



**TRABAJO FIN DE GRADO
GRADO EN DERECHO
CURSO ACADÉMICO 2022-
2023
CONVOCATORIA JULIO**

**LOS DERECHOS DE MINORÍA EN
LAS SOCIEDADES Y SU
RELACIÓN CON LA
IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS
SOCIALES**

AUTOR: Guerra Suarez, Jose Luis
DNI: 44748063E

TUTOR: Moreno Serrano, Enrique

En Madrid, a día 12 de Julio de 2023

Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN	3
I. ACUERDOS IMPUGNABLES	6
1. Acuerdos contrarios a la ley	7
2. Acuerdos que se oponen a los estatutos.....	10
3. Acuerdos que se oponen al reglamento de la junta de la sociedad	11
4. Acuerdos lesivos del interés social en beneficio de uno o varios socios.....	12
5. Acuerdos lesivos del interés social en beneficio de terceros	14
6. Acuerdos impuestos por abuso de la mayoría.....	15
6.1. Abuso de derecho y reparto de dividendos	17
6.2. Abuso de derecho y ampliaciones de capital	19
6.3. Abuso de derecho e información al socio	20
6.4. Abuso de derecho y sistema de convocatoria de junta.....	20
II. ACUERDOS NO IMPUGNABLES.....	21
1. Por revocación o anulación del acuerdo impugnado	21
2. Infracción de requisitos meramente procedimentales.....	21
3. Incorrección o insuficiencia de la información facilitada	22
4. Participación en la reunión de personas no legitimadas	23
5. Voto inválido o computo erróneo de los votos.....	23
III. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN.....	23
1. Plazo para impugnar	23
2. “DIES A QUO”	24
IV. LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR	25
V. PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN.....	27
VI. LA SENTENCIA Y SUS EFECTOS	31
CONCLUSIONES	33
VII. ANEXO: MATERIAL EMPLEADO	34
1. Textos legales	34
2. Bibliografía.....	34

INTRODUCCIÓN

El presente TFG tiene por objeto analizar como los socios minoritarios pueden verse afectados por las decisiones de los socios mayoritarios, y cómo podrían usar al respecto la vía de la impugnación de acuerdos, ya sea para defender sus propios intereses o, por extensión, los de la sociedad, atendiendo así a una defensa del interés social frente a las decisiones de la mayoría que pueden lesionarlo.

Para ello es especialmente relevante tener en consideración que el sistema de impugnación de acuerdos previsto en la LSC fue modificado por la *Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo*, (en adelante, *Ley 31/2014*) que, de un lado, amplió la tutela del interés social y la protección de los derechos de las minorías, y de otro lado, restringe, aquellos aspectos formales o procesales que se prestan al abuso del derecho de impugnación en detrimento de la seguridad del tráfico y la eficiencia de la organización societaria.

No obstante, como cuestión previa es necesario señalar algunas cuestiones básicas. En primer lugar, las sociedades de capital están integradas por dos órganos a través de los cuales la sociedad muestra su voluntad, como persona jurídica: el órgano de administración, encargado de la gestión y representación de la sociedad, y pudiendo ser administradores cualquier sujeto que cumpla con los requisitos legales y, en su caso, estatutarios, no siendo preciso, en principio, ser socio; y junta general, como reunión de los socios para decidir sobre sus competencias legales y, en su caso, estatutarias, adoptando sus acuerdos por la mayoría legal o, en su caso, estatutaria.

La junta general, a su vez, puede ser ordinaria o extraordinaria. La junta general ordinaria es aquella que debe celebrarse dentro de los seis meses siguientes tras el cierre del ejercicio social y tienen un orden del día determinado. Así, en ella se deben tratar, al menos, las siguientes cuestiones: censura de la gestión social, aprobación de las cuentas anuales y decisión sobre la aplicación el resultado. Al margen de estas cuestiones se puede tratar cualquier otra en el marco de la junta general ordinaria. Por su parte, la junta general extraordinaria es cualquier otra junta que se celebre al margen de la junta general ordinaria, por lo que puede tratar cualquier competencia suya salvo las expresamente previstas para la junta general ordinaria.

De modo orientativo el art. 160 LSC establece cuales son las competencias de la junta. En concreto: Aprobación de las cuentas, aplicación de los resultados y aprobación de la gestión social; nombramiento y separación de los administradores, de los liquidadores y los auditores y, además, puede acordar el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos; la modificación de los estatutos sociales; el aumento y la reducción del capital social; la adquisición, la enajenación o la cesión a otra sociedad de activos esenciales; la transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero; la disolución de la sociedad; la aprobación del balance final de liquidación; y cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos.

La condición de socio de una sociedad de capital se tiene con la adquisición de una acción o participación, ya sea en el momento constitutivo o en un momento posterior, lo que le va a permitir ejercer sus derechos en el seno de la sociedad, pudiendo ser clasificados esos derechos en distintas categorías, por ejemplo, atendiendo a si es preciso o no ostentar un determinado porcentaje de capital para su ejercicio, y aquí hablamos de derechos individuales (pueden ser ejercitados por cualquier socio, con independencia de su porcentaje de capital) y derechos de minoría (donde se requiere un porcentaje mínimo para su ejercicio). También se pueden clasificar en base a su naturaleza, como derechos políticos y derechos económicos.

Por tanto, cuando hablamos del derecho de impugnación de acuerdos, nos situamos en el contexto de un derecho político que pueden ejercitar los socios ante determinadas decisiones adoptadas por la junta general, siendo preciso en unos casos un determinado porcentaje de capital para su ejercicio (derecho de minoría), y en otros supuestos puede ser ejercitado por cualquier socio, como veremos posteriormente.

La impugnación conlleva, a su vez, que haya un conflicto societario, siendo esta la vía para solventarlo, en la pretensión de que no se ocasionen daños mayores para los socios perjudicados, e incluso para la propia sociedad, mediante la declaración de invalidez de los acuerdos sociales¹.

A estos efectos, en el interés por mejorar la gestión de los órganos de las sociedades, se aprobó la Ley 31/2014, que modifica, entre otros aspectos, el régimen de impugnación de acuerdos, aunque el modelo en esencia tiene una cierta continuidad desde la LSA de 1951². Esta reforma de 2014, que tiene su antecedente directo en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, por el que se crea una Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo, para proponer las iniciativas y las reformas normativas que se consideren adecuadas para garantizar el buen gobierno de las empresas, pretendió, a efectos de impugnación de acuerdos, normalizar los criterios jurisprudenciales largamente asentados, en el sentido de delimitar la sanción de nulidad a determinados acuerdos sociales, de acuerdo al principio de seguridad jurídica³.

¹ Así, MUÑOZ PAREDES, M^a.L., “Los acuerdos impugnables en el nuevo régimen de impugnación de acuerdos sociales (art. 204.1 LSC)”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS *et. al., cit.*, p. 129, afirma: “La invalidez, entendida como desajuste entre el acuerdo social y el marco jurídico que limita la actuación de los órganos sociales (...) es el elemento que tienen en común todos los acuerdos impugnables, y el que explica que la LSC permita que ellos, y solo ellos, sean impugnados y que los Tribunales puedan privarlos de eficacia.” Y continúa afirmando, en las págs. 133 y 134: “La invalidez, entendida como desajuste entre el acuerdo social y el marco jurídico que limita la actuación de los órganos sociales (...) es el elemento que tienen en común todos los acuerdos impugnables, y el que explica que la LSC permita que ellos, y solo ellos, sean impugnados y que los Tribunales puedan privarlos de eficacia.” y por ello mantiene que la impugnación debe tener un marco más amplio que las acciones de nulidad al afirmar, “Las causas de impugnación deben ser muy amplias e incluir todos los límites a que está sometido el poder de los órganos sociales (...) Los acuerdos sociales son los únicos negocios jurídicos que no solo vinculan a quienes prestan el consentimiento, sino a todos los socios de la sociedad, incluidos aquellos que no han votado a favor (...) Por ello, la impugnación de acuerdos sociales tiene un ámbito más amplio que las acciones de nulidad porque no incluye solo causas de nulidad (art. 6.3 CC) y de anulabilidad en el sentido del CC (error, dolo, violencia e intimidación) sino también cualquier violación de los límites del mandato que el socio otorga a los órganos sociales”

² En este sentido, QUIJANO GONZÁLEZ, J., “La reforma del régimen de la impugnación de los acuerdos sociales: aproximación a las principales novedades”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil*, Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz, Universidad Carlos III, Getafe, 2015 pag.792, afirma: “No deja de ser llamativo que el Derecho societario español haya mantenido vigente un modelo de impugnación de los acuerdos sociales, prácticamente sin cambios significativos, durante más de 50 años, que es el tiempo que media entre la LSA de 1951 y este último periodo de aplicación del Texto Refundido de la LSC de 2010, hasta la reciente reforma en la materia”.

³ QUIJANO *op. cit.*, 794: “Se pretendía así circunscribir la sanción de nulidad a determinados acuerdos impugnables, con sus consecuencias en legitimación, caducidad y efectos, acogiendo normativamente criterios largamente asentados en la jurisprudencia recaída sobre el derecho anterior, para aportar un nivel apreciable de certeza y de seguridad jurídica. A tal fin obedecía también la enumeración, como acuerdos inimpugnables, de las dos categorías de supuestos en torno a los cuales se había venido configurando la doctrina de la “prueba de resistencia”, dirigida a mantener o conservar el acuerdo adoptado con defectos parciales no determinantes; era el caso de la participación en la reunión de personas no legitimadas, salvo que esa participación hubiera sido determinante para la válida constitución del órgano; y 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. Configurado en estos términos el ámbito de la impugnabilidad, el régimen respectivo de la caducidad y la legitimación se orientaba a partir de la nueva distinción entre los acuerdos nulos y los anulables.”

La ley 31/2014, por tanto, es la que define el actual sistema de impugnación de acuerdos sociales, al modificar los artículos 204 a 208 de la LSC, y toma como base el informe de la Comisión antes mencionada, en el que se considera que es necesario dar un paso más en la configuración del sistema de impugnación de los acuerdos sociales de la normativa vigente en el sistema anterior, ya que con el mismo se estaba produciendo una gran cantidad de impugnaciones no relevantes, a la vez que no tenían la suficiente protección los derechos de las minorías. Se trata, por un lado, de ampliar la tutela del interés social y de la protección de los derechos de las minorías, y de restringir, por otro lado, aquellos aspectos formales o procesales que se prestan al abuso del derecho de impugnación en detrimento de la seguridad del tráfico y la eficiencia de la organización societaria. En definitiva, esta comisión de expertos entiende que es precisa una reforma que simplifique el tratamiento de la impugnación con vistas a alcanzar esos dos objetivos de maximizar la protección material de los accionistas minoritarios y de minimizar los riesgos de uso oportunista o táctico del derecho de impugnación.

Así, para proteger el interés social y el derecho de minorías, la Comisión proponía: Ampliar el plazo temporal para poder impugnar los acuerdos contrarios a los estatutos y al interés social; 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; Ampliar el concepto de interés social, considerando que lesionan el interés social aquellos 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.); 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; y, junto a estas medidas, se propuso la adopción de otras que tratan de evitar el abuso del derecho de impugnación y su utilización con fines poco confesables. Se trata así de minimizar el riesgo del uso estratégico y oportunista del derecho. En esta línea se sugirieron algunas medidas, como (i) restringir la legitimación; (ii) reducir la incidencia del abuso consiste en establecer una serie de casos de improcedencia de la impugnación que se explican por sí mismos, esto es, 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; cuando la infracción se base en la incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en 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; y cuando la impugnación esté 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). Además, se mantuvo el instrumento previsto en la legislación anteriormente vigente para impedir, determinadas impugnaciones injustificadas, como aquellas que tienen por objeto un acuerdo que se ha dejado ya sin efecto o ha sido sustituido válidamente por otro. En este punto, la única novedad es que se cierra la polémica jurisprudencial existente reconociendo expresamente que la revocación o la subsanación puede efectuarse no solo antes, sino también después de interpuesta la demanda de impugnación.

Junto a todo lo anterior, también debemos resaltar que se puso fin a la distinción entre acuerdos anulables o nulos, afectando también al plazo general de impugnación, y a la legitimación para impugnar.

I. ACUERDOS IMPUGNABLES

El artículo 204 del TRLSC establece una relación de las características que deben reunir los acuerdos sociales para ser impugnables. Aunque no se trata de una relación cerrada⁴, si queda claro que existen unos acuerdos que son claramente impugnables como son aquellos opuestos a la Ley o a los estatutos de la sociedad y reglamento de la junta, es decir, opuestos a normas ya establecidas, y por otro lado aquellos que lesionen el interés social, en su acepción más amplia posible, y tanto si dañan el patrimonio social como si no. De la misma manera, dicho artículo recoge aquellos acuerdos que no son impugnables, con una relación más exhaustiva de los mismos, y donde se aprecia la finalidad de excluir del ámbito de la impugnación aquellos defectos de procedimiento que venían siendo utilizados por las minorías para frenar la vida social.

No hay duda, por tanto, de la posibilidad de impugnar los acuerdos adoptados en infracción de otras reglas societarias distintas de los estatutos, fundamentalmente en el caso de la impugnación de acuerdos del Consejo de Administración, aquellos acuerdos adoptados en infracción del Reglamento del Consejo (artículo 251.2 LSC) y, en el caso de acuerdos de la Junta, el reglamento de la Junta de Accionistas (artículo 204.1 LSC) incluyendo los pactos parasociales omnilaterales.

La infracción de requisitos meramente procedimentales (art. 204.3 a) LSC) y la infracción del derecho de información ejercido con anterioridad a la junta (letra b) no permiten impugnar el acuerdo salvo que las infracciones fueran relevantes para la regular adopción de los acuerdos o para el «ejercicio razonable» del derecho de voto o los demás derechos de participación del socio. La norma incorpora la llamada regla de la relevancia, según la cual las reglas de procedimiento no se pueden observar como un fin en si mismas sino como un medio para asegurar los intereses de los accionistas, de tal manera que un vicio en el procedimiento que no sea relevante para esos intereses no puede ser causa de nulidad del acuerdo.⁵

En este sentido, la doctrina de la relevancia obliga a considerar el derecho de información como instrumental del derecho de voto (en contra de una evolución jurisprudencial que tiende a considerarlo como un derecho autónomo) y conecta con el principio de proporcionalidad - no puede existir un desequilibrio entre la gravedad de la sanción y la levedad de la infracción - y racionalidad- tiene que existir relación entre la expresión de la ley y la finalidad de la norma (STS 7-II-1984 (Ar. 580)).⁶

⁴ En este sentido, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Derecho de sociedades cuestiones sobre órganos sociales" (TOL 7.267.237), afirma que la lista de acuerdos impugnables del artículo 204 LSC no constituye un *numerus clausus*.

⁵En este sentido, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Derecho de sociedades cuestiones sobre órganos sociales" (TOL 7.267.237), pág. 6

⁶ V., art. 204.3 II LSC que establece un cauce especial para resolver, anticipadamente respecto de la sentencia, si la regla de la relevancia se aplica o no. Sobre este cauce v., M.^a Teresa Martínez Martínez El cribado del carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación de los acuerdos sociales en los supuestos de improcedencia de la acción (art. 204.3 LSC), *Liber Amicorum Rodríguez Artigas/Esteban Velasco*, Madrid 2017, p 721 ss., especialmente pp 736 ss. Como señala esta autora, "no parece que el incidente de previo pronunciamiento, con su celeridad y limitado sistema de recursos" sea "definitivo", es decir, el juez podrá, en sentencia, considerar irrelevante el defecto de procedimiento aunque lo haya descartado en el auto por el que resuelve el incidente en cuyo seno debe decidirse definitivamente sólo sobre defectos claramente nímios. Afirmar lo contrario sería tanto como obligar al juez a adelantar su sentencia porque, si la infracción procedimental "alegada en la demanda se produjo y es relevante y se cumplen las condiciones de legitimación... y de plazo para impugnar, la demanda será estimada"

En otro sentido, se corrige que los defectos menores en las reglas de procedimiento se articulen como motivo para la nulidad de los acuerdos sociales, salvo que afecten a los derechos básicos de los socios. Según ALFARO⁷ la concreción legal, sin embargo, no ayuda excesivamente al intérprete ya que introduce en la definición de «relevantes» lo que ha de ser considerado relevante («reglas *esenciales*» de constitución del órgano) y, una interpretación demasiado amplia de la referencia a la «forma» de la convocatoria puede vaciar de contenido la regla de la relevancia. De ahí que sea razonable examinar los defectos invocados a la luz del principio de proporcionalidad y de su influencia en la adopción o no adopción del acuerdo.

Asimismo, establece que, si el acuerdo social impugnado es dejado sin efecto o anulado por otro válido, no se puede impugnar, y si ya se ha impugnado el Juez dará por terminado el procedimiento. Siguiendo a VELA⁸ aunque el primer párrafo del artículo 204.2 de la Ley de Sociedades de Capital no fue modificado por la Ley 31/2014, por lo que continua vigente la improcedencia de la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro, sí se introdujo un importante matiz en el párrafo segundo, porque se distingue según que el nuevo acuerdo haya sido adoptado válidamente antes o después de que se hubiera interpuesto la demanda de impugnación del primer acuerdo, y se establece un diferente tratamiento procesal en función de dicha circunstancia cronológica.

Ello, como recuerda CORDÓN MORENO⁹, sin perjuicio de que, como indica la jurisprudencia (por todas, Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 589/2012, de 18 de octubre y las que en ella se citan), no existe un «derecho al arrepentimiento» con proyección sobre derechos adquiridos por terceros e incluso por socios a raíz del acuerdo revocado, «máxime si se tiene en cuenta que la propia evolución del mercado puede convertir en lesivos acuerdos inicialmente beneficiosos que los administradores deberían ejecutar de no ser revocados».

Por este motivo, el artículo 204.2 LSC establece que lo dispuesto en dicho 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».

Para entender cada uno de los aspectos que delimitan, tanto en sentido positivo como en sentido negativo, el que un acuerdo sea impugnabile, vamos a analizar cada uno de los tipos que recoge el artículo 204.

1. Acuerdos contrarios a la ley

La palabra “Ley”, hace referencia al ordenamiento jurídico y con el a la totalidad de normas, ya se traten de normas imperativas o prohibitivas. En este sentido, lo interpreto porque en el artículo 205 se hace referencia al “orden público” y la inexistencia de plazo de caducidad para impugnar con respecto a aquellos acuerdos que le sean contrarios.

La vulneración del orden público supone un ataque a los principios y valores que configuran nuestra sociedad, y por tanto, no se establece ningún plazo de caducidad para ejercitar la acción de privar de efecto a un acto opuesto a nuestros principios y valores. Además, la norma también

⁷ Ibid

⁸ “Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital” Pedro José Vela Torres 01/2018, epígrafe 61 (TOL 6.521.115)

⁹ Cordon Moreno, F.: «La exclusión de la impugnación de determinados acuerdos sociales y su tratamiento procesal (art. 204. 2 y 3 LSC)». En VVAA: «Las reformas del régimen de las sociedades de capital según la Ley 31/2014». Gómez Acebo & Pombo. 2015

legítima a cualquier socio, administrador o tercero para emprender la acción de impugnación. En este sentido, la inexistencia de caducidad y la amplia legitimación, dan al orden público como motivo de impugnación un carácter restrictivo, Como tiene dicho el Tribunal Supremo, el concepto de orden público “*presentado como excepción a la regla de la caducidad de las acciones de impugnación, debe ser aprehendido en sentido restrictivo, pues de otro modo podría suceder que un concepto lato generara tal ampliación de las posibilidades de impugnación que bien pudiera destruirse la regla de la caducidad, sin duda introducida para la seguridad del tráfico*” (SSTS de 28 de noviembre de 2005 -RJ\2006\1233- y 29 de noviembre de 2007 -RJ\2008\32-).

La acción dirigida a que se declare que un acuerdo es nulo de pleno derecho no es una acción de incumplimiento, es una acción en defensa del interés general, y por tanto establece un límite a la autonomía privada. En cuanto a que acuerdos son contrarios al orden público, el Tribunal Supremo no ha establecido una lista cerrada, pero en la Sentencia 942/2022 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, se recoge la configuración jurisprudencial del concepto de “orden público” como límite de la autonomía privada sobre la base de los siguientes postulados:

- (i) El concepto en el sentido de un conjunto de principios esenciales, que informan las instituciones jurídicas de un determinado modelo social y que se presentan como algo tal consustancial a éste que son de obligado cumplimiento.
- (ii) La ratio de la norma que no es otra que facilitar la seguridad jurídica de los acuerdos sociales y de la legalidad de la intervención de la sociedad en el tráfico mercantil.
- (iii) Finalidad tuitiva de los derechos de la minoría y terceros en defensa de la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24.1 de la Constitución.
- (iv) Criterio de interpretación restrictivo como defensa de la autonomía de la voluntad de las partes, y del principio de caducidad de las acciones impugnativas.
- (v) Etiología de la antijuricidad, en el sentido que el acuerdo puede ser contrario al orden público por su contenido, por su causa o por sus circunstancias.
- (vi) Delimitación positiva de su contenido pues el orden público no debe solo proteger los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente, sino que debe proteger los principios esenciales y configuradores del derecho societario.
- (vii) La aplicación del concepto de orden público en un conflicto societario obliga a considerar: Los intereses en conflicto y las circunstancias del conflicto.

La proyección de esa jurisprudencia sobre los distintos supuestos de hecho analizados por la sala ha conducido a considerar vulnerado el orden público en supuestos de lesión de derechos políticos y económicos esenciales de los socios, concluyendo que se trata de derechos mínimos del socio por su carácter esencial para la configuración de su posición jurídica. Estos “mínimos” son: (i) Derecho de presencia o representación en las juntas de socios. (ii) Derecho de participación en la cuota de liquidación del patrimonio social. (iii) Derecho de suscripción preferente.¹⁰

¹⁰ Tribunal Supremo Sentencia 942/2022 de 20 de diciembre de 2022 de la Sala Civil:

(i) Derecho de presencia o representación en las juntas de socios. Se ha apreciado violación del orden público en los casos de acuerdos adoptados por "juntas universales", por no haber asistido ninguno de los demandantes, por faltar el requisito esencial de la presencia o representación de la totalidad del capital social, lo que vulnera "frontalmente el nivel participativo de los socios allí donde es conceptual y legalmente indispensable"; se crea una "aparición de junta universal [que] no se ajusta a la realidad y con el propósito de eludir la intervención de los socios". Como recuerda la sentencia 222/2010, de 19 de abril:

"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 -

En el mismo sentido prosigue la mencionada sentencia al afirmar que es común la cita en la doctrina como acuerdos contrarios al orden público, por su carácter de pactos leoninos, los previstos en el art. 1691 CC que prohíbe los pactos que excluyen a uno o más socios de toda parte en las ganancias o las pérdidas

La infracción del orden público puede derivar tanto del contenido del acuerdo, esto es, de sus mismos términos y alcance sustantivo; como de su causa, esto es, del efecto práctico que se pretende obtener o, de sus circunstancias, es decir, los inexistentes o simulados.

En definitiva, como opina ALFARO¹¹ se produce una equiparación entre acuerdos contrarios al orden público y acuerdos nulos de pleno derecho, lo que permite completar el régimen jurídico de la acción de nulidad y aplicar las demás consecuencias previstas con carácter general para la nulidad de pleno derecho: ineficacia *ipso iure*; prohibición a los funcionarios públicos (notarios y registradores en particular) de prestar su colaboración; apreciación de oficio por los tribunales; eficacia *erga omnes*; legitimación universal para lograr la declaración de nulidad; nulidad de los negocios que tengan su causa en el negocio nulo (asientos posteriores) y efectos retroactivos; imposibilidad de convalidación o confirmación pero posibilidad de conversión; inoponibilidad de la doctrina de los propios actos; la acción de nulidad no se extingue ni por caducidad ni por prescripción... incluyendo, igualmente, los

, 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".

(ii) Derecho de participación en la cuota de liquidación del patrimonio social. La sentencia 1229/2007, de 29 de noviembre, apreció vulneración del orden público societario en un supuesto de infracción del art. 48.2.a)TRLISA, por considerar como un derecho mínimo que configura la condición del accionista el de participación en el patrimonio resultante de la liquidación, cuando dicha vulneración se ha producido por acuerdo de la junta general "sin o contra la voluntad de su titular".

(iii) Derecho de suscripción preferente. Con base en los arts. 349 CC (que protege el derecho de propiedad privada) y el art. 33.3 de la Constitución (que extiende esa protección a todos los derechos económicos frente a una privación injusta sin indemnización o contraprestación), la sentencia de esta sala de 30 de octubre de 1984 declaró la nulidad de un acuerdo de junta general que, por vía de modificación estatutaria, privaba a una usufructuaria de un paquete de acciones del derecho de suscripción preferente, de forma que

"[esa usufructuaria] se vio privada de tales derechos en virtud del acuerdo de reforma del artículo quince de los Estatutos, que concedió tales derechos alguno de ellos de claro contenido económico, como lo es de la preferente suscripción de acciones a los nuevos propietarios, sin indemnización ni contraprestación alguna, infringiendo con ello de manera palmaria tanto el artículo trescientos cuarenta y nueve del Código Civil, que protege la propiedad privada, como el número tres del artículo treinta y tres de la Constitución que expresamente cubre también bajo su protección, no sólo los bienes, sino también los derechos".

La sentencia, aun cuando reconoce la libertad que corresponde a la junta para reformar sus propios estatutos, de acuerdo con las normas que regulan su constitución y funcionamiento, también subraya que "las citadas juntas, aun siendo soberanas para regir la vida estatutaria de la Sociedad, no pueden operar una injusta privación de derechos a sus socios, lo que contravendría a las normas legales y constitucionales citadas". Como declaró la STC 23/1987, de 23 de febrero, al razonar la desestimación del recurso de amparo interpuesto contra la sentencia de esta Sala Primera:

"Lo que realmente se discutió en el proceso y resolvió la Sentencia es si la modificación era ilegal por otros motivos y concretamente, por lesionar injustamente los derechos de la usufructuaria. En cuanto al segundo argumento, la lectura de la resolución impugnada revela que su verdadera motivación no consiste en afirmar que la sociedad debió proceder a la expropiación forzosa para reducir los derechos de la usufructuaria, lo que sería insostenible, sino en considerar que esos derechos no podían ser recortados en la forma que lo hizo el Acuerdo social, porque ello supone una privación injusta de los mismos sin indemnización ni contraprestación alguna, lo que contradice los arts. 349 del Código Civil y 33.3 de la Constitución, que, según el Tribunal interpreta, prohíbe esa privación en todos los casos y no sólo en el de la expropiación forzosa [...]"

¹¹ ID

límites generales al ejercicio y oposición de la nulidad (protección de adquirentes de buena fe); posibilidad de alegación por vía de acción o excepción...

Desde esta perspectiva, opina el mencionado autor, son acuerdos contrarios al orden público los acuerdos que infrinjan los límites a la autonomía privada de los socios (artículo 1255 Cc). Por tanto, los contrarios a normas imperativas cuya finalidad sea la protección de intereses generales o de intereses de terceros (acreedores). En relación con los intereses de los propios socios, habrán de considerarse como contrarios al orden público los acuerdos que privan a los socios de derechos irrenunciables (singularmente, pactos leoninos o vinculaciones desproporcionadamente onerosas) y, por su carácter causalmente ilícito, los que priven de sus derechos renunciables o disponibles por la mayoría cuando tal privación implique la comisión de un delito societario (mayorías ficticias) o económico (estafa, apropiación indebida, administración desleal) o de falsedad en documento mercantil y, también por su causa, aquellos que aunque sean formalmente correctos, denotan que perseguían un fin ilícito (acuerdo de cartelización, blanqueo de dinero, alzamiento de bienes en perjuicio de acreedores).

Mención especial merece la introducción en la norma de las “circunstancias” del acuerdo como uno de los motivos de impugnación. El informe de la Comisión de Expertos recogía que *“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 que simplemente no se han tomado porque no se ha celebrado, o ni siquiera se ha celebrado, la junta general. Los acuerdos inexistentes no pueden sobrevivir con el paso del tiempo”*.

En este sentido, los acuerdos inexistentes, es decir, aquellos adoptados en una junta que no existió, o los acuerdos falsos, pueden ser impugnados por la vía de las circunstancias al considerarlos que son contrarios al orden público, normalizando de esta manera la línea jurisprudencial con respecto a ese tipo de acuerdos.

2. Acuerdos que se oponen a los estatutos

Los estatutos son la norma que rige el funcionamiento de la sociedad, desde el momento de su constitución. Los estatutos son el reflejo normativo del contrato social que es el origen de la sociedad, y por tanto considero que los estatutos se constituyen como el ordenamiento jurídico particular de la sociedad. En base al principio de seguridad jurídica los acuerdos sociales que se adopten en la sociedad no pueden ser opuestos a lo establecido en los estatutos de la misma, pues equivaldría la existencia de un acuerdo contrario a los estatutos una vulneración del marco normativo que define su régimen jurídico, tanto en sus relaciones internas como frente a terceros.

En este sentido, conviene indicar que los estatutos pueden ser modificados por la junta general, siempre que esas modificaciones no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido. Por tanto, para el caso que la sociedad precise adopta algún acuerdo contrario a sus actuales estatutos, la vía sería la modificación de los mismos en primer término, mediante acuerdo en Junta, la inscripción del correspondiente acuerdo, y la posterior adopción del acuerdo. La modificación de los estatutos sociales requiere de Quorums reforzados en la Junta en que se adopten. Por tanto, la impugnación por causa de oposición a los estatutos es muy limitada en nuestro Derecho.

Siguiendo la opinión de ALFARO¹² los casos más probables son aquellos en los que la modificación estatutaria genera un derecho a favor de los socios (derecho de separación, por ejemplo, artículo 346 LSC) o la modificación estatutaria requiere del consentimiento de socios (por ejemplo, la supresión de un derecho de adquisición preferente en la regulación estatutaria de la transmisibilidad de las acciones) o mayorías reforzadas (artículos 449 LSC -mayoría estatutaria máxima de 2/3 para remover al administrador-, artículo 199 LSC -mayorías reforzadas en la sociedad limitada-)¹³

3. Acuerdos que se oponen al reglamento de la junta de la sociedad

En el ejercicio de la autonomía de la voluntad los socios pueden acordar determinadas normas, integradas en un reglamento, de obligado cumplimiento para el desarrollo de la junta de la sociedad, siempre que no vulnere lo establecido en la Ley y en los estatutos.

Los reglamentos vienen a establecer la manera operativa del funcionamiento de la Junta, a fin de que la misma se celebre de manera organizada y eficaz, sin conculcar los derechos de los socios, y respetando la normativa vigente. En este sentido, suelen ser una práctica habitual en las sociedades cotizadas, en las cuales se establecen reglamentos de funcionamiento.

Son impugnables los acuerdos sociales que se opongan a ese reglamento, en la medida que supongan una oposición al fondo del reglamento, no aquellas que supongan una mera infracción de normas procedimentales recogidas en el mismo.

Conviene en este apartado hacer mención a la impugnación de los acuerdos sociales por oponerse a “pactos parasociales”, entendidos en el sentido de la sentencia 589/2014 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 3 noviembre, que los definía como los acuerdos celebrados por los socios que no son recogidos en los estatutos, destinados a regular cuestiones relacionadas con el funcionamiento u operativa de la sociedad, tales como pactos de sindicación de voto, de recompra de las participaciones, criterios para el nombramiento de administradores, etc., generalmente acompañados de cláusulas indemnizatorias en caso de incumplimiento, y de uso frecuente en los llamados «Protocolos familiares».

La reciente Sentencia STS 1386/2022, de 7 de abril de 2022 sobre validez y eficacia de los pactos parasociales. Los principios de relatividad de los contratos y de inoponibilidad de los pactos parasociales (convenios extrasocietarios) frente a la sociedad. Tal y como recoge la Sentencia el problema que se plantea con más frecuencia no es el de su validez sino el de su

¹² Ibid

¹³ Nota del autor “V., RDGRN 30-VII-2015, ha sostenido que la cláusula estatutaria por la que se prevé que la sociedad pueda repartir dividendos en especie, afecta a un derecho individual de los socios y, por tanto, que su inclusión en los estatutos requiere del consentimiento de todos los socios, a nuestro juicio, la DGRN se equivoca. Una cláusula que permite a la sociedad repartir el dividendo en especie no afecta a un derecho individual del socio (derecho al dividendo) sino sólo a la "especie" en la que se hace el pago del dividendo, por tanto, el derecho a recibir los dividendos en dinero no puede considerarse un derecho individual; RDGRN 30-VII-2015 que no exige quorum reforzado para modificar una cláusula estatutaria que preveía un quorum reforzado. El problema es el de si un quorum de votación reforzado establecido estatutariamente necesita de dicho quorum para modificar la cláusula correspondiente. En el caso, si la cláusula estatutaria que preveía una mayoría reforzada de dos tercios de los votos requería de dos tercios de los votos a favor para ser suprimida. La DGRN plantea la cuestión, en otros términos, a mi juicio, erróneos. A saber, si la cláusula correspondiente atribuía un derecho individual al socio de manera que no podía ser modificada sin su consentimiento. La DGRN concluye que si los socios quieren que a la modificación de la cláusula estatutaria que establece la mayoría reforzada se le aplique un quorum reforzado, deben prever expresamente en los estatutos que, para modificar la cláusula, hace falta también que voten a favor de la modificación la mayoría reforzada.”

eficacia cuando tales pactos no se trasponen a los estatutos sociales. El conflicto surge por la existencia de dos regulaciones contradictorias, la que resulta de los estatutos (o de las previsiones legales para el caso de ausencia de previsión estatutaria específica) y la establecida en los pactos parasociales, no traspuestos a los estatutos, ambas válidas y eficaces. Los problemas derivados de esta contrariedad resultan más acusados cuando el pacto parasocial ha sido adoptado por todos los socios que lo siguen siendo cuando se plantea el conflicto (el denominado "pacto omnilateral").

La doctrina del TS es clara en el sentido que 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. Sin embargo, algunas sentencias oponen a este criterio general los principios de la buena fe y la interdicción del abuso de derecho para valorar 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.

4. Acuerdos lesivos del interés social en beneficio de uno o varios socios

En nuestro ordenamiento jurídico los intereses que tiene en cuenta la norma como uno de los límites al poder de decisión de la mayoría, son los intereses de la sociedad.

No existe una posición uniforme sobre qué debe entenderse por "intereses de la sociedad", dadas las clásicas posiciones enfrentadas entre los defensores de las teorías institucionalista y contractualista -a las que cabe añadir otras: monistas, dualistas; pluralistas, finalistas, posibilidad de discriminar en función del acto o acuerdo, etc.- y así, mientras 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 -"los administradores desempeñaran su cargo como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad..."-, 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, de innegable valor doctrinal, 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" porque responde mejor a las expectativas de los inversores dirigida a "la maximización, de forma sostenida, del valor económico de la empresa".

La jurisprudencia del Tribunal Supremo sigue criterios contractualistas permitiendo 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. Por ello, la sentencia de dicho Tribunal 1086/2002, de 18 de noviembre, se refiere a la "proyección consecuente a la defensa de los participantes minoritarios" y, la sentencia 873/2011, de 7 de diciembre, que considera que aquellos acuerdos de la mayoría que no persiguen el interés de los accionistas desde la perspectiva del contrato social y son perjudiciales para los accionistas minoritarios, poniendo de manifiesto un claro abuso de derecho, deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad, y por tanto impugnables.

Respecto a la existencia de la lesión del interés social corresponde a la sociedad el riesgo y ventura de las decisiones que adopte, sin que puedan los tribunales fiscalizar las mismas. Sin

embargo, debido a la trascendencia económica que conlleva la vida interna de las sociedades de capital, si puede el Estado someter a control la lesividad de los acuerdos de sus órganos colegiados, respetando el principio de mayorías, como señala URÍA ¹⁴

Para considerar que los acuerdos sociales son contrarios al interés social, conviene pues tener presente dos ideas fundamentales en el análisis; La primera es que en las sociedades de capital, la mayoría es la que configura el interés social de la sociedad siempre que las medidas para el logro del mismo afecten de manera semejante a la totalidad de los socios, y esto es así porque la Ley articula sobre la mayoría las atribuciones para la elección de los órganos de gestión y control de la vida societaria, además de las posibles modificaciones estatutarias. La segunda idea es que la intromisión judicial en la vida societaria tiene un carácter restrictivo, es decir, los jueces no pueden anular decisiones de gestión o que supongan la puesta en marcha de una determinada estrategia empresarial, porque un minoritario entienda que las mismas pueden disminuir el valor de la sociedad en un futuro. La acción de impugnación por lesión del interés social conlleva un análisis pormenorizado de los hechos y las pruebas por el Juez de cada procedimiento, debido a la casuística tan variada que engloba la lesión del interés social, sin que quepa una generalización de aquellos acuerdos que sean considerados impugnables. Por este motivo, el legislador deja abierta la valoración de cada caso a la Judicatura, y a la Jurisprudencia que se forme, ya que lo contrario supondría una intervención normativa cuasi imposible por la diversidad de escenarios.

Se deben dar dos condiciones para que el acuerdo sea impugnable: Por una parte, tiene que ser lesivo para el interés social, y por otra parte debe existir un beneficio para uno o varios socios.

Como menciona el mismo artículo 204 los acuerdos que se adoptan tienen que responder a una necesidad razonable de la sociedad. Desde este punto de vista el órgano que adopta el acuerdo está obligado a realizar un análisis detallado, con la diligencia debida, de las necesidades de la sociedad en cada momento para el logro del fin social, obteniendo de ese análisis las razones que sirven de base y motivan la adopción de los acuerdos.

Por tanto, los acuerdos que no responden a una necesidad razonable de la sociedad se consideran que lesionan el interés social de la misma, ya que se trata de acuerdos arbitrarios y carentes de motivación acorde con el interés social.

Por otra parte, si esos acuerdos se adoptan en beneficio de uno o varios socios, que representan la mayoría necesaria para la aprobación del mismo, es indudable por lo anteriormente expuesto con respecto a la suma de intereses particulares que supone el interés social, que el beneficio para uno o varios supone un perjuicio para el resto, y por tanto se lesiona el interés de los socios no beneficiados por el acuerdo, con la consiguiente merma en su patrimonio individual.

El legislador, en el artículo 204 ha recogido en la literalidad del precepto, no sólo que el acuerdo sea perjudicial para la sociedad, sino, además, que el daño al interés social genere un correspondiente beneficio para alguno de los accionistas o para un tercero. Es pues una vía de

¹⁴ URÍA R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J.Mª., “Impugnación de los acuerdos sociales”, en URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA (dir.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo V, 1992, p. 305. “Sin duda el principio mayoritario es el único que permite el funcionamiento práctico de las sociedades anónimas, y hay que evitar que se le infiera una herida mortal. Pero tampoco se puede dejar a los accionistas minoritarios, o por mejor decir, a los que no secundan con su voto los acuerdos sociales, totalmente a merced de la mayoría cuando ésta, con olvido de sus deberes, lesiona los intereses de la sociedad comunes a todos los accionistas o infringe los mandatos de la ley y de sus propios estatutos”

permitir la impugnación como una acción de cumplimiento del deber de lealtad del socio hacia la sociedad, y por tanto, frente al resto de socios.

5. Acuerdos lesivos del interés social en beneficio de terceros

Cuando los acuerdos sociales, al igual que en el apartado anterior, son lesivos para el interés social, pero no benefician a socios, sino a terceros, también se consideran impugnables.

Estos terceros suelen referirse bien a personas relacionadas o vinculadas con una mayoría de los socios, y por tanto se produce una pérdida y perjuicio para el interés de los socios minoritarios, o también suele referirse a los administradores de la sociedad.

El Administrador como órgano de gestión y representación de la sociedad puede adoptar acuerdos que vinculan a la sociedad, y de los que obtenga un beneficio personal.

Aunque el administrador debe desempeñar el cargo y cumplir los deberes con la diligencia de un ordenado empresario, subordinado su interés particular al de la empresa, y además con lealtad, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad, evitando situaciones de conflicto de interés con la sociedad, se puede dar el caso de adopción de acuerdo que lesionen el interés social y las adopte en beneficio propio, para lo cual habrá que activar el correspondiente procedimiento de impugnación, además de la posibilidad de entablar la correspondiente acción social de responsabilidad y cese del mismo por parte de la Junta.

En este sentido, tal y como señala ALFARO¹⁵ no cabe duda de que una retribución de los administradores debe poder impugnarse por la minoría de socios que hubiera votado en contra cuando su fijación estatutaria o su determinación por la Junta pueda considerarse abusiva. Desde antiguo, el Tribunal Supremo ha dicho que no puede tolerarse que los socios mayoritarios absorban «los puestos directivos y de administración para asignarse pingües emolumentos con cargo a los beneficios sociales en proporción desorbitada a su función» (STS -VI-1963 Ar. 3509). Y es que, en efecto, la retribución de los administradores es la forma más directa de expropiación de los socios minoritarios por parte de los mayoritarios en sociedades cerradas o de los socios por parte de los administradores en sociedades de capital disperso. El acuerdo de la Junta por el que se fije la retribución de los administradores será impugnable cuando atribuya a los administradores una retribución ilegal o cuando, por desproporcionada, perjudique el interés común de los socios. No obstante, aunque el cargo de administrador fuera gratuito, si un administrador viene cobrándola pacíficamente durante años (a ciencia y paciencia de la totalidad de los socios), su impugnación posterior no será admisible, según los casos, porque la impugnación sea contraria a la buena fe (doctrina de los actos propios, STS 18-IV-2013) o porque se considere que estamos ante una derogación singular de los estatutos. Será abusiva cuando no guarde proporción con el volumen de negocio de la empresa o con los beneficios obtenidos o con el trabajo efectivamente desarrollado por la persona a la que se designa administrador (SAP Madrid 5-IV-2013); cuando se aumente extraordinariamente sin razones que lo justifiquen o cuando sirva para poner en práctica una política discriminatoria de retribución de los socios (se paga sueldo al socio mayoritario y nada al minoritario SAP Castellón 15-V-2008 con apoyo en la STS 29-III-2007); cuando se acuerde convertir el cargo de gratuito en remunerado existiendo pérdidas en el negocio (SAP Coruña 14-II-2014). Así, se ha considerado abusivo extender la duración del cargo de los administradores y elevar la retribución de éstos desde el 2,5% al 33% de los beneficios (STS 1-VII-1963); atribuir al socio

¹⁵ Ibid

presidente del consejo de administración una retribución anual superior a los beneficios de la sociedad (STS 17-V-1979; SAP Madrid 23-III-1999) o que se extendía a los herederos del consejero delegado (STS 24-X-2006); aprobar unas cuentas anuales en que se incluían pagos a determinados consejeros en concepto de nómina y complementos cuando la sociedad no tenía beneficios y estaba en crisis (STS 2-III-1984); aprobar unas cuentas sociales que incluían como gastos societarios los gastos personales de los accionistas mayoritarios (STS 7-VII-1990) o que implicaban una retribución a 3 de los cuatro socios que eran los que tenían la condición de administradores de cantidades que hacían ridículos los beneficios (SAP Salamanca 1-VII-2001)¹⁶

6. Acuerdos impuestos por abuso de la mayoría

Antes de la Ley 31/2014 no existía en nuestro Derecho una categoría autónoma de acuerdos impugnables por abusivos. La reforma viene a legislar sobre lo que el Tribunal Supremo ha llamado "el imperio despótico de la mayoría" (STS 26.5.2005 [RJ 2005/5761]) con el fin de proteger "los intereses sociales, entendidos como aquellos que respetan razonablemente los de la minoría" (SAP Sección 15ª Barcelona 31.3.2016 [JUR 2016/130508]), que queda reflejado en el artículo 204 del TRLSC.

La reforma de la LSC de 2014 tipifica en el párrafo segundo del punto primero una nueva causa de impugnación de los acuerdos sociales. Esta nueva causa aparece como una subcategoría de los acuerdos que lesionan el interés social, y se concreta en el "abuso de la mayoría" que se conceptúa como aquellos acuerdos que se adoptan por la mayoría, en interés propio, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad.

El elemento clave en la determinación de si un acuerdo es o no constitutivo de abuso de la mayoría se coloca, así, en la justificación del acuerdo desde el punto de vista de la "necesidad razonable" de la sociedad. Esa exigencia se formula, de nuevo, a través de la utilización de conceptos indeterminados, lo que deja el campo necesariamente abonado a la discusión y, por tanto, a la inseguridad jurídica.

Siguiendo a VILLENA¹⁷ la exigencia indicada ha de cohonestarse con el principio de la protección de la discrecionalidad empresarial o business judgement rule, de forma que el enjuiciamiento por los órganos judiciales de las decisiones tomadas con el voto favorable de la mayoría habrá de realizarse con cautela, sin invadir el ámbito de competencias propio del órgano soberano de la sociedad¹⁸.

PULGAR EZQUERRA¹⁹ destaca que esa necesidad razonable debe responder a la maximización sostenida en el tiempo del valor de la sociedad, entendiendo el valor de la

¹⁶ ¹⁶En este sentido, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Derecho de sociedades cuestiones sobre órganos sociales" (TOL 7.267.237), pág. 20

¹⁷ "Tratado de conflictos societarios" Fecha publicación:03/2019 Editorial: Tirant lo Blanch - Epígrafe 5 "Impugnación de acuerdos sociales y conflictos societarios" de Francisco de Borja Villena Cortés

¹⁸ Recuérdese que, como se ha escrito con acierto, "el mecanismo de impugnación judicial de los acuerdos sociales no puede conducir a la suplantación por parte del juez de la figura del empresario en la adopción de sus particulares decisiones estratégicas, sino que sólo debe servir como límite para garantizar que la sociedad funcione con arreglo al ordenamiento jurídico" (García García, E., "Impugnación de acuerdos sociales: experiencia judicial", op. cit., pág. 41).

¹⁹ PULGAR EZQUERRA, J., "Impugnación de acuerdos sociales: en particular abusos de mayoría", en AAVV, Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada, Tomo I, Navarra, 2016, págs. 303-329. "la

sociedad en el enfoque tanto económico como social, según lo que se establezca en el contrato social constitutivo de la misma.

Como opina VILLENA²⁰, los términos en que se encuentra formulada la definición de acuerdo abusivo y la aplicación de principios procesales generales como el de disponibilidad y facilidad probatoria conducen, además, a entender que será carga de la sociedad demandada aportar la evidencia de que el acuerdo impugnado responde a esa "necesidad razonable" de la sociedad.

Tal y como establece el artículo 204.1 TRLSC, son acuerdos abusivos los que *sin responder a una de la sociedad necesidad razonable se adoptan* por la mayoría *en interés propio y en detrimento injustificado* de los demás socios. Siguiendo a GALLEGO²¹ por tanto el juzgador que conozca la impugnación deberá realizar un doble juicio, por un lado, un juicio de necesidad y un juicio de conveniencia.

El juicio de necesidad sobre el acuerdo social precisa de una motivación de dicho acuerdo en el sentido de identificar las carencias de la sociedad para la consecución del fin social. Es esta motivación la condición para poder objetivar que el acuerdo es acorde con el fin social y no obedece a una decisión sin motivo alguno. En este sentido, no es preciso que la minoría comparta el acuerdo, si el mismo obedece a los criterios objetivos de la mayoría, de acuerdo al principio de decisión mayoritaria que debe regir las decisiones de las sociedades de capital.

Una vez verificada la necesidad razonable del acuerdo, este debe someterse al juicio de conveniencia, es decir, el acuerdo puede responder a una necesidad de la sociedad, pero puede no ser conveniente para la misma. En este sentido, se debe valorar si el acuerdo da respuesta a esa necesidad de una manera proporcional al fin social, de tal manera que un acuerdo puede ser necesario, conveniente, pero los recursos a utilizar no son proporcionales a los resultados perseguidos, suponiendo una pérdida de recursos de la sociedad, y por tanto, dicho acuerdo puede ser impugnado.

La jurisprudencia genérica sobre el abuso de derecho --que se refleja en las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2001, 2 de julio de 2002 y 28 de enero de 2005, entre otras muchas exige para la apreciación del abuso de derecho los siguientes elementos:

- El uso de un derecho objetivo y legal.
- El daño a un interés no protegido.
- la inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar o sin verdadero interés en ejercitarlo) o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo).

A efectos de una mejor comprensión, se detallan a continuación algunos de los supuestos de abuso de la mayoría en la adopción de acuerdos sociales.

clave, por tanto, en la determinación de la abusividad de un acuerdo va a ser la 'necesidad razonable' de la sociedad, lo que constituye una cláusula general, que habrá que concretar caso por caso y parece que habría de conectarse con la causa económico-social del contrato de sociedad... Con arreglo a este criterio, respondería a necesidades razonables de la sociedad lo que permita el desarrollo de la causa económico-social del contrato, entendida en términos de 'maximización' sostenida del valor de la empresa".

²⁰ Obra citada

²¹ Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital **Autores:** Ascensión Gallego Córcoles **Fecha:** 01/2018-Epígrafe 60 (TOL 6.521.117)

6.1. Abuso de derecho y reparto de dividendos

El derecho a participar en las ganancias sociales tiene su fundamento en el propio contrato de sociedad, de modo que, los socios son los destinatarios naturales de los beneficios sociales, aunque nada obsta para que por unanimidad los socios acuerden una finalidad distinta perseguida por el contrato social.

Ahora bien, el derecho a participar en las ganancias sociales no reconoce un derecho al reparto periódico de los beneficios obtenidos en el ejercicio social (conocido como derecho al dividendo), sino un derecho abstracto a participar en las ganancias de la sociedad, sin establecer ni el cómo ni el cuándo de esa participación²².

Para la participación en las ganancias sociales es necesario, que efectivamente haya beneficios que se puedan repartir entre los socios; y, en segundo lugar, que la junta general, como órgano soberano para decidir acerca de la aplicación del resultado en nuestro ordenamiento.

Cuando la sociedad mercantil se ha constituido con una finalidad lucrativa, parece lógico que el interés común de los socios sea la percepción de los beneficios derivados de la implementación del objeto social. Con todo, dado el carácter duradero de la sociedad, es lógico pensar que el ánimo de lucro que ordena la actividad social generará una expectativa entre los socios de obtener una ganancia periódica.

El problema de la naturaleza jurídica de esta expectativa del socio ha puesto de manifiesto la confluencia de dos posiciones doctrinales. Por una parte, quienes califican la expectativa del socio a un reparto anual de beneficios como un auténtico derecho al dividendo anual, acaban reconociendo que tal derecho decae ante supuestos en que el atesoramiento de beneficios venga exigido por el interés social. De igual modo, para quienes afirman la completa discrecionalidad de la junta general para repartir o retener los beneficios reconocen que tal libertad encuentra como límites el *abuso* del derecho o el interés social. En definitiva, tal como se pone de manifiesto, "*las diferencias entre una y otra tesis se sustentan en la diferente construcción de la regla y de su excepción*"²³.

No existe, en nuestro Derecho una obligación de destinar los beneficios a dividendos repartibles entre los socios. Pero la expectativa de lucro de los socios obliga a la diligencia de los administradores en la obtención de ganancias.

Será la Junta General, por tanto, el órgano encargado de decidir finalmente sobre la aplicación del resultado, si bien su decisión ha de ajustarse a los límites legales y, en caso de haberse así pactado, estatutarios.

En principio, como ya hemos advertido, los socios son los destinatarios naturales de dichos beneficios sociales, una vez cubiertas las previsiones legales o estatutarias, pero tal reparto de los beneficios sociales queda supeditado a la voluntad *mayoritaria*. Es en este punto en el que hemos de preguntarnos si, además de los límites legales y estatutarios, existe algún límite ulterior que deba ordenar la decisión finalmente adoptada por la *mayoría* en relación con la

²² MUÑOZ MARTÍN N., "El derecho al dividendo", en ALONSO UREBA/ DUQUE DOMÍNGUEZ/ESTEBAN VELASCO/ GARCÍA VILLAVERDE/ SÁNCHEZ CALERO, *Derecho de Sociedades Anónimas II, Capital y Acciones*, Volumen 1, Civitas, Madrid, 1884, pp. 303 y ss, p. 306.

²³ FERNÁNDEZ DEL POZO L., *La aplicación de resultados en las sociedades mercantiles*, Civitas, Madrid, 1997, p. 114.

aplicación del resultado. Y la respuesta nos conduce necesariamente al interés social como criterio ordenador de la actuación de los órganos sociales. La valoración de la decisión de la *mayoría* adoptada en la junta general quedará así sometida a un juicio de oportunidad, de modo que serán impugnables los acuerdos sobre la aplicación del resultado que sean lesivos para dicho interés social.

Tras la reforma operada por la *Ley 31/2014*, a falta de previsión estatutaria en relación con el reparto de beneficios sociales, los acuerdos de no reparto habrán de ser valorados desde su compatibilidad con el interés social, entendido en sentido amplio, conforme a lo dispuesto en el art. 204.1 II TRLSC.

Para entender como abusivo un acuerdo de no reparto de dividendos conviene analizar cuatro aspectos claves: El primero es que debe poder apreciarse una ventaja particular para el socio mayoritario, que se debe reflejar en un interés propio, que no tiene porque ser económico, ni debe ser inmediato sino que puede apreciarse en el tiempo. El segundo de los aspectos es que debe apreciarse una ausencia de daño patrimonial para la sociedad, como refleja el hecho de un incremento de las reservas de la misma, y por tanto mejora la solvencia de la sociedad. En tercer lugar debe existir un perjuicio injustificado para los socios minoritarios reflejo de la satisfacción del interés propio de los accionistas mayoritarios. Es indudable que el atesoramiento del beneficio perjudica el legítimo interés del socio a obtener rendimientos de su capital invertido, mediante el reparto de dividendos. En cuarto lugar, es la ausencia de una necesidad razonable que motive el acuerdo de no reparto de dividendos.

A la vista de la jurisprudencia recaída sobre el atesoramiento de los beneficios sociales, no se considera abusivo un acuerdo en la medida que mejore la capacidad de autofinanciación de la sociedad, permita mejorar su posición competitiva o haga posible acometer nuevos proyectos²⁴.

Como ya hemos comentado no basta con que exista una justificación razonable en consonancia con el interés social para la adopción del acuerdo. La reforma de 2014 protege a los minoritarios exigiendo que el perjuicio que se les causa no sea injustificado, lo que supone que el acuerdo debe ser oportuno, conveniente y proporcionado a la necesidad social que pretende satisfacer.

Es evidente que se debe realizar un juicio por cada caso ya que un acuerdo de ampliar reservas voluntarias se justifica con vistas a posibilitar la autofinanciación de la *sociedad* a la hora de acometer un nuevo proyecto y, en razón de las circunstancias concurrentes (dificultades para acceder al crédito, altos tipos de interés, etc), puede ser el más oportuno para conseguir tal objetivo. Pero también, puede ser considerado *abusivo* si, por ejemplo, la *sociedad* dispone de unas elevadas reservas de libre disposición, suficientes para acometer tal empresa, de modo que la ausencia sistemática de reparto de beneficios sociales podría causar un perjuicio a los socios minoritarios que no estaría justificado en razón de tal objetivo, por lo que realmente podría obedecer al intento de los socios mayoritarios de satisfacer un interés propio en detrimento de la minoría.

Para el análisis del acuerdo habrá que tener presente lo que establece el artículo 190.3 TRLSC en referencia a la inversión de la carga de la prueba que venía siendo demandada por

²⁴ Señalan algunos autores que, de este modo, se estaría conectando el requisito de la "necesidad razonable" con la causa económico-social del contrato de *sociedad* entendida como maximización sostenida del valor de la empresa, que, en situaciones de insolvencia o próximas a ésta, debe identificarse con la pervivencia de la *sociedad* (principio de conservación de la empresa). Vid. PULGAR EZQUERRA J., "*Impugnación de acuerdos sociales abusivos y reestructuración societaria...*", [Revista de derecho de sociedades](#), ISSN 1134-7686, N° 44, 2015, pp. 85-86.

la doctrina y la jurisprudencia más consolidada sobre sequia de dividendos. En efecto, si atendemos a lo señalado en dicho precepto, al socio impugnante le compete probar la existencia de un conflicto de interés, de manera que puesto de manifiesto el conflicto, y superada la prueba de resistencia, deberán ser los socios mayoritarios quienes prueben que el acuerdo adoptado es conforme con el interés social; extremo éste que en el supuesto que nos ocupa necesariamente implicará probar que el acuerdo responde a una necesidad razonable de la *sociedad* y que además es el medio más conveniente y proporcionado para lograr satisfacerla y no perjudica injustificadamente a los socios minoritarios.

Además, habrá que valorar, si el acuerdo de no reparto de dividendos va acompañado de otras decisiones que pueden provocar la asfixia financiera de la minoría, y que pueden partir de la propia junta general o del órgano de administración. En todo caso, en la medida en que estas otras decisiones adoptadas por la junta o por el órgano de administración constituyen elementos fundamentales a la hora de valorar como *abusivo* el acuerdo de no reparto de beneficios sociales entre los socios, parece conveniente impugnar conjuntamente todos los acuerdos que puedan suponer el estrangulamiento financiero del socio minoritario, así como ejercitar todas las acciones correspondientes frente a las decisiones de los distintos órganos sociales de manera simultánea a la impugnación del acuerdo de atesoramiento de beneficios.

Un aspecto de la protección del socio minoritario respecto de la sequia de dividendos es el debate doctrinal sobre la posibilidad que el juez, una vez anulado el acuerdo, ordene el reparto de dividendos. Algunos autores niegan tal posibilidad²⁵, otros se muestran partidarios de aplicar el artículo 7.2. CC para evitar que persista el abuso.²⁶

Nuestra jurisprudencia mantiene el criterio de no ordenar el reparto de dividendos entre los socios, una vez declarado ineficaz el acuerdo de atesoramiento de beneficios. Con todo, existen algunas excepciones. Y, en todo caso, un problema añadido será determinar la cantidad que debe ser objeto de reparto²⁷. De ahí que, en ocasiones, en lugar de acordar el reparto, se inste a la junta general a llegar a un nuevo acuerdo sobre el quantum a repartir.

6.2. Abuso de derecho y ampliaciones de capital

El acuerdo de ampliación de capital corresponde a la junta de la sociedad, y no parece que el incremento de capital lesione el interés general, más bien al contrario, otorga a la sociedad un mayor nivel de solvencia frente a terceros.

El acuerdo de ampliación de capital requiere de una mayoría cualificada de la Junta, y por tanto, debe gozar del beneficio de considerar que es positivo para el interés social.

²⁵ ORTUÑO BAEZA M.T., "Artículo 273. Aplicación del resultado", en ROJO A./ BELTRÁN E., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo II, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2011, pp. 2031 y ss.; p. 2032; SILVA SÁNCHEZ M.J./ SAMBEAT SASTRE J.M., "Análisis y crítica del art. 348 bis LSC", *Diario La Ley*, N° 7844, 2012, pp. 1 y ss., p. 2.

²⁶ ALFARO J./ CAMPINS A., "Abuso de la mayoría en el reparto de dividendos...", *op.cit.*, p. 75; CAMPINS VARGAS A., "Derecho de separación por no reparto de dividendos: ¿es un derecho disponible por los socios?", *La Ley*, n° 7824, p. 23; CAMPINS A., "Reserva injustificada de los beneficios sociales", blog almacén de derecho, 9 de octubre de 2014; HERNANDO CEBRIÁ L., *El abuso de la posición jurídica...*, *op.cit.*, p. 257.

²⁷ En ocasiones, se ha obligado a repartir todo el beneficio social. Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005, SAP Palma de Mallorca de 22 de diciembre de 2010. En otras se ha establecido un reparto parcial, teniendo en cuenta los intereses de la minoría y el interés social.. JM Madrid de 28 de noviembre de 2013 y SAP Álava 28 de diciembre de 2012.

Sin embargo, puede resultar una estrategia para formar nuevas mayorías en la Junta, ya que pueden existir socios que en el momento que se adopte el acuerdo no dispongan de capital para acudir a esa ampliación y vean reducido su representación en la sociedad.

Como todo acuerdo social debe ser motivado y obedecer a una necesidad razonable de la sociedad, y esto en el sentido que carecería de motivo una ampliación de capital que tuviera por objetivo incrementar el saldo bancario de la sociedad, cuando esta ya dispusiera de suficientes recursos para su tráfico mercantil y sus previstos proyectos de inversión, todo ello en un ambiente de desacuerdo entre los socios, de tal manera que fuese obvio que la ampliación de capital obedece a los intereses de la mayoría de los socios, y no del interés social.

6.3. Abuso de derecho e información al socio

El derecho de voto es uno de los derechos básicos del socio. El derecho a la información se configura como un elemento esencial del derecho al voto, y por tanto, son impugnables aquellos acuerdos que restrinjan el acceso del socio a la información necesaria para determinar el sentido de su voto en una junta. La información que se dé al socio debe ser completa y verídica de tal manera que permita al socio decidir el sentido de su voto sobre la base de la información que ha recibido. La información no tiene por qué ser exhaustiva, ni se puede argumentar la falta de información para la impugnación de un acuerdo, cuando la información facilitada por el órgano de administración se considere suficiente para decidir el sentido del voto. Solamente, cuando en abuso de la mayoría, no se ofrezca al socio información suficiente y exacta para decidir el sentido del voto, el acuerdo será impugnable.

Como dice la doctrina alemana, en relación con la infracción del derecho de información, lo decisivo para considerar nulo un acuerdo es si un accionista que actuase objetivamente y que conociera las circunstancias que constituían el objeto de su solicitud de información habría votado en un sentido diverso a como lo hizo sin conocer tales circunstancias, siendo lo relevante (no la respuesta hipotética sino) si el objeto de la pregunta (y, por tanto, el contenido de la respuesta) es suficientemente importante como para influir en la votación con independencia de la respuesta. Según la letra b) del artículo 204.3 LSC, no serán impugnables los acuerdos sociales respecto de los que se hubiera producido una infracción del derecho de información consistente 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». La norma limita, pues, al derecho de información en su modalidad de derecho a preguntar y, en concreto, al derecho a preguntar con anterioridad a la celebración de la junta y es aplicable, a pesar del silencio del art 196 LSC tanto a la sociedad anónima como a la limitada.

6.4. Abuso de derecho y sistema de convocatoria de junta

Se produce abuso de derecho cuando el órgano de administración de la sociedad varía la manera de convocar la junta con el objetivo de la inexistencia de algún o alguno de los socios. La modificación de la forma de convocatoria de la Junta (pasando de un sistema en el que la convocatoria se llevaba a cabo mediante comunicación individual y escrita dirigida a cada socio, «por correo certificado con aviso de recibo al domicilio que conste en el Libro Registro

de socios» por el sistema de convocatoria legal, esto es, mediante anuncio en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia») se ha considerado abusiva (SAP Pontevedra 26-X-2005, *Westlaw* PROV 2006, 25048; SAP de Madrid 14-X-2011: «resulta contrario a las más elementales reglas de la buena fe, convocar a dos socios en el domicilio de una de las promotoras del expediente (de convocatoria judicial), cuando se conoce el domicilio de dichos socios a los que habitualmente se remiten las comunicaciones»).

II. ACUERDOS NO IMPUGNABLES

1. Por revocación o anulación del acuerdo impugnado

El artículo 204.2 TRLSC establece que no son impugnables los acuerdos adoptados cuando:

- Se dejen sin efecto por el órgano que los adopto.
- Sean sustituido por otro válido antes que se presente la demanda de impugnación.

Por tanto, si el acuerdo adoptado adolece de vicios que permitan su impugnación, y el órgano de la sociedad que lo adopta, lo anula o sustituye por otro válido, carece de sentido la impugnación del primer acuerdo por inexistencia del mismo. Si una vez presentada la demanda de impugnación contra el acuerdo adoptado, el órgano lo anula o sustituye, el juez deberá dictar auto de fin del procedimiento de impugnación por inexistencia de objeto.

En ambos casos, si algún socio se siente dañado por el acuerdo adoptado podrá solicitar la restitución del daño ocasionado o la eliminación de los efectos del acuerdo que estuvo en vigor.

2. Infracción de requisitos meramente procedimentales

La impugnación de un acuerdo por motivos procedimentales puede constituir ejercicio abusivo del derecho por parte del accionista impugnante porque, a la impugnación de acuerdos sociales, como al ejercicio de cualquier otro derecho, se le aplican los límites generales al ejercicio de los derechos y, por tanto, la prohibición de abuso u obligación de ejercicio de acuerdo con las exigencias de la buena fe. Los casos más claros de impugnación abusiva son aquellos en los que la demanda es un instrumento de chantaje: el minoritario presenta la demanda para obligar al mayoritario a darle un puesto en el Consejo o para que le pague una cantidad de dinero que se disfraza, en los casos más groseros, de «minuta de honorarios» o «trabajos de consultoría» y en los más sutiles de costas del proceso que, en vía transaccional, se ponen a cargo de la sociedad. Otros indicios del abuso son la ausencia de interés del socio impugnante en la anulación del acuerdo (STS 9-III-2007); que la infracción legal o estatutaria no haya lesionado interés alguno sustancial del socio habiéndose cumplido el objetivo de la norma que se dice infringida (STS 28-VII-2006; STS 21-VII-2010). Todos estos casos se enmarcan en el grupo de los *actos de emulación* como abusivos.

Los casos más frecuentes irán referidos a la impugnación basada en infracciones del derecho de información o el incumplimiento de requisitos procedimentales de convocatoria y celebración de la Junta aunque muchos de ellos se resolverán por aplicación de la *regla de la relevancia*, de manera que, en el futuro, el carácter abusivo de la impugnación podrá predicarse de los supuestos en los que el legislador ha considerado inaplicable dicha regla. Así, tal ocurrirá cuando pueda probarse, por ejemplo, que el accionista conoció la información y esté alegando

la infracción de la norma cuya finalidad era proporcionársela o cuando se alegue *incumplimiento del plazo de convocatoria*.

Para evitar los abusos de las minorías, relatados en el párrafo anterior, tendentes a la paralización de la vida social, por no estar conforme con los acuerdos adoptados por el órgano de la sociedad, la reforma del 2014, siguiendo las recomendaciones del comité de expertos, taso en el artículo 204.3 una serie de motivos como inimpugnables siempre que no afecten a los derechos del socio, y por tanto salva de considerar infracciones procedimentales a:

- Forma y plazo de la convocatoria de la junta.
- Reglas esenciales de constitución del órgano.
- Reglas esenciales para las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos.
- Cualquier otra regla que tenga carácter relevante.

De esta manera no son impugnables aquellos acuerdos que infrinjan algún o algunos requisitos de forma, siempre y cuando no afecten a las materias recogidas arriba, y que suponen una barrera en la defensa de los intereses de las minorías, por afectar directamente a la formación de mayorías y minorías en el órgano que adopta el acuerdo.

3. Incorrección o insuficiencia de la información facilitada

En las sociedades de responsabilidad limitada los socios tienen derecho a solicitar por escrito, antes de la junta, o verbalmente en la propia junta los informes y aclaraciones que consideren con respecto a los asuntos del orden del día. El órgano de administración está obligado a facilitar la información requerida, salvo que considere que la publicidad de la información requerida sea contraria al interés social, y en cualquier caso, que no supere el veinticinco por ciento del capital social los socios que la solicitan.

Misma obligación tienen los administradores de las sociedades anónimas salvo que esa información sea innecesaria para la tutela de los derechos del socio, o existan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales o su publicidad perjudique a la sociedad o a las sociedades vinculadas. La información solicitada no podrá denegarse cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social. La vulneración del derecho de información 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. En el supuesto de utilización abusiva o perjudicial de la información solicitada, el socio será responsable de los daños y perjuicios causados.

En este sentido, al igual que el apartado anterior, se trata de evitar los abusos de las minorías impugnado los acuerdos sociales en base a que la sociedad no les facilita la totalidad de la información requerida. Igualmente, en protección de las minorías establece que podrá impugnarse el acuerdo cuando la incorrección o insuficiencia de la información 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.

Es decir, existe una protección del derecho al voto y de los derechos de participación que permite impugnar los acuerdos adoptados cuando la sociedad no procura al socio información correcta y suficiente para que este pueda adoptar una decisión consciente.

Sin embargo, no se puede impugnar un acuerdo cuando la información facilitada al socio sea incorrecta o insuficiente, pero no afecte directamente a la cuestión de la que trate el acuerdo adoptado. Esto se puede ver reflejado, por ejemplo, en la petición por parte del socio de las cuentas anuales de los últimos cinco años, para adoptar el acuerdo de aprobación de las cuentas anuales del ejercicio anterior. Es evidente que la petición del socio no obedece a una necesidad razonable para la toma de su decisión actual, y que por tanto no puede oponer a al acuerdo actual que la información relativa a los últimos cinco años sea insuficiente.

4. Participación en la reunión de personas no legitimadas

La participación de personas no legitimadas en la reunión se puede dar por:

- Asistencia de un representante sin reunir los requisitos.
- Asistencia de personas a las que se les considera socios a pesar de no tener esta condición.
- Asistencia de personas no legitimadas para asistir.

Si la participación de esas personas ha sido necesaria para la adopción de los acuerdos sociales, es evidente, que los mismos serán impugnables por adolecer las mismas de legitimidad para la reunión, pero si para la adopción de los acuerdos no es necesario computar el voto emitido por esas personas, el acuerdo no será impugnable, pues se entiende que ha obtenido la mayoría necesaria para su adopción.

5. Voto invalido o computo erróneo de los votos

Al igual que el apartado anterior, salvo que el voto inválido o el computo erróneo supongan que el acuerdo se adopta por una mayoría no existente, el acuerdo adoptado no será impugnable porque aún en el caso de anular el voto inválido o realizar el computo correcto, el acuerdo obtiene la mayoría necesaria para su adopción.

III. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN

1. Plazo para impugnar

La reforma de 2014 termina con los diferentes plazos para entablar la acción de impugnación, según se tratase de actos nulos o anulables, y establece un plazo de impugnación general de un año, a partir del cual caduca el derecho a impugnar los acuerdos sociales, salvo que se trate de acuerdos cuyas circunstancias, causa o contenidos resulten contrarios al orden público, en cuyo caso la acción de impugnación ni caduca, ni prescribe.

La excepción del orden público es obligatoria pues entendiendo que "*el concepto de orden público se sustenta especialmente en 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*"²⁸. Por tanto, el sentido de "orden público" del artículo 205

²⁸ Sentencia Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2002

comprende los derechos constitucionales de proyección en el ámbito societario, y los principios esenciales del derecho societario.

Desde este punto de vista, el orden público no permite que caduque o prescriba la acción de impugnación de acuerdos contrarios a los derechos mínimos del socio del artículo 93 del TRLSC que son:

- a) El de participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación.
- b) El de asunción preferente en la creación de nuevas participaciones o el de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones.
- c) El de asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales.
- d) El de información.

Cabe considerar pues que el “orden público” es un concepto amplio e indeterminado, por ello el artículo modera el derecho a impugnar al hacer referencia a las circunstancias, causa o contenido del acuerdo impugnado.

Es evidente que la caducidad de una acción conjuga con el principio de seguridad jurídica (artículo 9 CE), en el sentido de establecer un plazo de tiempo para que la persona pueda ejercer sus derechos frente a un acuerdo que considera lesivo. Desde este punto de vista, y tal como considera la doctrina la impugnación de acuerdos por la vía de ser contrarios al orden público debe tener un acceso restrictivo, y tratarse no solo de una infracción normativa, sino que debe lesionar derechos fundamentales o libertades públicas, o a derechos esenciales del socio. Ese criterio restrictivo lleva aparejado el análisis de las situaciones de conflicto de intereses existentes para la adopción del acuerdo, así como, las circunstancias en las que se adopta el acuerdo.

2. “DIES A QUO”

Toda acción de caducidad se delimita como elemento configurador de la misma por el “*dies a quo*” en que nace el derecho, a fin de que con el transcurso del plazo establecido se produzca la caducidad del derecho.

El artículo 205 establece en este sentido, diversos escenarios como son:

- Si el acuerdo se adopta en Junta de Socios o reunión del Consejo, el plazo se computa desde la fecha de adopción del acuerdo.
- Si ese acuerdo se adopta por escrito, el plazo se computa desde la fecha de recepción de la copia del acta de la Junta o Reunión.
- Si el acuerdo se inscribe en el Registro, el plazo computa desde la fecha de oponibilidad de la inscripción. Los datos que se inscriben en el Registro Mercantil son oponibles frente a terceros de buena fe desde que los mismos se publican en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

En síntesis, se establece un plazo de caducidad de la acción de impugnación de un año, excepto para aquellos acuerdos contrarios al orden público, entendiéndose esta excepción desde una interpretación restrictiva, de manera que se lesionen derechos constitucionales o esenciales de los socios, apreciados en base a los posibles intereses en conflicto y circunstancias en que se

adopten. Dicho plazo computa según que el acuerdo se adopte por escrito o no, además de según se inscriba o no.

IV. LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR

Los socios tienen atribuida legitimación para impugnar los acuerdos sociales por el solo hecho de serlo. Tanto los socios ordinarios y privilegiados, los socios sin voto, los socios con derecho de voto suspendido por falta de desembolso de dividendos pasivos, los socios cotitulares de acciones designados por la comunidad de titulares para ejercer los derechos de socio y, a salvo de pacto estatutario, los socios nudos propietarios y los socios pignorantes en relación ambos, están legitimados para impugnar los acuerdos sociales de la sociedad. Además, se equiparan a socio a los a estos efectos el usufructuario y el acreedor pignoraticio de acciones o participaciones si tienen atribuido el derecho a impugnar en estatutos, puesto que, aunque no tengan la cualidad de socio, ostentan la titularidad del derecho del que emana la legitimación activa. Y a ellos debe equipararse asimismo la herencia yacente en cuyo caudal se integren acciones o participaciones sociales.

En las sociedades de responsabilidad limitada la acreditación de la titularidad de las participaciones se obtiene mediante el registro en el libro de socios de las participaciones en el momento de la constitución de la sociedad, y la posterior inscripción de cualquier transmisión de las mismas, ya que la sociedad solo reconoce socio al que se halle inscrito en dicho libro.

En las sociedades anónimas las acciones pueden estar representadas por títulos o por medio de anotaciones en cuenta, en el caso de las sociedades cotizadas. Cuando las acciones están representadas por títulos, pueden ser nominativas o al portador. Las acciones nominativas, al igual que las participaciones, deberán constar en el libro registro de acciones, para el reconocimiento de los derechos de socio, mientras que, en las acciones al portador, se deberá presentar el título de la acción para el reconocimiento como socio.

El reconocimiento de la legitimación activa a los socios está sujeta a que se ostente la condición de socio antes de que se adopte el acuerdo impugnado y se mantenga en el momento de impugnar (STS de 30 de enero de 2002 [RJ 2002, 2311]). Naturalmente, la transmisión de las acciones o participaciones sociales del socio impugnante, iniciado ya el proceso, permite la sucesión procesal del socio adquirente en la posición del actor transmitente.

La reforma de 2014 establece el umbral del uno por ciento del capital de la sociedad, o el uno por mil si se trata de sociedades cotizadas, para que los socios puedan tener legitimidad para impugnar. Este umbral fue una de las principales novedades de la reforma y se basa en el informe de la Comisión de Expertos que lo propone como una de las medidas para frenar los abusos de derecho de aquellos socios que, sin alcanzar un importe de capital mínimo, pretenden manejar la vida social en base a una continuidad de impugnaciones en el tiempo. Frente a esta barrera de participación en el capital, la norma si legitima que se agrupen socios que alcancen ese porcentaje mínimo, para impugnar los acuerdos que consideren lesivos. Pero, además, la norma permite que los estatutos establezcan un porcentaje inferior para gozar de esa legitimación, es decir, la norma permite que la Junta de Socios, vía estatutos modere esa restricción normativa, pero nunca estableciendo un porcentaje superior.

La base de cálculo para determinar la participación del socio es el capital nominal de la sociedad en el momento de la adopción del acuerdo impugnado. De esta manera si el acuerdo

determina una menor participación del socio en el capital, este efecto no se tiene en cuenta para la legitimación en la impugnación.

El socio mantiene la legitimación para impugnar con independencia que haya votado a favor del acuerdo o se haya abstenido, y aún cuando no asista a la junta, o se le prive, indebidamente, de su derecho al voto, y aún cuando habiendo acudido mediante representante este haya cumplido o no sus instrucciones de voto.

A los efectos, ya comentados, de tratar de evitar las impugnaciones por cuestiones meramente formales, se incorpora una restricción a la legitimidad, de manera que el demandante carece de la misma, sino denuncia el defecto formal en el momento que tiene conocimiento del mismo. La denuncia hecha por un socio no beneficia a cualquier otro impugnante, excepto que se trate de un socio que no alcance la participación mínima exigida para impugnar, en cuyo caso su denuncia beneficia al conjunto de los socios agrupados para ejercer la acción de impugnación.

La denuncia previa del defecto formal se impone en principio a todos los que están legitimados para ejercer la acción de impugnación, como son administradores, terceros y socios. Razonablemente, la denuncia de estos defectos solo habrá podido ser hecha en tiempo útil por administradores y socios, así como por los terceros que tengan un interés legítimo relacionado con su condición de socios. La denuncia hecha por un socio no beneficia a cualquier socio impugnante, salvo que se trate de un socio que no alcance la participación legal o estatutariamente exigida para impugnar, en cuyo caso su denuncia beneficia al conjunto de los socios agrupados para ejercer la acción de impugnación, siempre, claro está, que entre ellos se cuente el socio denunciante.

Se consideran defectos formales aquellos relativos a la convocatoria, constitución y desarrollo de la junta, incluida lo relativo a las votaciones, y ello tanto si afectan a un acuerdo particular como se afectan a la totalidad o parte de los acuerdos de la junta. Desde esta perspectiva, por tanto, solo importa que el defecto formal constituya una causa eficiente para la impugnación del acuerdo o acuerdos considerados, esto es, que no se trate de los defectos mencionados en la letra *a)* del artículo 204.3 del TRLSC ni de los relacionados con los supuestos de las letras *c)* y *d)* de ese mismo artículo. O, a la inversa, solo importa la denuncia si versa sobre un defecto formal que tenga carácter esencial o determinante como motivo de impugnación en el sentido del art. 204.3 TRLSC.

Para la impugnación de los acuerdos contrarios al orden público están legitimados los administradores, los socios aunque lo sean a posteriori de la adopción del acuerdo, y cualquier tercero. Se trata pues de establecer una defensa amplia frente a los acuerdos contrarios al orden público, es decir, en defensa del cumplimiento del ordenamiento jurídico, y por tanto del Estado de Derecho.

Al reducir el derecho del socio a la impugnación de los acuerdos sociales por el establecimiento de los límites de representación estipulados en el capital, ya sea legal o estatutariamente, la norma dispone, a favor de los minoritarios, un derecho para el resarcimiento del daño que les hay ocasionado el acuerdo impugnado. Esta previsión legal no se trata de dar una compensación al socio por privarle de su derecho a impugnar sino de recordar el derecho que tiene todo perjudicado a ser resarcido de las consecuencias indemnizables que le cause la sociedad por su actuación.²⁹

²⁹ MASSAGUER, J (2015) “ Artículo 206. Legitimación para impugnar” , en Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo”. Civitas págs.. 247 y ss

Nada se dice del procedimiento a seguir para la reclamación de los daños, y no solo de estos sino también de los perjuicios. Al respecto, como se considera que el daño deriva del incumplimiento del contrato social se ha postulado que la acción debe ser la interposición de demanda de responsabilidad contra la sociedad, en los términos que establece el código civil.

V. PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN

Debemos distinguir tres cauces distintos que formar parte del sistema de impugnación de acuerdos sociales. Así tenemos lo establecido en el artículo 204.2 sobre la procedencia de la impugnación cuando el acuerdo haya sido dejado sin efecto o sustituido por otro. Por otra parte, tenemos la cuestión incidental de previo pronunciamiento del artículo 204.3, y por último lo que establece el artículo 207 sobre los tramites del juicio ordinario para la demanda de impugnación de acuerdos sociales.

El artículo 204.2 recoge *“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”*, este párrafo refleja lo que CORDÓN³⁰ considera de que, como indica la jurisprudencia (por todas, Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 589/2012, de 18 de octubre y las que en ella se citan), no existe un «derecho al arrepentimiento» con proyección sobre derechos adquiridos por terceros e incluso por socios a raíz del acuerdo revocado, «máxime si se tiene en cuenta que la propia evolución del mercado puede convertir en lesivos acuerdos inicialmente beneficiosos que los administradores deberían ejecutar de no ser revocados».

De esta manera conviene distinguir dos situaciones distintas:

1. Acuerdo posterior adoptado antes del inicio del proceso de impugnación

En este caso, tal y como defiende VELA³¹ la impugnación «no será procedente». Tras esta declaración de improcedencia, nada dice la Ley sobre el mecanismo procesal para hacer tal pronunciamiento.

Como mantiene el autor citado, no parece lógico que pueda ser una causa inicial de inadmisión de la demanda (art. 404.2 LEC), salvo en el más que improbable caso de que el demandante ya reconociera en su demanda que había un acuerdo posterior. En consecuencia, lo más razonable es que sea la parte demandada quien ponga de manifiesto este hecho, bien mediante recurso contra el decreto de admisión de la demanda, bien en su contestación a la demanda, o a través de la alegación en la audiencia previa, dados los amplios términos de regulación de este trámite procesal. Incluso podría suscitarse un pronunciamiento de carencia sobrevenida de objeto a tenor de lo previsto en el art. 22 LEC, aunque lo cierto es que tiene el

³⁰ CORDÓN MORENO, F.: «La exclusión de la impugnación de determinados acuerdos sociales y su tratamiento procesal (art. 204. 2 y 3 LSC)». En VVAA: *Las reformas del régimen de las sociedades de capital según la Ley 31/2014*. Gómez Acebo & Pombo. 2015.

³¹ **Título:** Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital **Autores:** Pedro José Vela Torres
Fecha: 01/2018 Epígrafe 61 (TOL 6.521.115)

inconveniente de que la causa invocada es anterior a la demanda y no posterior, por lo que lo parece más adecuado acudir a las otras vías.

En cualquiera de las modalidades expuestas, habrá de alegarse la existencia del nuevo acuerdo adoptado con anterioridad a la interposición de la demanda, y en todos ellos la consecuencia habrá de ser la misma: el juez acordará la conclusión del proceso por extinción de su objeto.

Debemos tener presente que, en puridad de conceptos, en el caso tratado nos encontraríamos en un supuesto de falta de acción y la jurisprudencia ha reconocido que, aun siendo la legitimación una cuestión de fondo, es posible su tratamiento procesal y preliminar en los casos en que la norma exija determinadas condiciones para el ejercicio de la acción, cuyo análisis puede realizarse previamente al examen de la cuestión de fondo (por ejemplo, SSTS 764/2012, de 12 de diciembre; 78/2013, de 26 de febrero; o 193/2017, de 16 de marzo). Lo que podría ser aplicable al supuesto que ahora nos ocupa.

2. Acuerdo posterior adoptado, estando pendiente el proceso de impugnación

En este segundo escenario opina VELA que tal y como establece el artículo 204.2, cuando la revocación o sustitución hubiere tenido lugar después de la interposición de la demanda, «el juez dictará auto de terminación del procedimiento por desaparición sobrevenida del objeto».

“Esta nueva previsión legal se contrapone al anterior criterio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que no daba lugar a la terminación del proceso por la adopción de un acuerdo posterior; en aplicación del principio ut lite pendente nihil innovetur, conforme al cual carecen de eficacia las innovaciones introducidas después de iniciado el juicio en el estado de los hechos, de las personas o de las cosas que hubieren dado origen a la demanda (sentencias 13/1993, de 26 de enero; 844/1998, de 20 de octubre; 533/2002, de 21 de mayo; y 32/2006, de 23 de enero). Si bien es cierto que esta jurisprudencia había sido matizada por las sentencias 914/2008, de 3 de octubre; 760/2011, de 4 de noviembre; y 589/2012, de 18 de octubre.

La nueva previsión legal es acorde con la posibilidad de subsanación, cuando sea posible, que ya estaba prevista en el art. 115.3-2 de la Ley de Sociedades Anónimas y que sigue manteniendo el actual artículo 207.2 de la Ley de Sociedades de Capital.”

En todo caso, como observa CORDÓN³², habrá que tener presente que la jurisprudencia constitucional exige que para que la decisión judicial de cierre del proceso por pérdida sobrevenida del objeto resulte respetuosa con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, es necesario que la pérdida del interés legítimo sea completa (verbigracia, STC 102/2009, de 27 abril).

Por otra parte, el procedimiento de impugnación de acuerdos sociales se inicia con la demanda de parte. Cuando el motivo de impugnación sea de los recogidos en las excepciones de lo establecido en el artículo 204.3 se planteará como cuestión incidental de previo pronunciamiento el carácter esencial o determinante de los dichos motivos.

Tal y como manifiesta ARIZA³³ la naturaleza jurídica de la cuestión debatida a través del incidente de previo pronunciamiento pertenece al ámbito del derecho material, y no se trata

³² Ibid

³³ Título: DERECHO DE SOCIEDADES CUESTIONES SOBRE ÓRGANOS SOCIALES Autores: María Jesús Ariza Colmenarejo Fecha: 01/03/2019 Epígrafe 58 (TOL 7.267.233)

de un presupuesto procesal. La finalidad ha sido evitar una decisión en los estadios últimos del proceso cuando se invoca una infracción nimia que puede ser empleada con fines abusivos, con las consecuencias negativas que eso puede tener. Por ello, el incidente de previo pronunciamiento se adapta mejor a la finalidad perseguida, que no es otra que la interposición de demandas impugnativas de carácter infundado, o manifiestamente abusivas por motivos de escasa entidad.

En este sentido la autora considera que el principal debate que hay que plantear en este caso es la naturaleza de la consideración del motivo como relevante o esencial, cuya decisión se atribuye al órgano judicial en fases previas. Si se analizan todos los supuestos del art. 204.3 LSC, se puede llegar a una primera conclusión que determina un esquema similar al que la jurisprudencia ha señalado en referencia al concepto de legitimación. De las cuestiones de fondo sobre las que decide el juez, la primera la constituye la legitimación, si bien es cierto que en determinadas circunstancias se realiza un tratamiento procesal del concepto (legitimación *ad processum*). Ahora bien, el legislador ha pretendido depurar *in limine litis* el motivo sobre el que sustenta el efecto jurídico pedido en la demanda, para lo cual acude a la vía incidental, en la cual hay que decidir sobre la relevancia del motivo invocado por la parte. La vía asignada no dota del carácter procesal a la cualidad del motivo alegado.

Para afirmar que estamos ante una cuestión material o de fondo, no hay más que analizar la norma. A partir de infracciones o irregularidades en los distintos aspectos que provocan la aprobación de un acuerdo social, hay que afirmar o negar la relevancia o el carácter esencial o determinante de algunas cuestiones fácticas que se incorporan al debate. Por lo tanto, todo ello entra en el ámbito del objeto procesal como elementos inescindibles para la decisión. Como veremos, la valoración del extremo pretendido por la vía incidental sesga el objeto del proceso. Es como si seccionáramos las decisiones en materia de responsabilidad extracontractual, donde se requiere el comportamiento, el daño, la relación causal, y la imputación. No podemos analizar con carácter previo y "sacar" del proceso principal alguno de ellos con el fin de evitar llegar hasta la sentencia.

Siguiendo la lógica alegatoria del proceso ordinario, y ante el posible planteamiento del incidente de previo pronunciamiento, cabe pensar que el actor va a justificar en la propia demanda todos aquellos elementos que determinan la impugnabilidad del acuerdo, en especial cuando se exige una mínima actividad valorativa sobre el carácter esencial o determinante del motivo alegado. Por ello, el actor incorpora todos los elementos constitutivos de su pretensión, entre los que se encuentra la relevancia de la infracción. Por su parte, la demandada puede oponerse incorporando circunstancias extintivas, impeditivas u obstativas de la pretensión del actor. En ambos casos, hay que realizar manifestaciones fácticas de las que se deduzca bien la relevancia del motivo como la ausencia de ésta.

El juicio sobre la relevancia, el carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación, parte del análisis fáctico del objeto del proceso, diseccionándolo para identificar una insuficiente entidad del motivo legalmente previsto, no de su fundamentación. Por lo tanto, se corre el riesgo de ruptura de la continencia de la causa, para decidir sobre una cuestión que el actor se encargará de justificar en la demanda, con despliegue de argumentación.

Concluye la autora que el incidente de previo pronunciamiento al que se remite el art. 204.3 LSC resulta inidóneo para la resolución de cuestiones que están en estrecha conexión con el ámbito objetivo del proceso de impugnación de acuerdos sociales. Es cierto que se ha pretendido adelantar una cuestión para evitar el abuso de minorías en el uso de la tutela judicial, pero hubiese sido deseable incorporar una casuística mínima producto de la jurisprudencia, al menos para no dejar en manos de las partes el empleo de una herramienta procesal que altera

ciertas cuestiones procedimentales, incluso con merma del derecho de defensa y del principio de legalidad.

El artículo 207.1 establece que *“Para la impugnación de los acuerdos sociales, se seguirán los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil”*. El procedimiento de la Demanda de impugnación se ventilará por tanto por los tramites del juicio ordinario.

En la demanda deberá constar los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o residencia en que pueden ser emplazados, se expondrán numerados y separados los hechos y los fundamentos de derecho y se fijará con claridad y precisión lo que se pida. A su vez se designarán en la misma abogado y procurador.

La Demanda constará de los Hechos, debidamente ordenados, que la motivan, con mención expresa de los documentos que acompañan la demanda, también debe expresarse los fundamentos de derecho que se consideren al caso, y alegaciones sobre capacidad de las partes, jurisdicción y clase de juicio, para finalizar la misma con la petición de pronunciamiento judicial que se pretenda.

El Letrado de la Administración de Justicia, examinada la demanda, dictará decreto admitiendo la misma y dará traslado de ella al demandado para que la conteste en el plazo de veinte días (Artículo 404.1 LEC).

Una vez recibida la contestación a la demanda por parte del demandado, el letrado de la administración de justicia convocará a la partes a una audiencia, en la que informará de la posibilidad de negociar para solucionar el conflicto, y si no fuera posible se examinarán las cuestiones procesales, proponer y admitir prueba.

El juicio tendrá por objeto la práctica de las pruebas de declaración de las partes, testifical, informes orales y contradictorios de peritos, reconocimiento judicial en su caso y reproducción de palabras, imágenes y sonidos. Asimismo, una vez practicadas las pruebas, en el juicio se formularán las conclusiones sobre éstas (Artículo 431 LEC).

El juicio comenzara practicándose las pruebas admitidas, posteriormente las partes formularán oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, y informaran sobre los fundamentos jurídicos de sus pretensiones.

Posteriormente al juicio, en el plazo de veinte días, el Juez dictará Sentencia.

Con respecto al artículo 207.2 establece *“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”* que junto a lo recogido en el artículo 204.2 *“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”*, mantienen el esquema de la impugnación previo a la LSC como afirma ROJO³⁴, *“la Ley de Sociedades de Capital no soluciona el problema de la suerte de la impugnación ya presentada si la sociedad lite pendente revoca el acuerdo impugnado o lo sustituye por otro”*.

El fundamento de esta opción es la finalidad que se persigue en la audiencia previa de evitación del proceso, sin excluir el mismo antes de la audiencia previa. En este sentido el artículo 415 LEC *“Si manifestasen haber llegado a un acuerdo o se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, podrán desistir del proceso o solicitar del tribunal que homologue lo*

³⁴ “La impugnación de acuerdos”, en Rojo-Beltrán, Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, Madrid, 2011, Tomo I, p. 1446,

acordado. Las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el apartado 4 del artículo 19, para someterse a mediación. Es evidente pues el requisito de la bilateralidad en la conducta de las partes para la aplicación del precepto.

Entramos de esta manera en el terreno de la suspensión del proceso civil cuya regulación se recoge en las normas sobre el poder de disposición de las partes en el proceso y las pretensiones de las mismas, y se refleja en el artículo 19 de LEC “Derecho de disposición de los litigantes. Transacción y suspensión”, que establece:

“1. Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.

2. Si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaren fuere conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin.

3. Los actos a que se refieren los apartados anteriores podrán realizarse, según su naturaleza, en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de sentencia.

4. Asimismo, las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada por el Letrado de la Administración de Justicia mediante decreto siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días”.

y en este sentido se abre un periodo de sesenta días para procurar un acuerdo entre las partes a fin de evitar la continuación del proceso.

VI. LA SENTENCIA Y SUS EFECTOS

El artículo 208 de TRLSC declara que la Sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. En el caso que de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, la sentencia determinará además la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella.

La norma establece que la sentencia debe ser firme, y por tanto, de acuerdo con el artículo 521 de LEJ “*No se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas ni de las constitutivas.*”, no cabe ejecución de la misma hasta su firmeza.

Por tanto, una vez firme la sentencia, procederá su inscripción en el registro y la publicación de un extracto en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil”.

La regulación positiva de la sentencia estimatoria del artículo 208 TRLSC se debe poner en relación con el artículo 222.3 LEC que establece el perímetro del efecto de “*cosa juzgada material*” de las sentencias que pongan fin a los procesos de impugnación de acuerdos sociales, extendiendo el perímetro a “*afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado*”. Además, obliga al Juzgado a expedir un mandamiento al RM según el artículo 149.5 LEC los actos procesales de comunicación serán “*Mandamientos, para ordenar el libramiento de certificaciones o testimonios y la práctica de cualquier actuación cuya ejecución corresponda a los Registradores de la Propiedad, Mercantiles, de Buques, de ventas a plazos de bienes*

muebles, notarios, o funcionarios al servicio de la Administración de Justicia". Por otra parte el artículo 278 de TRLSC afecta ya que libera a los socios de buena fe de la restitución de dividendos y cantidades a cuenta a los que pueda afectar la sentencia al considerar "*Cualquier distribución de dividendos o de cantidades a cuenta de dividendos que contravenga lo establecido en esta ley deberá ser restituida por los socios que los hubieren percibido, con el interés legal correspondiente, cuando la sociedad pruebe que los perceptores conocían la irregularidad de la distribución o que, habida cuenta de las circunstancias, no podían ignorarla.*". También el artículo 47.1 Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles que establece "*Ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta Ley. Quedan a salvo, en su caso, los derechos de los socios y de los terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados*", aplicable también a escisión (Artículo 73 LME) y a la cesión global de activo y pasivo (Artículo 90 LME). De esta manera en caso de fusión la sentencia habrá de inscribirse en el Registro Mercantil y publicarse en BORME y no afectará por sí sola a la validez de las obligaciones nacidas después de la inscripción de la fusión, a favor o a cargo de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad surgida de la fusión. De tales obligaciones, cuando sean a cargo de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad, responderán solidariamente las sociedades que participaron en la fusión.

La doctrina crítica el artículo 208 TRLSC porque nada dice sobre las consecuencias sustantivas de la sentencia favorable a la impugnación que abarca desde la naturaleza de la ineficacia del acuerdo impugnado, su alcance y sus efectos, y a la propagación de los efectos de la estimación a los acuerdos posteriores.

De esta manera, se considera que la sentencia que estime la impugnación de un acuerdo social, considerando la nulidad del mismo, debe contener un pronunciamiento con cuatro aspectos básicos: Alcance, naturaleza, obligatoriedad y carácter de esa nulidad.

Con respecto al alcance de la sentencia existe acuerdo doctrinal, en que debe ser el mismo, tanto en el caso que los acuerdos sean inscribibles como si no lo son, en definitiva, la estimación de la demanda tiene su carácter sustantivo con independencia del tipo de acuerdo que se trate. Un tratamiento diferenciado de ambos tipos de acuerdo solo se refiere a la caducidad de la acción de impugnación como ya hemos visto.

La naturaleza de la nulidad que declara la sentencia es otro aspecto controvertido en la doctrina, al evaluar la ineficacia de los efectos del acuerdo, derivada de la nulidad de este. En este sentido hay posiciones que defienden la ineficacia total de los efectos del acuerdo, mientras que otras posiciones, procuran mantener la eficacia de aquellos efectos desplegados por el acuerdo, que no chocan con la nulidad declarada.

La declaración de nulidad del artículo 208.1 TRLSC es una declaración de ineficacia, que recoge un pronunciamiento sustantivamente necesario para su invalidación, esto es, para privar de efectos jurídicos a lo acordado por el acuerdo impugnado. Esto es porque los acuerdos sociales vinculan a la sociedad y sus socios, desde que son aprobados y despliegan desde ese momento efectos jurídicos en la vida societaria. De esta manera desde que el acuerdo social es aprobado, aun cuando se produzca la impugnación del mismo, despliega todos sus efectos, mientras no exista una sentencia que declare la nulidad del mismo.

La sentencia deja sin efectos el acuerdo impugnado al declarar la ineficacia del mismo, y reestablece la situación jurídica anterior al mismo, y es el órgano correspondiente de la sociedad el encargado de hacer valer la sentencia.

CONCLUSIONES

PRIMERA. - El sistema de impugnación de acuerdos sociales en nuestro ordenamiento jurídico ha tenido continuidad desde 1951.

SEGUNDA. - La modificación del sistema con la reforma de 2014 termina con la distinción entre acuerdos nulos y anulables.

TERCERA. - Los acuerdos sociales son los únicos negocios jurídicos que no solo vinculan a los que los firman, sino a todos los socios, por lo cual debe existir un marco amplio de impugnación.

CUARTA. - La acción de impugnación de acuerdos contrarios a la Ley no es una acción de incumplimiento, es una acción en defensa del interés general, y por tanto establece un límite a la autonomía privada.

QUINTA. - La doctrina del TS es clara en el sentido que 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.

SEXTA. - Para considerar que los acuerdos sociales son contrarios al interés social, conviene pues tener presente dos ideas fundamentales en el análisis; La primera es que en las sociedades de capital, la mayoría es la que configura el interés social de la sociedad. La segunda idea es que la intromisión judicial en la vida societaria tiene un carácter restrictivo.

SEPTIMA. - Se introduce como motivo de impugnación el abuso de la mayoría en la adopción de acuerdos sociales.

OCTAVA. - Los acuerdos sociales deben obedecer a una “necesidad razonable” de la sociedad.

NOVENA. - Se establece una relación de acuerdos no impugnables para evitar los abusos de las minorías.

DÉCIMA. - La reforma de 2014 establece un plazo de caducidad de la acción de impugnación de un año, salvo que se trate de acuerdos cuyas circunstancias, causa o contenidos resulten contrarios al orden público, en cuyo caso la acción de impugnación ni caduca, ni prescribe.

DECIMOPRIMERA. - La reforma de 2014 establece el umbral del uno por ciento del capital para que los socios puedan tener legitimidad para impugnar. Este umbral se establece para frenar los abusos de derecho de aquellos socios que sin alcanzar un importe de capital mínimo, pretenden manejar la vida social en base a una continuidad de impugnaciones en el tiempo. Permite que la Junta modifique el umbral.

DECIMOSEGUNDA. - La cuestión incidental de previo pronunciamiento del artículo 204.3, persigue que la demanda no prospere si no existen razones de fondo para la misma, pero es verdad que la valoración judicial de ese hecho equivale, muchas veces, a analizar el fondo de la demanda y por tanto obliga a sentencia.

DECIMOTERCERA. - La declaración de nulidad del artículo 208.1 TRLSC es una declaración de ineficacia, que recoge un pronunciamiento sustantivamente necesario para su invalidación, esto es, para privar de efectos jurídicos a lo acordado por el acuerdo impugnado.

DECIMOCUARTA. - Existe un régimen específico de impugnación de los planes de reestructuración para las empresas en concurso.

VII. ANEXO: MATERIAL EMPLEADO

1. Textos legales

- Constitución Española
- Código Civil
- Código de Comercio
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.
- Informe de la Comisión de Expertos para el Buen Gobierno Corporativo

2. Bibliografía

- “DERECHO DE SOCIEDADES CUESTIONES SOBRE ÓRGANOS SOCIALES” Jesús Alvaro Águila-Real 01.03.2019 (TOL 7.267.237)
- **Título:** DERECHO DE SOCIEDADES CUESTIONES SOBRE ÓRGANOS SOCIALES **Autores:** María Jesús Ariza Colmenarejo **Fecha:** 01/03/2019 Epígrafe 58 (TOL 7.267.233)
- PULGAR EZQUERRA, J., "Impugnación de acuerdos sociales: en particular abusos de mayoría", en AAVV, Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada, Tomo I, Navarra, 2016,
- Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital **Autores:** Ascensión Gallego Córcoles **Fecha:** 01/2018-Epígrafe 60 (TOL 6.521.117)
- QUIJANO GONZÁLEZ, J., “La reforma del régimen de la impugnación de los acuerdos sociales: aproximación a las principales novedades”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil*, Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz, Universidad Carlos III, Getafe.
- URÍA R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J.M^a., “Impugnación de los acuerdos sociales”, en URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA (dir.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo V, 1992, p. 305.
- Cordón Moreno, F.: «La exclusión de la impugnación de determinados acuerdos sociales y su tratamiento procesal (art. 204. 2 y 3 LSC)». En VVAA: «Las reformas del régimen de las sociedades de capital según la Ley 31/2014». Gómez Acebo & Pombo. 2015.
- MUÑOZ PAREDES, M^a.L., “Los acuerdos impugnables en el nuevo régimen de impugnación de acuerdos sociales (art. 204.1 LSC)”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS
- ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *Estudios sobre el proceso de impugnación de acuerdos sociales. Adaptado a la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se*

modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, Dykinson, Madrid, 2015

- “Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital” Pedro José Vela Torres 01/2018, epígrafe 61 (TOL 6.521.115)
- “Tratado de conflictos societarios” Fecha publicación:03/2019 Editorial:Tirant lo Blanch - Epígrafe 5 “Impugnación de acuerdos sociales y conflictos societarios” de Francisco de Borja Villena Cortés
- “La impugnación de acuerdos”, en Rojo-Beltrán, Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, Madrid, 2011, Tomo I, p. 1446,