes, como tampoco después, si bien siempre por escrito.

BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ DÍAZ, Mª. A., "La delimitación de los supuestos de infracción de requisitos procedimentales en los que se excluye la impugnabilidad de los acuerdos sociales [art. 204.3.a) LSC]", en *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad Cotizada*, AA.VV., T. I, edit. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

- *La impugnación de los acuerdos del consejo de administración de la sociedad anónima*, edit. Civitas, Madrid, 1998.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. ("Los principios configuradores del tipo societario", publicado en Almacén de Derecho, 20 de febrero de 2017, https://almacendederecho.org/los-principios-configuradores-del-tipo-societario).

- "Los pactos parasociales de Riera Beaune", publicado en Almacén de Derecho el 20 de marzo de 2019, disponible en https://almacendederecho.org/los-pactos-parasociales-de-riera-baune; última consulta el 15 de abril de 2024.

- "Cuando acaba la sequía: la obligación de repartir dividendos", en Revista de Derecho de Sociedades, núm. 70, enero-abril de 2020.

- "El fundamento de la impugnabilidad ex art. 204 de los acuerdos sociales que infringen un pacto parasocial omnilateral", publicado en Almacén de Derecho el 31 de mayo de 2023, disponible en https://almacendederecho.org/el-fundamento-de-la-impugnabilidad-ex-art-204-lsc-los-acuerdos-sociales-que-infringen-un-pacto-parasocial-omnilateral; última consulta el 15 de abril de 2024.

- "El presidente de la junta", Almacén de Derecho, 26 de enero de 2018, https://almacendederecho.org/presidente-la-junta, última consulta el 15 de abril de 2024.

- "Op Ed: la facultad de proclamar adoptado un acuerdo y la carga de impugnarlo", Almacén de Derecho, 25 de junio de 2021, https://almacendederecho.org/op-ed-la-facultad-de-proclamar-adoptado-un-acuerdo-y-la-carga-de-impugnarlo, última consulta el 15 de abril de 2024.

- "Gil no era sutil. La Sentencia Atlético de Madrid del Tribunal Supremo", en su blog "Derecho Mercantil", https://derechomercantilespana.blogspot.com/2014/02/gil-no-era-sutil.html; última consulta el 16 de abril de 2024.

- "La retribución de los consejeros ejecutivos y los estatutos sociales", publicado en Almacén de Derecho el 5 de marzo de 2018, disponible en https://almacendederecho.org/la-retribucion-los-consejeros-ejecutivos-los-estatutos-sociales, última consulta el 23 de abril de 2024;

- "Los problemas contractuales en las sociedades cerradas", Indret, núm. 308, 2005, disponible en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/308_es.pdf, última consulta el 10 de abril de 2024.

- "Rifiuti ingiustificati", en su blog "Derecho Mercantil", entrada de 13 de febrero de 2018, disponible en https://derechomercantilespana.blogspot.com/2018/02/rifiuti-ingiustificati.html, última consulta 25 de abril de 2024

- *Interés social y derecho de suscripción preferente*, Madrid, 1995.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y CAMPINS VARGAS, A., "Abuso de la mayoría en el reparto de dividendos y derecho de separación del socio en las sociedades de capital", en *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias Prada*, Edit. Civitas, 1ª ed., Cizur Menor, 2014.

- "Sobre la condena al reparto de los dividendos en los supuestos de atesoramiento abusivo de beneficios. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2023", en Revista de Derecho Mercantil, núm. 328, abril-junio de 2023.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y MASSAGUER FUENTES, J., "Artículo 204", en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014) [Sociedades no cotizadas]*, AA.VV., Juste Mencía (Coord.), edit. Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor 2015.

ALONSO ESPINOSA, F.J., "El derecho de información del accionista ejercitado verbalmente durante la junta tras la Ley 31/2014 (anotaciones al art. 197.5 LSC)", en *Junta General y consejo de administración en la sociedad cotizada*, AA.VV., Fernando Rodríguez Artigas, Luis Fernández de la Gándara, Jesús Quijano González, Alberto Alonso Ureba, Luis Antonio Velasco San Pedro y Gaudencio Esteban Velasco (Dirs.), edit. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

- "Los requisitos "meramente procedimentales" en la impugnación de acuerdos sociales", en Revista de Derecho Mercantil, núm. 321, julio-septiembre, 2021.

ALONSO LEDESMA, C., "La naturaleza del reglamento de la junta y su infracción como causa de impugnación de los acuerdos sociales", en *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada*, AA.VV., Fernando Rodríguez Artigas, Luis Fernández de la Gándara, Jesús Quijano González, Alberto Alonso Ureba, Luis Antonio Velasco San Pedro y Gaudencio Esteban Velasco (Dirs.), T. I, edit. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, 1ª edit., febrero de 2016.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., "Remuneración de administradores: ¿qué hay que acordar en Junta tras la STS de 26 de febrero de 2018?", blog Hay Derecho, 27 de mayo de 2018, accesible en https://www.hayderecho.com/2018/05/27/remuneracion-de-administradores-que-hay-que-acordar-en-junta-tras-las-sts-de-26-de-febrero-de-2018/, última consulta 14 de abril de 2024.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L., en "Una propuesta de redacción alternativa del artículo 348 bis LSC", en La Ley Mercantil, núm. 33, febrero de 2017.

ANSÓN PEIRONCELY, R., *La Ley y el Reglamento de 1848 sobre compañías mercantiles por acciones*, tesis doctoral disponible en E-prints Complutense, Madrid, 2014.

AREÁN LALÍN, «La distinción entre Juntas ordinarias y extraordinarias en la sociedad anónima», en La Ley, 1986-I.

ARROYO MARTÍNEZ, I., "Artículo 56", Comentarios a la ley de Sociedades de responsabilidad limitada, Arroyo, Embid y Górriz (Coords.), 2ª ed, edit. Tecnos, Madrid, 2009.

- "Reflexiones en torno al interés social", Revista de Derecho Mercantil, nº 240, 2001, pp. 421-440. También en *Summa*, Derecho de Sociedades, Vol. III.

ASCARELLI, T., "Interesse sociale e interesse comune nel voto", Rivista trimestrale de diritto e procedura civile, 1951.

ÁVILA DE LA TORRE, A., "Comentario a la Sentencia del 15 de enero del 2014", en Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 96, 2014.

BENAVIDES VELASCO, P., "El derecho de información de los socios en las sociedades de capital", en Revista de Derecho Mercantil, núm. 302, 2016.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., "Los acuerdos impugnables en la sociedad anónima", *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Vol. I, 1995.

BÉRGAMO LLABRÉS, A., *Sociedades anónimas*, vol. III, Madrid, 1970.

BIGIAVI, W., "Notas sobre el anteproyecto de la nueva ley española de sociedades anónimas", Revista de Derecho Mercantil, nº 27, 1950.

BLAYA GONZÁLEZ, M., "Dudas y reflexiones a propósito de la STS de 11 de enero de 2023", en el blog de Hay Derecho, https://www.hayderecho.com/2023/03/15/dudas-y-reflexiones-a-proposito-de-la-sts-de-11-de-enero-de-2023/, publicado el 15 de marzo de 2023, último acceso 29 de abril de 2024.

BONARDELL LENZANO, R., "Modificación del régimen de subsanación de acuerdos sociales (arts. 204.2 y 207.2 LSC)", en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, AA.VV., Academia Matritense del Notariado, edit. Colegio Notarial de Madrid, 2015.

BOQUERA MATARREDONA, J., "El derecho del accionista a la información", en Revista de Derecho Mercantil, núm. 300, abril-junio de 2016.

- "El ejercicio abusivo del derecho de información por parte del socio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *Estudios Jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, AA.VV., V. I, edit. Tirant lo Blanc, Valencia, 2011.

BÜHLER, S. y VON DER CRONE, H.C., "Positive Beschlussfeststellungsklage. Bundesgerichtsurteil 4A_48/2014 vom 2. Juni 2014 i.S. A. AG (Beschwerdeführerin) gegen B. (Beschwerdegegner)", en Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, Revue suisse de droit des affaires et du marché financier, Núm. 5, 2014, p. 579, disponible en https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:850222c4-3eb2-4a05-8ca9-13eedbabcf55/SZW_5_2014_Positive%20Beschlussfeststellungsklage.pdf, última consulta 24 de abril de 2024

CABALLOL I ANGELATS, "Artículo 115", Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, ARROYO-EMBID (dirs), ed. Tecnos, Vol. II, Madrid, 2001.

CABANAS TREJO, R., "Cambios en el régimen de la junta general de las sociedades de capital en la reforma del gobierno corporativo (Ley 31/2014, de 3 de diciembre)", en Diario La Ley, núm. 8442, 16 de diciembre de 2014.

- "Nuevo régimen de plazos y cómputo de la caducidad de la acción de impugnación (art. 205.1 y 2 LSC", en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, AA.VV., Academia Matritense del Notariado, edit. Colegio Notarial de Madrid, 2015.

- "La sentencia del Supremo sobre la retribución del consejero ejecutivo ¿y ahora qué?", en Diario La Ley, núm. 9193, 9 de mayo de 2018,

CAMPINS VARGAS, A., "Derogación singular de los estatutos sociales", en Revista de Derecho Mercantil, núm. 242, 2001.

- "El acta de la junta: un comentario al art. 202 LSC", Almacén de Derecho, 2 de julio de 2018.

CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., "Las juntas generales y las juntas especiales en las sociedades anónimas. Comentario de la STS de 9 de diciembre de 2010", en Revista de Derecho Patrimonial, núm. 27, 2011-2.

CARLÓN SÁNCHEZ, L., "Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial, MOTOS, M., y ALBALADEJO M. (dirs.), t. XXIII, Edersa, Madrid, 1984.

CARNELUTTI, F., "Ecceso di potere nelle deliberazioni dell'asemblea", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1926, nº 24.

CARRASCO PERERA, A., "La (im)procedencia de impugnar acuerdos societarios sobre la base del abuso de derecho de los socios", en Gómez Acebo & Pombo, Análisis, marzo de 2018.

CASTAÑER CODINA, J., "Acuerdos sociales contrarios al orden público (arts. 205.1 y 206.2 LSC), en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, AA.VV., Academia Matritense del Notariado, edit. Colegio Notarial de Madrid, 2015.

CENTONZE, M., "Qualificazione e disciplina del rigetto della proposta (c.d. «delibera negativa»)", *Rivista delle società*, núm. 2-3, 2007.

CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU, A.L., *L'abus de majorité, de minorité et d'egalité*. *Étude comparative des droits français et américain des societés*, ed. Dalloz, 2010.

CIAN, M., «Abus d` égalité, tutela demolitoria e tutela risarcitoria», nota a Trib. Catania 10 de agosto de 2007, Corriere giuridico, 2008, Vol. 25, nº 3.

- *La deliberazione negativa dell'assemblea nella società per azioni*, ed. Giappichelli, Torino, 2003.

COHEN BENCHETRIT, A., "Comentario a la STS, Sala primera, de 26 de febrero de 2018, sobre retribución de administradores sociales: determinación del ámbito subjetivo del principio de determinación estatutaria de la remuneración. Retribución del consejero con funciones ejecutivas", en Revista de Derecho de Sociedades, núm. 53, 2018.

CONDE TEJÓN, A., "De la nulidad/anulabilidad a la impugnabilidad de los acuerdos sociales. La caducidad de la acción de impugnación [art. 205 LSC y art. 495.2 c) LSC], en *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad Cotizada, op. cit.,* T. I.

CURTO POLO, Mª. M, "Artículo 190", *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Rojo-Beltrán (dirs.), T. I, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2011.

DAVID, R., *La protection des minorités dans les sociétés pas actions*, Recueil Sirey edit., Paris, 1929.

DE CASTRO MARTÍN, J.L., "La reafirmación de la voluntad social (delimitación del supuesto de hecho del art. 111.3 LSA", en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, T. II, Sociedades Mercantiles, edit. Civitas, Madrid, 1996,

DE CASTRO Y BRAVO, F., "Crisis de la sociedad anónima. Reflexiones sobre la proyectada reforma legislativa", Revista de Estudios Políticos, nº 49, vol. XXIV, 1950.

- "La Sociedad Anónima y la deformación del concepto de persona jurídica", Anuario de Derecho Civil, nº 4, 1949.

- "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", Anuario de Derecho Civil, Vol. 35, nº 4, 1982.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, vol. II, 1978.

DE LA OLIVA SANTOS, A., "¿Debe limitarse el derecho de impugnación de los acuerdos en las sociedades anónimas cotizadas?", en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 104, 2006.

DE SOLÁ CAÑIZARES, F., "Comentarios al anteproyecto español de reforma de la sociedad anónima", Revista de Derecho Mercantil, nº 26, 1950.

- *La sociedad de responsabilidad limitada en el nuevo Derecho español*, Madrid, 1954.

- *Le droit espagnol des sociétés anonymes,* edit. Sirey, París, 1947.

- *Tratado de Sociedades de responsabilidad limitada en el derecho español*, edit. Rosas Bayer, Barcelona, 1951.

DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, N., *Los acuerdos del consejo de administración, Especial referencia a su régimen de impugnación*, edit. Bosch, Barcelona, 1999.

DÍAZ MORENO, A., "Artículo 197", en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014) [Sociedades no cotizadas]*, AA.VV., Juste Mencía (Coord.), edit. Thomson Reuters Civitas, 2015, versión digital

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., "Los procedimientos judiciales en la nueva legislación societaria", Revista La Ley, núm. 1, 1990.

DOUGUI, N., "Les origines de la libération des sociétés de capitaux à responsabilité limitée, 1856-1863", Revue d´histoire moderne et contemporaine, T. 28, nº 2, abril-juin 1981.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J., "La lista de asistentes en la junta general de la sociedad anónima", Revista de Derecho Mercantil, nº 86, 1962, *Summa* Revista de Derecho Mercantil, Derecho de Sociedades Volumen I.

- *Tutela de la minoría. Impugnación de acuerdos lesivos (art. 67 LSA)*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1957.

EDER, Ph. J., "La reforma de la sociedad anónima española", Revista de Derecho Mercantil, nº 26, 1950.

EMBID IRUJO, J.M., "Notas sobre la impugnación de acuerdos sociales en la Ley española de Sociedades Anónimas", Noticias de la Unión Europea, nº 121, 1995.

EMPARANZA SOBEJANO, A., "El reglamento de la junta de accionistas tras la nueva Ley 26/2003, de 17 de julio, de transparencia de las sociedades cotizadas", Revista de Derecho de Sociedades, núm. 21, 2003.

ESTEBAN VELASCO, G., "La Junta General de la sociedad anónima: funcionamiento y, en particular, las funciones del Presidente", en Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, núm. 20, 1994, pp. 7 a 31

- «Algunos aspectos relevantes de la regulación de la Junta General de socios en la nueva Ley de sociedades de responsabilidad limitada de 1995», en Estudios de Derecho Mercantil homenaje al profesor Justino Duque Domínguez, Valladolid, 1998, Tomo I.

- *El poder de decisión en las sociedades anónimas, Derecho Europeo y reforma del Derecho español*, Edit. Civitas, Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1982.

- Voz "Presidente", Enciclopedia Jurídica Básica, III, Madrid, 1995.

FACHAL NOGUER, N., "El derecho de separación como mecanismo de protección del socio: propuesta para combatir las situaciones de abuso", en Revista de Derecho Mercantil, núm. 314, 2019.

FAIRÉN GUILLÉN, V. *El proceso en la Ley de Sociedades Anónimas (estudio sobre los artículos 67 a 70*), Barcelona, 1964.

FARRANDO MIGUEL, I., "Cuestiones (y propuestas) sobre la impugnación de la junta de socios", en *Liber Amicorum* Juan Luis IGLESIAS PRADA, 1ª ed., 2014.

- "Impugnación de acuerdos sociales y prueba de resistencia", en *Libro homenaje al profesor Vicent Chuliá*, AA.VV., Cuñat Edo, V., Massaguer, J., Alonso Espinosa, F. J. y Gallego Sánchez, E. (dirs.) edit. Tirant lo Blanc, 2013.

- "La excepción de orden público a la caducidad de la acción de impugnación de acuerdos sociales", en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje el profesor José María Muñoz Planas*, AA.VV., Piloñeta Alonso e Iribarren Blanco (Coords), edit. Civitas, Madrid, 2011.

- "La reforma de la LSC y el régimen transitorio de la impugnación de acuerdos sociales (1)", Diario La Ley, núm. 8491, 2015.

- "Los déficits informativos como causa de impugnación de los acuerdos sociales [arts. 197.5 y 204.3.b) LSC], Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad Cotizada, AAVV, T. I, edit. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "El enforcement societario y registral de los pactos parasociales", en Revista de Derecho de Sociedades, núm. 29, 2007.

- "El escaso éxito del reglamento de junta de accionistas como instrumento de revitalización de ese órgano", Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 104, 2006.

- "El misterio de la remuneración de los administradores de las sociedades no cotizadas", en Revista de Derecho Mercantil, núm. 297, 2015, versión digital (BIB 2015\4108).

FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R. y GIMENO-BAYÓN COBOS, R., *Praxis mercantil, Sociedades mercantiles, sociedades anónimas: Junta general y administradores*, Barcelona, 1991.

FERRI, G., "Ecceso di potere e tutela della minoranza", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1934, I.

FISCHER, R., *Las sociedades anónimas. Su régimen jurídico*, edit. Reus, Madrid, 1934.

FONT RIBAS, A., "Comentario a la Sentencia del TS de 13 de octubre de 1983", Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 1983, nº3.

FUENTES NAHARRO, M., "El accionista depredador. Un acercamiento a su figura y su problemática a partir de la experiencia comparada", en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 128/2012.

- *El presidente de la junta general de las sociedades de capital*, Revista de Derecho de Sociedades, monografía nº 48, 2020, ed. Thomson Reuters.

GALGANO, F., *La societá per azioni. Le altre società di capitale. Le cooperative*, edit. Zanichelli, 3ª ed., Bolonia, 1978

GALLEGO CÓRCOLES, A., "La impugnación de acuerdos de la junta general por abuso de mayoría", en Revista de Derecho Mercantil, núm. 308, abril-junio de 2018.

GÁLLEGO LANAU, M., *La junta exclusivamente telemática en las sociedades de capital cerradas*, monografía núm. 51, Revista de Derecho de Sociedades, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

GAMBINO A., "Nuove prospettive del conflitto d'interessi assembleare nella società per azioni", *Studi in ricordo di P.G. Jaeger*, Giuffrè, 2011.

GANDÍA PÉREZ, E., "La impugnación como remedio eficaz frente al atesoramiento abusivo de beneficios", La Ley Mercantil, nº 100, marzo 2023.

GARCÍA DE ENTERRÍA, J., "La impugnación de acuerdos sociales. Una visión práctica", en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, AA.VV., Academia Matritense del Notariado, edit. Colegio Notarial de Madrid, 2015.

- "Los efectos de la declaración de nulidad de los acuerdos sociales", en Revista de Derecho Mercantil, núm. 290.

GARCÍA GARCÍA, E., "Impugnación de acuerdos sociales: Experiencia judicial", en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, AA.VV., Academia Matritense del Notariado, edit. Colegio Notarial de Madrid, 2015.

GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M., "El derecho de separación del socio por cambio del objeto social", Boletín Mercantil Uría Menéndez, nº 80, 2019, accesible en https://www.uria.com/es/publicaciones/6727-el-derecho-de-separacion-del-socio-por-cambio-del-objeto-social, última consulta 25 de abril de 2024.

- "El problema de la insuficiencia de los dividendos", publicado en Almacén de Derecho el 28 de febrero de 2023, https://almacendederecho.org/el-problema-de-la-insuficiencia-de-los-dividendos, última consulta de 29 de abril de 2024.

- "Los grupos de casos de acuerdos abusivos", en Boletín Mercantil Uría-Menéndez, núm. 76, 2019, disponible en https://www.uria.com/es/publicaciones/6522-los-grupos-de-casos-de-acuerdos-abusivos, última consulta 7 de abril de 2024.

GARRIGUES DÍAZ- CAÑABATE J., "El derecho de información del accionista", Estudio Homenaje a don Nicolás Pérez Serrano, vol. I, Madrid, 1959.

- "La protección de las minorías en el derecho español", RDM, nº 72, 1959, pp. 249-268, recopilado posteriormente en *Summa* RDM, Vol. I.

- "Nulidad e impugnabilidad de los acuerdos de la Junta General de la sociedad anónima", Revista de Derecho Mercantil, nº 3, 1946.

- "Reforma, contrarreforma y ultrarreforma de la sociedad anónima", Revista de Derecho Mercantil, nº 26, 1950.

- *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, GARRIGUES DÍAZ- CAÑABATE J., URÍA GONZÁLEZ, R., T. I, 2ª ed., Madrid, 1953.

- *Curso de Derecho Mercantil*, T. II, 7ª ed., 1976.

- *Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas,* Editorial Revista de Derecho Privado, 1933.

- *Tratado de Derecho Mercantil*, II, Madrid, 1947, edit. Revista de Derecho Mercantil.

- "Sindicatos de accionistas", Revista de Derecho Mercantil, 1955.

GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., GONZÁLEZ, J., DE LA PLAZA, M., URÍA, R., RODRÍGUEZ GIMENO, A., PALAO, J.E. y SÁINZ DE BUJANDA, F., *Reforma de la Sociedad Anónima*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1947.

GARROTE CRESPO, P., "Derecho de información: aplicación y desarrollo por parte de las audiencias Provinciales de la jurisprudencia de la STS 531/2013, de 19 de septiembre", en La Ley Mercantil, núm. 8, 2014.

GIMENO RIBES, M., "Las propuestas de acuerdo en las sociedades no cotizadas", Revista de Derecho de Sociedades, nº 68, mayo-agosto 2023, versión Proview.

GIMENO SENDRA, J.V., *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas y cooperativas*, edit. Civitas, Madrid, 1981

- *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas y cooperativas*, 2ª ed., Madrid, 1985.

- *La reforma procesal mercantil*, Valencia, 1990

GIRÓN TENA, J., "Las sociedades mercantiles en el Código de Comercio", Centenario del Código de Comercio, AAVV, Vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986.

- "Sociedades y Bolsa", en Coloquio de Derecho Bursátil, Bilbao, 1970.

- *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952.

GÓMEZ ORBANEJA, E., "El proceso de impugnación de la Ley de Sociedades Anónimas", Revista de Derecho Privado, 1955.

GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C., "¿Puede el juez imponer un dividendo concreto en un procedimiento de impugnación del acuerdo de aplicación del resultado?", publicado en Almacén de Derecho el 17 de febrero de 2023, última consulta 26 de abril de 2024, https://almacendederecho.org/puede-el-juez-imponer-un-dividendo-concreto-en-un-procedimiento-de-impugnacion-del-acuerdo-de-aplicacion-del-resultado,

GUASCH MARTORELL, R., "La difícil comprensibilidad y justificación de la regulación dualista del derecho de información del socio en las sociedades de capital no cotizadas", Revista de Derecho Mercantil, núm. 315, enero-marzo 2020.

GUERRERO LEBRÓN, Mª. J., "Propuestas para la tutela de los minoritarios en casos de modificación de facto del objeto social en las sociedades cerradas: el derecho de separación", en Revista de Derecho de Sociedades, núm. 68, 2023.

GUERRERO TREVIJANO, C., "La reserva estatutaria en materia de remuneración de administradores (A propósito de la STS de 26 de febrero de 2018)", en La Ley Mercantil, núm. 45, 2018.

GULLÓN BALLESTEROS, A. ("Artículo 6", Comentario del Código Civil, Vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

HAUSMANN, F., *Vom Aktienwesen und vom Aktienrecht, Mannheim-Berlín-Leipzig,* 1928 y

HOUPIN, CH. y BOSVIEUX, H., *Traité général theorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, T.II, edit. Recueil Sirey, 5ª ed., Paris, 1925.

IGLESIAS PRADA, «El Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y la empresa familiar», Revista General de Derecho, 1994.

IRIBARREN BLANCO, M., "Consecuencias de la infracción de una prohibición de voto por conflicto de intereses en la junta general", en La Ley Mercantil, núm. 92, junio 2022.

- "La impugnación de los acuerdos negativos de la junta general de la sociedad anónima: rechazo de la propuesta de ejercer acciones contra los administradores. Comentario a la Sentencia de 2 de junio de 2015"; Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 101, 2016.

- "Más sobre acuerdos negativos y deberes de fidelidad de los socios", Almacén de Derecho, 7 de septiembre de 2016.

- "La impugnación de los acuerdos negativos de la junta general", Revista de Derecho Mercantil, nº 304, abril-junio 2017.

- "Exclusión plural de socios", Revista de Derecho de Sociedades, núm. 65, mayo-agosto 2022, versión digital

JIMÉNEZ DE PARGA, R., "La impugnación de los acuerdos sociales en la ley reguladora de la sociedad anónima", Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Broseta Pont, AA.VV., T.II, edit. Tirant lo Blanc, Valencia, 1995.

JUSTE MENCÍA, J. y CAMPINS VARGAS, A., "Interpretación del régimen legal de retribución de administradores. A propósito de la STS de 26 de febrero de 2018", en Revista de Derecho de Sociedades, núm. 53, 2018.

JUSTE MENCÍA, J., «Legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social», *La responsabilidad de los administradores*, ROJO-BELTRÁN (Dirs.), Ed. Tirant lo Blanch, 5.ª ed.

- *Los derechos de la minoría en la sociedad anónima*, Revista de Derecho de Sociedades, Monografía, núm. 3, 1995.

KLEIN, F., *Die neueren Entwicklugen in Verfassung und Recht der Aktiengesellschaft*, Manz, 1904.

LANGLE, E., *Manual de Derecho Mercantil Español*, I, 1950.

LARA GONZÁLEZ, R., "Impugnación sucesiva de cuentas anuales: el efecto arrastre (art. 204.1 LSC)", en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, AA.VV., Academia Matritense del Notariado, edit. Colegio Notarial de Madrid, 2015,

LATORRE CHINER, N., "La impugnación de acuerdos por infracción de requisitos procedimentales [art. 204.3.a) LSC]", en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, AA.VV., Rodríguez Artigas, F., Farrando Miguel, I. y Tena Arregui, R. (Dirs.), Academia Matritense del Notariado, Madrid, 2015.

LEHMANN, K., *Die geschichtliche Entwicklung des Aktienrechts bis zum Code de Commerce*, edit. Carl Heymanns, Berlín, 1895.

LÓPEZ CURBELO, J., "Algunas consideraciones en torno al artículo 116 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989", Actualidad Civil, núm. 2, 1992.

MARÍN DE LA BÁRCENA, F. "El Tribunal Supremo interpreta el régimen de retribución de los administradores de las sociedades de capital tras la reforma de 2014 (STS 1ª de 26 de febrero de 2018)", en blog Gómez-Acebo & Pombo, accesible en https://www.ga-p.com/publicaciones/el-tribunal-supremo-interpreta-el-regimen-de-retribucion-de-los-administradores-de-las-sociedades-de-capital-tras-la-reforma-de-2014-sts-1a-de-26-de-febrero-de-2018/

- "Impugnación de acuerdos y pactos parasociales: STS 1ª de 17 de noviembre de 2020 (caso Duro Felguera)", accesible en https://www.ga-p.com/publicaciones/impugnacion-de-acuerdos-y-pactos-parasociales-sts-1a-de-17-de-noviembre-de-2020-caso-duro-felguera/; última consulta el 15 de abril de 2024.

- "La impugnación de acuerdos negativos (art. 204.1 LSC)", en El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital, AA.VV., Academia Matritense del Notariado, ed. Colegio Notarial de Madrid, 2015.

- "Pactos sociales omnilaterales (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 7 de abril de 2022)", en Gómez-Acebo & Pombo, Análisis, julio de 2022.

- "Proclamación de acuerdos y acciones declarativas del resultado de una votación", Revista de Derecho Mercantil, núm. 276, 2010

MARTÍ DE EIXALÁ, R., *Instituciones de Derecho Mercantil de España*, 8ª ed., Barcelona, 1879.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., "'Nuevas tendencias sobre el alcance del derecho de información en relación con las cuentas anuales, ejercitado por minorías cualificadas en sociedades cerradas: SSTS de 1 de diciembre de 2010, 21 de marzo de 2011, 21 y 30 de noviembre de 2011 y 16 de enero de 2012", en Revista de Derecho de Sociedades, núm. 38, 2012.

- "De nuevo sobre tres tópicos del derecho de información del accionista: su ejercicio por un consejero, su alcance respecto de la contabilidad y la posible actuación abusiva de la minoría. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 26 de septiembre de 2005", en Revista de Derecho de Sociedades, núm. 26, 2006.

- "El cribado del carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación de los acuerdos sociales en los supuestos de improcedencia de la acción", en Estudios sobre los órganos de las sociedades de capital, *Liber amicorum* Fernando Rodríguez Artigas y Gaudencio Esteban Velasco, AA.VV., Vol. I, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

- "El derecho de información del accionista en los supuestos de ampliación del orden del día. Su ejercicio en los supuestos de asistencia telemática de la Junta general", en Revista de Derecho de Sociedades, núm. 26, 2006.

- "El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos de las juntas generales en las sociedades de capital: las causas de invalidez y los motivos de inimpugnabilidad", en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 137, 2015.

- "La restricción en los motivos de impugnación de los acuerdos sociales y su control en el proceso (art. 204.3). En particular, la impugnación por información insuficiente o errónea", en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 147, 2017.

- "Los acuerdos adoptados con abuso de mayoría en perjuicio de los socios minoritarios", en Revista de Derecho Mercantil, núm. 310, 2018.

- "Los supuestos de exoneración del deber de información a los accionistas por los administradores", en Revista de Derecho de Sociedades, núm. 45, 2015.

- "Nuevas causas de impugnabilidad: defectos informativos (arts. 197.5 y 204.3.b. LSC)", en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, AA.VV., Rodríguez Artigas, F., Farrando Miguel, I. y Tena Arregui, R. (Dirs.), Academia Matritense del Notariado, Madrid, 2015.

- "Reformas en materia de derecho de información (modificación del art. 197.4 LSC)", en Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto-ley 13/2010, Ley 2/2011, Ley 25/2011 y Ley 1/2012), AA.VV., Rodríguez Artigas, F., Farrando Miguel, I. y González Castilla, F. (Dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, 2ª edit., Cizur Menor, 2012.

- "Algunos problemas en torno al ejercicio del derecho de información y el cumplimiento de la obligación de informar en la junta exclusivamente virtual y en la junta «híbrida»", en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 165, enero-marzo 2022.

MARTÍNEZ ROSADO, J., "El derecho a presentar propuestas de acuerdo en la junta general convocada", en Estudios sobre los órganos de las sociedades de capital, *Liber amicorum* Fernando Rodríguez Artigas y Gaudencio Esteban Velasco, AA.VV., Vol. I, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

MARTÍNEZ SANZ, F., "La impugnación de acuerdos del consejo de administración por infracción del reglamento del consejo (art. 251.2 LSC", en *Junta General y consejo de administración en la sociedad cotizada*, AA.VV., Fernando Rodríguez Artigas, Luis Fernández de la Gándara, Jesús Quijano González, Alberto Alonso Ureba, Luis Antonio Velasco San Pedro y Gaudencio Esteban Velasco (Dirs.), edit. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P., "El derecho de información del accionista de una sociedad anónima de carácter familiar: A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de septiembre de 2013", en Revista de Derecho Mercantil, núm. 291, 2014.

MARTÍN-RETORTILLO, C., "El acta de la Junta general de accionistas. Su aprobación y efectos", Anuario de Derecho Civil, 1954, 4.

MASSAGUER FUENTES, J., "Artículo 206", en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014) [Sociedades no cotizadas]*, AA.VV., Juste Mencía (Coord.), edit. Thomson Reuters Civitas, 2015.

- "La propagación de la ineficacia de los acuerdos de la junta general de las sociedades de capital, en Revista de Derecho Mercantil, núm. 319, 2021.

MEGÍAS LÓPEZ, J., "Abuso de mayoría y de minoría en las sociedades de capital cerradas", Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 132, 2013.

MEJÍAS GONZÁLEZ, M., "La acción de impugnación de los acuerdos sociales en la Ley de Sociedades Anónimas", Revista General del Derecho, nº 89 y 90, publicado por la misma revista, en forma de separata, Valencia, 1952.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., "Los pactos de sindicación para el órgano administrativo", en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, edit. Civitas, Madrid, 1978.

MIQUEL RODRÍGUEZ, J., "Acuerdos sociales: prueba de resistencia y cómputo de votos [art. 204.3 c) y d) LSC], en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, AA.VV., Academia Matritense del Notariado, ed. Colegio Notarial de Madrid, 2015.
MOSSA, L., "Para el Proyecto español de Ley sobre la Sociedad Anónima", Anuario de Derecho Civil, año 49, núm. 4.

MUÑOZ PAREDES, Mª.L., "Los acuerdos impugnables en el nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales (art. 204.1 LSC), en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, AA.VV., Academia Matritense del Notariado, edit. Colegio Notarial de Madrid, 2015.

- "Los acuerdos sociales impugnables", en Revista de Derecho Mercantil, núm. 296, 2015.

NEILA NEILA, J.Mª., *Los procedimientos judiciales en la nueva Ley de Sociedades Anónimas*, edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992.

NETTER, O., *Zur aktienrechtlichen Theorie des "Unternehmen an sich*, Leizpig, 1932.

NEUMAYER, K.H., "Los intereses del pequeño accionista en el anteproyecto español para la reforma de la sociedad anónima", Revista de Derecho Mercantil, nº 28, 1950.

NEUMEYER, A., *De l'abus de pouvoir dans les sociétés anonymes*, Recueil Sirey edit., Paris, 1936.

NIETO DELGADO, C., "El incidente de previo pronunciamiento sobre la relevancia del motivo de nulidad en la impugnación de acuerdos sociales: cuestiones prácticas", en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 147, 2017.

NÚÑEZ LAGOS, R., "La reforma de la sociedad anónima, Anuario de Derecho Civil, Vol. 2, Nº 1, 1949.

OLIVENCIA RUIZ, M., en GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Tomo II, 3ª ed., revisada, corregida y puesta al día por MENÉNDEZ y OLIVENCIA, Madrid, 1976.

OLMEDO PERALTA, E., "La difícil naturaleza jurídica de la formulación de cuentas anuales: no acuerdo-no impugnabilidad", Revista de Derecho de Sociedades, núm. 41, 2013,

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., "La sentencia estimatoria de la impugnación de acuerdos sociales y la cancelación de asientos contradictorios. Un intento de aclarar los arcanos del art. 208.2 LSC", en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, AA.VV., Rodríguez Artigas, F., Farrando Miguel, I. y Tena Arregui, R. (Dirs.), Academia Matritense del Notariado, Madrid, 2015, pp. pp. 605 a 630;

PALÁ LAGUNA, E. y PALÁ LAGUNA, R., "Impugnabilidad del acuerdo del Consejo de administración de una sociedad anónima, de formulación de las cuentas anuales", en Revista de Derecho de Sociedades, núm. 9, 1997.

PALÁ LAGUNA, R., "La nulidad por abuso de derecho de los acuerdos sociales adoptados en perjuicio de tercero. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1ª] de 25 de octubre de 2022", Revista de Derecho Mercantil, núm. 328, abril-junio de 2023.

PARDESSUS, J-M. (*Cours de Droit Commercial,* T. IV, 3ª ed., Paris, 1825.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., "El enforcement de los pactos parasociales", en Actualidad Jurídica Uría & Menéndez, núm. 5, 2003,

- "Violación de pactos, impugnación de acuerdos y principio de no contradicción", Revista de Derecho Mercantil, núm. 325, 2022.

- "*Perseverare Diabolicum* (A propósito de la STS 26-II-2018 y la retribución de los consejeros ejecutivos)", en *InDret*, 2/2018;

PEDROL RIUS, A., *La anónima actual y la sindicación de acciones*, edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

PEÑAS MOYANO, B., "Los acuerdos "inimpugnables": una categoría todavía atípica en el derecho español de sociedades, pero ya validada por la doctrina de la "prueba o test" de resistencia", en Revista de Derecho de Sociedades, núm. 43, 2014.

PERDICES HUETOS, A., "Impugnabilidad de acuerdos totalmente confirmatorios de otros firmes y consentidos: sobre el alcance de la firmeza societaria", en Revista de Derecho de Sociedades, núm. 66, 2022.

- "Pactos parasociales omnilaterales y los grandes expresos europeos", publicado en Almacén de Derecho el 11 de marzo de 2016, disponible en https://almacendederecho.org/pactos-parasociales-omnilaterales-y-los-grandes-expresos-europeos; última consulta el 15 de abril de 2024.

- "Retorno a la impugnación de los acuerdos de la junta de accionistas", en *Comentarios a la reforma del régimen de la junta general de accionistas en la reforma de buen gobierno de las sociedades*, AA.VV., Ibañez Jiménez (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

PÉREZ MILLÁN, D., "Los efectos de la sentencia de impugnación de aumentos de capital (art. 208 LSC)", en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, AA.VV., Rodríguez Artigas, F., Farrando Miguel, I. y Tena Arregui, R. (Dirs.), Academia Matritense del Notariado, Madrid, 2015.

PÉREZ MORIONES, A., "Una vez más sobre la eficacia de los pactos parasociales tras la STS de 25 de febrero de 2016", Aranzadi civil-mercantil, revista doctrinal, núm. 5, 2016.

PÉREZ SERRANO, N., "Impugnación de los acuerdos de las Juntas generales de las Sociedades Anónimas", Anuario de Derecho Civil, año 49, núm. 4.

POLO DÍEZ, A., "Ante una nueva reforma de la Sociedad Anónima", Discurso inaugural del año académico 1965, Universidad de Barcelona.

- "Derecho del accionista a la información", Boletín Financiero del Servicio de Estudios de la Bolsa de Barcelona, diciembre de 1962.

POLO SÁNCHEZ, E. "Abuso o tiranía. Dialéctica entre mayoría y minoría en la sociedad anónima", en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, T.II, edit. Civitas, Madrid, 1996.

- "Artículo 143", *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima*, T. VI, edit. Civitas, Madrid, 1992.

PORTALE, G.B., «"Minoranze di blocco" e abuso del voto nell'esperienza europea: dalla tutela risarcitoria al gouvernement des juges?», in *Europa e dir. priv.*, 1999.

PREITE, D., "Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nella società per azioni", Trattato delle società per azioni., COLOMBO, G.E. y PORTALE, G.B. (dirs), Vol. III, T. 2º (Assemblea), Torino, 1993-1994.

PULGAR EZQUERRA, J., "Impugnación de acuerdos sociales: en particular abusos de mayoría", en *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada*, AA.VV., Fernando Rodríguez Artigas, Luis Fernández de la Gándara, Jesús Quijano González, Alberto Alonso Ureba, Luis Antonio Velasco San Pedro y Gaudencio Esteban Velasco (Dirs.), T. I, edit. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, 1ª edit., febrero de 2016.

QUESADA GONZÁLEZ, Mª.C., "Impugnación de acuerdos del consejo de administración (art. 251 LSC)", en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, AA.VV., Academia Matritense del Notariado, edit. Colegio Notarial de Madrid, 2015.

QUIJANO GONZÁLEZ, J., "Ideas generales y reforma del sistema de impugnación español de los acuerdos sociales", en La Notaría, 2- 2013.

- "Bases para una revisión del derecho de impugnación de los acuerdos sociales", en *La modernización del derecho de sociedades de capital. Cuestiones pendientes de reforma*, Alonso Ureba, A., Alonso Ledesma, C., Esteban Velasco, G., (dirs), T. I, edit. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

- "La reforma del régimen de impugnación de los acuerdos sociales", en Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015.

- "La reforma del régimen de la impugnación de los acuerdos sociales: aproximación a las principales novedades", en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, AA.VV., Academia Matritense del Notariado, edit. Colegio Notarial de Madrid, 2015.

QUIRALTE ROMERO, F., *Las responsabilidades del consejo de administración*, Madrid, 1973.

RAMOS HERRANZ, I., "El reglamento de la junta general en las sociedades anónimas cotizadas", en Revista de Derecho Mercantil, nº 255, 2005.

RATHENAU, W., *Vom Aktienwesen. Eine geschäftliche Betrachtung*, Berlín, 1917,

RECALDE CASTELLS, A., "Art. 190", en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014) [Sociedades no cotizadas]*, AA.VV., Juste Mencía (Coord.), edit. Thomson Reuters Civitas, 2015.

- "Artículo 197", *ibídem.*

- "La impugnación de acuerdos por violación del Derecho de Información ejercido durante la junta en la sociedad de responsabilidad limitada", en Homenaje al profesor José María de Eizaguirre, Emparanza Sobejano, A., Martín Osante, J. M. y Zurimendi Isla, A. (dirs)., Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2020

RECALDE CASTELLS, A. y JUSTE MENCÍA, J., "Asistencia telemática a la junta y juntas exclusivamente telemáticas tras la Ley 5/2021 (arts. 182 y 182 bis LSC)", en Revista de Derecho de Sociedades, núm. 62, 2021.

RENAUD, A., *Das Recht der Actiengesellschaften*, 2ª ed., edit. Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1875.

RIVIÈRE, H.F., *Explication de la Loi du 17 juillet 1856, relative aux sociétés en commandite par actions,* Paris, 1856.

RODRÍGUEZ VEGA, L. "El derecho de separación de los socios por modificación del objeto social", *Principales reformas del Derecho Mercantil*, Colegio Notarial de Cataluña, Edit. Marcial Pons, 2016.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., "Artículo 204", *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, ROJO-BELTRÁN (dirs.), T. I, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2011.

- "Artículo 208", *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, ROJO-BELTRÁN (dirs.), T. I, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2011.

RORDORF, R., "Abuso di potere della minoranza nella s.p.a.", nota al laudo arbitral de 18 de diciembre de 2006, en *Corriere giuridico* núm. 10, 2007.

RUBIO GARCÍA-MINA, J., Curso de Derecho de sociedades anónimas, 3ª, ed., Madrid, 1974.

- *Sainz de Andino y la codificación mercantil*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1950.

RUIZ-CÁMARA, J. y TORREGROSA, E., "Nuevamente a vueltas con la eficacia societaria de los pactos parasociales (a propósito de las SSTS de 6 de marzo de 2009", en Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 24-2009.

SÁEZ LACAVE, Mª. I., "Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces", Indret, Barcelona, 2009.

SALELLES CLIMENT, J.R. "Artículo 251", en Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, AA.VV., Rojo-Beltrán (Dirs.), T. I, Edit. Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2010.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. Mª, "Comentario a la Sentencia de 5 de marzo de 2009", en Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 81/2009, parte sentencias.

- "Naturaleza y fuerza jurídica del reglamento del consejo de las sociedades cotizadas", Revista de Derecho de Sociedades, núm. 26, 2006.

- "Nulidad de los acuerdos sociales, orden público y principios configuradores de la sociedad anónima. Comentario a STS 30 de mayo de 2007", Revista de Derecho de Sociedades, nº 30, 2008.

SÁNCHEZ CALERO, F. "Art. 143", *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, edit. Revista de Derecho Privado. T. IV, Madrid, 1994.

- *La junta general en las sociedades de capital*, ed. Civitas, Cizur Menor, 2007.

- *Los administradores en las sociedades de capital*, ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005.

SÁNCHEZ LINDE, M., *El principio de mayoría en la adopción de acuerdos de la junta general de la sociedad anónima*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "Impugnación de acuerdos y legitimación activa", entrada de su blog —homónimo— de 4 de julio de 2012, disponible en http://jsanchezcalero.com/impugnacion-de-acuerdos-y-legitimacion-activa/, última consulta 23 de abril de 2024.

- "La impugnación de acuerdos y la cuestión previa sobre el motivo de la impugnación", entrada en su blog el 16 de diciembre de 2014, disponible en https://jsanchezcalero.com/la-impugnacion-de-acuerdos-y-la-cuestion-previa-sobre-el-motivo-de-la-impugnacion/, última consulta el 16 de abril de 2024.

- "Acuerdos impugnables que no debían serlo: sobre una STS y sobre el artículo 204.3 LSC", publicado en su blog, el 19 de diciembre de 2014, https://jsanchezcalero.com/acuerdos-impugnables-que-no-debian-serlo-sobre-una-sts-y-sobre-el-articulo-204-3-lsc/, última consulta el 16 de abril de 2024.

- "Algunos cambios en la regulación de la junta general en el informe de la Comisión de Expertos (y en el Anteproyecto de Ley de modificación de la LSC), en *Comentarios a la reforma del régimen de la junta general de accionistas en la reforma de buen gobierno de las sociedades*, AA.VV., Ibañez Jiménez (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

- "Complemento de convocatoria y función de filtro del consejo de administración", en su blog "Juan Sánchez-Calero Guilarte", entrada de 21 de febrero de 2018, accesible en http://jsanchezcalero.com/complemento-convocatoria-funcion-filtro-del-consejo-administracion/, último acceso 25 de abril de 2024.

- "El complemento de la convocatoria de la Junta General (competencia y diligencia). Comentario a la Resolución DGRN de 31 de enero de 2018", Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 151, 2018.

- "El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada", en Revista de Derecho Mercantil, núm. 246, 2006.

- "El momento de la aprobación por la Junta General del importe máximo de la retribución de los administradores", en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, nú. 163, 2021.

- "La responsabilidad del administrador que percibe una retribución inadecuada", en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 168, 2022.

SENENT VIDAL, Mª. J., "El concepto de interés social en la cooperativa", Revista de Derecho Mercantil, núm. 244, 2002.

- *La impugnació dels acords socials a la cooperativa*, Universitat Jaume I, Servei de Comunicació y Publicacions, Castellón, 2003.

SORIA FERRANDO, J.V., *La legitimación activa para la impugnación de acuerdos de la junta general de la sociedad anónima*, Alicante, 1982.

SUÁREZ-LLANOS, L., «Responsabilidad de los administradores de sociedad anónima (Disciplina jurídica de la acción social)», Anuario de Derecho Civil, 1962.

THALLER, E.E., *Traité élémentaire de droit comercial,* II, 7ª ed., Rousseau et cie. editeurs, Paris, 1925.

URÍA GONZÁLEZ, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, GARRIGUES-URÍA, T.I, 2ª ed., Madrid, 1953.

- *La información del accionista en el Derecho español*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1976.

URIA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J.Mª., "Arts. 115 a 122", *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, La Junta General de accionistas, T. V, edit. Civitas, Madrid, 1992.

VAVASSEUR, A., *Traité des sociétés civiles et commerciales*, T. I, 2ª ed., edit. Marchal, Billard et cie., Paris, 1878.

VELASCO ALONSO, Á., *La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, 3ª ed., Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1981.

VICENT CHULIÁ, F., "En torno al concepto y fuentes del derecho contable", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez,* AA.VV., T. I., edit. Civitas, Madrid, 1996.

- *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T. I, edit. Bosch, 3ª ed.

VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, B., *El ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima*, tesis doctoral inédita, disponible en E-prints Complutense, Madrid, mayo de 2012.

VIVES RUIZ, F., "Impugnación de acuerdos sociales. Defectos procedimentales relevantes: delimitación y legitimación para impugnar", en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 147, julio-septiembre de 2017.

- "La impugnación de acuerdos sociales en la reforma de la legislación mercantil", Conferencia leída el 4 de noviembre de 2014, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2014.

- "Sentido de la propuesta de reforma en el Estudio de la Comisión de Expertos en materia de gobierno Corporativo", en *Comentarios a la reforma del régimen de la junta general de accionistas en la reforma de buen gobierno de las sociedades*, AA.VV., Ibañez Jiménez (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

RESUMEN

TÍTULO: LOS ACUERDOS IMPUGNABLES EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL.
AUTOR: ALFONSO MUÑOZ PAREDES
RESUMEN: La impugnación de acuerdos sociales supone, junto a la responsabilidad de los administradores, más del ochenta por ciento de los pleitos en materia societaria. Y aunque la reforma en la Ley de Sociedades de Capital operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre ha supuesto una notable disminución en el reflejo judicial de los conflictos internos entre socios, no por ello deja de constituir un aspecto nuclear del derecho de sociedades, en el que las aportaciones de la doctrina y de la jurisprudencia han sido históricamente capitales como inspiradoras de las reformas legales y correctoras de los abusos que tienen lugar en la vida societaria.

Esta tesis constituye un estudio completo de los acuerdos susceptibles de impugnación, analizando qué se puede impugnar, cuándo, cómo y, muy fundamentalmente el por qué. Además del obligado estudio del estado de la doctrina, el autor, juez de profesión, presta una especial atención a la respuesta judicial.

TITLE: AGREEMENTS THAT CAN BE CHALLENGED IN CAPITAL COMPANIES.
AUTHOR: ALFONSO MUÑOZ PAREDES
ABSTRACT: The challenge of corporate resolutions represents, together with the liability of the administrators, more than eighty percent of the lawsuits in corporate matters. And although the reform in the Capital Companies Act operated by Law 31/2014, of December 3 has led to a significant decrease in the judicial reflection of internal conflicts between partners, it does not cease to constitute a nuclear aspect of company law, in which the contributions of doctrine and jurisprudence have been historically capital as inspiring legal reforms and corrective of the abuses that take place in corporate life.

This thesis constitutes a complete study of the agreements that can be challenged, analyzing what can be challenged, when, how and, very fundamentally,

why. In addition to the obligatory study of the state of the doctrine, the author, a judge by profession, devotes special attention to the judicial response.