Universidad de Deusto

Facultad de Derecho

Doctorado en Derecho Económico y de la Empresa

Tesis doctoral

Título: «La impugnación de acuerdos de juntas de sociedades no cotizadas y los efectos de la sentencia. Un análisis exegético del art. 204 de la Ley de Sociedades de Capital»

Doctorando: Pedro Rebollo Díaz

Director: Dr. Enrique Gadea Soler

Curso académico 2023/2024

Universidad de Deusto

Facultad de Derecho

Doctorado en Derecho Económico y de la Empresa

Tesis doctoral

Título: «La impugnación de acuerdos de juntas de sociedades no cotizadas y los efectos de la sentencia. Un análisis exegético del art. 204 de la Ley de Sociedades de Capital»

Doctorando:

REBOLLO DIAZ PEDRO - 52597246H

Firmado digitalmente por REBOLLO DIAZ PEDRO - 52597246H
Nombre de reconocimiento (DN): c=ES, serialNumber=IDCES-52597246H, givenName=PEDRO, sn=REBOLLO DIAZ, cn=REBOLLO DIAZ PEDRO - 52597246H
Fecha: 2023.10.23 12:52:42 +02'00'

Pedro Rebollo Díaz

Director:

GADEA SOLER ENRIQUE - 32639584P

Firmado digitalmente por GADEA SOLER ENRIQUE - 32639584P
Fecha: 2023.10.23 16:32:01 +02'00'

Dr. Enrique Gadea Soler

Agradecimientos

Deseo expresar mi agradecimiento a todas aquellas personas que, con su ayuda, han colaborado en la realización de este trabajo. En especial, al profesor Dr. Enrique Gadea Soler, Director de esta tesis, por su orientación, seguimiento y supervisión. Al profesor Dr. García-Cruces, por ayudarme en momentos de bloqueo.

También debo dar las gracias a los profesores Dr. Rafael Hernández Marín y Dr. Juan Antonio García Amado, a quienes he descubierto a través de la lectura y estudio de sus textos y que tanto han influido, sin saberlo, en este trabajo.

Gracias también a mi mujer e hijos, mis padres, mi hermano y resto de la familia, también a mis amigos. Sin ellos, este trabajo no habría podido salir adelante.

Y, por último, gracias a todas aquellas personas que forman parte de mi día a día.

Nada habría podido suceder si alguien no lo hubiera imaginado
(Reinhold Messner)

Í N D I C E

[Página intencionadamente en blanco]

ABREVIATURAS 14

INTRODUCCIÓN 16

1.1. METODOLOGIA 17

1.2 EXCLUSIONES DE LA INVESTIGACION 21

1.3 ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACION. JUSTIFICACION. 22

1.3.1. ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACION 22

1.3.2. JUSTIFICACION DE LA ESTRUCTURA 31

1.4. HIPOTESIS 32

1.5. PREGUNTA DE INVESTIGACION 32

CAPÍTULO 1: CONSIDERACIONES PARA UN ANÁLISIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES 33

I. PROPÓSITO DEL CAPÍTULO 33

II. ANÁLISIS INDIVIDUALIZADO DEL ART. 204.1.I LSC 35

III. SENTIDO DE LA EXPRESIÓN «IMPUGNAR». PRINCIPALES CONSECUENCIAS JURÍDICAS 39

IV. LA PROBLEMÁTICA «INVALIDACIÓN PRIVADA» DEL APARTADO 2º DEL ART. 204 LSC 46

V. *IMPUGNABILIDAD* E *INIMPUGNABILIDAD* DE LOS ACUERDOS SOCIALES EN RELACIÓN CON SU PROCESO GENÉTICO: EL ENREVASADO APARTADO 3º DEL ART. 204 LSC 49

5.1. Consideraciones generales 49

5.2. ¿Una posible antinomia entre los arts. 204.3.a y 204.1.I LSC? 51

5.3. Análisis de la arquitectura del apartado 3º del art. 204 LSC 52

CAPÍTULO 2: DEFICIENCIAS DE LA CONVOCATORIA DE JUNTA COMO CAUSA DE IMPUGNACIÓN 54

I. CONSIDERACIONES PREVIAS 54

II. CONTENIDO DE LA CONVOCATORIA 59

2.1. CONSIDERACIONES GENERALES 59

2.2. CONTENIDO ESPECÍFICO Y OBLIGATORIO DE LA CONVOCATORIA. ANÁLISIS INDIVIDUALIZADO 61

2.2.1. Nombre de la sociedad 61

2.2.2. Fecha y hora de la reunión 61

2.2.3. Cargo del convocante 62

2.2.4. Orden del día 64

III. FORMA DE CURSAR LA CONVOCATORIA 67

3.1. CONSIDERACIONES GENERALES 67

3.2. PREVISIÓN ESTATUTARIA (REGLA 1ª) 69

3.3. PUBLICACIÓN A TRAVÉS DE LA PÁGINA WEB (REGLA 2ª) 74

3.4. PUBLICACIÓN A TRAVÉS DEL BORME Y DE UN DIARIO (REGLA 3ª) 76

3.5. INSTRUMENTOS ADICIONALES DE PUBLICIDAD DE LA CONVOCATORIA 80

IV. PLAZO DE ANTELACIÓN DEL LLAMAMIENTO 81

V. COMPLEMENTO DE CONVOCATORIA 85

VI. RESPETO DE LAS «FORMAS» QUE ENTRAÑA MALA FE DE LOS CONVOCANTES 86

VII. IMPUGNACIONES DE MALA FE SUSTENTADAS EN INFRACCIONES DE NORMAS RELATIVAS A LA CONVOCATORIA 96

CAPÍTULO 3: LA (IN)IMPUGNABILIDAD DE LOS ACUERDOS SOCIALES CON CAUSA EN LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE INFORMACIÓN 103

I. BREVE INTRODUCCIÓN: EL INTERÉS DEL ASUNTO 103

II. UNOS BREVES APUNTES PREVIOS SOBRE EL DERECHO DE INFORMACIÓN 106

III. SUPUESTOS DE *INIMPUGNABILIDAD* 112

3.1. Información correctamente denegada 112

3.2. Solicitud de información cursada durante la celebración de la junta en una sociedad anónima 115

3.3. Acuerdos dejados sin efecto o sustituidos válidamente por otros ...119

3.4. Carácter no esencial de la información incorrecta o insuficiente 119

IV. SUPUESTOS DE *IMPUGNABILIDAD* 124

4.1. La falta total de respuesta 125

4.2. La denegación antijurídica..... 126

4.3. Información incorrecta o insuficiente y esencial para el ejercicio razonable de los derechos de participación 129

4.4. Denegación de información solicitada en el transcurso de la junta 129

V. IMPUGNABILIDAD Y *EXCEPTIO DOLI* 130

VI. ANÁLISIS DE UNA SENTENCIA PARADIGMÁTICA..... 133

CAPÍTULO 4: DEFICIENCIAS DE LA CONSTITUCIÓN DE LA JUNTA COMO CAUSA DE IMPUGNACIÓN 139

I. LA INFRACCIÓN DE REGLAS SOBRE CONSTITUCIÓN DE LA JUNTA DE SOCIOS EN EL MARCO DEL RÉGIMEN GENERAL DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES 139

II. JUICIO DE IDONEIDAD DEL ART. 204.3.C LSC 153

CAPÍTULO 5: LA FALTA DE CONSECUCIÓN DE LA MAYORÍA LEGALMENTE EXIGIBLE COMO MOTIVO DE IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES 169

I. EL ART. 204.3.D LSC: EL ARTE DE COMPLICAR LO SIMPLE 169

1.1. ANÁLISIS SEMÁNTICO DEL ART. 204.3.D COMO ENUNCIADO JURÍDICO CUALIFICATORIO..... 169

1.2. ANÁLISIS SEMÁNTICO DEL ART. 204.3.D COMO ENUNCIADO JURÍDICO PRESCRIPTIVO..... 171

II. ERRORES EN EL CÓMPUTO DE VOTOS 178

III. LA ESPINOSA CUESTIÓN DE LOS VOTOS INVÁLIDOS 178

3.1. SOBRE LA NOCIÓN «VOTO INVÁLIDO» EN GENERAL..... 179

3.2. PRIVACIÓN DEL DERECHO DE VOTO POR CONFLICTO DE INTERÉS Y DESOBEDIENCIA DEL SOCIO: REPERCUSIONES DESDE LA PERSPECTIVA DEL VOTO INVÁLIDO..... 182

IV. ERRORES DE CÁLCULO Y VOTO INVÁLIDO DESDE LA PERSPECTIVA PROCESAL DEL LITIGIO DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES 186

4.1. Error positivo: cuando «parece lo que no es» 187

4.2. Error negativo: cuando «lo que no es no es lo que es» 191

4.3. La discutible noción de «acuerdo negativo»..... 193

4.4. Las singularidades del caso del «voto inválido» (centrado en el art. 190 LSC) 197

CAPÍTULO 6: LOS ACUERDOS SOCIALES QUE LESIONAN EL INTERÉS DE LA SOCIEDAD Y LOS ABUSIVOS 201

I. APUNTES INTRODUCTORIOS 201

II. SOBRE LA PROTECCIÓN DEL SOCIO MINORITARIO, CON MAYOR PROFUNDIDAD 204

III. ACUERDOS SOCIALES QUE LESIONAN EL INTERÉS GENERAL 210

IV. ACUERDOS SOCIALES ABUSIVOS 212

CAPÍTULO 7: LOS ACUERDOS SOCIETARIOS CONTRARIOS AL ORDEN PÚBLICO 229

I. INTRODUCCIÓN..... 229

II. UNA EXCEPCIONAL OPORTUNIDAD (PERDIDA) PARA REVISAR EL ESTADO DE LA CUESTIÓN: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 942/2022, DE 20 DE DICIEMBRE 229

III. EL APARATO DOCTRINAL DE «STS 2022» EN RELACIÓN CON LOS ACUERDOS SOCIETARIOS CONTRARIOS AL ORDEN PÚBLICO 234

IV. LA VISIÓN DOCTRINAL: ¿LLEGAMOS MÁS LEJOS POR ESTA VÍA?.. 242

V. EL DESENLACE DE LA «STS 2022»: UN ENREVESADO CAMINO PARA CONCLUIR QUE EL ACUERDO SOCIAL NO CONTRAVINO EL ORDEN PÚBLICO..... 249

CAPÍTULO 8: LA CUESTIÓN INCIDENTAL DE PREVIO PRONUNCIAMIENTO 261

I. EL CUESTIONAMIENTO PRELIMINAR DEL 204.3.II LSC..... 261

1.1. INTERPRETACIÓN DEL ART. 204.3.II LSC..... 261

1.2. EL CAUCE PROCEDIMENTAL PARA EFECTUAR EL «CUESTIONAMIENTO»..... 266

1.2.1. LA TESIS DE LA «REMISIÓN» 267

1.2.2. LA «TESIS DE LA REGULACIÓN PROPIA»..... 271

1.3. ¿SIEMPRE CABRÁ EL RECURSO AL INCIDENTE EN CUESTIÓN? 273

II. INTENTO DE EXPLICITACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CCIIPP EN MATERIA DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES 274

2.1. SOBRE LAGUNAS, ANALOGÍA Y LAS CUESTIONES INCIDENTALES DE LA LEC 274

2.2. LEGITIMADOS PARA PROMOVER EL INCIDENTE 279

2.3. DIES A QUO PARA LA PROMOCIÓN DEL INCIDENTE..... 281

2.4. DIES AD QUEM PARA LA PROMOCIÓN DEL INCIDENTE 282

2.5. FORMALIZACIÓN DE LA CUESTIÓN 285

2.6. SUSPENSIÓN DEL CURSO DE LAS ACTUACIONES..... 286

2.7. EL DEBATE CONTRADICTORIO 286

2.8. RESOLUCIÓN DE LA «CUESTIÓN» 287

2.9. RECURRIBILIDAD DE LA DECISIÓN..... 292

2.10. RÉGIMEN DE COSTAS 292

III. LA CUESTIÓN INCIDENTAL EN RELACIÓN CON EL ART. 204.2 LSC.. 293

IV. REFLEXIÓN FINAL 295

CAPÍTULO 9: LA SENTENCIA EN LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE ACUERDOS SOCIALES 298

I. BREVE PREÁMBULO SOBRE EL PLANTEAMIENTO DEL CAPÍTULO .. 298

II. LAS SENTENCIAS DESESTIMATORIAS FIRMES 298

2.1. SUCINTA NOTA INTRODUCTORIA..... 298

2.2. EFECTOS MATERIALES 298

2.3. EFECTOS PROCESALES 298

III. LAS SENTENCIAS ESTIMATORIAS FIRMES 302

3.1. PLURALIDAD DE EFECTOS 302

3.2. ESTADO DE LA CUESTIÓN 302

3.3. EFECTOS PROCESALES 304

3.4. EFECTOS MATERIALES 304

3.4.1. UNA CUESTIÓN PREVIA: CONTENIDO DEL PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL ESTIMATORIO 304

3.4.2. SOBRE LA ESPINOSA CUESTIÓN DE LA PROPAGACIÓN DE LA INEFICACIA DEL ACUERDO SOCIAL IMPUGNADO 307

3.4.3. UN SUPUESTO DIFÍCIL: LA ESTIMACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN DE LAS CUENTAS ANUALES DE UN EJERCICIO CON RESPECTO DE LAS DE EJERCICIOS POSTERIORES 313

3.4.4. ALGÚN EFECTO MATERIAL EXACERBADO 316

3.4.5. LOS EFECTOS MATERIALES *ULTRA VIRES*: LA INTEGRACIÓN JUDICIAL DE LA VOLUNTAD SOCIAL 317

3.5. EFECTOS REGISTRALES 324

3.5.1. EFECTOS REGISTRALES CON RESPECTO DEL PROPIO ACUERDO SOCIAL INEFICAZ 324

3.5.2. EFECTOS REGISTRALES CON RESPECTO DE ASIENTOS POSTERIORES CONTRADICTORIOS 326

CONCLUSIONES 331

BIBLIOGRAFÍA 373

ABREVIATURAS

aprox.	Aproximadamente
ASCOP	Acuerdos societarios contrarios al orden público
art.	artículo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
cfr.	Comparar con
CCIIPP	Cuestiones incidentales de previo pronunciamiento
Coord.	coordinador
Dir.	director
ed.	edición
edit.	Editorial
FD	Fundamento de derecho
FJ	Fundamento jurídico
Ibid.	En el mismo lugar
núm.	número
np.	nota al pie de página
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSC	Ley de Sociedades de Capital
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
ob. cit.	obra citada
p.	página
pp.	páginas
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJM	Sentencia del Juzgado Mercantil
SSAP	Sentencias de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
ss.	siguientes
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo

t.	tomo
TC	Tribunal Constitucional
TRLC	Texto Refundido de la Ley Concursal
TRLSA	Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas
v. gr.	Por ejemplo
vol.	Volumen
ZPO	*Zivilprozessordnung*

INTRODUCCIÓN

El objeto de estudio e investigación es el régimen legal de impugnación de acuerdos sociales de juntas de sociedades no cotizadas, con las exclusiones que a su vez se van a indicar a lo largo de esta introducción, pues la temática es sumamente amplia y probablemente excesiva para las modestas capacidades de quien se inicia en la labor investigadora. De ahí que se hayan reducido los contornos para, así, poder profundizar más.

Resulta fácilmente constatable la existencia de una abundante literatura científica, sumamente rigurosa y de gran calidad, que ha abordado muchos aspectos de la temática escogida.

Asimismo, se han dictado numerosísimas resoluciones que resuelven impugnaciones de acuerdos sociales por parte de socios discrepantes, y también de terceros. A este respecto, llama poderosamente la atención que la doctrina judicial ha venido elaborando de forma casuística cierto cuerpo doctrinal -lo que no criticamos-, pero dificulta cualquier aspiración de sistematizar el análisis de la Ley.

Nuestro objetivo ha sido afrontar un análisis de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales. Nos hemos propuesto realizar un análisis estrictamente normativo. Por nuestra concepción del Derecho, eminentemente positivista, nos hemos inclinado por efectuar un trabajo principalmente interpretativo. Creemos que no se puede perder de vista que, entre las fuentes del Derecho, según establece el art. 1.1 CC, la que prima es la Ley. Sólo en defecto de esta cabe recurrir a la costumbre y a los principios generales del Derecho. Por tanto, la inspiración que informa este trabajo es el estricto análisis legal.

Sostenemos, además, que los tribunales tienen como una de sus obligaciones principales la de aplicar el Derecho. En este sentido, el art. 1.7 CC -además del 117.3 CE- impone que los tribunales se sujetarán al sistema de fuentes y, en consonancia con el apartado 1º de ese mismo artículo, deberán observar, antes que nada, la Ley.

Dado que la Ley -el Derecho positivo- reviste tan extraordinaria importancia, hemos entendido que podía presentar interés el estudio de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales. Concretamente, el art. 204 -y en menor medida, necesariamente porque aborda los efectos de la sentencia, el art. 208- de la LSC.

1.1. METODOLOGIA

Consideramos fundamental la interpretación precisa y argumentada del derecho y, por este motivo, nos hemos propuesto efectuar una labor interpretativa muy rigurosa. Para ello, hemos optado por el método de investigación exegético, también conocido como método exegesis[1], cuyas profundas raíces las encontramos en la tradición hermenéutica griega y romana, concretamente en filósofos como Sócrates, Platón y Aristóteles, que desarrollaron teorías sobre la interpretación y la comprensión de textos legales. También el método exegético estuvo presente en el derecho romano, donde los juristas analizaban y explicaban los textos legales y principios jurisprudenciales con el objetivo de interpretar y aplicar la ley de manera clara y consistente. Sin embargo, fue en la era moderna, de la mano de Savigny y Hegel, entre otros, que los juristas comenzaron a aplicar un análisis más detallado y sistemático de los textos legales, centrándose en la interpretación precisa y contextual de las normas. Con el tiempo, el método exegético se consolidó como una técnica central en la teoría jurídica moderna, aplicada en diversas ramas del derecho. Se convirtió en una herramienta fundamental para comprender y aplicar la legislación de manera precisa y coherente.

De la mano del método exegético, nos adentraremos en la interpretación y análisis detallado de fuentes normativas o textos legales con la finalidad de extraer el significado y comprender su contenido, así como para poder detectar

[1] La exégesis consiste en extraer el significado del pasaje. El término viene de ejxavgw (exságô), literalmente «extraer, sacar, llevar o conducir fuera». RAMSAY, Richar B. «Griego y exégesis». Un manual práctico que enseña los fundamentos del griego y la exégesis incluyendo el uso de programas computacionales. Editorial Clie, Barcelona, 2006. p.13.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, el significado de la palabra «exégesis» es «explicación, interpretación» https://dle.rae.es/ex%C3%A9gesis (última consulta 19.10.2023)

expresiones o palabras que adolezcan de vaguedad o ambigüedad, cuestiones que resultan clave en la interpretación de los enunciados jurídicos.

La idoneidad de este método elegido la basamos en que busca comprender y aplicar adecuadamente las normas y leyes existentes. Para ello, se identifica y selecciona la fuente legal relevante para el análisis, que puede ser una ley, un reglamento, un contrato, la jurisprudencia, un tratado internacional, u otro documento jurídico.

En nuestro caso, las fuentes de información de la investigación serán la doctrina nacional, orillaremos la jurisprudencia puntualmente, y en gran medida el derecho positivo (la ley *ex* art. 1.1 CC), concretamente el artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital. A través de una lectura minuciosa y detenida del precepto en su totalidad, trataremos de comprender su estructura, contexto, contenido y la teleología. Esto nos llevará a detectar términos, conceptos o palabras clave sobre los que aplicaremos un análisis gramatical, semántico y lingüístico para comprender su significado y alcance. Este análisis devendrá crucial para la interpretación y aplicación de los enunciados jurídicos que contiene el precitado artículo, que someteremos a comparación entre ellos, para identificar posibles conflictos, antinomias o lagunas, así como aventurarnos -en la medida de lo posible-, a colmarlas.

Consideramos que un rigor analítico como el que exponemos nos permitirá dar respuesta a la pregunta de investigación que nos hemos formulado y, a la vez, presentar unas conclusiones respaldadas por una interpretación sólida y argumentada, como consecuencia del análisis de extracción detallada que efectuaremos.

A lo anterior, debemos sumar, que al método exegético le hemos añadido una perspectiva metodológica de *lege lata* y *lege ferenda* con la finalidad de no quedarnos únicamente en un análisis exegético, pues consideramos que el trabajo de investigación nos exige tratar de contribuir a mejorar aquello en lo que hemos profundizado. Así, la incorporación de esta doble perspectiva es una forma de abordar el estudio con la finalidad de enriquecer el trabajo: desde la perspectiva de cómo está el derecho establecido actualmente -*lege lata*- y desde la perspectiva de cómo podría ser modificado o mejorado en el futuro -*lege*

ferenda-. Estas dos expresiones latinas se traducen como «la ley establecida» y «la ley por hacer», respectivamente. Mientras el enfoque *lege lata* está centrado en estudiar, analizar y comprender cómo está configurado el derecho actualmente para determinar cuál es el estado actual del derecho y cómo se aplican las normas vigentes en casos y situaciones concretas, el enfoque de *lege ferenda* persigue el objetivo de proponer posibles modificaciones o mejoras en el derecho existente tras pasar por una -previa y necesaria- reflexión crítica sobre las deficiencias o aspectos problemáticos de las normas actuales y poder vislumbrar posibles soluciones que aborden esa deficiencias -o carencias- detectadas. Hemos optado, por tanto, por combinar el análisis del derecho existente, tomando como punto de partida el método exegético, con la reflexión crítica y propositiva para contribuir al desarrollo de un sistema jurídico más justo, eficiente y adecuado a las necesidades de la sociedad.

Para ello, también nos hemos apoyado en las aportaciones más significativas que en esta materia -la de la interpretación- han propuesto los autores más destacados desde la Filosofía del Derecho, disciplina que, dicho sea de paso, creemos que ofrece una grandísima utilidad para los estudiosos de cualquier ámbito de la dogmática jurídica. En particular, nos han cautivado los trabajos de cierto autor[2], reconocido como una autoridad en la materia, que, según hemos podido comprobar, es uno de los pocos -y quizás nos atreveríamos a decir que el único- que ha obrado un interesante acercamiento de la Filosofía del lenguaje al mundo del Derecho. Como siempre nos ha cautivado este enfoque lingüístico y semántico del Derecho -pensamos que este es en gran medida un hecho lingüístico- y tomando prestadas algunas de las nociones y de las herramientas interpretativas más útiles -en nuestra modesta opinión-, nos hemos aventurado a intentar un enfoque distinto del tema objeto de nuestra investigación. Desde la dirección de tesis se nos ha inculcado la conveniencia de procurar la originalidad y, sobre todo, que la labor investigadora cuaje en aportaciones innovadoras que puedan revestir alguna utilidad.

[2] Nos referimos al prof. Dr. Rafael HERNÁNDEZ MARÍN.

Partiendo de lo anterior, no hemos abordado el art. 204 LSC ordinal por ordinal, del 1º al 3º. Haberlo realizado así, hubiera supuesto analizar los acuerdos impugnables (ordinal 1º), los *inimpugnables* (ordinal 2º) y los que, en principio son *inimpugnables*, pero pueden ser impugnables. Sin embargo, nos ha parecido más lógico abordarlo abstrayéndonos de la estructura que el legislador le ha dado -sin perjuicio de que la analizamos- y optando por partir de la génesis del acuerdo, adopción del acuerdo, impugnación y efectos, para desembocar en la detección de aspectos mejorables, tanto desde el punto de vista de la redacción legal, como desde la perspectiva sistemática y estructural. Pero aún se podía ir un poco más allá. Entendemos que una tesis doctoral en Derecho puede resultar de provecho al legislador en el caso de que, en un eventual momento futuro, decida acometer la reformulación de determinadas normas, teniendo en el material, elaborado por los estudiosos, valiosos elementos que le puedan inspirar en el ideal de la mejora constante de los textos normativos. Por todo ello, pensamos que las reflexiones que modestamente se efectuarán con ocasión del análisis del art. 204 LSC podrían concretarse -al menos algunas de ellas- en algunas sugerencias de «*lege ferenda*».

Además de pretender servir -en la modesta medida de nuestras posibilidades- al legislador con algunas sugerencias de modificación de la norma legal vigente, hemos creído que, quizá, pudiéramos contribuir -por muy poco que sea- a aliviar la siempre difícil labor de los jueces en su delicada y exigente tarea de aplicar las normas, lo que pasa por interpretarlas y por el difícil cometido de decidir si los hechos probados del caso encajan, o no, en las palabras del supuesto de hecho de la norma invocada por los litigantes.

Confiamos en que estas aspiraciones -quizá un tanto ambiciosas, seguramente por el carácter novel y entusiasta del redactor de la tesis- hayan conseguido dar frutos, que, por pocos que sean, satisfarán nuestra ansia por servir a la sociedad desde nuestra humilde posición de estudioso del Derecho.

1.2 EXCLUSIONES DE LA INVESTIGACION

Tras una cuidadosa evaluación, hemos decidido renunciar a efectuar un capítulo inicial de revisión histórica y de exposición de los antecedentes legislativos, decantándonos por efectuar en cada momento las necesarias consideraciones sobre los cuerpos jurídicos[3] precedentes a la Ley de Sociedades de capital (en lo sucesivo, LSC). Del mismo modo, hemos tenido que dejar de lado un análisis comparatista separado. Reconociendo la enorme influencia que han tenido las regulaciones del régimen impugnatorio de los acuerdos sociales en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, sobre el nuestro, particularmente en cuanto al texto legal vigente[4], se considera que un correcto ejercicio interpretativo no precisa, de forma indispensable, del análisis especifico de las normas correspondientes a otros sistemas jurídicos[5] y ello en la medida en que

[3] Seguimos en este trabajo una particular nomenclatura, por considerarla de un exquisito rigor técnico. En este sentido, se introducen dos locuciones que serán utilizadas constantemente, a pesar de que no se encuentran excesivamente extendidas en el lenguaje jurídico habitual. Por una parte, la expresión «enunciados jurídicos». Un enunciado es, según el profesor HERNÁNDEZ MARÍN, un conjunto de palabras de un lenguaje natural cualquiera -por ejemplo, la lengua castellana- que conforman una expresión bien formada y con sentido completo. Una expresión sinónima es «oración». Los enunciados se dejan clasificar de numerosas maneras. Para una visión más extensa del asunto de los «enunciados», nos remitimos a HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Razonamientos en la sentencia judicial*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 13-31. Debe añadirse que un «enunciado jurídico» es un enunciado que forma parte de un cuerpo jurídico. Por otra parte, la expresión «cuerpos jurídicos». Los enunciados jurídicos, que no se dan aisladamente, suelen formar parte de documentos jurídicos a los que damos en denominar «cuerpos jurídicos». Pensamos que se trata de una locución específica, que evita las equivocidades -por un problema de polisemia- que afecta a las expresiones «ley», «norma» y, en menor medida, «código». En cuanto al conocimiento profundo de los «cuerpos jurídicos», nos remitimos a HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Compendio de Filosofía del Derecho*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 127-154.

[4] Son numerosos los valiosos estudios que adoptan este enfoque. Así, constituyen buenas muestras de ello estudios como el MUÑOZ PAREDES, M. L., «Los acuerdos impugnables en el nuevo régimen de impugnación de acuerdos sociales (art. 204.1 LSC)», en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, F. Rodríguez Artigas, I. Farrando y R. Tena (dirs.), edit. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, pp. 125-127 o el de MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., «Nuevas causas de impugnabilidad: defectos informativos (arts. 197.5 y 204.3.b LSC), en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, F. Rodríguez Artigas, I. Farrando y R. Tena (dirs.), edit. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, pp. 248-251.

[5] GARCIA AMADO, J. A., *Razonamiento jurídico y argumentación*, edit. Eolas Ediciones, León, 2020, pp. 16-22

el lenguaje jurídico parte del lenguaje ordinario[6] y los consecuentes problemas -propios- de vaguedad o de ambigüedad -semántica o sintáctica-.

Tampoco será objeto de este trabajo de investigación las impugnaciones sustanciadas por la vía del arbitraje, la impugnación de acuerdos los acuerdos contrarios a los estatutos, ni la impugnación de los acuerdos que se opongan al reglamento de la junta, tal como exponemos a continuación. En torno a la legitimación, nos centramos en el art. 206.5 LSC, que reviste suma importancia en torno a la génesis del acuerdo, descartando el estudio individualizado de los demás ordinales del precepto.

1.3 ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACION. JUSTIFICACION.

1.3.1. ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACION

Presentada la metodología y exclusiones del trabajo de investigación, aclaramos al lector que lo iniciamos con un capítulo consagrado a proporcionar una visión general de la regulación de la materia que nos ocupa, que está recogida principalmente en el artículo 204 LSC. Es un artículo complejo. Tiene diversos apartados y algunos de ellos más de un párrafo. Contiene diversas normas, o reglas jurídicas, o, como nosotros preferimos decir, enunciados jurídicos. En este primer capítulo nos hemos propuesto analizar todos esos enunciados jurídicos de forma individualizada para identificar, sobre todo, qué clase de enunciados jurídicos son. Si bien esto se desarrolla en el propio capítulo -introduciendo, siempre que ha resultado necesario, notas a pie de página-, se adelantan algunas nociones elementales que permiten comprender mejor a qué nos queremos referir. Así, se ha defendido que los cuerpos jurídicos -expresión que preferimos a la ambigua «normas»[7]-, como lo es la Ley de sociedades de capital, contienen fundamentalmente dos clases de enunciados: los prescriptivos y los cualificatorios. Los primeros albergan un propósito ordenador de la conducta de

---

[6] La lengua castellana en nuestro caso, pues el Derecho Mercantil es una competencia exclusiva del Estado, tal como recoge el art. 149.1. 6ª en la CE.

[7] Ya hemos efectuado una imprescindible aclaración semántica en la primera de las notas a pie de página.

sus destinatarios[8]. Los segundos, en cambio, atribuyen propiedades a los sujetos y a las cosas, y, además, en algunos supuestos los emplea el legislador para definir lo que sean algunas expresiones técnico-jurídicas que utiliza. La realización del análisis del contenido complejo del art. 204 LSC ha permitido descubrir algunos problemas que revisten notable relevancia práctica. No sólo hemos puesto de relieve esas deficiencias, si es que se pueden calificar de este modo, que pensamos haber detectado, sino que, además, hemos intentado exponer qué consecuencias prácticas tienen.

Uno de los aspectos cruciales de este primer capítulo ha sido la detenida reflexión que hemos efectuado en torno al calificativo que se atribuye a algunos acuerdos sociales cuando se los designa como «*impugnables*». No sólo nos ha preocupado la identificación del significado preciso que tiene la expresión «*son impugnables*» determinados acuerdos. Porque, como se verá, se puede entender de dos maneras distintas: o bien que hay acuerdos sociales que reciben esta calificación -y esta denominación-, o bien que hay acuerdos sociales que *se pueden impugnar*. Esto último sería como la luz verde que el legislador da a los socios disconformes con aquellos -y a otros legitimados- para poder llevar a cabo su impugnación.

Otra dificultad con la que nos hemos encontrado en este primer capítulo, al efectuar dicho análisis general, muy enfocado en las palabras, es comprender cabalmente el significado de la expresión «*no ser procedente*» (la impugnación) y de la expresión «*tampoco será procedente*» (la impugnación). Puede pensarse que lo que quiso el legislador es definir una clase de acuerdos sociales a la que

[8] Los enunciados jurídicos pueden ser clasificados de diversas maneras. En primer lugar, desde el punto de vista de su alcance. De esta forma, hay enunciados jurídicos que se dirigen frente a uno o más individuos determinados. En segundo lugar, son clasificados desde el punto de vista sintáctico, de modo tal que se distingue entre aquellos que presentan una estructura condicional (si…, entonces…), de aquellos que carecen de ella (aunque muchos de estos últimos la integran implícitamente). En tercer lugar, y es aquí donde nos interesa ahondar ahora, los enunciados jurídicos se clasifican según su alcance. Dos son las subcategorías que ahora queremos destacar. Por una parte, los denominados «enunciados jurídicos prescriptivos», que son aquellos que son eficaces o ineficaces, cumplidos o incumplidos. En cambio, los «enunciados jurídicos cualificatorios» atribuyen una cualificación a ciertas entidades. Dentro de estos últimos, cabe identificar claramente a las «definiciones legales». En nuestro ordenamiento jurídico, la inmensa mayoría de enunciados jurídicos pertenecen a alguna de estas dos categorías. Para quien desee profundizar, le remitimos a HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Compendio*…, ob. cit., pp. 49-62.

consideraría -implícitamente- «*inimpugnables*». Pero también es posible comprender de manera distinta esa forma de decir del legislador. Quizá lo que quiso expresar es que en determinados casos de acuerdos sociales el socio disconforme no puede demandar, o, por el contrario, se refería a que el juez deberá rechazar la demanda, en un momento preliminar, o simplemente estaba prescribiendo que en determinados supuestos el juez está obligado a desestimar la demanda del socio disconforme. De todas estas consideraciones, que ofrecen muchas dificultades interpretativas, hemos procurado sacar algunas conclusiones, que tienen notables repercusiones prácticas.

También dentro del primer capítulo hemos querido reparar en algo que se antoja chocante. En un lugar del art. 204 LSC se establece, muy claramente, que será *impugnable* todo acuerdo social que sea contrario a la Ley -y lo dice, pensamos, de forma muy abierta de manera intencionada- y, luego, en otro lugar, parece contradecirse cuando señala que algunas infracciones de la Ley -por considerar que se trata de cuestiones menores- *no son impugnables*. Esta contradicción -mejor dicho, antinomia-, que, de primeras, salta a la vista, presenta también consecuencias prácticas muy importantes.

Tras esta visión de conjunto de la regulación -que ocupa el capítulo primero-, se ha considerado más provechoso abordar de forma individualizada los puntos concretos de aquella que más problemas ofrecen al intérprete, al aplicador y, por supuesto, al jurista práctico. Hemos fijado la atención, en primer lugar, en las tipologías de acuerdos sociales contrarios a la Ley. Hemos renunciado a ocuparnos de los que se oponen a los estatutos. Por dos razones. La primera es que los estatutos van un poco más allá de los contenidos que de primeras fija la Ley, siempre que esta última se lo permita. Pensamos que los acuerdos que se oponen a los estatutos lo son en aspectos que tienen su correlativo en los casos de acuerdos contrarios a la Ley. Por eso, entendimos que podíamos incurrir en redundancias improductivas. Asimismo, y en la medida en que hemos delimitado nuestro trabajo al estudio de la impugnación de acuerdos de junta de sociedades no cotizadas, escapan al alcance de nuestro trabajo los acuerdos que se opongan al reglamento de la junta o los adoptados en el seno del consejo de

administración. Sí, en cambio, hemos querido abordar, aunque sea brevemente, el caso de los acuerdos que lesionan el interés general o que resultan abusivos.

No hemos querido orillar la estimulante temática de los acuerdos sociales contrarios al orden público. La reforma de 2014 puso el acento en ellos. Superado el binomio «acuerdos nulos y acuerdos anulables» de la regulación antecedente, el legislador ha hecho pivotar el nuevo régimen impugnatorio sobre el tándem «acuerdos impugnables y acuerdos contrarios al orden público». La distinción -que, como se verá, no está clara en absoluto- pone el acento en la ausencia de caducidad de la acción en el caso de los segundos. Pero, fuera de esto, y del asunto de la legitimación, los acuerdos contrarios al orden público son supuestos de acuerdos sociales contrarios a la Ley que, por la gravedad de la norma infringida o del bien jurídico atropellado, se hacen merecedores de un tratamiento especial.

Por resumir, el desarrollo de los capítulos 2 a 7, ambos inclusive, atiende a tres grandes categorías de acuerdos impugnables: los contrarios a la Ley, los que lesionan el interés general o son abusivos, y los contrarios al orden público.

Como quiera que los primeros son los que más protagonismo tienen en esta tesis, entendemos que sea bueno efectuar algunas matizaciones y precisiones. Cabe pensar que los acuerdos sociales pueden ser contrarios a la Ley, ya sea en relación con su génesis, ya sea en cuanto a su contenido. Los primeros tienen en común que se ha infringido la Ley en cualquiera de las fases de su generación Nos referimos a la convocatoria de la junta, en primer lugar. Al derecho de información, en segundo lugar. A la constitución de la junta, en el tercero. Y, finalmente, a la infracción de las reglas que establecen, imperativamente, mayorías de voto, sin las cuales no puede decirse que el acuerdo se haya adoptado -según entendemos y justificaremos en su momento-. Los segundos, en cambio, son impugnables porque es su contenido el que infringe la Ley. Las posibilidades son prácticamente inabarcables, porque el legislador emplea, intencionadamente, la expresión «Ley» sin ponerle límites, por lo tanto, se refiere a la infracción de cualquier enunciado jurídico de cualquier Ley. De esta forma, un acuerdo social que tiene por objeto cometer un hecho penalmente típico entendemos que infringe la Ley, pues su contenido es antijurídico. En este

concreto caso, se daría la particularidad de que, además, este acuerdo societario, indudablemente contrario a la Ley, es, además, contrario al orden público. Lo que permite plasmar gráficamente lo que antes se ha dicho sobre la difusa identidad de los acuerdos sociales contrarios al orden público.

Conviene detenerse en cada una de las tipologías de acuerdos sociales contrarios a la Ley por haberse infringido -en su génesis- una norma legal imperativa. Aquí surgirán, una por una, esas fricciones -que con carácter general se habrán abordado en el capítulo 1- que parecen existir entre el apartado primero del art. 204 LSC y su apartado tercero.

En primer lugar, y a eso se dedica plenamente el capítulo 2, nos detendremos en el análisis de los acuerdos sociales en cuya convocatoria se han infringido normas jurídicas imperativas. El legislador, que ha sentado primero que es impugnable cualquier acuerdo social que sea contrario a la Ley (según el 204.1.I LSC), luego se enmienda y, en materia de reglas jurídicas relativas a la convocatoria de la junta de socios, acota lo que sí es impugnable o, mejor dicho, establece que sólo en algunos casos procederá la impugnación del acuerdo (204.3.a LSC). Acota la impugnabilidad -o la procedencia de la impugnación, sin que esta indefinición pueda ser superada ni con la mejor de las voluntades interpretativas- exclusivamente a las infraccione relativas a reglas jurídicas que se ocupen, o bien de la forma de la convocatoria, o bien del plazo de antelación con la que esta se debe efectuar. Al margen de que resulte punto menos que imposible identificar que otras reglas jurídicas en materia de convocatoria pueden infringirse sin relevancia impugnatoria, el empleo de la palabra «forma» plantea muchos interrogantes. Cabe preguntarse si por «forma» se refiere a la propia de la convocatoria, es decir, el contenido del llamamiento, o, por el contrario, alude al mecanismo empleado para ejecutar dicho llamamiento. Añádase a lo anterior otra dificultad interpretativa. Se ha dicho que el legislador solo permite impugnar cuando la infracción es «*relevante*». Se ha hablado, tanto en las resoluciones judiciales, como en la doctrina, del «*test de relevancia*» y de la «*prueba de relevancia*». El interrogante que nos planteamos es cómo se determine dicha *relevancia*. Es más, es razonable preguntarse si entre las

normas sobre «forma de la convocatoria» o sobre el «plazo de antelación» las hay que sean «*relevantes*» y las hay que no lo sean. La Ley no ha ido tan lejos.

En el siguiente capítulo, el número 3, se aborda una de las facetas tradicionalmente más problemáticas en materia de impugnación de acuerdos sociales. Nos referimos al derecho de información y, consecuentemente, a su lesión. Era manifiesta la consciencia generalizada -antes de la reforma de 2014- de que este era uno de los aspectos más utilizados por los socios discrepantes para fundar la impugnación de acuerdos sociales. Para ponerle coto al mal uso que se daba a esta causa de impugnación -con frecuencia basada en minucias o en exigencias desproporcionadas de los impugnantes a la hora de solicitar información-, el legislador opta por delimitar cuando se puede hablar con propiedad de la lesión del derecho de información. Tal delimitación la introduce por vía del art. 204.3.b LSC y establece que sólo se producirá tal lesión cuando al socio se le haya proporcionado información incorrecta o insuficiente, siempre y cuando, hubiese sido expresamente solicitada y la misma fuera «esencial» para el ejercicio «razonable», por un socio de «perfil medio», de cualquier derecho de participación social. Desde la óptica interpretativa -sobre la que ya hemos dicho que se construye esta tesis- son numerosos los obstáculos que nos salen al paso cuando se intenta decidir en un caso concreto si hay lesión o no. El uso de expresiones como «*esencial*», «*socio medio*» o «*ejercicio razonable*» dejan en manos de los tribunales la determinación, totalmente casuística, de si ha habido lesión del derecho de información. En nuestra opinión, esto genera una poco deseable inseguridad jurídica al justiciable que ve amenazado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pues resulta casi imposible de entrada calibrar el riesgo que se asume en un concreto caso a la hora de interponer una demanda.

El capítulo 4 se consagra al estudio de la impugnación de acuerdos sociales con motivo de la infracción de las reglas jurídicas sobre constitución del órgano, circunscrito a nuestro trabajo, de la junta de socios. Nuestro peculiar enfoque -del tema en general- nos ayuda a detectar una primera dificultad, con la que ya nos hemos topado anteriormente. Si bien, en un primer momento, el legislador califica como impugnables todos (sin excepción) los acuerdos sociales contrarios

a la Ley -art. 204.1.I LSC-, posteriormente -art. 204.3.a LSC- excluye de impugnabilidad a las reglas jurídicas meramente procedimentales que puedan existir en materia de constitución de la junta de socios. Pero, en esta ocasión, el problema es mayor, si cabe, porque el propio legislador discrimina entre reglas jurídicas «esenciales» en relación con la constitución de la junta de socios y aquellas que no lo son -esenciales-. Como se expondrá, reina el desconcierto acerca de si las normas jurídicas imperativas que disciplinan la conformación de la Mesa de la junta y el procedimiento de elaboración de la lista de asistentes son *esenciales* o no lo son. El grave inconveniente de esta cuestión es que no parece posible ofrecer una respuesta categórica. Es más, lo que defendamos es pura especulación. Pero esto no es todo. La labor interpretativa se dificulta enormemente si incluimos en la ecuación al ordinal «c» del art. 204.3 LSC, que señala algo, cuya relevancia cuesta trabajo comprender, como es que, si participaron en la junta personas no legitimadas, no por ello podrá impugnarse los acuerdos sociales adoptados en el seno de esta, salvo que esa participación tuviera una repercusión positiva en la determinación del *quorum* mínimo exigible por la Ley. Ahondaremos en la utilidad práctica de esta regla y se pondrá sobre la mesa la cuestión de qué consecuencias haya de tener que se proclame la adopción de acuerdos si realmente no concurrió el *quorum* mínimo legalmente necesario para que quedase constituida la junta.

También relativo a infracciones legales en el proceso de génesis de los acuerdos es el capítulo 5. El problema de las mayorías reviste una complejidad sobresaliente. Por diversas razones, de las que ahora se avanza tan sólo una, para no desviarnos del propósito meramente introductorio de estas líneas. Desde nuestro punto de vista, creemos que la piedra angular del edificio, en este asunto, es bien sencilla: ¿material (porque se emitiesen los votos que efectivamente se computan) y jurídicamente (porque los votos emitidos fuesen «válidos» -con toda la problemática que encierra esta expresión) se alcanzó la mayoría legalmente exigida, en cada concreto supuesto? Si la respuesta es afirmativa, se adoptó el acuerdo correspondiente. En caso contrario, no se adoptó acuerdo alguno. De esto se debe distinguir muy claramente que el presidente proclame lo que quiera que sea que proclame. Comencemos por lo sencillo: el presidente dijo «no», cuando el acuerdo social se adoptó (conforme a las exigencias jurídicas). Aquí

no cabe hablar de impugnación, sino más bien de que el juez declare -no constituya- que el acuerdo se adoptó -a pesar de que el presidente errara con el cálculo o contase el voto de quien no podía votar-. Vayamos al supuesto más exigente: el presidente dijo «sí», pero no se adoptó ningún acuerdo social. Entran en escena los polémicos «acuerdos sociales negativos». Como se expone detalladamente en este capítulo 5, no cabe impugnación, porque no hay nada que impugnar. No ignoramos que nuestra postura es minoritaria, pero nos proponemos justificarla detalladamente. A nuestro modo de ver, el juez también aquí declarará que no hay lo que nunca ha habido: un acuerdo social.

Hasta aquí llega el avance, meramente introductorio, del contenido de los capítulos 2 a 5, que tratan, como ya hemos dicho, de los acuerdos sociales en cuya génesis se han infringido reglas jurídicas -o, mejor dicho, algunas reglas jurídicas-.

En el capítulo 6 se aborda el caso de los acuerdos sociales que, o bien lesionan el interés general, o bien son abusivos. Aunque encontramos algunas dificultades interpretativas, consideramos que no son tan exigentes como las anteriores. Tampoco nos parece especialmente problemático el primero de los supuestos -la lesión del interés general-. Fundamentalmente, porque no se registró en 2014 una modificación del régimen legal a este respecto en relación con la normativa anterior. Sí es, en cambio, sumamente atractivo el tratamiento legal de los acuerdos abusivos y los numerosos problemas que ocasiona su aplicación en la resolución de supuestos litigiosos. Nos ha parecido posible aislar una serie de constantes, por así decir, presentes, de forma más o menos acentuada, en esta concreta tipología de acuerdos sociales.

Se dedica el capítulo 7 a analizar la escurridiza categoría de los acuerdos sociales contrarios al orden público. Entendemos que su principal dificultad radica en que el legislador no los ha definido, ni tan siquiera los identifica indirectamente. Solo sabemos de ellos, a juzgar por el art. 205 LSC, que escapan al estricto plazo anual de caducidad al que se sujetan todos los impugnables y que el abanico de legitimados se abre indefinidamente. Nada más. Procurando contribuir de alguna manera a la ardua tarea de identificar supuestos concretos, que lleva años realizando la doctrina científica, apoyándose en resoluciones

judiciales, nos hemos propuesto realizar algunas aportaciones a la taxonomía. Sin embargo, debemos reconocer que el análisis de una relativamente reciente sentencia del Tribunal Supremo nos ha dejado un regusto amargo, al comprobar cómo parece ser que la categoría no se deja atrapar, más que unos pocos supuestos sumamente elementales, que probablemente apenas sí se den en la praxis forense.

Al término del capítulo 7 se pone fin a la vertiente sustantiva o estrictamente material de la tesis. Y es el capítulo 8 el que inaugura el abordaje de cuestiones -solo de algunas, que nos han parecido extraordinariamente relevantes- de orden procesal.

Efectivamente, el capítulo 8 se consagra al estudio de las enigmáticas «cuestiones incidentales de previo pronunciamiento». A este respecto, hemos consideramos interesante cuestionarnos la tendencia generalizada, que observamos en la literatura especializada, de considerar que el legislador societario ha efectuado una suerte de remisión *in totum* a la figura de las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En nuestra opinión, que justificaremos debidamente, no cabe tal remisión, y consideramos que el legislador societario ha alumbrado una categoría de cuestión incidental específica y propia de este sector del ordenamiento jurídico. Cuestión distinta es que se haya mostrado excesivamente parco en su regulación, surgiendo lagunas por doquier, lo que nos ha mostrado la idoneidad de intentar esclarecer una posible ordenación de conjunto de estas cuestiones incidentales de previo pronunciamiento de la LSC.

Finalmente alcanzamos el último de los capítulos de este trabajo, el 9º. Se ha dedicado enteramente a la vasta problemática que rodea el posible contenido de las sentencias judiciales de signo estimatorio de demandas de impugnación de acuerdos sociales. Además de revisar el juego de las tipologías de pronunciamientos posibles -principalmente, los constitutivos y los mero-declarativos-, nos hemos ocupado de la posibilidad de que se adicionen a los anteriores pronunciamientos de condena. Asimismo, hemos puesto la atención en los problemas relacionados con la cosa juzgada, específicamente en su vertiente material.

1.3.2. JUSTIFICACION DE LA ESTRUCTURA

La evolución y justificación de los capítulos del trabajo de investigación responde, no a seguir el orden estricto del artículo 204 LSC y después el 208 LSC, que sí se realiza en cierta medida, pues el artículo 208 LSC se analiza en el último capítulo. Sin embargo, el artículo 204 LSC, tal como justificaremos a lo largo del trabajo, presenta una estructura en la que no se diferencian de forma estructurada los acuerdos impugnables de los no impugnables, se realiza de forma tímida y se mezclan normas de derecho material con normas de derecho procesal, en nuestra opinión con importantes deficiencias en cuanto a la técnica legislativa. Así, veremos como el artículo 204.3, letras a) a d) se entremezclan con el artículo 204.1 LSC y consideramos que su análisis debe realizarse conjuntamente. A lo anterior, debemos añadir que el mayor porcentaje de litigiosidad (*rectius*, impugnación) reside en torno a la génesis del acuerdo, la lesión del interés general, la abusividad y el orden público, por este mismo orden. Ello explica porque los capítulos 2 a 5 se analizan los subepígrafes del art. 204.3 LSC, excepto el inciso final, de la cuestión incidental de previo pronunciamiento, que se analiza en el capítulo 8, que por ser de carácter procesal consideramos su análisis de forma posterior al derecho material.

El capítulo 7 (orden público) necesariamente debe ir tras los capítulos de «*fusión*» de los apartados 1, 2 y 3 del artículo 204, pues ya no se está atacando el acuerdo en su génesis, sino en el momento de la adopción de este, pues hasta que no es aprobado, no se convierte en contrario al orden público.

Sobre este orden es como decimos que se han estructurado los capítulos y los temas que en ellos se tratan, en connivencia con el espíritu de la reforma de 2014, que dejó atrás, como veremos tangencialmente, el clásico binomio «acuerdo nulo-acuerdo anulable».

Intentamos, por tanto, en el presente trabajo de investigación, desmontar el artículo 204 como si de un puzle se tratase, para volver a darle nueva forma y volverlo a montar de nuevo. Eso es precisamente lo que hemos intentado en las diversas conclusiones que realizamos al final, que sí que siguen esta vez la estructura del actual artículo 204 LSC, que queda reconstruido y ampliado, dotándole de alguna norma procesal.

El último bloque, formado por los capítulos 8 y 9, abordan cuestiones eminentemente procesales, como es la controvertida -y nada pacífica- cuestión incidental de previo pronunciamiento y los efectos -jurídicos y materiales- de la sentencia estimatoria o desestimatoria.

En la medida en que, en sede de conclusiones éstas se formulan -ahora sí- de forma ordenada en torno a la estructura del artículo 204 LSC que, al proponer una enmienda en su totalidad, debemos alterar necesariamente el contenido de los artículos 207 y 208 de la LSC, así como el art. 222.III de la LEC, por estar todos ellos directamente relacionados.

1.4. HIPOTESIS

El artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital presenta un régimen idóneo[9] de impugnación de acuerdos sociales.

1.5. PREGUNTA DE INVESTIGACION

¿Es idóneo el régimen de impugnación de acuerdos sociales que regula el artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital?

[9] Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, «idóneo» significa «Adecuado y apropiado para algo» (https:// https://dle.rae.es/id%C3%B3neo [última visita 11.10.2023])

CAPÍTULO 1: CONSIDERACIONES PARA UN ANÁLISIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

I. PROPÓSITO DEL CAPÍTULO

Como ya se expusiera en la Introducción, el objetivo central de esta tesis doctoral es el estudio -esencialmente normativo- de la regulación legal de la impugnación de los acuerdos sociales. A este respecto, cumple subrayar que no es otra cosa que los acuerdos sociales lo que resulta objeto de impugnación[10].

---

[10] Aunque lo dicho pueda resultar obvio, es preciso aclarar determinados usos lingüísticos incorrectos; quizá favorecidos por el propio Legislador, a juzgar por -entre otros- el art. 172.2.II LSC:

> *La falta de publicación del complemento de la convocatoria en el plazo legalmente fijado será causa de nulidad de la junta.*

Los diversos enunciados jurídicos contenidos en el art. 204 LSC se refieren a la *(in)impugnabilidad* de los acuerdos sociales. Asimismo, la rúbrica del precepto emplea la expresión «*acuerdos*». Decimos esto porque con frecuencia se menciona como objeto de la impugnación la junta de socios o la reunión del consejo de administración. Pensamos que la expresión legal es suficientemente clara como para que quepa sustituir, en el plano interpretativo, una palabra por otra. A este respecto cabe subrayar que no se trata en absoluto de expresiones sinónimas, que permitan su uso indistinto, lo que sería posible si significasen lo mismo.

Si se considera detenidamente qué es una junta de socios, lo primero que podremos afirmar es que, ontológicamente, se trata de un hecho material, consistente en una reunión de personas. En tal encuentro se acometen una serie de actos indudablemente jurídicos, en la medida en que se encuentran regulados en la Ley y producen efectos igualmente jurídicos. Que esa reunión, percibida como un todo, se la considere en sí un acto jurídico no parece acertado.

Como hemos sostenido antes, en el marco de ese hecho -la materialidad del encuentro de varias personas que presentan un denominador común jurídico, en referencia a su condición de socios de una sociedad- se producen -o se pueden producir, mejor- una serie de actos que, por estar expresamente regulados en la Ley, se reputan jurídicos. De todos ellos, los que destacan por encima de los demás son los acuerdos que se alcancen en el transcurso de la reunión. Los demás actos -jurídicos- son meramente instrumentales y tienen como propósito alcanzar los primeros. Y lo único que se puede cuestionar, según la Ley, son esos actos jurídicos que revistan la configuración legal de acuerdos societarios. Lo que no tiene sentido, a nuestro juicio por lo menos, es pretender que se cuestione la materialidad de la reunión, que es un hecho histórico, inapelable, y cuya existencia, ciertamente transitoria, no se puede negar. Tampoco produce ese hecho material de la reunión ningún efecto jurídico. Y tan es así que no es extraño que se acabe sosteniendo en la práctica que lo que se impugna es la Junta y sus acuerdos.

Disentimos de tal fórmula porque lo único que se cuestiona -al menos si somos fieles a la dicción legal- son los acuerdos sociales. Tan siquiera se persigue la anulación de todos esos otros actos jurídicos que tienen lugar en el transcurso de la reunión y de los que se predica su carácter instrumental. Así, por ejemplo, la conformación de la mesa de la junta, que, a nuestro entender, constituye un acto jurídico autónomo, resulta *inimpugnable*. Con mayor motivo, entonces, la reunión en sí misma considera, como un todo, y, sobre todo, como un hecho material social. Por

La regulación legal de la impugnación de acuerdos sociales se desarrolla, principalmente, a caballo de cuatro preceptos -arts. 204, 205, 206 y 207 LSC-, de los que el primero de ellos es la norma jurídica principal del régimen impugnatorio que nos ocupa.

Si bien esto es así, nosotros nos vamos a focalizar en el primero de los preceptos mencionados. Vamos a explorar su significado. Vamos a interpretarlo para dibujar una visión panorámica de dicha regulación. Una imagen completa que nos permita luego analizar los distintos elementos de forma individualizada, sin perder la visión general que les da sentido.

La búsqueda de significado[11] se encuentra notablemente dificultada por el hecho de que el Legislador no nos explica -en la Exposición de Motivos- qué ha pretendido con la formulación empleada. Esto -el contexto que rodeó la ideación del artículo- nos lo podemos llegar a imaginar, podemos especular, pero no disponemos del referente interpretativo más valioso de todos: la explicación por parte del emisor del mensaje de lo que quiso con él. El art. 204 LSC es un precepto complejo: contiene numerosas reglas jurídicas[12]. Vamos una por una,

---

tanto, no tendría cabida la impugnación de una junta en la que no se hubiese adoptado ningún acuerdo, aun cuando en el trámite de convocatoria se hubiese cometido una infracción legal.

Como corolario de lo anterior, afirmamos que el objeto de la impugnación son los acuerdos que efectivamente se adopten en el transcurso de una junta de socios.

[11] Según entendemos, la labor interpretativa consiste en atribuir sentido a un texto. Se trata de fijar su sentido. En suma, determinar lo que el texto significa. Como señalara IHERING en su día, se trata de «sacar a la luz todo el contenido de la voluntad del legislador». Seguimos, también en este punto, a HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Compendio*…, ob. cit., pp. 278-279.

[12] 1. Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

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

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. Si la revocación o sustitución hubiera tenido lugar después de la interposición, el juez dictará auto de terminación del procedimiento por desaparición sobrevenida del objeto.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio del derecho del que impugne a instar la eliminación de los efectos o la reparación de los daños que el acuerdo le hubiera ocasionado mientras estuvo en vigor.

3. Tampoco procederá la impugnación de acuerdos basada en los siguientes motivos:

de forma ordenada, para extraerle todo el significado posible. Esto nos permitirá ir encontrando problemas y con ello las debilidades de esta regulación.

II. ANÁLISIS INDIVIDUALIZADO DEL ART. 204.1.I LSC

Comenzamos el recorrido interpretativo con el primer apartado del art. 204. Y nos focalizamos en su primer párrafo:

> «*Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros*».

Lo que encontramos es, en nuestra opinión, una definición legal[13]. El legislador nos dice qué es un acuerdo social impugnable. Incluso, mejor, nos especifica las

---

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

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

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

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

Presentada la demanda, la cuestión sobre el carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación previstos en este apartado se planteará como cuestión incidental de previo pronunciamiento.

[13] Opinamos que no se trata de un enunciado prescriptivo, pues no parece que se trate de un enunciado jurídico que pueda resultar eficaz o ineficaz, cumplido o incumplido. Obsérvese que no consiste en una formulación normativa, en tanto que no contiene ninguna expresión de los tipos «obligación», «prohibición», «permisión» o análogas. Su tenor literal no permite imaginar ningún supuesto en que dicho enunciado pueda resultar incumplido, desobedecido o desatendido. Al igual que si afirmamos que *hoy es un día lluvioso*, nuestra expresión carece de sentido en términos de eficacia o ineficacia, ya que se trata de un aserto sobre la realidad, que únicamente puede ser verdadero o falso.

Tampoco se antoja posible sostener que se trata de un enunciado jurídico asertivo, dado que enuncia algo que no tiene un correlato en el mundo material, preexistente a la formulación del Legislador. Ciertamente, esta categoría de enunciados jurídicos -los «asertivos»- es

categorías que ha decidido que haya de acuerdos sociales impugnables: los contrarios a la ley, etc. Todos esos casos-tipo de acuerdos sociales *son impugnables*. De primeras, cabe pensar que cualquier supuesto de hecho singular, que se dé en una situación específica, puede encajar, o no, en cualquiera de esas categorías. Así, ya sabemos si cabe pretender su impugnación, o no, y el juez puede saber si debe estimar la impugnación, o no.

Parece posible otro enfoque del art. 204.1.I LSC. Quizás no se trate de una definición legal -no nos está «tipificando» las distintas categorías de acuerdos sociales impugnables-, sino que lo que hace es establecer que en esos casos-tipo que enumera, quien se encuentre legitimado podrá promover su impugnación o, quizá -porque esto no está nada claro- que el juez podrá estimar la impugnación. El legislador da permiso[14] -autoriza-, o bien al legitimado para

---

cuantitativamente escasa. Un buen ejemplo sería el siguiente. Supongamos un enunciado extraído de un Real Decreto cuya formulación fuese:

> *Figura inscrita la finca matriz en el Registro de la Propiedad al tomo setecientos trece, folio doscientos treinta y seis, libro doscientos, finca número doce mil, inscripción tercera*.

Así pues, el enunciado jurídico único del párrafo 1º del apartado 1º del art. 204 LSC solo parece encajar en los denominados enunciados jurídicos cualificatorios. Estos enunciados atribuyen una calificación a ciertas entidades. Las califican. Uno de los aspectos más importantes que distingue esta categoría de la de los prescriptivos es que, semánticamente, no pueden ser nunca eficaces o ineficaces, cumplidos o infringidos. Tampoco se pueden confundir con los asertivos, puesto que el Legislador no pretende afirmar o negar nada. No se ha propuesto decir algo verdadero (o falso). Para una visión por extenso de lo que se acaba de exponer, de forma resumida, véase HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, 2ª ed., edit. Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 224-231; 259-262; 262-264; 279-297, y *Compendio*…, ob. cit., pp. 30 y 53 y ss.

La mayoría de los enunciados jurídicos cualificatorios son definiciones legales. Las definiciones -en general, y en términos estrictamente semánticos- son enunciados que sirven para fijar, aclarar o precisar el sentido de una expresión[13]. Esta, que requiere ser fijada, aclarada o precisada se denomina *definiendum*. Por su parte, el *definien*s es propiamente la definición, esto es, el establecimiento de una equivalencia por convención. La vinculación entre *definiendum* y *definiens* se opera mediante el empleo del verso ser, normalmente conjugado en el tiempo verbal de presente. La razón de ser de este tipo de enunciados es puramente pragmática: el *definiendum* es una expresión sintética de más fácil manejo que el *definiens*, ordinariamente de más fácil intelección. Por último, cumple señalar que las definiciones, a diferencia de los restantes enunciados cualificatorios, consisten en una conjunción de dos enunciados cualificatorios, de modo tal que ambos son recíprocos. Entiéndase que cuando se define un «animal» como un «*ser orgánico que vive, siente y se mueve por propio impulso*», se afirma, en primer lugar, la anterior relación, pero, además, su inversa, esto es, un «*ser orgánico que vive, siente y se mueve por propio impulso*» es un «animal». Más ampliamente, HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Compendio*…, ob. cit., pp. 63, 64 y 66.

[14] Se trataría, en términos técnico-jurídicos, de una *permisión*. Las «*permisiones jurídicas*», o «*permisiones*», a secas, son enunciados jurídicos que permiten o autorizan alguna conducta,

impugnar, o bien al juez para estimar la impugnación, en determinados casos típicos.

A nuestro modo de ver, es preferible la primera interpretación. Por dos razones.

La primera es que el art. 204.1.I LSC se identifica con la clase de normas cuyo objeto es estipular definiciones. Son muy frecuentes en nuestras leyes. Revisten una gran utilidad, pues nos ayudan a saber qué son las cosas, y sobre todo a distinguir qué hechos están institucionalizados jurídicamente, y qué hechos no lo están. De esta forma, ante cada supuesto de hecho concreto y singular se hace fácil determinar si encaja en el supuesto de hecho de una norma, de forma tal que, si lo hace, se le pueda aplicar la consecuencia jurídica correspondiente.

La segunda razón es que esa autorización, de la que hablábamos antes, está implícita en la definición de la noción «acuerdo social impugnable». Imaginemos que acudimos a un museo. En una determinada sala se alojan numerosos objetos y sobre algunos de ellos hay un cartel que reza «a la venta». La función principal del rótulo es definir un conjunto de objetos de la sala que «se venden». Lo que nos permite diferenciarlos de esos otros objetos que «no se venden» (aunque nada lo especifique, porque no es necesario, ya que operamos por eliminación: todo lo que no lleve el cartel que reza «a la venta», lógicamente «no está a la venta»). Ahora bien, esto (que algunos objetos estén «a la venta») implica que «se pueden comprar». El establecimiento nos autoriza a comprarlos y a los empleados del negocio a venderlos. Hay un permiso implícito. La calificación implica el permiso para que los visitantes los adquieran. Pues bien, lo mismo parece suceder aquí, con el 204.1.I LSC.

En ese primer párrafo, la Ley establece como una categoría de acuerdo social impugnable el que sea contrario a la Ley. Nos parece sumamente significativo que se refiera a la Ley, en general, sin mayor precisión. Podría haber dicho «esta Ley» y entenderíamos que restringe las posibles infracciones a las normas de la LSC. Pero, presumiendo que el legislador es razonable, no lo hace. Y, a nuestro

---

establecen lo que un sujeto puede solicitar de alguien, atribuyen derechos subjetivos (de diferente índole; los potestativos incluidos), o que niegan los anteriores enunciados. Véase, al respecto, HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Compendio*…, ob. cit., p. 116.

modo de ver, con un propósito claro y, en cierto modo, acertado. Debió considerar el legislador que es inadmisible que prospere un acuerdo que tenga como objeto la realización de una actividad penalmente típica. Esto es intolerable y, por ende, ese acuerdo puede ser impugnado. El problema puede suscitarse si el contenido del acuerdo es que se propone infringir la regulación urbanística, por poner un ejemplo cualquiera. Según se encuentra redactada la norma que nos ocupa, también ese acuerdo social resultará impugnable.

Ese primer párrafo también califica como impugnable aquel acuerdo social que lesione el interés social en beneficio de uno o varios socios o terceros. No define en qué consiste la lesión del interés social. Aunque es relativamente asequible forjarnos una idea de ello. Probablemente el legislador, al utilizar una expresión que considera que es de uso común entre los juristas del ámbito societario, considera que no es necesario definir lo que pertenece al imaginario colectivo de esa comunidad de especialistas. Lo que sí nos parece ahora destacable es que en el segundo párrafo de este primer apartado nos proporciona una definición parcial de lesión del interés social, atribuyendo este rótulo -esta calificación- a los supuestos de abuso por parte de la mayoría.

Una última observación particular. Cuando se piensa en acuerdos sociales impugnables, de primeras se tiende a pensar que lo sean por su contenido. Sin embargo, existe consenso entre los autores en que también será impugnable aquel acuerdo social que en su génesis se haya contrariado la Ley, o sea opuesto a determinado contenido de los estatutos sociales (o al reglamento de la junta). Sin embargo, es dudoso -porque el legislador no lo especifica- en qué sentido o, mejor, con qué amplitud, debe considerarse la contrariedad o la oposición. El sentido estricto se circunscribe, opinamos, al contenido del acuerdo social. El sentido amplio acoge las contrariedades u oposiciones que se hayan producido en el proceso genético del propio acuerdo (fundamentalmente, en las tres esferas clave: convocatoria, constitución del órgano social y adopción del acuerdo). Esto, que nos parece de una relevancia extraordinaria, lo dejamos de momento a un lado, para recuperarlo posteriormente.

De lo expuesto hasta aquí, en relación con el primer apartado, podemos extraer algunas consideraciones que estimamos útiles. El art. 204.1.I define, en nuestra

opinión, qué es un acuerdo social impugnable. E, implícitamente, autoriza su impugnación. A sensu contrario, cabe interpretar que los que no están incluidos en esa «lista» de supuestos típicos no son acuerdos sociales impugnables. Diríamos que únicamente «son todos los que están». Existe, pues, una exclusión implícita. Y hay algo más, que nos parece trascendental: no define el legislador lo que ha querido significar al utilizar la expresión *impugnable*. Y la acción correspondiente, esto es, *impugnar* y el efecto de esta, es decir, *impugnación*. Esto último reviste una trascendencia enorme.

III. SENTIDO DE LA EXPRESIÓN «IMPUGNAR». PRINCIPALES CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Lo que comentamos a continuación lo haremos sobre la palabra «*impugnar*», pero las siguientes reflexiones se pueden trasladar perfectamente a las otras expresiones de la misma familia (*impugnación*, *impugnable*…).

Entendemos que dicha palabra es polisémica. Tiene varios significados, muy próximos, que sólo cambian en función del contexto en que se usa la expresión. Pongamos que encierra la idea de atacar o combatir algo para dejarlo sin efecto. Entonces, guarda relación con la noción de «validez», ahora comprendida en sentido vulgar.

Si se impugna un gol en un partido de futbol, lo que se hace es pedir al árbitro que el gol no suba al marcador. Incluso en argot futbolístico se dirá que se solicita que se *anule* el gol. El motivo para pedir tal cosa es que -por poner un ejemplo sencillo- el gol se marcó en situación de fuera de juego. En términos técnicos, se basan los impugnantes en que la acción de introducir el balón en el interior de la portería la llevó a cabo un jugador posicionado en un lugar que la normativa futbolística prohíbe. Seguramente un comentarista futbolístico diría, escandalizado si apoya al equipo goleado, que *la acción fue claramente antirreglamentaria*. Si el árbitro estima la impugnación, entonces resolverá *invalidar* la jugada y su resultado. El gol *no subirá al marcador*. Evidentemente, el hecho material -ahora ya «histórico»-, consistente en la introducción del balón en el interior de la portería, no puede hacerse desaparecer. Nadie lo puede hacer. Lo que sí se puede es que el árbitro proclame que esa acción no puede

considerarse «gol» o, mejor, «gol válido». Ese gol quedará *anulado* y se modificará el marcador, de modo que ya no figure un *tanto* a favor del equipo del que uno de sus jugadores ha introducido el balón en el interior de la portería. Lamentamos introducir este paralelismo no jurídico, pero estimamos que es muy clarificador. A continuación, la reflexión la trasladamos a los acuerdos sociales.

Comencemos con un breve excurso introductorio, para mejor presentar la idea que se pretende sostener seguidamente. El texto legal vigente opta por la expresión «*impugnables*», en referencia a una tipología de acuerdos sociales, abandonando el empleo -como aconteciera en cuerpos jurídicos pretéritos- de las expresiones jurídicas «*nulos*» y «*anulables*»[15].

La reforma legal de 2014 quiso, conscientemente, apartarse del régimen común de nulidad de los actos y negocios jurídicos, establecida en el Código civil[16]. A nuestro juicio, acertadamente. Efectivamente, la naturaleza jurídica de los acuerdos sociales es ciertamente singular, si la comparamos con la propia del negocio jurídico[17].

En cuanto a los primeros, cuando resultan impugnables, lo que acontece es que se produce un desajuste entre el propio acuerdo y el marco jurídico que limita la actuación de los órganos sociales[18]. Ayuda sobremanera a captar tal

---

[15] Así, como muestra del sentir del sector mayoritario de la doctrina científica, véase MUÑOZ PAREDES, M. L., «Los acuerdos…, ob. cit., pp. 111 y 117-118.

[16] Así ha sido señalado por la mejor doctrina: «*La reforma pretende, confesadamente, configurar la impugnación de acuerdos como "una institución en cierto modo autónoma e independiente del régimen común de nulidad de los actos y negocios jurídicos"*» (MUÑOZ PAREDES, M. L., «Los acuerdos…, ob. cit., p. 127).

[17] «*La separación del régimen de impugnación de acuerdos sociales respecto del régimen general de la nulidad civil es adecuada. A nadie se le escapa que los acuerdos sociales tienen una naturaleza peculiar que no se ajusta a los cánones del negocio jurídico* (…)» (MUÑOZ PAREDES, M. L., «Los acuerdos…, ob. cit., p. 128).

[18] «*No es posible sostener que la introducción de la categoría de los acuerdos "impugnables"* (…) *suponga el abandono* (…) *del concepto de invalidez como sustrato que explica la impugnabilidad y, en su caso, privación de efectos, de determinados acuerdos sociales*» (MUÑOZ PAREDES, M. L., «Los acuerdos…, ob. cit., p. 129). Añade la autora cita que «*la validez, entendida como desajuste entre el acuerdo social y el marco jurídico que limita la actuación de los órganos sociales (constituido por la legalidad, los estatutos y el respecto a ciertas obligaciones legales como la de perseguir el interés de la sociedad por encima del interés de concretos socios o terceros), es el elemento que tienen en común todos los acuerdos impugnables, y el que explica que la LSC permita que ellos, y sólo ellos, sean impugnados y que los Tribunales puedan privarlos de eficacia*» (p. 129). Y, un poco más adelante, asevera: «*El abandono del término "anulabilidad" no supone un cambio de fondo (aunque sí* (…) *del*

singularidad el reconocer en la esencia de las sociedades mercantiles un fenómeno social de corte organizativo[19].

La idea capital radica en que un sujeto, al integrarse en una sociedad, se somete, por una parte, a un determinado *statu quo* jurídico. Este se encontrará conformado por lo que determine la Ley sobre el funcionamiento de las sociedades mercantiles, por las reglas convencionales recogidas en los estatutos sociales y por la idea, básica, de que se perseguirá en todo momento el bien común, de forma inmediata, que en último término deberá redundar en el bien particular del socio. Y, asimismo, ese sujeto se somete voluntariamente, al suscribir el contrato de sociedad, a los acuerdos que puedan adoptar los órganos de la sociedad, incluso cuando no los haya aprobado, esto es, no los haya consentido[20]. Ahora bien, tal sometimiento no es ilimitado, como si librase un

---

sometimiento de casi todos los supuestos de acuerdos impugnables a reglas de fondo que son, justamente, las de la anulabilidad)» (p. 131). «(…) *El concepto de "impugnabilidad" no se distingue de la idea de anulabilidad o nulidad relativa* (…) *por lo que su introducción no es contradictoria con la idea de invalidez como quicio del sistema* (…)» (p. 132).

[19] Según se señala por la doctrina (MUÑOZ PAREDES, M. L., «Los acuerdos…, ob. cit., p. 132), «*el predominio de la impugnabilidad como categoría general de reacción frente a los acuerdos sociales ilegales se explica por las características propias de las sociedades mercantiles como fenómeno organizativo* (…)».

[20] Lo pone de manifiesto de forma perspicua la doctrina más reputada: «En el Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 de Garrigues y Uría, se subrayaba que la posibilidad de impugnar los acuerdos sociales era un contrapeso de la "soberanía de la Junta" y del sometimiento de todos los socios a sus acuerdos (art. 93.2 LSC). Dicen Garrigues/Uría que "toda la materia de impugnación de acuerdos sociales gira así en torno a la aplicación del principio mayoritario en la sociedad anónima"» (en ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Las acciones de impugnación de acuerdos sociales son acciones de cumplimiento, no acciones de nulidad», https://derechomercantilespana.blogspot.com/2014/11/las-acciones-de-impugnacion-de-acuerdos.html [última visita 25.2.2023]). El mismo autor descubre el fundamento en la consideración de que «(…) el contrato de sociedad es un contrato de organización (Organisationsvertrag), es decir, el efecto de su celebración es que pone en marcha una organización. Una organización es un conjunto de reglas para tomar decisiones. Como los socios no pueden decidir, cuando celebran el contrato, sobre todas las cuestiones que pueden plantearse en la vida -ilimitada- de la sociedad, se limitan a establecer cómo (procedimiento de adopción de acuerdos) y por quién (Junta, Administradores) se tomarán las decisiones. Pero la libertad de los órganos sociales no puede ser omnímoda, porque eso sería tanto como acabar con la libertad del socio sometiéndolo a una voluntad ajena (vedado por art. 10 CE y por la prohibición de vinculaciones perpetuas o excesivamente onerosas) ni puede ser arbitraria porque eso significaría que se estaría dejando el cumplimiento del contrato de sociedad al arbitrio de la mayoría o de los administradores (art. 1256 CC). De ahí que, para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), el legislador deba prever la posibilidad de que los socios "derrotados" en la conformación de la voluntad social, impugnen los acuerdos para garantizar que éstos no incumplen el contrato social. El contrato social -tan incompleto- encuentra su regulación -las obligaciones que tiene que cumplir la mayoría o los administradores- en los estatutos sociales, en las normas del Derecho de Sociedades y en el "interés social"».

cheque en blanco. Cuando el acuerdo social exceda los límites marcados por aquel *statu quo* jurídico de la sociedad que asumió libremente al integrarse en la sociedad, entonces se le reconoce el derecho a exigir del juez que condene a la mayoría a cumplir dicho contrato de sociedad[21].

De aquí que, con razón, se haya dicho que las causas de impugnación deben ser tan amplias como resulte necesario para permitir combatir cualquier exceso con respecto de dichos límites autoimpuestos (en referencia a ese *statu quo* jurídico que asume quien se integra en la sociedad al suscribir el contrato de sociedad)[22]. Por consiguiente, cobra pleno sentido que cualquier contravención de la Ley -en cuanto a sus disposiciones imperativas-, de los estatutos sociales o del reglamento de la junta, y cualquier lesión del interés social se contemple como causa de impugnación de un acuerdo social.

Con una expresión muy semejante, igualmente acertada, a nuestro parecer, se ha expresado MUÑOZ PAREDES («Los acuerdos…, ob. cit., p. 133), al sostener que «el socio está jurídicamente sometido a los acuerdos de los órganos de la sociedad, aunque no los haya aprobado (…). (…) Los acuerdos de los órganos sociales (…) producen efectos sobre los derechos del socio, bien de forma directa (…) bien de forma indirecta (…). Ello supone una diferencia importante con los contratos y otros negocios jurídicos, que sólo afectan a quienes son parte en ellos. Los acuerdos sociales tienen, frente a los contratos, la singularidad de que se imponen a sujetos que no los han consentido (…). Es cierto que esa imposición (…) se basa en previo sometimiento voluntario del sujeto que decide convertirse en socio (…), pero esa decisión no constituye un cheque en blanco, y precisamente la impugnación de acuerdos sociales es el mecanismo que permite al socio reconducir a sus justos términos legales y contractuales su sometimiento a los acuerdos adoptados por los órganos de la sociedad, impugnando los acuerdos que puedan exceder de esos límites. De hecho, si el contrato de sociedad otorgara un poder ilimitado a los órganos sociales (…), se violaría el artículo 1256 CC".

[21] Con una expresión muy precisa se ha identificado el aspecto clave de esta acertada perspectiva de la impugnación de los acuerdos sociales: «(…) *Una condena a la mayoría a cumplir el contrato de sociedad que la mayoría ha infringido al adoptar un acuerdo contrario a los estatutos, la ley o al interés social*» (ALFARO ÁGUILA REAL, J., «La naturaleza jurídica de los acuerdos sociales», en https://almacendederecho.org/la-naturaleza-juridica-los-acuerdos-sociales [última consulta 25.5.2023]).

[22] «(…) *Las causas de impugnación deben ser muy amplias e incluir todos los límites a que está sometido el poder de los órganos sociales, que no se limitan a la ley* (…), *sino que incluyen los estatutos sociales y el reglamento de la junta (que no son normas jurídicas) y el interés social. La explicación es que los acuerdos sociales son los únicos negocios jurídicos que no sólo vinculan a quienes prestan el consentimiento, sino a todos los socios de la sociedad incluidos aquellos que no han votado a favor*» (MUÑOZ PAREDES, M. L., «Los acuerdos…, ob. cit., p. 133). Añade la autora citada: «(…) *En el contrato de sociedad los socios disidentes pueden impugnar los acuerdos sociales no sólo cuando vulneren normas imperativas, sino también en cualquier caso en que excedan los límites del mandato que ellos dieron a los órganos de la sociedad (estatutos e interés de la sociedad)*. (…) *La impugnación de acuerdos sociales tienen un ámbito más amplio que las acciones de nulidad* (…) [:] *cualquier violación de los límites del mandato que el socio otorga a los órganos sociales*» (p. 134).

Así visto, la impugnación es una facultad que se reconoce al socio disidente -y a otros determinados terceros- para que defienda su postura frente a un incumplimiento del contrato de sociedad por parte de los órganos sociales cuando estos se han excedido efectivamente de los límites jurídicos a los que se habían comprometido todos los socios[23].

Retomando nuestra reflexión, eminentemente lingüística, sostenemos que un acuerdo social que, respecto de su génesis, o de su contenido, es *impugnable* significa que *se puede impugnar*. Esto no significa que el hecho histórico de la votación, del recuento y, sobre todo, de la proclamación de la adopción del acuerdo puedan ser eliminados de la «crónica histórica» -por expresarlo de algún modo-, porque no se puede retroceder al pasado y borrar lo que ha sucedido. El Derecho es consciente de esto y sólo puede operar en presente. Para ello el instrumento técnico jurídico ideal es la *privación de efectos jurídicos* de ese hecho histórico, que se hayan producido con posterioridad a su ocurrencia. En nuestra opinión, el acuerdo social se puede *invalidar* -como el gol- y privarle de eficacia en adelante, por supuesto, y hacia atrás, privando de eficacia, a su vez, a todos los hechos -que mirados desde el presente son pasado- que se han derivado de aquel primero -como en el símil era la modificación del marcador-. A nuestro entender, *impugnar* significa *privar de eficacia jurídica*, y en términos estrictamente jurídicos *anular* -lo que consideramos la expresión correspondiente a invalidar en el plano futbolístico-[24].

---

[23] Con razón, ALFARO ÁGUILA-REAL subraya (en «Las acciones de impugnación…, ob. cit.) que «(…) El legislador de 1951 no comprendió adecuadamente que las acciones de impugnación de los acuerdos sociales son acciones de incumplimiento, no de nulidad». Por su parte, MUÑOZ PAREDES («Los acuerdos…, ob. cit., p. 134) sostiene que «(…) la impugnación es una facultad que se otorga al socio para defender su posición frente a eventuales excesos de los órganos de la sociedad, y es lógico que esa facultad, que supone una excepción al deber de sometimiento a los acuerdos sociales, esté sometida a plazo. (…). La impugnación de acuerdos sociales no sirve sólo ni fundamentalmente para imponer el cumplimiento de normas imperativas de especial importancia, sino para proteger a las minorías de la sociedad y permitirles que hagan cumplir los límites del mandato de los órganos sociales».

[24] Se intuye que la *impugnabilidad* comparte determinados elementos característicos con la *anulabilidad*. Se reconoce como una facultad que se atribuye al socio disidente para interesar del juez el dictado de una sentencia con un pronunciamiento constitutivo que prive al acuerdo social de eficacia jurídica, con efectos *ex tunc*. En palabras de ALFARO ÁGUILA-REAL (en «Las acciones de impugnación…, ob. cit.), «*si la demanda de impugnación del acuerdo es estimada, el juez ordenará que se elimine del mundo jurídico el acuerdo, incluyendo la cancelación de los asientos registrales a que el acuerdo hubiera dado lugar o que se tengan por no aprobadas las*

Y, lo que es fundamental, la *anulación* -que sólo puede obrar el tribunal civil, dentro de sus facultades, a las que muy indirectamente alude el art. 5 LEC- es un acto judicial que modifica la realidad jurídica -que no la material, por las razones ya aducidas-. De aquí que se haya sostenido, acertadamente a nuestro modo de ver, que el juez emite un pronunciamiento *constitutivo*, cuando estima la petición de anulación.

Añádase algo fundamental: (al igual que sucedía en el partido de fútbol) los efectos de la decisión *anulatoria* del juez se retrotraen al tiempo de adoptarse el acuerdo social. Se le priva de eficacia desde que sucediera su adopción. Porque absurdo sería anularlo, pero sólo con efectos desde ahora. Volviendo al socorrido símil futbolístico, carecería por completo de sentido que el árbitro declarara inválido el gol y proclamara que se anula a partir de ahora, pero no sus efectos desde el momento mismo en que el balón entrase en el interior de la portería. El marcador no se movería y la declaración de invalidez del gol sería improductiva, inoperante y absurda, porque, por inválido que sea, hay un equipo al que le cuenta a favor un gol inválido por tratarse de una jugada antirreglamentaria.

Lo anterior nos permite sostener que el acuerdo social que resulte *impugnable* -como potencia de ser anulado- no es nulo (radicalmente nulo). No se considera como si, por la gravedad de la contravención legal o estatutaria, nunca hubiese sido eficaz (como si jamás hubiese llegado a producir un solo efecto). Sí ha sido eficaz y se trata de eliminar los frutos de esa eficacia, materializados en diversos posibles actos jurídicos, que a su vez han podido surtir efectos. Esta consideración, para nosotros tan importante, es lo que explica que el pronunciamiento del juez, al estimar la impugnación, no sea mero-declarativo -no se limita a constatar que es nulo-, sino que, por el contrario, sea constitutivo. El juez lo invalida, *lo priva de efectos*, desde que se pronuncia en tal sentido en su sentencia (sobre esto se volverá en el último capítulo). Otra cosa distinta es

---

cuentas o que se tenga por destituido el administrador». En cuanto a la noción de «anulación», confróntese Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 6ª ed., edit. Tecnos, Madrid 1989, p. 116. La «impugnación» está anudada, en nuestra cultura jurídica, a la privación de efectos -jurídicos- de un determinado hecho humano al que el ordenamiento jurídico le anuda unas determinadas consecuencias.

que, por las razones -pragmáticas- antes ofrecidas, el inicio de la eficacia anulatoria se sitúe en el momento de ocurrir el nacimiento -jurídico- del acuerdo social -el comienzo de su existencia jurídica, para ser más precisos-.

Las consideraciones anteriores nos enfrentan a un serio problema. Si pudiéramos operar sin prejuicios conceptuales, y tomando como premisa cuanto se lleva dicho, sostendríamos, sin apenas dificultad, que *impugnar* es sinónimo de *anular*. Y si anular solo lo puede hacer el tribunal -por ser el único competente a tal efecto-, podríamos interpretar el primer párrafo del apartado primero del art. 204 en el sentido siguiente: los acuerdos sociales *impugnables* son aquellos que el juez debe *anular*. Son acuerdos sociales *anulables*, en el sentido de que lo son potencialmente, a expensas de que algún legitimado le solicite al juez que los *anule*.

Se puede enfocar también desde otra perspectiva. Al decir que son *impugnables*, podría entenderse que son susceptibles de *impugnación*. Dicho de otra forma, que se pueden *impugnar*. Esto entronca con aquella consideración anterior relativa a la idea de la autorización -del permiso- que el legislador otorga para *impugnar* determinados tipos de acuerdos sociales. Visto así, podría considerarse que el legislador concede un poder al legitimado para *impugnar* un determinado acuerdo social en el sentido de que aquel puede acudir al juez para solicitarle que *anule* el acuerdo. Obsérvese que, según este enfoque, *impugnar* -término polisémico, como hemos dicho- significa *promover* -judicialmente, aunque no solo, si pensamos en la *arbitrabilidad* de esta clase de conflictos jurídicos- *la anulación* del acuerdo social. Se trata en definitiva del reconocimiento, por parte del legislador, a favor del legitimado, de un derecho potestativo, de instar al juez a que *anule* el acuerdo, si así lo desea el legitimado, que perfectamente puede permanecer pasivo y dicho acuerdo plenamente eficaz. En terminología clásica -y sumamente problemática-, se reconoce *acción* al legitimado[25].

[25] Aun cuando no se pretende aquí efectuar complejas disquisiciones teóricas, sí que parece necesario apuntar algo acerca de la noción de «acción». En nuestra opinión, se trataría de la «acción material», esto es, la posibilidad que tiene el titular de un interés jurídico de sujetar a un tercero, a través del poder coactivo del Estado, a que se someta a la invalidación de un acuerdo social. Esta concepción de la «acción material» se inspira en la concepción de GUIMARAES

En nuestra opinión, es preferible el primer sentido. *Impugnar* significa *anular*. Y esto sólo le resulta posible al tribunal. Por tanto, según esto, leemos el 204.1.I LSC en los siguientes términos: son *anulables* los acuerdos sociales contrarios a la Ley, etc. Lo que, por otra parte, no supone desdeñar sin más el otro significado. Sencillamente está implicado en el primero. Si determinados acuerdos sociales pueden ser anulados por el juez, obviamente se está autorizando, aunque sea implícitamente, a que el legitimado acuda al juez a pedirle que lo *anule* (promoción de la impugnación). Lo más implica lo menos, o lo ulterior implica lo previo o antecedente. Sin embargo, esto, que es tan intuitivo cuando se enfoca en sentido positivo, resulta extremadamente complejo cuando se aborda desde un sentido negativo, lo que se hará enseguida.

IV. LA PROBLEMÁTICA «INVALIDACIÓN PRIVADA» DEL APARTADO 2º DEL ART. 204 LSC

Hasta aquí nos hemos ocupado del primer apartado del art. 204 LSC. Consideramos que hemos efectuado algunas observaciones provechosas. Algunas de las cuales aún cobrarán más sentido en lo que sigue. A continuación, abordamos el análisis del apartado 2º.

Este segundo apartado contiene varias reglas jurídicas. Concretamente, tres. La segunda es estrictamente procesal, y ahora no nos interesa su abordaje (se efectuará en el penúltimo capítulo) y la tercera es eminentemente sustantiva, pero no deja de ser una derivada de la primera. Y a esta -a la primera- consagramos todas nuestras energías interpretativas.

La primera regla jurídica del art. 204.2 LSC dice así: *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*[26]. Dado que la expresión clave es «*impugnación*», y

---

RIBEIRO, D., en su obra *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva. Hacia una teoría procesal del Derecho*, edit. J. M. Bosch, Barcelona, 2004, pp. 63-67.

[26] Destacamos la SAP de Barcelona, Sección 15ª, nº 1597/2022, de 4 de noviembre, que señala (refiriéndose al art. 204.2 LSC): «(…) El contenido de esa norma creemos que es muy claro y pretende evitar que se inicien o bien que continúen sustanciándose procesos de impugnación de acuerdos sociales cuando los acuerdos objeto de la impugnación hubieran sido removidos

sentada su polisemia y fijados los dos posibles sentidos -que nos parece que se le podría aparejar-, podemos interpretar, en primer lugar, que la Ley lo que hace es prohibir al juez que *anule* un acuerdo social que haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro (adoptado antes de que la interposición de la demanda de impugnación). Que esto fuera lo que quiso significar el legislador es sumamente razonable, semánticamente hablando. Y también jurídicamente. En términos sinónimos, si el acuerdo social ha sido *invalidado* por el propio órgano social -de forma válida-, digamos que la privación de efectos se ha operado «privadamente».

Optamos por no emplear la expresión *anular*, porque insistimos en sostener que eso solo lo puede hacer el tribunal. Nos referimos a *invalidar*, porque lo que hace el propio órgano social es dejar sin efectos dicho acuerdo social. Lo puede hacer sin más o lo puede hacer indirectamente mediante la aprobación de otro incompatible con el primero (aunque sea sólo por el hecho de que no cabe el *bis in idem* en materia de acuerdos sociales). Así las cosas, no es jurídicamente posible, ni correcto, que el juez deje sin efectos algo de los que ya carece. Pensemos en que los cónyuges puedan divorciarse sin necesidad de que intervenga un juez, de forma estrictamente convencional. Si ya han acordado poner fin al contrato matrimonial de forma consensual, de modo que jurídicamente ya han quedado divorciados, no tendría sentido, práctico, ni tampoco jurídico, que luego un juez los divorciara. No habría lugar para operar una modificación de la realidad jurídica que ya se produjo antes. Aquí sucede lo mismo.

Sin embargo, y como decíamos antes, la ambigüedad semántica de la expresión *impugnar* (y sus correlativas) nos dificulta la interpretación cuando se trata de

---

previamente por la propia sociedad. Se trata de una norma que es consecuente con el hecho de que la vida social continúa tras haberse aprobado un acuerdo que alguno de los interesados puede considerar irregular; ni siquiera la interposición de demanda de impugnación de un acuerdo tiene efecto alguno respecto a la posibilidad de que sea la propia sociedad la que decida remover el acuerdo con objeto de proceder a la subsanación de los vicios que se le hubieran imputado. Y, atendido el carácter declarativo que tiene la acción de impugnación, no tiene sentido alguno su sustanciación cuando el acuerdo ya no existe, sin perjuicio del derecho a instar la eliminación de sus efectos o bien la reparación de los daños derivados del acuerdo adoptado (…)»

una prohibición. Porque cabría sostener que lo que hizo el legislador fue prohibir al deseoso de *impugnar* que llevara a cabo la *impugnación*. *Prohibido promover la impugnación del acuerdo*. Se trataría de una interdicción del ejercicio de la acción impugnatoria. Dicho de forma un tanto excesiva: «*prohibido demandar interesando la impugnación de un acuerdo social ya invalidado*». Lo que es sumamente sensato si lo relacionamos con lo razonado en el párrafo precedente. No se puede demandar porque el juez tampoco podrá anular lo que ya ha sido invalidado privadamente. Esto último implica que el juez no pueda pronunciarse de ninguna manera y esto a su vez implica que el interesado no impugne, habida cuenta que es inútil porque no se podrá llegar a ningún pronunciamiento judicial (positivo), más que el desestimatorio de la demanda (que podríamos reputarlo negativo).

No resulta posible deshacer la ambigüedad con certeza de acierto. Esto suscita un problema todavía mayor. Si un sujeto impugna un acuerdo social invalidado privadamente, cabe preguntarse si el juez -supongamos que lo sepa porque se desprenda de la demanda (lo que es punto menos que improbable)- podría inadmitir a trámite la demanda de impugnación. Probablemente se convenga con nosotros en que no hay acción, y, por ende, en que es *inaccionable* ese supuesto de hecho.

Imaginemos ahora que la sociedad demandada pone de manifiesto esta circunstancia en la contestación a la demanda (se adelanta que no podrá plantear la cuestión como una cuestión incidental de previo pronunciamiento, porque así lo establece claramente el párrafo segundo del apartado 3º de este mismo artículo; en el capítulo 8 nos ocuparemos extensamente de este asunto). Si atendemos a la segunda regla de este apartado segundo, que hemos calificado de estrictamente procesal, cabría sostener analógicamente -por ahora no profundizaremos más- que lo que procede es el sobreseimiento del proceso. Si la *invalidación privada* se produce con el proceso en marcha, el juez debe reconocer una pérdida sobrevenida del objeto del proceso. No tiene nada sobre lo que poder pronunciarse positivamente. Si la *invalidación privada* es previa al inicio del proceso, este tan siquiera debería ponerse en marcha.

Se echa en falta mayor precisión en la expresión legal, confusa y perturbadora. Hubiese sido sumamente sencillo obligar al juez a sobreseer el proceso cuando resultase acreditado que el acuerdo social impugnado hubiese sido invalidado privadamente. Con ello no sería necesario distinguir si antes o después de iniciado el procedimiento. Y, además, hubiera resultado muy acertado permitir que la sociedad demandada pudiera poner de manifiesto semejante circunstancia a través de una cuestión incidental de previo pronunciamiento, cuyo desenlace fuese, como decimos, el sobreseimiento del proceso, con expresa imposición de costas al actor cuando se desprendiera de la prueba que lo conocía o lo pudo conocer, si hubiese obrado con una mínima diligencia.

V. *IMPUGNABILIDAD* E *INIMPUGNABILIDAD* DE LOS ACUERDOS SOCIALES EN RELACIÓN CON SU PROCESO GENÉTICO: EL ENREVASADO APARTADO 3º DEL ART. 204 LSC

5.1. Consideraciones generales

Abordamos, por fin, el tercer y último apartado del art. 204 LSC. En nuestra opinión, el más enjundioso. Comienza empleando una expresión nuevamente desafortunada, porque usa el término polisémico *impugnación*, sin haber efectuado nunca antes, ni en ese momento, precisión alguna sobre lo que quiere significar exactamente. Dice que «*tampoco procederá la impugnación*» de los acuerdos sociales que se sustente en una serie de motivos tasados. Que no proceda la impugnación, puede significar, como ya hemos justificado, tanto que se prohíbe al juez anular el acuerdo, como que se le priva al justiciable de la posibilidad de accionar. Tampoco aquí resulta posible deshacer la ambigüedad con certeza de acierto.

No procede la impugnación, en primer lugar -letra «a» del apartado 3º-, cuando el motivo de esta (entendida como petición de anulación) consista en que se infringieron normas legales o convenciones (estatutarias o reglamentarias)[27] que

[27] Es erróneo afirmar que se infringen requisitos. Según el *Diccionario combinatorio práctico del español contemporáneo*, VVAA, ed. SM, Madrid, 2011, p. 1095, el sustantivo «requisito» sólo cabe combinarlo con los siguientes verbos: concurrir, constituir, fijar, establecer, determinar, imponer, exigir, requerir, precisar, cumplir, satisfacer, reunir, incumplir, sortear, rebasar, plegarse

establecen requisitos meramente procedimentales para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo. Expresado de forma muy sencilla: no cualquier infracción -por decir- de la Ley en relación con reglas jurídicas que sienten requisitos en relación con la convocatoria o la constitución de la junta general o con respecto de la adopción de acuerdos, acarrea la anulación del acuerdo.

No procede tampoco la impugnación, en segundo lugar -letra «b» del apartado 3º-, cuando, habiendo interesado el socio determinada información -ejercicio del derecho de información, la que se le hubiese proporcionado fuese insuficiente o incorrecta, pero, asimismo, inoperante o superflua o innecesaria -en su momento se precisará más- para el razonable ejercicio de los derechos de participación, destacando -nosotros- el de voto. Dicho de otro modo, la efectiva insatisfacción del derecho de información hace inimpugnable el acuerdo si dicha información es inútil o impertinente, lo que desvela el propósito subyacente torcido de sabotear los frutos de la junta de socios. Conviene advertir que, bien mirado, aquí también se puede producir una antinomia, todavía más difícil de salvar, en tanto que si el derecho de información, sin más aditamento, está reconocido en una norma jurídica, su insatisfacción constituye, asimismo, una infracción de la Ley, lo que, según el art. 204.1.I LSC, permite reputar al acuerdo social impugnable.

Igualmente improcedente es -letra «c» del apartado 3º- la impugnación de un acuerdo social cuando en su génesis y, más exactamente, en la fase de constitución de la junta, hubieran participado personas no legitimadas, se supone que, a efectos de conformación del *quorum* legalmente exigido en las sociedades anónimas, si, prescindiendo de dicha participación, se hubiese alcanzado igualmente el *quorum* legalmente exigido.

---

a, supeditarse a. Por el contrario, el verbo «infringir» se asocia únicamente a los siguientes sustantivos -p. 753-: norma, artículo, principio, regla, normativa, legislación, precepto, reglamento, ordenanza, estatuto, decreto (y otras disposiciones), contrato, convenio, tregua, obligación, deber, mandato, orden, destierro, derecho, libertad, competencia, secreto, tabú, límite, horario, disciplina, celibato, prohibición, costumbre, cultura y tradición.

Por último, es improcedente también -letra «d» del apartado 3º- la impugnación de un acuerdo social cuando en su génesis y, más exactamente, en la fase de votación, se hubiera cometido un error de cómputo (ya sea simplemente aritmético, ya sea por considerar un voto que no debiera haberse emitido o que se emitió inválidamente), si, prescindiendo de dicho voto, se alcanzara igualmente la mayoría legalmente exigida.

5.2. ¿Una posible antinomia entre los arts. 204.3.a y 204.1.I LSC?

Recuperamos ahora aquella disquisición que antes hicimos sobre el contenido del acuerdo con respecto a la génesis de este. Si interpretamos que en el 204.1.I LSC, al referirse a la contravención de la Ley, está queriendo significar que la infracción tanto puede obedecer al contenido del acuerdo como a alguna de las etapas de su génesis, la contradicción está servida con la letra «a» del apartado 3º del propio 204. En aquel primer momento, cualquier contravención legal hace al acuerdo social susceptible de impugnación. Ahora, dice algo muy distinto: no cualquier contravención legal hace al acuerdo social susceptible de impugnación. Habría, por consiguiente, acuerdos sociales impugnables e inimpugnables, solo que estos últimos no se definen en modo alguno. Y, lo peor, entre ambos, aunque sea parcialmente, existe contradicción. Es, pues, un caso de antinomia de segundo grado[28]. Ya se abordará en su momento qué consecuencias comporta.

Es cierto que se podría salvar la antinomia -que, entonces, sería simplemente aparente- si interpretáramos -sin ninguna seguridad- que la contravención de la Ley del párrafo primero del apartado primero del 204 LSC se refiere exclusivamente al contenido del acuerdo, y en absoluto a su génesis. De esta última se ocuparía únicamente este apartado 3º en su letra «a». Sólo algunas

[28] Como expusiera GARCÍA AMADO -en *Razonamiento jurídico y argumentación. Nociones introductorias*, 2ª ed., edit. Eolas, León, 2020, p. 31-, «tenemos una antinomia cuando para un mismo hecho concreto, exactamente el mismo, concurren dos normas que para tal hecho prescriben consecuencias jurídicas incompatibles». En definitiva, se trata de una contradicción entre normas. Algunos de estos supuestos tienen arreglo aplicando determinados criterios (jerárquico, temporal o de especialidad). En nuestra opinión, en realidad se deshace la contradicción. A estas antinomias se las ha dado en denominar de «primer grado». Sin embargo, -y como afirma GARCÍA AMADO, en p. 33-, «hay antinomias que no tienen arreglo propiamente dicho, y esas son las llamadas *antinomias de segundo grado*.

concretas infracciones de la Ley en la génesis del acuerdo hacen a este susceptible de impugnación.

5.3. Análisis de la arquitectura del apartado 3º del art. 204 LSC

Este apartado 3º del art. 204 LSC presenta una construcción sumamente alambicada, pues aun cuando su vertiente principal es la negativa -la que prohíbe, o bien impugnar, o bien anular un acuerdo social cuando se dé alguna de los anteriores supuestos de hecho-, contiene una vertiente positiva, donde se permite impugnar, y pareciera que al juez se le obliga a anular, cuando se dé el supuesto de hecho de una serie de reglas, que se introducen como excepciones a las anteriores.

De estas otras reglas «positivas» daremos cuenta en el capítulo siguiente, por lo que consideramos que no procede ahora su examen detenido. No obstante, se adelantan dos consideraciones de hondo calado.

En nuestra opinión, la fórmula de contraposición que se emplea en el aludido apartado 3º del art. 204 LSC es insatisfactoria porque, o bien los supuestos negativos o de exclusión de la impugnabilidad son sencillamente innecesarios y, por ende, superfluos -aunque quizás sí hubiese convenido efectuar algunas disquisiciones diferenciadoras en la Exposición de Motivos-, o bien porque los límites entre unos casos típicos y otros son difusas y abonan el terreno a una indeseable inseguridad jurídica al tiempo de su aplicación.

Por otra parte, parece necesario deslindar lo que no es impugnable con respecto de lo que sí lo es. Y con respecto de esto último, que podríamos considerar «reglas positivas», cabe identificar concretamente cinco reglas específicas, que contienen a su vez una pluralidad de motivos de impugnación. A saber:

(i) La infracción de las reglas jurídicas que disciplinan la convocatoria de la junta, ya sean en relación con su «forma» -expresión imprecisa por demás-, ya sea en relación con el plazo de antelación para ello legalmente establecido.

(ii) La lesión del derecho de información que únicamente revestirá relevancia cuando habiendo solicitado el socio información, la que se le proporcione sea errónea o insuficiente y la interesada fuese esencial para el

ejercicio razonable de los derechos de participación societaria por parte de un socio medio.

(iii) La infracción de las reglas jurídicas que establecen -únicamente en el caso de las sociedades anónimas- un *quorum* mínimo para la constitución del órgano social. Además -y esto es dudoso- la contravención de otras reglas jurídicas que se puedan reputar esenciales en esta materia, como quizás sean la formación de la mesa de la junta o la elaboración de la lista de asistentes.

(iv) La infracción de las reglas jurídicas que sientan el régimen de mayorías para la adopción de acuerdos sociales.

(v) La infracción de aquellas reglas jurídicas que, suponemos que, en materia de génesis del acuerdo social, se puedan considerar «relevantes».

En el siguiente capítulo nos proponemos analizar cada uno de estos cinco grupos de reglas. Tras ello intentaremos efectuar un análisis de conjunto y poner de manifiesto las posibilidades debilidades de esta construcción, adelantando algunas sugerencias de mejora.

CAPÍTULO 2: DEFICIENCIAS DE LA CONVOCATORIA DE JUNTA COMO CAUSA DE IMPUGNACIÓN

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Con arreglo a lo dispuesto en el art. 204.3.a LSC:

> «*3. Tampoco procederá la impugnación de acuerdos basada en los siguientes motivos:*
> *a) La infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, salvo que se trate de una infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos, así como cualquier otra que tenga carácter relevante.*»

Estimamos que un enunciado parcialmente sinónimo al anterior es el siguiente:

> Procederá la impugnación de acuerdos sociales basada en la infracción de normas relativas a la forma y plazo previo de la convocatoria.

En relación con este último enunciado, de carácter estrictamente asertivo[29], parece posible efectuar dos comentarios.

---

[29] Conviene recordar brevemente lo siguiente, en relación con algunas expresiones técnicas empleadas a lo largo del capítulo. Nosotros entendemos -siguiendo a HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Razonamientos en la sentencia judicial*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 25- por «enunciado interpretativo»: «(…) *Es un enunciado que atribuye sentido a una expresión, en particular a otro enunciado, y dice cuál es el sentido de este otro enunciado o qué es lo que este enunciado significa*». Asimismo, «*los enunciados a los que los enunciados interpretativos se refieren y a los que éstos atribuyen sentido, es decir, los enunciados que son objeto de interpretación, son enunciados interpretados*». Y se añade -pp. 27-28-, «(…) junto al propio enunciado interpretativo y al enunciado interpretado (…) observamos la presencia de un tercer enunciado (…)», que es sinónimo del interpretado (y que es asertivo, porque puede ser verdadero o falso, según la corrección de la atribución de significado al enunciado interpretado), recibiendo la denominación de «enunciado interpretante». Así, un *enunciado interpretativo* expresa que el *enunciado interpretado* es sinónimo del *enunciado interpretante*. Debemos insistir en algo que se acaba de apuntar. El *enunciado interpretativo* es, por fuerza, asertivo, porque no es un enunciado jurídico (el intérprete no es el legislador), sino la afirmación de una relación de sinonimia entre *interpretante* e *interpretado*. Tampoco el interpretante es un enunciado prescriptivo, ni tampoco cualificatorio, sino meramente asertivo.

En primer lugar, si bien la Ley expresa que serán susceptibles de impugnación los acuerdos cuando se haya producido «*una infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria*», esta fórmula puede resultar algo inexacta. Según se ha sostenido ya anteriormente, no parece posible la infracción de la forma o del plazo previo de la convocatoria. La forma de algo o el plazo disponible para llevar a cabo una determinada conducta no parece poder ser infringido. Ese algo tendrá una forma, la que sea. Al igual que sucede con el plazo que, en este caso, puede ser de distinta extensión, según sea la que fije, en este caso, por la Ley. Las cosas son las que son o como son. Cuestión distinta es que *el ser* de las cosas se ajuste, o no, a un determinado *deber ser*, que establezca una determinada regla. Ahora nos ocupan exactamente reglas de orden jurídico. Y son precisamente estas las que pueden ser obedecidas o desobedecidas, cumplidas o incumplidas, o, lo que es lo mismo, eficaces o ineficaces[30].

En el caso que la norma jurídica -que establece una forma o sienta un plazo para desarrollar una determinada conducta- se desobedezca, incumpla, o resulte ineficaz, podremos afirmar rigurosamente que se ha infringido. En consecuencia, y dado que lo que es objeto potencial de una infracción es una norma jurídica, la impugnación de acuerdos sociales, sobre la base de deficiencias de la convocatoria, sólo podrá tener como causa la infracción de las normas jurídicas que disciplinan el acto jurídico de llamamiento. Enunciados jurídicos que estimamos que son indudablemente prescriptivos[31]. De aquí que la redacción legal, dicho con el máximo respeto, pueda resultar defectuosa por inexacta, considerando la posibilidad de que el legislador haya empleado una fórmula abreviada.

Por otra parte, es obligada una importante observación. El enunciado interpretante, del que se parte para el desarrollo del presente análisis, alude,

---

[30] Como ya hemos defendido, esto es lo propio o característico de los enunciados prescriptivos.

[31] La doctrina afirma que se trata de una regulación imperativa. En este sentido, y por todos, CORBERA MARTÍNEZ, J. M., «Convocatoria, asistencia y votación del socio en la junta a través de medios telemáticos», en *Derecho de sociedades. Los derechos del socio*, M. B. González y A. Cohen (dirs.), edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 550.

como únicos aspectos relevantes de la convocatoria, a la «forma» y al «plazo previo» de la convocatoria.

El primero de los términos resulta problemático. Si al referirse el legislador a la «forma» la vincula con la convocatoria, y esta se puede considerar un sinónimo de «llamamiento», entonces se sigue que la locución sinónima más adecuada sería la de «forma del llamamiento». O, lo que es lo mismo, aunque más desarrollado, la «forma en la que se lleva a cabo el llamamiento»[32]. Sostenemos esto tomando en consideración, por una parte, una de las principales acepciones del término «forma», que significa «modo o manera en que se hace o en que ocurre algo»[33]. Y a este respecto efectivamente existen en la LSC una serie de reglas que establecen cómo debe efectuarse tal llamamiento (el art. 172 LSC es, según entendemos, la norma jurídica principal en relación con este asunto). Se ha tomado en consideración, en segundo lugar, la rúbrica del art. 173 LSC: «forma de la convocatoria». El contenido exclusivo del precepto es la disciplina del modo, de la manera, en la que se procederá a llevar a cabo el llamamiento. Si se prefiere, los cauces a través de los cuales la sociedad pondrá en conocimiento de sus socios el propósito de que se celebre una reunión en un determinado momento del futuro. Examinado desde esta perspectiva, bien podría pensarse que únicamente es causa de impugnación -además de la observancia de las reglas sobre la antelación de la convocatoria- el incumplimiento de las reglas relativas a la forma de cursarse el llamamiento (especialmente el aludido art. 172 LSC, aunque no solo).

Sin embargo, pretender restringir el ámbito de sinonimia del término «forma» al aludido en las líneas anteriores no nos parece, salvo mejor criterio, correcto. Debe repararse en que se trata de una expresión polisémica, lo que abona la posibilidad de incurrir en ambigüedad semántica.

---

[32] CORBERA MARTÍNEZ, J. M. -en «Convocatoria…, ob. cit., p. 550- se refiere a la convocatoria como «acto formal de llamamiento».

[33] Se trata de la segunda acepción del Diccionario de la Lengua española al tratar el vocablo «forma». Véase https://dle.rae.es/forma (última visita 31.5.2023).

Otro significado que se considera sumamente relevante del vocablo es el siguiente: «*Configuración externa de algo*»[34]. Atendido este último sentido, cobra relevancia cómo esté configurado el orden del día, lo que, no tratándose de una cuestión estética, todo apunta a que guarde relación con su contenido. Con el mensaje que incorpora. Por tanto, creemos contar con razones semánticas bastantes como para atribuir al legislador la voluntad de emplear un término polisémico, cuyo uso le permite hacer referencia a, cuanto menos, dos aspectos distintos del propio llamamiento: su contenido y el modo de cursarlo. Por tanto, defendemos que de lo anterior se sigue que cuando se alude a las causas de impugnación de acuerdos sociales relativas a la convocatoria, el legislador tuvo en mente la infracción de las reglas jurídicas (de corte prescriptivo) que disciplinan el contenido del llamamiento, la forma de llevarlo a cabo y la antelación que se requiere con respecto de esto último. En definitiva, constituyen infracciones relevantes (a efectos de su impugnación) las que tengan por objeto reglas jurídicas sobre los siguientes tres concretos aspectos de la convocatoria de junta: contenido de esta, forma de publicitarla y plazo previo exigido para emitir el comunicado.

Antes de concluir este epígrafe, se estima oportuna una reflexión de lingüística jurídica, aunque se trate de una cuestión en cierto modo ya tratada, siquiera sea con carácter general.

Ciertamente, una convocatoria que infringe las normas legales (imperativas) constituye una convocatoria «*irregular*»[35], defectuosa, deficiente y, mejor aún, disconforme al derecho societario positivo. En este punto saludamos con satisfacción esta nomenclatura. Ahora bien, lo que despierta cierto recelo es que se diga que esa *irregularidad* de la convocatoria se traduce en la validez del propio anuncio[36].

---

[34] *Idem*.

[35] GARCÍA CRUCES, J. A., *La convocatoria de la Junta general de las sociedades de capital*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 233 y 235.

[36] A tenor de cómo se expresa, por ejemplo, GARCÍA CRUCES, J. A., *La convocatoria*…, ob. cit., p. 235.

Sale a nuestro paso nuevamente el problema de la indeterminación semántica de la expresión «*(in)validez*», que no es definida por quien la emplea, hasta donde nos alcanza[37]. Si *válido* es el acto jurídico que surte efectos jurídicos, se puede reputar *inválido* al que no surte tales. La objeción que se formula es que no se encuentra ningún sostén normativo, pero tampoco dogmático, para una pretendida «eficacia jurídica» del acto de convocatoria.

Por supuesto que reviste eficacia no jurídica, en referencia a la «informativa» y, por ende, «cognitiva». El efecto de una convocatoria regular será que el socio tome conocimiento de que se va a celebrar una reunión con unas determinadas circunstancias variopintas (de tal sociedad, tal día, a tal hora…). No se estima posible, porque no lo parece, que se trate de expresiones sinónimas. No vemos que se pueda emparejar la «eficacia informativa (cognitiva)» con la «eficacia jurídica». Si, por poner un ejemplo, la convocatoria carece de orden del día, la eficacia informativa no es completa. El socio no recibe toda la información que precisa para decidir si asiste, qué información adicional precisa y cuál sea su posible postura en esa junta. Pero no consideramos defendible que del llamamiento en sí surjan derechos y obligaciones. Porque cosa distinta es que, a partir de la convocatoria, el socio pueda pedir datos adicionales, lo que es consecuencia de un enunciado jurídico que confiere un derecho subjetivo preciso al socio (art. 196 LSC). En suma, concluimos que la tesis de la invalidez de la convocatoria no es correcta, jurídicamente hablando.

Igualmente cuestionable podría ser la tesis según la cual las deficiencias de la convocatoria puedan acarrear la invalidez de la junta[38], que se llegase a celebrar. Ya hemos defendido en otro lugar, anterior a este, que la junta no es un acto jurídico único, que se pueda dejar sin efectos. Amén de que entendemos que es un hecho humano complejo, que engloba una pluralidad de actos jurídicos. El argumento fundamental, a nuestro juicio, es que la Ley no habla de la

---

[37] Por ejemplo, no hemos sabido encontrar la definición que de este término ofrezca el propio GARCÍA CRUCES, J. A., *La convocatoria*…, ob. cit.

[38] Como nos ha parecido apreciar en la mejor literatura especializada, aunque se hable de algo más genérico como la «afectación de la validez de la junta» y que «se afectaría la validez de la junta», según se puede apreciar en GARCÍA CRUCES, J. A., *La convocatoria*…, ob. cit., p. 234.

impugnación de la junta, sino de los acuerdos que se llegaran a adoptar en la misma (204 LSC), lo que es bien distinto. En consonancia con esto, tampoco estimamos correcto que se pueda hablar de la «irregularidad de la junta»[39].

II. CONTENIDO DE LA CONVOCATORIA

2.1. CONSIDERACIONES GENERALES

La principal regla jurídica relativa al contenido del llamamiento es el art. 174 LSC:

> «*En todo caso, la convocatoria expresará el nombre de la sociedad, la fecha y hora de la reunión, el orden del día, en el que figurarán los asuntos a tratar, y el cargo de la persona o personas que realicen la convocatoria.*»

Se trata de un enunciado jurídico eminentemente prescriptivo, que impone, mediante el empleo del tiempo verbal futuro, el contenido inexcusable –«*en todo caso*»- de la convocatoria. Añádase que la anterior formulación, que impone un contenido mínimo, no alberga ninguna excepción, expresa o tácitamente. Por consiguiente, para que el contenido del llamamiento sea acorde a la exigencia normativa debe reunir todos los siguientes elementos, de modo que la ausencia de alguno de ellos comportaría la deficiencia de la convocatoria:

1.- Nombre de la sociedad

2.- Fecha y hora de la reunión

3.- Orden del día

4.- Cargo del o de los convocantes

Ciertamente, este es el contenido mínimo. A partir de este, cabe incrementar la exigencia a través de cláusulas estatutarias que requieran otros elementos informativos adicionales[40]. La inobservancia de esto último convertiría los acuerdos adoptados en la futura junta en *impugnables*, habida cuenta que se trataría de una oposición a los estatutos de la sociedad, según califica el art. 204.1.I LSC.

---

[39] Cfr. GARCÍA CRUCES, J. A., *La convocatoria*…, ob. cit., p. 235.

[40] Según sostiene GARCÍA CRUCES, J. A., *La convocatoria*…, ob. cit., p. 230.

Pero lo anterior no es todo, al menos para algunos supuestos específicos. En algunos casos la Ley demanda, con la misma severidad, que se adicione al contenido de la convocatoria determinados datos o informaciones[41]. De modo tal que su inobservancia permitirá calificar los acuerdos sociales adoptados en la futura junta como impugnables y procederá su impugnación.

Conviene, en último término, reparar en la diferencia que presentan algunos de esos elementos entre sí a los efectos de la verificación de su observancia[42]. Es llano que los relativos al nombre de la sociedad, la fecha y la hora de la reunión

---

[41] Tomamos prestada la sistematizada relación de GARCÍA CRUCES, J. A., *La convocatoria*…, ob. cit., pp. 231-232: «(…) La LSC dispone que será necesario que tal anuncio mencione expresamente: a) el derecho de todo socio a examinar en el domicilio social, o a pedir el envío gratuito, de las cuentas anuales formuladas y, en su caso, el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas, cuando la junta se convoque para aprobar éstas (art. 272.2 LSC); b) el derecho de todo socio a examinar en el domicilio social, o a pedir el envío gratuito, del texto de las modificaciones estatutarias y, en su caso, del informe justificativo de éstas, cuando la junta se convocara con tal finalidad (art. 287 LSC); c) el derecho de todo socio a examinar en el domicilio social, o a pedir el envío gratuito, del texto del informe que elaboraran los administradores cuando se convocara la junta a fin de acordar una ampliación de capital cuyo contravalor fuera a realizarse mediante aportaciones no dinerarias (art. 300.2 LSC); d) el derecho de todo socio a examinar en el domicilio social, o a pedir el envío gratuito, del texto del informe que elaboraran los administradores cuando la junta fuera a pronunciarse sobre un aumento de capital mediante compensación de créditos (arts. 301.2 y 4 LSC) y, si la sociedad fuera anónima, además ese derecho -y su mención en el anuncio de la convocatoria- se extiende a la certificación que ha de emitir el auditor de la sociedad (art. 301.3 y 4 LSC); y e) en los casos en que la junta se convocara para acordar la exclusión del derecho de preferencia de los socios ante un aumento de capital, el anuncio de convocatoria deberá manifestar expresamente la propuesta de supresión de tal derecho, el tipo de creación de las nuevas participaciones sociales o de emisión de las nuevas acciones, así como el derecho de los socios a examinar en el domicilio social, o pedir su envío gratuito, del informe que para tal caso han de elaborar los administradores sociales (art 308.2.b LSC), con la particularidad de que si la sociedad fuera anónima, además ese derecho -y su mención en el anuncio de la convocatoria- se extiende al informe que habrá de redactar para tal caso un experto independiente designado por el registrador mercantil. Estas exigencias se entienden al supuesto en que la junta fuera convocada para acordar una emisión de obligaciones convertibles y ante la que se propusiera la exclusión del derecho de preferencia que asiste a los socios (art. 417.2 LSC).

En el supuesto particular de que se tratara de una sociedad anónima cuyos estatutos prevén la posibilidad de asistencia telemática a la junta, en el anuncio de la convocatoria deberán describirse los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los accionistas que hubieran sido previstos por los administradores a fin de permitir el ordenado desarrollo de la junta (art. 182 LSC)».

Cumple mencionar que el autor citado también repara exhaustivamente -pp. 232 y 233- en las exigencias que, a este respecto, se contienen en la Ley de Modificaciones estructurales.

[42] De forma harto gráfica, GARCÍA CRUCES, J. A., *La convocatoria*…, ob. cit., p. 234, formula esta distinción empleando una nomenclatura sumamente pedagógica. Discrimina entre menciones de carácter absoluto (nombre social; fecha y hora; cargo del convocante) y la única mención de carácter relativo (orden del día). Con el empleo de estas expresiones pretende reflejar la imagen de que resulta accesible la verificación del cumplimiento en algunos casos y no tanto en el otro.

y el cargo de quien convoque son de sencilla comprobación, pues están o no están. Estimamos una falta que, o bien conste alguna referencia textual que no se corresponda con ellos -por ejemplo, que se aluda a la denominación comercial en lugar del nombre de la sociedad-, o bien se consignen de forma incompleta -como pudiera ser la mención de la fecha, pero no de la hora de la reunión-. A diferencia de estos, el elemento denominado «orden del día» reviste una mayor dificultad de cara al examen de su correcta formulación, como seguidamente veremos. No basta con incluir una mera inscripción de la locución «orden del día», si no va acompañada de la relación de los asuntos a tratar en la reunión. Incluso una descripción de esta que sea oscura, genérica o, incluso, errónea, permitiría reputar la convocatoria como defectuosa.

Se procede, a continuación, al análisis individualizado de cada uno de dichos elementos.

2.2. CONTENIDO ESPECÍFICO Y OBLIGATORIO DE LA CONVOCATORIA. ANÁLISIS INDIVIDUALIZADO

2.2.1. Nombre de la sociedad

Este elemento no entraña ninguna dificultad. Consideramos que la expresión «denominación social» es sinónima de la utilizada por el legislador al formular el enunciado jurídico único del art. 174 LSC. Y por esta se entiende la que se haya hecho constar en los estatutos sociales debidamente inscritos. Por consiguiente, no cabe consignar en el orden del día ni un nombre comercial, ni un rótulo de establecimiento, ni cualesquiera otro signo distintivo o identificativo del objeto social en el mercado (según lo dispuesto en el art. 87.1 Ley 17/2001, de Marcas).

2.2.2. Fecha y hora de la reunión

2.2.2.1. Fecha

Debe ser posible[43], según el calendario oficial publicado en el BOE. Asimismo, debe identificar un día específico del año natural, de modo que se identifique el

[43] Secundamos a GARCÍA CRUCES, J. A., *La convocatoria*…, ob. cit., p. 236.

día, el mes y el año. No es cambio necesario consignar el nombre del día de la semana que se corresponda con la fecha.

2.2.2.2. Hora

La hora debe ser precisa, incluyendo las fracciones, señaladas en minutos. Es indiferente que sistema horario se siga, en el sentido de que se puede indicar «las 9 hora de la tarde», por ejemplo, o «las 9 p. m.», o las «21 horas». Lo único que se requiere es que la referencia no sea ambigua, como sucedería si, siguiendo con el anterior ejemplo, se consignase únicamente «las 9 horas», pues esta mención tiene dos referencias posibles: las 9 de la mañana o las 9 de la tarde.

2.2.2.3. Fecha y hora de la segunda convocatoria

Ciertamente, la Ley no exige ninguna mención a una segunda eventual convocatoria, como es de ver del 177 LSC[44]. Ahora bien, no es excesivamente feliz el criterio del legislador. A nuestro entender, si se contempla dos fechas para la reunión, de modo que se establezca una primera fecha, como principal, como aquella por la que se opta de preferencia, considerándose otra, como segunda oportunidad para la celebración, si la primera no llega a celebrarse (por razones ajenas a la voluntad de los convocantes), a nuestro juicio, la norma debería exigir que se mencionase necesariamente en la convocatoria[45].

2.2.3. Cargo del convocante

Se trata de poder examinar la legitimación del convocante, en tanto que órgano social legalmente autorizado para ello. Por tanto, parece que lo relevante es la vertiente orgánica. Y cabe preguntarse si no sería también lógico exigir que se identificase quien convoque para poder verificar que es el titular del cargo que cuenta con la autorización legal para convocar[46].

---

[44] Como observa GARCÍA CRUCES, J. A., *La convocatoria*…, ob. cit., p. 236.

[45] Sin embargo, opina en contra GARCÍA CRUCES, J. A., *La convocatoria*…, ob. cit., p. 236.

[46] Nos parece entender que algún autor no contempla como contenido de la exigencia legal esa identificación subjetiva. Así GARCÍA CRUCES -*La convocatoria*…, ob. cit., p. 237- afirma: «(…) *Ni siquiera parece resultar necesaria la mención relativa a la identidad de la persona que así*

Esta mención parece que suscita un problema sumamente interesante. Una cosa es que no se mencione, en cuyo caso es indiscutiblemente irregular la convocatoria y es motivo de impugnación del acuerdo social adoptado, según la Ley (204.3.a en relación con 174, ambos LSC). Y, otra distinta, es que, constando la mención, esta sea materialmente falsa. Y conste que no se ha dicho incorrecta. Esta mención es, según entendemos, un enunciado asertivo que de una forma extensa podría expresarse así:

> «Convoco yo Don Ticio como Administrador único que soy de la sociedad limitada Equis».

Si la compañía mercantil no tiene como órgano de administración un administrador único, o Don Ticio no es su administrador, el anterior enunciado asertivo es falso. Predica algo de la realidad que no se corresponde con esta. No es evidentemente un problema de incorrección, de irregularidad, en el bien entendido de que tal afirmación suponga la infracción de norma jurídica alguna.

Obsérvese que, según el art. 204.3.a, en relación con el art. 174, ambos LSC, lo único que exige la Ley es que se mencione el cargo del convocante. Pero no impone más que la constancia de la mención, sin que requiera que esa mención sea verdadera.

Pongamos que cupiese interpretar que el único sentido posible del enunciado jurídico aludido, en lo que se refiere a la mención del cargo del convocante, fuera el siguiente:

> [1] En todo caso, la convocatoria expresará [además de otras menciones] el cargo de la persona o personas que realicen la convocatoria, debiendo ser cierto el contenido de esta concreta mención en todos sus extremos.

Ahora supongamos que no es correcta la referida mención -porque, por ejemplo, el administrador destituido no acepta su destitución, ni abandona el cargo, del que ha sido destituido-. En nuestra opinión, los acuerdos alcanzados al cabo de la junta, que ha sido convocada por quien carecía de legitimación al efecto, deberían ser anulados, con base en el art. 204.3.a LSC. Según entendemos,

---

actúa, pues la literalidad de la norma se conforma con la constancia en el anuncio de la indicación del cargo o habilitación que tal persona hace valer».

habría una mención falsa, por lo que se infringiría el 174 LSC, norma imperativa relativa a la forma de la convocatoria.

Reconocemos que, para llegar a este resultado, habremos tenido que asumir dos interpretaciones que, como poco, son discutibles. La primera es la relativa a que la alusión a la «forma» de la convocatoria significa tanto el qué se ha comunicado, como la forma con que se ha efectuado el llamamiento. La segunda es la interpretación anterior [1], según la cual no sólo se exige que conste la mención del cargo del convocante, sino que, además, esta tiene que ser verdadera.

En suma, admitidas las dificultades que suscita la anterior interpretación, esto no debe impedir efectuar una consideración al respecto desde la perspectiva de *lege ferenda*, pues consideramos que la importancia de esa mención no radica en que se efectúe sin más, sino en exigir que sea verdadera y el apercibimiento de sanciones pecuniarias, por ejemplo, ante la falsedad de dicha mención, sin perjuicio de los ilícitos penales que pudiera cometer el sujeto.

2.2.4. Orden del día

Nuevamente nos topamos con una dificultad interpretativa. La literalidad del art. 174 LSC -enunciado jurídico único de orden prescriptivo- es la siguiente:

> «*En todo caso, la convocatoria expresará* (…) *el orden del día, en el que figurarán los asuntos a tratar* (…)».

Por consiguiente, es necesaria, pero a la vez insuficiente, la mención «orden del día» en el texto de la convocatoria. Deberán figurar, además, los asuntos a tratar.

Hubiese sido más acertado la inserción del adjetivo indefinido «todos», pues resulta indiscutible la prohibición de que se adopten acuerdos sobre materias no contempladas en el orden del día[47]. Lo que no quita que se puedan adoptar, por expresa excepción legal, acuerdos sobre extremos no comprendidos en el orden del día. Así, la decisión de ejercitar la acción social de responsabilidad (*ex* art. 238.1 LSC) y el acuerdo de separación de los administradores sociales (art.

---

[47] Cfr. GARCÍA CRUCES -*La convocatoria*…, ob. cit., p. 237, quien se remite a la postura de la DGRN.

223.1 LSC). Añádanse a la lista de excepciones aquellos asuntos conexos respecto de los que sí han tenido cumplido reflejo en el orden del día. Asimismo, cabe contemplar en esta enumeración de excepciones aquellos acuerdos adoptados, sin previo aviso, por razones de urgencia. Piénsese[48] en el caso del fallecimiento o indisposición grave del administrador único de la compañía con posterioridad a la convocatoria de la junta, lo que requiere su sustitución sin demora.

La norma da por sentado que constituye una exigencia intrínseca, al asunto que vaya a ser objeto de discusión y votación, que forme parte del ámbito objetivo de competencia de la junta general (a tenor de lo que prescriben los arts. 160 y 161 LSC). Se interpreta de esto, que, si se propusiera un tema a tratar, con el propósito de que se llegase a adoptar un acuerdo a su respecto, un asunto que no compete a la junta general, el acuerdo -formalmente- adoptado sería anulable.

La dificultad que entraña la verificación de la infracción legal, en este particular extremo, es la adecuación de la enunciación de «los asuntos a tratar». Se ha hablado de claridad, suficiencia o completitud. Una indeterminación excesiva y la ambigüedad constituyen supuestos de deficiencia. Piénsese, por ejemplo[49], que en el orden del día se efectuara la siguiente descripción de un asunto a tratar en la junta: «Reducción del capital social». Esta escueta locución puede significar, jurídico-mercantilmente hablando, varias cosas distintas, con muy diferentes implicaciones. La más modesta es que se pretenda reducir el capital social, para situarlo en una cifra, en alguna medida, inferior a la actual. Pero puede significar también que la reducción sea total, es decir, hasta cero, de modo tal que se opere una amortización de todo el capital social, perdiendo, por consiguiente, los titulares de las acciones viejas la calidad de socio, que solamente la conservarían si suscribiesen las correspondientes nuevas acciones que se procediese a emitir.

---

[48] Como sugiere, agudamente, GARCÍA CRUCES -*La convocatoria*…, ob. cit., p. 239,

[49] El supuesto se ha tomado de STS, Sala 1ª, núm. 837/2000, de 16 septiembre (RJ 2000\7628).

Cosa distinta es que la claridad, suficiencia y completitud requeridas no son en absoluto incompatibles con el carácter sucinto o, incluso, con la brevedad de la enunciación de los asuntos a tratar en la reunión[50].

A la hora de evaluar si el orden del día de una determinada convocatoria es suficiente para cumplir con la reseña de (todos) los temas a tratar, el juez -en el juicio de subsunción- tendrá que considerar, en nuestra opinión, lo siguiente:

(i) Si es suficiente lo expresado en el orden del día como para que el socio se pueda formar una idea precisa y completa del contenido temático del asunto que se propone para su tratamiento. Así en una sociedad que no ha aprobado cuentas durante varios ejercicios, sería impreciso por ambiguo el siguiente contenido (enunciado):

> «Aprobación de cuentas».

Pues dos son sus posibles significados:

> «Aprobación de las cuentas de todos los ejercicios pendientes de aprobación».
>
> «Aprobación de las cuentas del último ejercicio social».

(ii) La exigencia que pueda contemplarse en la Ley, como, por ejemplo, en relación con la modificación de estatutos, supuesto este en que la norma únicamente requiere que se exprese «*los extremos que hayan de modificarse*» (art. 287 LSC), pero sin necesidad de que conste el contenido propio de la modificación[51].

(iii) El reflejo, en la referencia al asunto a tratar, de la trascendencia que tenga en los derechos de los socios. Podría bastar, *prima facie*, por ejemplo, con aludir a «reducción y subsiguiente aumento de capital». Sin embargo, si como consecuencia de dicha operación algunos socios pudieran perder su condición de tales, parece preciso revelar esta precisión[52].

---

[50] Cfr. STS, Sala 1ª, núm. 193/2000, de 4 marzo, FJ 3º (RJ 2000\1502).

[51] Véase, al respecto, STS, Sala 1ª, núm. 439/2003 de 8 mayo (RJ 2003\3888).

[52] Otros ejemplos los propone GARCÍA CRUCES -*La convocatoria*…, ob. cit., p. 242- haciéndose eco de supuestos abordados por diversas RRDGRN: «(…) *Los casos en que la pérdida de la condición laboral de la sociedad venga a provocar una alteración de la posición del socio, si como*

En todos estos supuestos, existe cierto margen de indeterminación, *ex ante*, que provoca que, por fuerza, el juez deba reducir la vaguedad de los términos «claro», «completo», «suficiente».

III. FORMA DE CURSAR LA CONVOCATORIA

3.1. CONSIDERACIONES GENERALES

Las reglas jurídicas esenciales a este concreto respecto son la contenidas en el art. 173 LSC[53]:

> «*1. La junta general será convocada mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad si ésta hubiera sido creada, inscrita y publicada en los términos previstos en el artículo 11 bis. Cuando la sociedad no hubiere acordado la creación de su página web o todavía no estuviera ésta debidamente inscrita y publicada, la convocatoria se publicará en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social.*
>
> *2. En sustitución de la forma de convocatoria prevista en el párrafo anterior, los estatutos podrán establecer que la convocatoria se realice por cualquier procedimiento de comunicación individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad. En el caso de socios que residan en el extranjero, los estatutos podrán prever que sólo serán individualmente convocados si hubieran designado un lugar del territorio nacional para notificaciones.*
>
> *3. Los estatutos podrán establecer mecanismos adicionales de publicidad a los previstos en la ley e imponer a la sociedad la gestión telemática de un sistema de alerta a los socios de los anuncios de convocatoria insertados en la web de la sociedad.*»

---

consecuencia del acuerdo a adoptar se deriva la exclusión de un socio, o cuando en atención a los términos generales empleados en el anuncio de convocatoria resulte imposible deducir el alcance y consecuencias de la creación de una página web».

[53] Nos parece muy ilustrativo reparar en la evolución legislativa de la regla jurídica concernida hasta su redacción actual. A tal efecto, véase CORBERA MARTÍNEZ, J. M., «Convocatoria…, ob. cit., pp. 551-552.

Tras interpretar los enunciados jurídicos anteriores, formulamos a continuación una serie de reglas, que son expresiones sinónimas a las anteriores y que pretenden presentar el contenido de dicha regulación de la manera más ordenada y sistemática posible, según la entendemos[54]:

Regla 1ª. Se deberá atender, con carácter prioritario, a cualquier forma de convocatoria que obre establecida en los estatutos, siempre y cuando sea: (a) individual; (b) escrita; y (c) asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad. Junto con estos, y a modo de complemento o refuerzo, los estatutos sociales podrán contemplar otros mecanismos de publicidad y también cabrá que impongan la gestión telemática de un sistema de alerta a los socios.

Regla 2ª (exclusivamente aplicable en defecto de la anterior). A través de la publicación de un anuncio en la página web de la sociedad, siempre y cuando se cumpla que: (a) la sociedad se crease, se inscribiese y se publicase en los términos previstos en el art. 11 *bis* LSC; y (b) la página web esté creada y, además, esté debidamente inscrita y publicada. Junto con esto, y a modo de complemento o refuerzo, los estatutos sociales podrán contemplar otros mecanismos de publicidad y también cabrá que impongan la gestión telemática de un sistema de alerta a los socios.

Regla 3ª (exclusivamente aplicable en defecto de la *Regla 1ª* y, además, cuando no se trate de un caso subsumible bajo la *Regla 2ª*). La convocatoria se publicará en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social.

Amén de estas tres reglas esenciales, no puede perderse de vista que existe una regla especial y específica para las sociedades cotizadas (*ex* art. 516.2.c LSC). Según esta última, la forma de realización del llamamiento será a través de la página web (coincidiendo con el contenido de la antedicha *Regla 2ª*), sin que, y esto es de suma importancia, resulte de aplicación el art. 173 LSC.

---

[54] Un esquema similar nos parece apreciable en CORBERA MARTÍNEZ, J. M., «Convocatoria…, ob. cit., p. 552.

A modo de comentario de las tres reglas antes expuestas, queremos subrayar que la Ley concede una importancia capital a la forma de llevar a cabo la convocatoria que se consensue por los socios en los estatutos sociales. Sin embargo, esto no quita que sea cual fuere esta, el llamamiento deberá ser escrito, individual y tendrá que realizarse en el domicilio del socio. Y hasta tal punto constituye la regla prioritaria, que un llamamiento efectuado con arreglo a las *Reglas 2ª* o *3ª*, por más que se las observara escrupulosamente, en detrimento de la *Regla 1ª*, lo convertiría en irregular o defectuoso[55]. Cosa bien distinta es que en los estatutos sociales se diga que la forma de realizar la convocatoria sea, o bien la que se contiene en la *Regla 2ª*, o bien la propia de la *Regla 3ª*.

Se procede, a continuación, a un examen individualizado, y detenido, de las tres reglas y de los procedimientos en ellas contenidos.

3.2. PREVISIÓN ESTATUTARIA (REGLA 1ª)

Según hemos adelantado anteriormente, al formular la regla -como expresión sinónima del correspondiente enunciado jurídico-, la Ley autoriza el establecimiento de cualquier procedimiento de comunicación del llamamiento. Ahora bien, tal libertad desde el punto de vista de su configuración se limita, en último término, imponiendo tres restricciones a la comunicación: que sea individual, escrita y que asegure la recepción por parte del socio.

Retomando la primera parte del anterior postulado, esto es, en relación con la libertad de configuración, no sólo cabe cualquier clase de diseño -que, insistimos, cumpla con las tres restricciones-, sino que, además, permitiría instituir varios sistemas, ya sea sometiendo el empleo de cualquiera de ellos a la decisión discrecional de los administradores, ya sea contemplando el recurso conjunto a todos ellos[56]. También resultaría conforme a Derecho que los estatutos se remitieran al criterio puntual del órgano de administración, limitándose a exigir que, sea cual fuere este, deberá reunir inexorablemente las notas de

[55] Resalta este punto GARCÍA CRUCES -*La convocatoria*…, ob. cit., pp. 201-202.

[56] En este sentido, secundamos la tesis de GARCÍA CRUCES, J. A., *La convocatoria*…, ob. cit., pp. 213-214.

individualidad, escritura y efectividad, en cuanto a la recepción[57]. No obstante, albergamos algunas reservas a este respecto. Un sistema de configuración delegada puede conllevar que el socio ignore, de antemano, el cauce a través del cual se le vaya a trasladar el llamamiento. Lo que implica una merma en la seguridad del socio que, en este punto, se considera un objetivo indispensable, clave del propio sistema.

En cuanto a las tres restricciones -normativamente establecidas- antes expresadas, conviene efectuar algunas breves consideraciones:

(i) No se antoja problemática la exigencia de que la comunicación sea individual. Por consiguiente, no cabe efectuarla agrupando en un solo comunicado a varios socios, con independencia de que se den circunstancias que lo pudieran permitir. Piénsese, como ejemplo, que varios socios fueran miembros de una misma familia que reside, toda ella, en el mismo domicilio[58].

(ii) Tampoco atisbamos problemas de intelección en cuanto a que sea escrita. Huelga decir que la norma no requiere que sea manuscrita. Lo que sí veta es que cupiese formalizar el llamamiento mediante un mensaje de audio o una nota de voz.

(iii) Sí merece un juicio crítico la fórmula empleada para exigir que se garantice la recepción. La intención es loable, por supuesto. Lo que se juzga infeliz es la expresión empleada por el Legislador al exigir que el mecanismo empleado de publicidad «asegure la recepción del anuncio». La recepción, como tal, no se puede asegurar. Al menos en todos los casos. Si entendemos por «recepción» «acción y efecto de recibir»[59]. Y «recibir» significa «tomar lo que le dan o le envían»[60]. De lo que se deduce que se trata de que el destinatario disponga materialmente de la comunicación. Si es una carta, por ejemplo, el

---

[57] Cfr. GARCÍA CRUCES, J. A., *La convocatoria*…, ob. cit., p. 214.

[58] Compartimos la tesis dominante, sostenida, entre otros, por GARCÍA CRUCES, J. A., *La convocatoria*…, ob. cit., p. 215.

[59] Según primera acepción del vocablo «recepción» en el Diccionario online de la Real Academia de la Lengua española, https://dle.rae.es/recepci%C3%B3n (última visita 31.5.2023).

[60] Según primera acepción del vocablo «recibir» en el Diccionario online de la Real Academia de la Lengua española, https://dle.rae.es/recibir?m=form (última visita 31.5.2023).

sobre con el mensaje de convocatoria dentro. Lo que no hay forma de asegurar, y no es razonable exigir lo contrario, es que ese destinatario abra el sobre y lea la carta. Por tanto, consideramos que se debe ser muy preciso al respecto, cosa que el Legislador no lo es suficientemente, a nuestro modo de ver. Obsérvese que el texto legal se refiere al aseguramiento de la recepción del «anuncio». Si, como planteamos, retomando el ejemplo anterior, este último se contiene en el interior de un sobre cerrado, que ha sido enviado, supongamos, por correo certificado -desde luego la remisión por correo ordinario no cumpliría en absoluto con la exigencia legal-, la recepción efectiva del sobre no implica -y, por ende, no garantiza- el efectivo acceso por parte del destinatario a la carta que obre en su interior. En este caso, no cabría hablar de «recepción del anuncio», y sí, únicamente, de «recepción de la carta». Es decir, salvo que el mensaje sea apreciable directamente, en el acto de entrega por parte del mensajero (que, se entiende, nunca es un verdadero «acto de entrega del mensaje»), lo que sucederá siempre es que se podrá asegurar la recepción del *continente*, pero no el acceso al *contenido*. En este sentido, es posible discrepar de quienes sostienen que hay que asegurar la recepción del anuncio, como tal[61].

Parece oportuno efectuar una aclaración acerca de un extremo que, hasta donde se nos alcanza, se presta a confusión. Se trata de distinguir entre *asegurar la recepción* de la comunicación -como puesta a disposición del continente del mensaje- y la prueba, por parte del remitente, de que el *contenido* albergado por el *continente* es el llamamiento, formulado en determinados términos concretos[62]. La exigencia del art. 173 LSC alcanza, según se entiende, exclusivamente al primero de los términos, no al segundo.

He aquí que se abre un apasionante interrogante en los tiempos que corren. Cabe plantearse si cabría, por establecerlo así los estatutos sociales, la

---

[61] Es lo que interpretamos que sostiene, entre otros, GARCÍA CRUCES, J. A., *La convocatoria*…, ob. cit., p. 216.

[62] Intuimos que esta misma idea la expresa GARCÍA CRUCES, J. A., *La convocatoria*…, ob. cit., p. 216, aunque nos genera alguna duda la forma de ponerlo por escrito: «(…) *la exigencia legal tan solo obliga a que la sociedad pueda adverar la remisión del anuncio, pero no cual sea el contenido de lo remitido»*. Justo es reconocer que a renglón seguido para sostener la distinción entre el cumplimiento de la exigencia legal y la cuestión probatoria que grava a la sociedad remitente.

comunicación telemática (*sms*, email, mensaje escrito de *WhatsApp* y otros de naturaleza análoga)[63]. Aunque pareciera una obviedad, insistimos, dados los usos de nuestra sociedad contemporánea, no lo es en absoluto porque se nos aparece la redacción legal como un serio obstáculo a este respecto. Lo que exige el art. 173.2 LSC es que:

> «(…) *asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad*».

Estimamos de una importancia capital la precisión de que la recepción del anuncio se produzca en el domicilio de los socios. Se acepta que la LSC no recoja una definición de domicilio. Sí lo hace, sin embargo, el art. 40 CC. Nos parece suficiente con recurrir al siguiente enunciado jurídico[64]:

> «*Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil*.»

Se antoja imposible que se pueda considerar como «lugar de residencia habitual» una cuenta de correo electrónico, una dirección «ip» de internet, un terminal telefónico, unas coordenadas «gps» o cualquier otra cosa semejante. De aquí que se estima incorrecto establecer cualquier suerte de equiparación, desde luego material, pero también semántica, entre cualquier forma de intercambio telemático de mensajes y el domicilio, concebido como lugar de residencia de una persona física o lugar de localización de una persona jurídica. Consideramos estériles los intentos habidos por establecer esta equiparación, al

---

[63] Se trata de una cuestión sumamente problemática y en absoluto resuelta, según se aprecia en CORBERA MARTÍNEZ, J. M., «Convocatoria…, ob. cit., pp. 554-555 y 556 y en CURTO POLO, M. M., «La convocatoria de la Junta General de las Sociedades Capitalistas mediante correo electrónico (comentario a la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 13 de enero de 2015)», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 297, 2015, pp. 537-553. Al respecto, véase también AUGOUSTATOS ZARCO, N., «La convocatoria de la junta general de socios mediante el correo electrónico», en *Derecho patrimonial y tecnología: revisión de la contratación electrónica con motivo del Convenio de las Naciones Unidas sobre Contratación electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas*, A. Madrid y M. J. Guerrero (coords.), edit. Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 387-412 y RICO CARRILLO, M., «El uso de medios electrónicos en la convocatoria de la Junta General de accionistas», *Revista de la contratación electrónica*, núm. 75, 2006, pp. 77-91.

[64] Sin que se desconozca por ello que también podríamos remitirnos efectivamente al art. 18 CE.

carecer de una fundamentación sólida y rigurosa[65], pensando desde una concepción positivista del Derecho.

En consonancia con lo anterior, sólo se contempla como conforme a Derecho que la convocatoria se traslade por cualquier mecanismo no telemático, esto es material, que permita su entrega en el domicilio del socio. Lo que no impide que aboguemos, desde una perspectiva de *lege ferenda*, por una futura remodelación del art. 173 LSC, que dé entrada a la convocatoria telemática, pues es incontestable que es lo que requieren los usos sociales actuales.

En este punto, el legislador deberá ser sumamente cauteloso, debiendo prever, entre otros extremos[66], si cabe que el contenido del llamamiento figure en el propio mensaje o si, en cambio, es menester que se adjunte al mensaje el documento con el texto de la convocatoria.

Igualmente importante resulta la precisión en cuanto al objeto del aseguramiento de la recepción. En nuestra opinión, lo que debe garantizarse es la «*receptabilidad*» -término que proponemos a estos efectos-, entendido como potencialidad o posibilidad de que se pueda recibir si se desea acceder al contenido. Nos explicamos mejor: la sociedad convocante envía un email. Si el destinatario lo pudo abrir, pero no lo hizo, y lo borró, es problema exclusivo del destinatario. Al convocante le tendría que resultar suficiente con disponer de la constancia de que ese correo electrónico ha llegado a la bandeja de entrada del destinatario[67]. Nada más. Y no parece tampoco que se deba exigir la obtención de una «confirmación de lectura». Dicho de otra forma, nos parecería sumamente desacertado que «(…) la validez de la convocatoria hecha mediante correo [viniese] a depender, enteramente, de la voluntad individual de cada uno

---

[65] Una suerte de equiparación la efectúa, por ejemplo, GARCÍA CRUCES, J. A., *La convocatoria*…, ob. cit., p. 221, cuando afirma: «A estos efectos, deben equipararse el domicilio y la dirección de correo electrónico del destinatario, en tanto en cuanto se trata del instrumento en el que ha de practicarse la comunicación que la hace accesible a este».

[66] Cuya identificación nos han permitido las inteligentes consideraciones de GARCÍA CRUCES, J. A., *La convocatoria*…, ob. cit., pp. 222-224.

[67] En este sentido, existen diversos prestadores de servicios en internet que ofrecen la posibilidad de remisión de mail con certificación de recepción por parte del destinatario, con frecuente uso para requerimientos extrajudiciales previos a la litis entre las partes.

de sus destinatarios»[68]. Lo que sí se antoja feliz es que, en los estatutos, se exija al socio, en tanto que destinatario de esta clase de comunicaciones, la obligación de conducirse de forma diligente a este respecto. Así, por ejemplo, que se estipulara que salvo que conste la devolución del mensaje en el servicio de correo del emisor, se entenderá recibida, sin perjuicio de que se remita con todos los sistemas de confirmación posibles[69].

3.3. PUBLICACIÓN A TRAVÉS DE LA PÁGINA WEB (REGLA 2ª)

Comenzamos este apartado sentando las dos reglas comprendidas bajo la *Regla 2ª*, que deben observarse cumulativamente: (a) Que la sociedad deberá disponer de página web, que cumpla las exigencias legales (11 bis LSC); y (b) Que no exista regla estatutaria alguna que establezca un sistema que, a su vez, cumpla con las exigencias de escritura, individualidad y aseguramiento de la recepción.

Surge al paso un sugerente problema interpretativo. Visto que lo que dispongan los estatutos se erige en regla primaria, cabría preguntarse qué sucedería si, en un determinado supuesto, en que la sociedad dispusiera de página web y cumpliera con las demás exigencias correlativas, los estatutos sociales establecieran que la convocatoria deberá realizarse a través de sendas publicaciones, una en el BORME y otra en un diario de los de mayor circulación en la provincia correspondiente al domicilio social. La respuesta debería ser negativa. Ahora bien, las razones que se pueden ofrecer para rechazar tal posibilidad son diversas. Por un lado, se ha dicho que «*el carácter necesario de la publicación a través de la web corporativa tiene como consecuencia que, de darse ésta, no sea posible el pacto estatutario sustituyendo tal forma de publicidad por la publicación del anuncio de convocatoria de la junta en diarios* (…). *La existencia de la web limita la autonomía estatutaria*»[70]. No compartimos esta postura. A nuestro parecer, la única razón, por la que no cabría reputar admisible la previsión estatutaria del caso que se ha planteado, es que el sistema

---

[68] Palabras tomadas de GARCÍA CRUCES, J. A., *La convocatoria*…, ob. cit., p. 223.

[69] Coincidimos plenamente a este respecto con GARCÍA CRUCES, J. A., *La convocatoria*…, ob. cit., pp. 223-224.

[70] GARCÍA CRUCES, J. A., *La convocatoria*…, ob. cit., p. 204.

fijado estatutariamente debe ser individual y la entrega de la comunicación tiene que ser personal y en el domicilio del socio. No acontece ni una cosa, ni otra, si se exclusivamente se procede a realizar dos publicaciones generales o colectivas, ya sea en el BORME, ya sea en un diario[71]. Cuestión completamente diferente es que, además de la publicación en la página web, se adicionase, por mandato estatutario, la publicación generalista en el BORME y en un diario[72].

Resta por abordar un punto problemático de este sistema de publicidad[73]. Se ha dicho, y con razón, que el anuncio en la página web debe permanecer durante todo el tiempo que diste, desde su publicación, hasta el momento de celebrarse la junta[74]. A este respecto, se considera necesario distinguir las dos vertientes de esta acertada observación. Una es la que afecta al cumplimiento de la norma jurídica que establezca que la convocatoria deberá publicarse con una determinada antelación con respecto de la fecha prevista para la celebración de la junta. Esta, entendemos, no corresponde examinarla aquí. Otra es la que se refiere a la trascendencia que pueda tener, a los efectos de tener por cumplida la Ley, si la página web «cae» o de cualquier forma se perjudica, de modo tal que no resulta accesible el anuncio. En tal caso, debemos interrogarnos por la existencia de una infracción legal, que constituya causa para promover la anulación de los acuerdos sociales que se llegaran a adoptar.

A nuestro modo de ver, existe una diversidad ontológica entre el anuncio realizado a través de la página web de la sociedad y el efectuado por medio del BORME o de un diario. La clave radica en la estabilidad del primero frente a la temporalidad del segundo. Este último tendrá su duración limitada al tiempo de

---

[71] Tenemos la sensación de que esto mismo sostiene GARCÍA CRUCES, J. A., *La convocatoria*…, ob. cit., p. 204, cuando afirma: «*En nuestro Derecho positivo, y de darse las circunstancias antes señaladas, la publicación del anuncio de convocatoria siempre habrá de hacerse a través de la web, salvo que la sociedad hubiera optado en estatutos por disponer un régimen de comunicación individual y escrita a los socios*».

[72] Como sostiene GARCÍA CRUCES, J. A., *La convocatoria*…, ob. cit., p. 204.

[73] Para una visión en profundidad de la problemática que reviste la realización del llamamiento mediante la página web, nos remitimos a PÉREZ MORIONES, A., «La página web de la sociedad o página web corporativa: luces y sombras», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 4, 2017, pp. 87-101.

[74] Cfr. GARCÍA CRUCES, J. A., *La convocatoria*…, ob. cit., p. 206.

vigencia de la edición del BORME o del diario. En el caso del segundo se limitará a una sola jornada, pues, de ordinario, cada día se publican nuevas ediciones de los diarios. Por el contrario, un anuncio en la página web se considera estable o permanente, pues allí estará -o deberá estar- accesible a cualquier interesado que abra la página web de la sociedad. Por tanto, si la página web «cae» durante el tiempo en que deba figurar publicado y accesible el anuncio no se habría cumplido con la exigencia legal. En este sentido, concebimos como una manifestación del genérico deber de diligencia del órgano de administración de la sociedad, velar continuamente por el buen funcionamiento de la página web de la compañía y tomar como cautela guardar certificación de la vigencia del anuncio en la web, realizada por perito informático, en aras de evitar impugnaciones oportunistas. No obstante lo anterior, opinamos que no cualquier interrupción de la accesibilidad a la página web deberá acarrear, en último término, la anulación de los acuerdos sociales que se impugnaren por ello. Imaginemos que la caída se ha producido durante un lapso de cinco minutos o de dos horas, si esto ha acontecido de dos a cuatro de la madrugada. Una pretensión impugnatoria fundada en dichas dos circunstancias, planteadas a modo de ejemplo, entrañaría mala fe por parte del demandante indudablemente.

3.4. PUBLICACIÓN A TRAVÉS DEL BORME Y DE UN DIARIO (REGLA 3ª)

Se parte de la base, pacífica, en nuestra opinión, que la Ley se expresa en términos conjuntivos y no disyuntivos, esto es, que deben efectuarse las dos publicaciones, no una sola de ellas, a elección del órgano social convocante.

Tampoco ofrece problemas la publicación en el BORME.

En cuanto a la publicación a efectuar en un diario, el asunto dista de ser sencillo, o al menos tanto como resulta la publicidad a través del BORME. Por de pronto, es interesante reparar en el término «diario». El uso normal del vocablo es el de «periódico que se publica todos los días»[75]. Por tanto, debe tratarse de un medio

[75] Según la cuarta acepción del vocablo «diario» en el Diccionario online de la Real Academia de la Lengua española, https://dle.rae.es/diario?m=form (última visita 31.5.2023).

de comunicación, escrito, de publicación diaria[76]. Asimismo, resulta irrelevante el lugar de su edición, incluso de su publicación, siendo que lo que interesa es que se distribuya en la provincia en la que se ubica el domicilio social.

Un asunto polémico es, a nuestro modo de ver, el de la calificación del diario como «(…) *uno de los* (…) *de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social*». La previsión legal es de todo punto obsoleta, amén que problemática. En primer lugar, destaca la vaguedad de la alusión a «uno» entre «los» -cifra indeterminada- de «mayor» «circulación en la provincia».

El interrogante que mayor desafío plantea es el de la determinación del criterio con arreglo al cual se delimita el conjunto de los diarios de «mayor circulación en la provincia», de manera que resulte posible distinguirlos de los diarios de «menor circulación en la provincia». Todos ellos circulan, esto es indiscutible. Pero no es posible establecer una línea divisoria, de forma tal que podamos adscribir objetivamente un determinado diario a un grupo o a otro. Incluso podría decirse que todos los diarios que circulan en la provincia, menos uno -el que presente la cifra de venta más baja-, se podrían reputar, con pleno acierto lógico, a la primera categoría. Todos ellos, menos uno, presentan una circulación superior, o mayor, al que menos ejemplares vende. Por tanto, prácticamente todos cumplen con el requisito legal.

No nos resistimos a poner de manifiesto los efectos, de ordinario inadvertidos, del empleo excesivo de expresiones vagas. Los autores suelen decir que se debe aliviar la exigencia, que no debe ser excesivamente rigurosa[77] (lo que, a su vez, también adolece de vaguedad). También el Tribunal Supremo[78] se ha visto enfrentado a este problema semántico, que es también lógico. Admite, por descontado, que existe un problema relativo al alcance de la referencia del término (aunque no lo diga con estas palabras). Sí que sostiene que la referencia no es, en todo caso, al diario de mayor circulación de la provincia, lo que, desde nuestro punto de vista, no se desprende en absoluto de la dicción legal.

---

[76] Como sostiene GARCÍA CRUCES, J. A., *La convocatoria*…, ob. cit., p. 208.

[77] Por ejemplo, GARCÍA CRUCES, J. A., *La convocatoria*…, ob. cit., pp. 208 y 209.

[78] Véase STS, Sala 1ª, núm. 910/2006 de 19 septiembre (RJ 2006\8596).

Asimismo, observa -el Tribunal Supremo-, lo cual es más discutible, que la calificación del diario empleado -para concluir si forma parte del conjunto conformado por los «diarios de mayor circulación de la provincia»- no debe efectuarse tomando como referencia el que presente el mayor número de ventas. Lo que estimamos discutible, por carecer de rigor, es que el diario D, que se empleó por el órgano social convocante -y del que se cuestiona su escasa repercusión social-, «(…) *se distribuye prácticamente en los mismos puntos de venta donde también se distribuye el otro diario regional* (…), *que se aduce como el de mayor tirada* (…)». Constituye una máxima de experiencia que en los puntos de venta pueden distribuirse dos periódicos, pero al mismo tiempo uno de los dos puede venderse muchísimo más que el otro, que se dirige a un sector del público minoritario, por multitud de razones. Así que el Alto Tribunal resuelve la cuestión optando por esa vaporosa «flexibilidad» -que sólo trae inseguridad jurídica- y se escuda, de forma asombrosa, en que, sólo si se dispusiera de «controles oficiales», se podría saber cuáles son los de mayor circulación.

Las cifras de distribución de diarios por provincias es una información disponible, siquiera sea a través de instrumentos como, por ejemplo, el estudio general de medios. Sin embargo, y esto lo sostenemos nosotros, nunca podremos precisar, con certeza, cuáles son los de mayor distribución en una provincia, porque todos, salvo uno -el que presente una cifra menor-, tendrán que pertenecer lógicamente a esa categoría («los de mayor circulación en la provincia»). Volviendo al análisis de la postura del Tribunal Supremo, debe prestarse atención a un curioso añadido: «(…) *salvo casos concretos y singulares* [que no sabemos cómo identificar], *permite* [la Ley] *su publicación* [del anuncio] *en un periódico diario presente notoriamente [expresión paradigmáticamente vaga] en la práctica totalidad de todos los puntos de distribución de tales medios de comunicación social*». En suma, que mientras esté en unos cuantos quioscos, y aunque se venda poco o muy poco, será suficiente como para poderlo calificar como uno de los diarios de mayor circulación de la provincia, lo cual constituye un evidente error. Una cosa no implica la otra.

A nosotros esto nos parece engañoso, porque el hecho de que un periódico esté en todos los quioscos no es representativo de nada. ¿Cuántos quioscos hay en

la ciudad de Madrid, o Barcelona, por ejemplo? ¿Cuántos diarios se venden diariamente? ¿Qué *ratio*, por número de habitantes, presenta? Consideramos que cada vez son menos los diarios que se venden en formato papel, mientras que los digitales han crecido exponencialmente. Asimismo, puede acontecer que el diario en papel que más venda puede suponer una cuota ínfima del completo sector de los medios de información, en comparación los digitales.

A propósito de esto último, estimamos necesario considerar la posibilidad de que el diario sea digital. Se atisba la seria dificultad de poder verificar, en cada caso, el cumplimiento del requisito legal de que se trate de «uno de los de mayor circulación en la provincia». Es cierto que se puede averiguar el número de visitas que reciba esa publicación digital, sin embargo, lo que no es posible determinar es el número que de ellas corresponde a lectores de la provincia en la que tenga la sede el domicilio social de la compañía[79]. Esto revela la obsolescencia del texto legal, que debería reformarse para adecuarse a la realidad social. Quizá, y a modo de sugerencia, se podría considerar que se superara la desfasada referencia a la provincia y simplemente se tuviera en consideración el número de visitas por determinado intervalo de tiempo de la publicación digital en relación con un determinado umbral.

Resta por abordar el asunto concerniente a la posible existencia de discrepancias entre ambos medios de publicidad (BORME y diario). Aunque la norma jurídica da por sentado que ambas deben presentar idéntico contenido, no proporciona regla alguna que permita tratar situaciones disfuncionales. En nuestra opinión, de darse semejante escenario, la convocatoria es deficiente o defectuosa, de modo tal que no se habría cumplido con el requerimiento legal de la publicidad y, en consecuencia, se habría infringido el enunciado jurídico con sentido prescriptivo correspondiente[80]. En caso de que se advirtiera el yerro y se procediera a su enmienda, sólo computará, a efectos del plazo de antelación de

---

[79] Atinada observación de GARCÍA CRUCES, J. A., *La convocatoria*…, ob. cit., pp. 210-211.

[80] Lo que no alcanzamos a comprender es que la consecuencia de dicha disfunción sea la imposibilidad - ¿jurídica?- de que se celebre la junta, como entendemos que defiende GARCÍA CRUCES, J. A., *La convocatoria*…, ob. cit., p. 211.

la publicación del llamamiento, la fecha en que ambas presenten idéntico contenido.

3.5. INSTRUMENTOS ADICIONALES DE PUBLICIDAD DE LA CONVOCATORIA

El apartado 3º del art. 173 LSC contiene una doble permisión, al autorizar, por una parte, que los estatutos sociales contemplen mecanismos adicionales (complementarios) de publicidad a los previstos en la Ley, y, por otra, que los propios estatutos obliguen a la sociedad que instaure un sistema de alerta para los socios relativo a anuncios de convocatoria.

Debe enfatizarse que califica este sistema como «adicional», de modo que no sustituiría a los mecanismos legales de publicidad[81].

Lo que se antoja relevante a este respecto es, por un lado, si habiéndose establecido en los estatutos únicamente un sistema complementario de publicidad, pero remitiendo al procedimiento de comunicación legal, según corresponda (página web o publicación en diarios), la inobservancia del primero, únicamente, podrá reputarse infracción legal -que lo sería de una norma jurídica imperativa que disciplina la forma de la convocatoria, indudablemente subsumible en el art. 204.3.a LSC-. A nosotros no nos cabe duda de que así será.

Por otra parte, las posibles combinaciones que ofrece esta regla jurídica son enormes, pues permite maximizar la publicidad de la convocatoria, lo que debe saludarse siempre con satisfacción.

Asimismo, estimamos desacertado que el establecimiento de un sistema de alertas se restrinja a los supuestos de publicidad telemática (a través de la página web), pues opinamos que hubiese sido igualmente apropiado para la otra clase de supuestos (publicación en diarios).

---

[81] Cfr. GARCÍA CRUCES, J. A., *La convocatoria*…, ob. cit., p. 225.

IV. PLAZO DE ANTELACIÓN DEL LLAMAMIENTO

El primer enunciado jurídico del apartado primero del art. 176 LSC, de carácter complejo, alberga una formulación normativa, según la cual «deberá» «existir» un lapso de tiempo «entre la convocatoria y la fecha prevista para la celebración de la reunión». Dicho lapso temporal es distinto para las sociedades anónimas y para las de responsabilidad limitada.

Comienza el análisis de dicho enunciado jurídico llamando la atención sobre la forma en la que el legislador se refiere a la incidencia que pudiera tener al respecto el complemento de convocatoria. Y se señala porque, aunque *prima facie* dé la sensación de que sí tenga repercusión, creemos que no la tiene en absoluto. Dos son las razones por las que nos pronunciamos en este sentido: (i) La primera es que el complemento de convocatoria sólo está previsto para las sociedades anónimas, de modo que no tiene ninguna afectación en este punto si el llamamiento se efectúa en relación con una sociedad limitada; (ii) La segunda es que, si se atiende a la regulación del complemento de convocatoria, su disciplina está conformada de modo tal que no afecta al plazo de convocatoria establecido en el art. 173.1 LSC.

Por lo que respecta al plazo en sí -su duración, no su cómputo, del que nos ocuparemos más adelante-, parece sumamente desacertado el empleo del término (ambiguo) «mes». Aun a pesar de que se peque de obvio, no todos los «meses» tienen la misma duración (los hay de 30 días, de 31 e, incluso, de 28). Consideramos que lo riguroso hubiese sido cifrar el lapso temporal en un número apropiado de días (30, 31 u otro diferente que se estimase apropiado). Sea como fuere, puede constituir esta censurable imprecisión una fuente inagotable de controversia.

Asimismo, y aunque la norma jurídica concernida no lo exprese, entendemos que sí abre la puerta, implícitamente, a que los estatutos sociales establezcan un lapso temporal más extenso[82]. Nos referimos a la locución «al menos». Aventuramos la hipótesis de que, amén de que quepa la ampliación del lapso

[82] En este sentido, GARCÍA CRUCES, J. A., *La convocatoria*…, ob. cit., p. 255.

mínimo por el cauce estatutario, la norma jurídica que nos ocupa autoriza, además, a que los convocantes puedan ampliar el lapso temporal ocasionalmente cuanto mejor consideren.

Si bien la norma se refiere exclusivamente a las sociedades con forma de anónima y de limitada, por existir otras, estimamos otra carencia de la formulación del enunciado jurídico concernido, que debería haber procurado establecer la regla exhaustivamente. En un plano estrictamente interpretativo, el censurable plazo del mes cabe extenderlo a las sociedades comanditarias por acciones[83].

Por otro lado, no debe perderse de vista que, a pesar de que el enunciado jurídico haya descuidado la referencia -siquiera sea por vía de remisión- a otros enunciados jurídicos que sientan, de forma específica para supuestos sociales concretos, lapsos temporales superiores, cuantitativamente hablando, estos, en tanto que regla especial, debe aplicarse de forma preferente[84].

Habiendo dado cuenta del asunto de la duración del plazo, nos ocupamos a continuación de la polémica cuestión de su cómputo, que presenta aristas, desde luego, en la determinación de los momentos inicial y final, atisbando alguna dificultad menor en lo que hace al cálculo (especialmente si la publicación es de carácter estable, o permanente, como acontece con los anuncios publicados en la página web de la sociedad).

En cuanto a la fijación del *dies a quo* del cómputo, consideramos que la Ley, esta vez, ha sido precisa. La preposición «entre», situada justo al comienzo del enunciado, creemos que es de una indiscutible elocuencia. Ese plazo que debe «existir» -y que será uno u otro, en función de lo indicado anteriormente-, tendrá su ubicación en el espacio que media «entre» la convocatoria y la fecha prevista para la celebración de la reunión. De esto se sigue que el *dies a quo* se sitúa

---

[83] Como sugiere, acertadamente a nuestro modo de ver, GARCÍA CRUCES, J. A., *La convocatoria*…, ob. cit., p. 255.

[84] Véanse, al respecto, las previsiones para las modificaciones estructurales, que se encuentran reguladas en el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio (arts. 47.2, 63, 77.1) en vigor desde el 30 de junio de 2023, que sustituyen a los arts. 40.2, 73.1, 87.1 y 98.1 de la ya derogada Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

indudablemente al día siguiente de la fecha en que se llevó a cabo el acto de publicidad del llamamiento. Sorprendentemente, y con un razonamiento incomprensible, a nuestro modo de ver, la jurisprudencia -en sentido estricto- sostiene incansablemente que el día en que se publicita la convocatoria forma parte del conjunto de jornadas que conforman el lapso temporal[85].

Y cuando este sea complejo (por comprender más de un acto o acción, como, por ejemplo, cuando se trate de la publicación en diarios), deberá estarse al día siguiente de la última de las dos publicaciones[86], salvo que hubieran acontecido ambas el mismo día. Esto conlleva que los convocantes deberán observar la elemental norma de prudencia de prever los posibles retrasos en que pueda incurrir la publicación, especialmente si se trata de diarios o de remisión de correspondencia individual. Asimismo, debe prestarse también especial atención a los sistemas complementarios de publicidad, si es que estos son los últimos en acontecer.

En lo que respecta a la determinación del *dies ad quem* del cómputo, tampoco parece que se advierta ninguna dificultad, si aplicamos, claro está, la observación sintáctico-semántica de la única posibilidad interpretativa, legítima, desde esta óptica, de la aludida preposición «entre». Impide, a todas luces, computar el día de celebración de la reunión a efectos del cumplimiento del lapso temporal. Afortunadamente, en este aspecto, la jurisprudencia -en sentido estricto- no efectúa una lectura *contra legem*.

Por último, y en lo que hace al cómputo en sí, se antoja oportuno efectuar dos consideraciones. Por una parte, es un plazo de días naturales, de modo que no se descuentan los inhábiles. Consideramos que la aplicación del art. 5.2 CC es posible para cualquier cómputo no procesal. Por otra parte, opinamos que carece de sentido pretender aplicar lo dispuesto en el apartado 1º del mencionado art. 5 CC. No aporta nada en el caso de las sociedades limitadas y las que revistan otra forma que se apareje a estas. Y no creemos, además, que sea el sentido

---

[85] Nos remitimos a STS, Sala 1ª, número 1038/1994, de 21 de noviembre (RJ 1994\8542).

[86] Así parece entenderlo la mejor doctrina, de la que es buen referente GARCÍA CRUCES, J. A., *La convocatoria*…, ob. cit., pp. 259-260.

que debe darse a la expresión «mes» en el caso de las sociedades anónimas, por la razón que ya he esgrimido en un momento previo.

Restan por tratar dos cuestiones espinosas. Comencemos por la más sencilla. Si se produce una enmienda en el procedimiento de publicidad del llamamiento, o en cuanto al contenido de la propia convocatoria, entendemos, debe verificarse que, aún con todo, se respeta el lapso temporal mínimo. En el supuesto de que se vea afectado, porque sufra una merma, entonces debe replantearse toda la convocatoria, comenzando por modificar la fecha prevista para la celebración de la reunión.

Mayor enjundia reviste la cuestión del lapso temporal si se trata de un anuncio publicado en la página web de la sociedad. En el caso, claro está, de que se produzcan fallas –«caídas» o disfunciones análogas que impidan el acceso a la misma o a su contenido-. Obsérvese que la Ley fija como día previo al *dies a quo* «la convocatoria», empleando una expresión genérica que le permita contemplar todos los sistemas posibles de publicidad. Hay anuncios que son *efímeros*, por así decir, como la aparición en un diario en una data determinada o la notificación al socio del sobre con la carta dentro. Los hay *estables* como el anuncio incorporado a la página web. Opinamos que son preferibles los *estables* a los *efímeros*, pero poco o nada se puede hacer a este respecto. Pensamos que la norma jurídica no se refiere, con la expresión «convocatoria», a la fecha de la firma de esta, sino a su publicitación. Y si el sistema escogido, o correspondiente, es *estable*, el anuncio tiene que encontrarse accesible todo el tiempo al que se extienda el lapso de observancia inexcusable. De este modo, si falla la página web, se deberá considerar infringida la norma. No obstante, volvemos a insistir en que debería poderse discriminar entre una «caída» puntual -de cinco minutos de duración- o inane -entre las dos y las cuatro de la madrugada-. De esto nos ocuparemos un poco más adelante. Y veremos entonces qué tratamiento jurídico recibe -si es que lo recibe- esta necesaria discriminación entre acontecimientos netamente infractores y los que, a pesar de serlo formalmente, deberían encontrar en la ley una norma de exención.

V. COMPLEMENTO DE CONVOCATORIA

No nos extenderemos sobre este particular, pues no presenta mayor interés a los estrictos efectos que nos ocupan[87]. Mencionamos de pasada únicamente que se aplica exclusivamente a las sociedades anónimas y que la norma jurídica que lo disciplina -art. 172 LSC[88]- establece dos plazos esenciales: el de la formulación y comunicación de la solicitud de complemento por parte del socio frente a la sociedad y el de respuesta de esta última, a través de la publicación del complemento.

El referido precepto alberga una pluralidad de enunciados jurídicos, con sentido prescriptivo, que regulan una materia relativa a la convocatoria. Atiende, pensamos, a la forma de la convocatoria. Más precisamente al contenido de esta, que se modifica, en el sentido de que se amplía. Singularmente el orden del día.

---

[87] Un tratamiento amplio y detallado de esta cuestión se encuentra en GARCÍA CRUCES, J. A., *La convocatoria*…, ob. cit., pp. 153-198.

[88] La SAP de Madrid nº 347/2023, de 21 de abril, señala en torno al complemento de convocatoria: «(…) Es importante entender que la finalidad de la norma del art. 172.1 TRLSC, sobre la exigencia formal de la fehaciencia en la notificación por la que se pide por la minoría del capital social a la sociedad el complemento de convocatoria, es permitir una seguridad en ésta de quién requiere el complemento y cuál es su contenido, como para tomar una decisión bien fundada en proceder, o denegar en su caso, al trámite de anuncio o publicación de dicho complemento, como ampliación del orden del día propuesto para la junta, lo que conlleva una extensión en el marco del debate y adopción de acuerdos de esa junta y de la posibilidad de ejercicios complementarios a ello, como el de información. El desarrollo de esta labor material del anuncio o publicación del nuevo orden del día y la fijación del marco de debate y adopción de acuerdos en la junta, requiere conocer por parte de la sociedad quién realmente está solicitando aquel complemento, para poder determinar con seguridad si es titular o no del derecho reconocido en el citado art. 172.1 TRLSC. De otro modo, podría darse lugar a la ampliación del orden de del día inicialmente propuesto sin garantía alguna sobre quién lo ha instado, con los problemas subsiguientes que ello generaría en el desarrollo de la junta convocada y en la validez de los acuerdos que pudieran derivar de la misma. No debe llevarse más allá la exigencia de esa fehaciencia, como requisito legal, hasta el punto de erigirlo en un obstáculo en el normal desarrollo de las relaciones del tráfico jurídico, siempre bajo el prisma de las circunstancias concurrentes. Por esa finalidad, no cabe confundir el requisito de la notificación fehaciente, del citado art. 172.1 TRLSC, con la exigencia de documentación que haga fe en juicio, en un eventual procedimiento posterior, en términos análogos a lo dispuesto en el art. 319.1 LEC. No es esto lo que se pretende colmar con aquel requisito legal, no se trata de la producción de documento con fuerza probatoria en términos de procedimiento judicial, sino de una forma de notificación que permita obtener a la sociedad requerida seguridad sobre la petición de complemento, en cuanto a la legitimidad de su solicitante, su contenido y el plazo de ejercicio. Así, puede advertirse la diferencia entre lo requerido en el señalado art. 172.1 TRLSC, siempre bajo aquel sentido de la

norma, respecto de lo impuesto, v. gr., en el art. 168, pf. 2º, TRLSC, para la convocatoria de junta a instancia de la minoría, donde se refiere expresamente al requerimiento en forma notarial».

Estas consideraciones previas, si se aceptan, deben ponerse en relación con el art. 204.3.a LSC, que impone que procederá la impugnación de los acuerdos sociales cuando se haya infringido una norma jurídica que discipline la forma de la convocatoria. En consecuencia, de lo anterior se deduce que la infracción de la regla jurídica que impone la publicación del complemento de convocatoria es motivo de impugnación de los acuerdos sociales adoptados en la junta que se celebre posteriormente. Si los anteriores enunciados asertivos son verdaderos, entonces nos mostramos discrepantes con el modo de proceder del legislador al establecer en el art. 172.2.II LSC que «*la falta de publicación del complemento de la convocatoria en el plazo legalmente fijado será causa de nulidad de la junta*».

VI. RESPETO DE LAS «FORMAS» QUE ENTRAÑA MALA FE DE LOS CONVOCANTES

No se nos oculta que es perfectamente posible perseguir propósitos perjudiciales para los intereses de uno o varios socios sin infringir en absoluto la regulación legal que disciplina la convocatoria de junta.

Un ejemplo bien claro de lo dicho lo constituye el art. 173.1 *in fine* LSC. En este precepto se exige que, junto a la publicación en el BORME, se dé difusión al llamamiento a través de uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social.

Ahora supongamos -como fue el caso abordado en STS 171/2006[89]- que una provincia presenta una orografía o una distribución física particular. Piénsese en un archipiélago, o en una porción del ámbito de una provincia que se encuentra separada del resto por una cadena montañosa, de tal suerte que se encuentre esa porción más próxima a una provincia distinta. En esta tesitura, bien puede acontecer que el diario de mayor circulación de la provincia lo sea en la mayor parte del territorio de esta y, a la par, que no pueda considerarse así en un determinado sector de su ámbito territorial. Por seguir con los ejemplos,

[89] STS, Sala 1ª, número 171/2006, de 1 de marzo.

imaginemos que un diario de los de mayor circulación en el territorio general de la provincia apenas sí se lee en una isla que queda apartada -y que cuente con su correspondiente publicación local- o en esa porción de territorio que queda al otro lado de esa cadena montañosa. Pongamos, ahora, que un socio y administrador de una sociedad domiciliada en esos ámbitos territoriales apartados se propone convocar junta, pero busca que determinado sector del capital social no se entere y, para ello, publica el llamamiento en un diario que es de los de mayor circulación en la provincia, pero que carece de repercusión en ese singular territorio en el que se localiza el domicilio social de la compañía. Por un lado, la convocatoria es formalmente intachable. Por otro lado, es posible que la estratagema surta el efecto deseado y haya socios que no lleguen a conocer del llamamiento, dejando de asistir a esta junta. Es evidente el problema.

En casos como este, en los que la dificultad surge de una deficiente formulación de las normas jurídicas -en definitiva, se trata de una deficiencia de técnica legislativa-, se nos ofrece dos caminos para la solución del obstáculo. La que debería seguirse en un (verdadero) Estado de Derecho, en el que sus autoridades se tomasen en serio el principio de separación de poderes. Y la que es fácil, simplista pero manifiestamente antijurídica. La primera pasa, exclusivamente, por reformar los enunciados jurídicos, tantas veces como resulte necesario (para lo que sería preciso, forzoso es reconocerlo, un poder legislativo ágil y eficiente). Entre tanto no se lleve a cabo la modificación esperada por quien es competente al efecto, se deberá observar la Ley. La segunda consiste en que el único órgano judicial competente para la interpretación de la Ley se arrogue competencias legislativas, modificando las normas a su antojo.

La mejora de la redacción de los enunciados jurídicos es, a nuestro juicio, el único camino a seguir, insisto, en un Estado de Derecho. En el caso del art. 173.1 *in fine* LSC, resultaría tan sencillo, opinamos, como modificar la referencia a la «provincia»[90], cuando se alude al diario de mayor circulación -sin perjuicio de

[90] En la refundición efectuada en 2010 por parte del legislador, la redacción del artículo 173.1 *in fine* de la LSC recogió parte de la que contenía el artículo 97.1 del TRLSA, pero no operó un cambio de fondo -hablamos de la refundición en concreto de los artículos 97.1 TRLSA a 173.1

modificar esta obsoleta y vaga dicción, como ya he sugerido anteriormente-. En su lugar, podría expresar el enunciado jurídico concernido lo siguiente:

> La convocatoria se publicará en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en uno de los diarios de mayor circulación en la población en que esté situado el domicilio social.

La vía que se escoge en nuestro país para el remedio de los desaciertos legislativos es permitir que el Tribunal Supremo -*contra legem* y *ultra vires*- se arrogue la función legislativa, careciendo de competencia para ello. En este sentido, el art. 1.6 CC no autoriza esto ni por asomo. Una cosa es interpretar y otra bien distinta es introducir en el sistema reglas que no son jurídicas, puesto que no forman parte de ningún cuerpo jurídico.

Esto es justamente lo que sucedió en el caso abordado por la STS 171/2006. El caso versa sobre una sociedad de capital domiciliada en la isla de Ibiza. El anuncio se publicó, además de en el BORME, en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia de las Islas Baleares -«Diario de Mallorca»-, que, por lo visto, apenas se lee en la isla de Ibiza. Añádase que detrás de esa junta existía un conflicto societario y que, según la reseña de hechos probados, lo que se pretendía en esa reunión era arrinconar a uno de los socios en liza.

En primera instancia, el pronunciamiento se antoja acorde a la legalidad entonces vigente (arts. 93, 97, 100, 144, 152 y concordantes del TRLSA). Con buen criterio, el tribunal afirmó lo siguiente: «sin que sea exigible otra formalidad de localización personal, careciendo de relevancia la costumbre que invoca la parte actora».

Sin embargo, la Sala de Apelación, haciendo a un lado las normas jurídicas que resultaban de aplicación, consideró que el administrador convocante «[había] *defraudado con su gestión el espíritu de la norma* (…) *con objeto de obtener un*

LSC y no de los demás-. El legislador optó por una interpretación estricta de la STC 166/2007, de 4 de julio en la que señaló que la función de refundición «*habilita* [al Gobierno] *para llevar a cabo una depuración técnica de los textos legales a refundir, aclarando y armonizando preceptos y eliminando discordancias y antinomias detectadas en la regulación precedente, para lograr así que el texto refundido resulte coherente y sistemático*»

interés personal». Y he aquí que, en esta ocasión, se recurrió al art. 3 CC -apartado 1º- y estimó la demanda impugnatoria.

A todas estas, se introduce en la ecuación una variable que todavía hace mayor el infortunio del razonamiento casacional. En ocasiones anteriores se dio un aviso personalizado a todos los socios -se intuye que, de forma espontánea, sin que pesara ninguna clase de obligación estatutaria al respecto, cosa que en esta ocasión no se produjo-.

El Alto Tribunal despacha la cuestión con celeridad, puesto que considera que no se encuentra autorizado para modificar el criterio de la Audiencia provincial, pues se encuentra vedado para abordar cualquier cuestión que suponga una revisión de la interpretación de los hechos y de conductas personales. Y, a grandes trazos, aplaude el parecer del órgano judicial de apelación:

> «*La Sentencia recurrida basa su convicción sobre la carencia de una información suficiente respecto de la convocatoria de la Junta en la omisión del aviso personalizado, que «todo parece indicar» se practicó otras veces. Y tal omisión no puede ser justificada por el hecho de haber publicado la convocatoria en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia, como exige el artículo 97 de la LSA, cuando se trata de una provincia formada por varias islas y se da la circunstancia de que el citado medio tiene escasa difusión en la isla en la que tiene la sede la sociedad y en la que se ha de celebrar la Junta, y más cuando ha habido una ruptura entre los dos socios que venían a dominar la compañía y uno de ellos aprovecha la ocasión para dominar ampliamente en el capital social mediante una inversión que, en relación con los activos que pasan a quedar bajo su control, es realmente de escasa entidad*».

Pese a que, como he dicho, el Tribunal Supremo no se explaya en sus consideraciones -so capa de una deficiente formulación del recurso, según señala reiteradamente-, sí que introduce una serie de factores de incertidumbre, inseguridad jurídica y confusión que se antojan desafortunados:

(i) Aunque es cierto que todo el tiempo insiste en que se ha aplicado el art. 97 LSA, aprueba que se haya operado, indirectamente, una modificación de su contenido, dando cabida a la mala fe en el mismo.

(ii) Alude a un supuesto «espíritu» de la norma -del que no se dice más- que el administrador convocante habría «defraudado» con su conducta. Es evidente el riesgo que entraña desconocer la teoría general de las normas jurídicas. Es indiscutible el sentido que tiene la afirmación de que las normas -mejor, los enunciados jurídicos- se cumplen o incumplen. En cambio, no se sabe cuál sea el sentido preciso que quepa otorgar a la «defraudación del espíritu (de una norma)». Tan siquiera se nos alcanza en qué Teoría del Derecho descansa la fundamentación rigurosa y exhaustiva del «espíritu de las normas jurídicas» y su «defraudación».

(iii) Desconocemos qué criterios sean esos que permiten, en un caso determinado -o quizás de forma generalizada- «atemperar» los enunciados jurídicos a la luz de «las circunstancias del caso». Es obvio que tal ignorancia -que nos permitió conjeturar que es generalizada- convierte al sistema en totalmente inseguro pues las decisiones judiciales que «atemperen» enunciados jurídicos resultan inexpugnables.

(iv) Asimismo, y en relación con el art. 3 CC, en su apartado 2º, señaló el Alto Tribunal que es perfectamente legítimo que los juzgadores realicen una «equitativa ponderación de la norma que se ha de aplicar». Tampoco no es dado conocer qué signifique exactamente la locución «equitativa ponderación de la norma». Si «ponderar» se puede interpretar como comparar el peso que tienen dos cosas, en lo jurídico no está claro qué se compare con qué y qué criterios deben ser empleados para establecer qué resulte preferible entre los dos elementos sobre los que asienta la comparación[91]. Obsérvese que la Sentencia comentada no esclarece nada a este respecto. Sólo califica la «ponderación» de «equitativa», pero esto es decir nada. Sin embargo, el Código civil lo que establece -a nuestro parecer de forma errónea- es que «la equidad deberá ponderarse en la aplicación de las normas», lo que es completamente distinto. Pareciera que lo que la dicción legal quiere significar es que el aplicador deberá

---

[91] Sobre ponderación, véanse, tanto HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Teoría general de las decisiones judiciales*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 463-470, como GARCÍA AMADO, J. A., *¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación*, en http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Ponderacio%CC%81n.%20Garci%CC%81a%20Amado.%20Ponencia%20Alicante.pdf (última visita 10.10.2023).

poner en un platillo de la balanza la «equidad» y en el otro la norma jurídica en la que cabe subsumir los hechos del caso.

Frente al supuesto que se acaba de analizar, que pone de manifiesto las indeseables consecuencias de una deficiente técnica legislativa, y sin salir del ámbito de la disciplina de la convocatoria de junta, nos sale al paso otra clase de problema, que revela un problema de mayor envergadura: la quiebra de la «costumbre societaria (en materia de convocatoria)» como causa de anulación de los acuerdos (aunque aquí se mude el objeto por el de la junta, en nuestra opinión, erróneamente). Nuevamente nos encontramos con dos maneras de enfrentar el inconveniente. En primer lugar, el respeto a la Ley, en tanto no se modifique, postura esta por la que venimos abogando en este epígrafe. En segundo lugar, la extralimitación competencial del Tribunal Supremo, asumiendo la función de «corrector» de la legalidad.

Conviene exponer el supuesto del que arranca nuestra reflexión y examinar cuidadosamente la STS, Sala Civil, nº 510/2017, de 20 de septiembre. Los hechos del caso son bien simples. Los socios de una sociedad siempre se habían puesto de acuerdo, de forma informal, para encontrarse en determinado lugar, constituirse en junta universal y decidir lo que tuvieran por conveniente. Surgido un conflicto entre dos sectores de la compañía, en la ocasión litigiosa el órgano de administración procedió a convocar la junta con riguroso ajuste a la legalidad vigente. No se informó a los socios de la quiebra del uso societario, observado desde hacía años.

Lo primero que sostiene el Alto Tribunal, y con lo que estamos plenamente conformes, es que la LSC establece un sistema de reglas jurídicas de innegable claridad -sin perjuicio de puntuales desaciertos-: Salvo que concurran espontáneamente todos los socios y decidan unánimemente constituirse en junta universal, lo que procede, si es que se proyecta la celebración de una reunión, es que se convoque la junta en legal forma:

> «*Cuando la junta general no se constituye como junta universal, su convocatoria habrá de realizarse en la forma prevista por la Ley o los estatutos para que su celebración sea válida. El art. 173.1 LSC, en su redacción vigente a la fecha de celebración de la junta impugnada,*

> *establecía que la convocatoria se publicará en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social; previsión que venía recogida en los mismos términos en los estatutos sociales. En principio, pues, la convocatoria será correcta y la junta no podrá ser tachada de nulidad si se cumplen tales requisitos*.»

Subráyese que dice «*en principio* (…) *la convocatoria será correcta y la junta no podrá ser tachada de nulidad si se cumplen tales requisitos*». Amén de discrepar de la alusión a la tacha de nulidad de la junta, no podemos estar más de acuerdo con que, si se observan las exigencias normativas, no quepa dirigir reproche alguno frente a la convocatoria.

En este punto, quisiéramos incidir en que la LSC, en lo que a la disciplina de la convocatoria de junta se refiere, no añade ningún requisito relativo a una suerte de elemento intencional del convocante. Pese a ello, el TS dice:

> «*No obstante, habrá supuestos en que procedería la sanción de nulidad si se acreditara el ánimo del convocante de que el anuncio pasara desapercibido, lo que puede deducirse, por ejemplo, de la ruptura de la que, hasta entonces, había sido la pauta general para convocar las juntas (notificación personal, anuncio en un diario concreto...). Es el caso de la sentencia de esta sala 272/1984, de 2 de mayo, en que no se citó personalmente al accionista mayoritario, una sociedad francesa, «como usualmente se venía haciendo». O de la sentencia 171/2006, de 1 de marzo, que confirmó la sentencia que declaró la nulidad de la junta, pues aunque el diario era de los de mayor difusión en la provincia, no lo era en la isla del domicilio y, sobre todo, se omitió «el aviso personalizado que todo parece indicar se practicó otras veces». A su vez, la sentencia 1039/1999, de 9 de diciembre (RJ 1999, 9483), advirtió que este tipo de situaciones encuentran mejor acomodo en el art. 7 CC (mala fe y abuso del derecho) que en el art. 6.4 (fraude de ley) del mismo Código.*»

Las anteriores consideraciones del Alto Tribunal se nos antojan infelices y justificamos a continuación porqué motivo lo consideramos así:

- (Aunque sobre esto ya nos hemos pronunciado anteriormente) Disentimos de la consolidada costumbre de que el objeto de anulación sea la junta y no los acuerdos adoptados en ella, y solo estos.

- La clamorosa inconcreción de la locución «habrá supuestos», que, al margen de la Ley, recibirían, no se sabe por quién, el calificativo de sancionable (con la consecuencia jurídica de la nulidad).

- El TS desautoriza el acierto de los mecanismos legales de publicidad, porque, aun sirviéndose de ellos, estos resulten insuficientes o inadecuados a los efectos de dar la buscada publicidad, pudiendo pasar la convocatoria desapercibida.

- Lo más grave de todo es que se eleva una determinada costumbre (se le llama «pauta general») a regla de conducta esperable y, sobre todo, exigible. Y no es una costumbre generalizada, sino una «pauta» de funcionamiento (que perfectamente puede ser una inercia sin ningún propósito determinado) de una determinada sociedad («como usualmente se venía haciendo»). Pero, a pesar de que tal costumbre es un uso particular, en el seno de una compañía -diferente de lo que fuera una manera extendida entre todas las sociedades mercantiles del país-, la Ley es fuente superior del Derecho, a tenor del 1.1 CC. Y si la Ley no exige más requisitos de los que establece expresamente en los diversos preceptos que se consagran a la disciplina de la convocatoria, mal está que el Alto Tribunal subvierta el orden legal.

Y no siendo bastante la subversión del orden de primacía de las fuentes del derecho (si es que se pudiera hablar aquí en tales términos, lo que consideramos infeliz, como ya hemos señalado anteriormente), el alto Tribunal sienta la doctrina -erigiéndose en nueva fuente del Derecho, con lo que contraviene el sentido único del art. 1.6 CC- de que cuando esta costumbre mude, por la razón que sea, debe -sentido netamente prescriptivo- ponerse en conocimiento de los socios:

O por lo menos, haber avisado con antelación a los socios que, en lo sucesivo, las convocatorias se harían conforme a lo previsto legal y estatutariamente.

He aquí que esta doctrina jurisprudencial -*contra legem* y *ultra vires*- sienta un peligroso antecedente para impugnar los acuerdos adoptados en el seno de una junta general, mucho más allá de lo que establece el art. 204.3.a LSC:

Y no cabe considerar que su actuación fuera adecuada cuando rompió el hábito seguido durante toda la vida de la sociedad, no avisó a los socios del abandono de dicho uso y el acogimiento al sistema previsto en la ley y los estatutos, ni tampoco advirtió a su coadministradora solidaria que iba a convocar una junta en la que se iba a discutir su cese.

A la vista de todo lo expuesto hasta este momento (en relación con las formas y la mala fe), estimamos procedentes los siguientes comentarios:

(i) Constituye una realidad, por fortuna poco frecuente, que los convocantes de una junta se propongan que no todos los socios lleguen a tener efectivo -material- conocimiento del llamamiento y celebrar la reunión sin ellos para poder adoptar decisiones cómodamente, lo que no sería posible si hubiesen asistido. O puede tratarse de que se convoque con el claro propósito de que determinados miembros de la sociedad no puedan asistir a la reunión. Para ello pueden idear diversas estratagemas: publicar el anuncio en un diario que es de los de mayor circulación en la mayor parte de una determinada provincia, a excepción de un concreto enclave; romper una costumbre societaria, sin informar acerca del cambio; aprovechar la indisposición de un socio para convocar; fijar la fecha de una reunión social en un momento en que se conoce que algunos socios no podrán asistir; etc.[92].

(ii) En ninguno de estos casos se infringe, a nuestro modo de ver, una norma jurídica de las que ordenan la forma y el plazo previo de la convocatoria[93].

---

[92] GARCÍA CRUCES -*La convocatoria*…, ob. cit., p. 200- afirma lo siguiente: «(…) *En razón de las fechas elegidas, de los diarios por los que se optara o, en sociedades con un número reducido de socios, de no observarse las formas que usualmente se habían respetado -un concreto diario- para efectuar la publicación del anuncio, evitando o dificultando el conocimiento por parte de los destinatarios* (…)».

[93] Ningún autor parece que sostenga tal cosa. Por ejemplo, GARCÍA CRUCES -*La convocatoria*…, ob. cit., p. 236- dice simplemente que «(…) *han de valorarse las concretas circunstancias para enjuiciar la plasmación que de estos extremos [fecha, hora] se haga en el anuncio* (…)».

(iii) Es completamente regular (conforme a Derecho societario positivo) el que en una convocatoria se fije una fecha y una hora o el que la publicidad sea a través de un diario de los de mayor circulación en la provincia[94].

(iv) Por tanto, ningún acuerdo social que en su génesis se hayan observado las normas jurídicas que disciplinan tales actos jurídicos instrumentales podrá ser objeto de anulación judicial. Al menos, *propter legem*.

(v) Consideramos incorrecto que, *ex* art. 3.2 CC, un órgano judicial modifique cualquier enunciado jurídico, formulando un enunciado interpretativo que por fuerza es falso, en tanto que no se trata de un enunciado sinónimo del enunciado jurídico interpretado. Hasta donde se puede constatar, ninguno de los enunciados jurídicos que contienen la disciplina de la convocatoria de junta albergan ningún elemento lingüístico que haga referencia al elemento psicológico del propósito (torcido) que albergue en sus adentros el convocante o las personas que conformen el órgano social convocante.

(vi) Cuestión distinta es que se pueda considerar, desde la perspectiva de la técnica legislativa, que esconder detrás del rigor formal conductas torcidas dirigidas a perjudicar a determinados socios merezca algún tipo de sanción jurídica. Es cierto que una exigencia ética demandaría la efectiva persecución de tales comportamientos. Pero más cierto es que no cabe valerse de las normas contempladas en este capítulo para que sirvan de cauce impugnatorio de los acuerdos alcanzados con cualquier clase de componenda maliciosa.

(vii) La única solución, respetuosa con el Estado de Derecho y la separación de poderes, consiste en la modificación de las normas legales para introducir alguna cláusula, en cualquiera de los enunciados jurídicos concernidos, o en otro más genérico, que autorice la anulación de un acuerdo social cuando en su génesis se pruebe la existencia de un obrar inspirado por la mala fe.

---

[94] GARCÍA CRUCES -*La convocatoria*…, ob. cit., p. 201- sostenemos que, en ese caso, «(…) *la convocatoria deberá reputarse defectuosa, con todas sus consecuencias*».

(viii) Desde una perspectiva de *lege lata*, no existe, ni en el contenido del art. 204 LSC, ni en ningún otro precepto de dicho cuerpo jurídico, una norma que de alguna forma prive de eficacia jurídica a los actos jurídicos formalmente correctos pero que entrañan mala fe, en definitiva, un propósito torcido. Cuestión distinta es que, con base en el art. 7 CC, el socio que se considera sujeto pasivo del abuso de derecho pueda interesar una indemnización. Más difícil de sostener, según hemos considerado anteriormente, es que quepa impugnar un acuerdo social con base en el art. 7 CC, en relación con la mención que hace este a la posibilidad de que se adopten medidas judiciales que impidan la persistencia del abuso.

VII. IMPUGNACIONES DE MALA FE SUSTENTADAS EN INFRACCIONES DE NORMAS RELATIVAS A LA CONVOCATORIA

En el epígrafe anterior se ha abordado el espinoso asunto del tratamiento que merezca la mala fe que presida el actuar del órgano social convocante. Ahora interesa afrontar el fenómeno de la mala fe desde la perspectiva del socio impugnante. Piénsese en la situación paradigmática siguiente. Ante un defecto de la convocatoria -que constituya objetivamente una infracción legal-, en lugar de desplegar una conducta diligente y procurar la enmienda del error (que presente el llamamiento), se ampara en él para perseguir la anulación de determinados acuerdos sociales, alcanzados por la mayoría, que le disgustan.

Pongamos por caso que sucede lo siguiente: un socio toma conocimiento de que en determinadas fecha y hora se va a celebrar una reunión de los socios de la compañía. Se trata de un socio minoritario, de una sociedad cerrada, abiertamente disidente y en conflicto con la mayoría. Advierte que las publicaciones del BORME y del diario escogido por los convocantes contienen un dato divergente. Por decir, la hora recogida en una y otra es distinta. La una anuncia la junta para las «9 horas de la mañana». La otra hace lo propio para las «19 horas». Dicho socio -que sabe que las reuniones se celebran normalmente por la mañana- decide acudir con un notario a las «19 horas». No encuentra a nadie en el domicilio social porque esta segunda hora es un error (al haberse insertado un «1» delante del «9» por equivocación). Posteriormente, impugna

los acuerdos sociales adoptados en esa junta, celebrada por la mañana sin su presencia.

La convocatoria es indiscutiblemente deficiente, defectuosa, en suma, irregular. Por tanto, se ha producido la infracción del art. 173.1 *in fine* LSC. En tanto que se trata de la vulneración de una norma sobre la forma de la convocatoria, la impugnación procederá -sea cual fuere el sentido de la expresión- en virtud de lo dispuesto en el art. 204.3 a LSC. Según interpretamos la dicción legal, el juez mercantil está obligado a estimar la pretensión impugnatoria.

Sin embargo, también parece difícilmente objetable que dicho socio podía haber disipado la duda -sobre la hora de la junta- dirigiéndose al órgano social convocante para que le sacara del error. O, incluso más, para que aquel enmendara el error. Una conducta acorde con la buena fe habría sido esta última y no la efectivamente desplegada. Y cabría, incluso, conjeturar que la voluntad del legislador de 2014 fue precisamente evitar a toda costa impugnaciones formalistas cuyo único fin es desestabilizar la sociedad.

Lo que debe considerarse es la corrección jurídica de la alegación, por parte de la sociedad demandada, de la excepción material de dolo o, más sencillamente, *exceptio doli* (según autoriza el art. 204.1 LEC). Opinamos que tal excepción no debería prosperar. Al menos, desde una perspectiva de *lege lata*.

La primera razón estriba en la ausencia de fundamento normativo de la tal excepción. No existe, según nuestro punto de vista, en la LSC, un enunciado jurídico que conceda a la sociedad demandada semejante defensa procesal de fondo. Por otra parte, la alusión genérica a la *exceptio doli* no es tal, sino que, en nuestro ordenamiento jurídico, menudean los supuestos en que se permite[95] que el demandado esgrima tal suerte de defensa. Principalmente, nos referimos al art. 20 *in fine* Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque. De manera velada, y en nuestra opinión de forma dudosa, se considera latente la *exceptio doli* en el art. 10.I Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de seguro.

[95] Es una permisión con un único sentido prescriptivo. A esto nos hemos referido anteriormente.

Debe añadirse que no resulta en absoluto clara la posibilidad de interpretar el art. 7.2 *in fine* CC, en el sentido de que se trate de una norma de permisión a favor del demandado de modo tal que este siempre, y en todo caso, pueda esgrimir en un proceso judicial civil la *exceptio doli*. Podría considerarse que el aludido precepto contempla la desestimación de la demanda como manifestación concreta de esas indeterminadas «*medidas judiciales*» que se pueden adoptar frente a «*todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero*». Sin embargo, se antoja excesivo pretender que el segundo enunciado jurídico contenido en el apartado 2º del art. 7 CC es sinónimo del enunciado siguiente:

> Para todo *x* e *y* (vale lo siguiente): Si *x* es un acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para y, entonces *y* podrá solicitar la adopción de cualesquiera medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del acto u omisión abusivos o de sus efectos.

Sentado el anterior enunciado interpretante, cabría sostener que la petición de la sociedad demandada dirigida al juez consistente en que este desestime la demanda del socio impugnante, cuya acción impugnatoria se califica como acto que, por la intención de su autor, su objeto y sus circunstancias, sobrepasa los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para la sociedad demandada -por la inestabilidad de los acuerdos adoptados y sus perniciosas consecuencias desde la perspectiva del tráfico jurídico-, encontraría plena cabida en aquel. Y, aún más, podría postularse que esta concreta manifestación o concreción de la genérica permisión del art. 7.2 *in fine* CC, puede denominarse «*exceptio doli*» y constituye un supuesto de excepción material.

Si bien la anterior formulación interpretativa es bastante expuesta, pues se considera dudosa la relación de sinonimia, nos sale al paso un obstáculo de difícil

remoción. En nuestra opinión[96], las excepciones materiales son enunciados jurídicos que colisionan con otros enunciados jurídicos al aplicarse ambos sobre los mismos hechos. En definitiva, provocan claras antinomias.

Supongamos el litigio que antes hemos puesto como ejemplo para introducir la problemática que nos ocupa. Por un lado, el socio disidente impugna el acuerdo social adoptado con base en el art. 204.3.a LSC y en la concreta infracción del art. 173.1 *in fine* del mismo cuerpo jurídico. Efectivamente, la hora prevista para la celebración de la junta en ambas publicaciones es distinta, por lo que se podría considerar que concurren dos anuncios distintos para un mismo hecho. A la par, la sociedad demandada se defiende alegando que el socio podía perfectamente haber disipado la confusión, cometida por error (suponiendo la involuntariedad del error, pues donde debía constar «9» se consignó por error «19»), de modo que el sostenimiento de la acción solo reviste una finalidad netamente espuria. Tales circunstancias las subsume en el enunciado interpretante anterior que es, pretendidamente, sinónimo del segundo enunciado del apartado 2º del art. 7 CC. La alegación la formula en la contestación a la demanda y le otorga la forma de excepción material y, más concretamente, la denomina «*exceptio doli*».

Lo único que nos debe ocupar, como en un momento previo ya se arguyó, es qué deba hacer el juez frente a la antinomia si se propone cumplir con sus obligaciones legales. Recordemos que una de ellas, a nuestro modo de ver la principal, es que resuelva los conflictos jurídicos aplicando el Derecho positivo, de forma que su resolución sea procesal y materialmente conforme a Derecho[97].

Se parte de la base de que nos encontramos ante el ordenamiento -el español- de un estricto Estado de Derecho (que exige inexcusablemente que las decisiones judiciales sean materialmente conformes al derecho) y que, asimismo, se respete escrupulosamente la separación de los poderes del Estado (de modo que esté rotundamente prohibido que los jueces creen normas

---

[96] Siguiendo al profesor HERNÁNDEZ MARÍN, en su obra *Teoría general*…, ob. cit., pp. 252-254.

[97] Sobre este particular, nos remitimos a la teoría general de las decisiones judiciales de HERNÁNDEZ MARÍN, y en particular a la teoría general de la corrección de las decisiones judiciales que forma parte de la primera y que se desarrolla en su obra *Teoría general*…, ob. cit., pp. 161-212.

jurídicas). Asimismo, y como sucede en nuestro país, el ordenamiento jurídico no contendrá ninguna regulación específica para los casos de antinomia.

A nuestro parecer, solo una decisión estimatoria de la demanda, que acordase la anulación del acuerdo social, aplicaría un enunciado jurídico material, el art. 204.3.a LSC, y el derecho material en última instancia[98]. En definitiva, esta resolución judicial sería conforme al derecho material. En cambio, consideramos que, si el juez dictara, como pretende la sociedad demandada, una decisión desestimatoria, que rechazase la pretensión del demandante de anular el acuerdo social, semejante decisión no sería materialmente conforme al derecho[99] por una serie de razones, que procedemos a examinar a continuación:

(i) La tal decisión no aplicaría el art. 7.2 *in fine* CC. Parece evidente que no es en absoluto lo mismo una decisión desestimatoria, que rechaza la petición impugnatoria, que una decisión que califica la pretensión impugnatoria como abusiva. Una decisión que declarase abusiva la pretensión impugnatoria aplicaría efectivamente el art. 7.2 *in fine* CC, pero no sería en absoluto una sentencia desestimatoria. Sería, obviamente, una decisión estimatoria de una pretensión declarativa. Pero volviendo a la sentencia desestimatoria, no aplica, como sosteníamos antes, el art. 7.2 *in fine* CC, ya que una resolución de signo desestimatorio es sencillamente un rechazo, una negativa a estimar la pretensión, lo que viene impuesto por aquellas normas procesales que obligan al juez a desestimar una pretensión dadas unas determinadas circunstancias[100].

(ii) Una sentencia desestimatoria de la pretensión impugnatoria no aplica norma alguna -ni el 7.2 *in fine* CC LSC, ni tampoco el 204.3.a LSC-, de modo que, sólo por ello, no es materialmente conforme a Derecho. Una resolución que pretenda ser materialmente conforme a Derecho es una decisión que es, o bien materialmente conforme a Derecho procesal, o bien materialmente conforme al Derecho material. La sentencia desestimatoria de la pretensión impugnatoria no es ninguna de ambas cosas.

---

[98] Seguimos a HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Teoría general*…, ob. cit., p. 253.

[99] *Idem*.

[100] *Idem.*

Para que pudiera afirmarse que la resolución es materialmente conforme a Derecho procesal es condición necesaria que aplique Derecho procesal. En nuestro caso, la desestimación de la pretensión impugnatoria no se funda en norma procesal alguna. Obsérvese que el art. 405.1 LEC no obliga al juez a desestimar la demanda cuando estime una excepción material. Lo único que autoriza es que el demandado esgrima excepciones materiales en la contestación a la demanda.

Por otra parte, para que una decisión desestimatoria sea conforme a Derecho material se requiere únicamente que ninguna decisión no-desestimatoria sea conforme a Derecho material. Sin embargo, esto último no se cumple aquí dado que la decisión estimatoria de la pretensión actora es una decisión no-desestimatoria conforme a Derecho material y, más precisamente, al art. 204.3.a LSC[101].

En suma, sólo cabe en nuestro supuesto una decisión que sea materialmente correcta, que es el dictado de una sentencia estimatoria de la pretensión actora de impugnación del acuerdo social. Tal decisión es conforme a Derecho material y más precisamente al art. 204.3.a LSC. Solo así el juez español habría cumplido con la tan exigente obligación de dictar resoluciones que sean materialmente correctas[102].

Si bien de *lege lata* se considera sumamente arriesgado defender que el abuso del derecho por parte del socio impugnante, esgrimido como *exceptio doli*, pudiera prosperar hasta el punto de que en su virtud se llegase a desestimar la demanda, sí que se estima recomendable que se considere, desde una perspectiva de *lege ferenda*, la inclusión de una regla como la siguiente:

---

[101] *Ibidem*, p. 254.

[102] *Idem*. Aunque nos podemos plantear el supuesto de que la sociedad demandada reconviniese interesando un pronunciamiento mero declarativo en virtud del cual se calificase el acuerdo social como inimpugnable, el desenlace sería aún peor, pues tendría que estimar ambas pretensiones y se desembocaría en el indeseable resultado de que se emitieran dos pronunciamientos de todo punto incompatibles, pues no puede ser que, al mismo tiempo, un mismo acuerdo social sea y no sea impugnable. Ahora bien, que ambos pronunciamientos sean conjuntamente considerados irracionales, no quita que en ese supuesto el juez esté cumpliendo rigurosamente las obligaciones que la propia Ley le impone. Véase al respecto HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Teoría general*…, ob. cit., pp. 254-257.

«El juez estará obligado a estimar una pretensión impugnatoria cuando resulte probado y quepa calificar un acuerdo social como impugnable, salvo que la sociedad demandada prueba que la impugnación del demandante, por la intención de este, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase los límites normales del ejercicio de su derecho impugnatorio, en cuyo caso tendrá que desestimar la pretensión impugnatoria.»

CAPÍTULO 3: LA (IN)IMPUGNABILIDAD DE LOS ACUERDOS SOCIALES CON CAUSA EN LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE INFORMACIÓN

I. BREVE INTRODUCCIÓN: EL INTERÉS DEL ASUNTO

Se ha dicho que uno de los motivos de impugnación de empleo más frecuente (hasta 2014) era el que ahora nos ocupa, esto es, la lesión del derecho de información del socio[103].

Se constató por los operadores forenses -principalmente por los aplicadores, aunque no sólo ellos se percataron- que este motivo era proclive al abuso[104].

Especialmente, en el caso de minorías en el seno de sociedades cerradas, en las que, existiendo un conflicto societario, la salida de los disidentes sólo se vislumbraba al final de una guerra de guerrillas, plagada de escaramuzas -materializadas en impugnaciones de acuerdos de forma indiscriminada-, desembocando en la compra de sus participaciones[105].

Es cierto que este uso torcido de las herramientas normativas -sustantivas y procesales- convertía a los acuerdos sociales en inestables, lo que, a su vez, confería inseguridad al sistema y reducía su confiabilidad.

Sin embargo, no puede ocultarse que, de otra parte, menudeaban los desmanes perpetrados por las mayorías, que, con frecuencia, considerando la sociedad como «algo suyo», ninguneaban a las minorías, privándoles de los mecanismos de control y menospreciando la trascendencia de su voto, del que sabían era

---

[103] Cfr. VIVES RUIZ, F., *La impugnación de acuerdos sociales en la reforma de la legislación mercantil*, Conferencia leída el 4 de noviembre de 2014 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (separata), edit. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2014, pp. 15-16. Véase, también, CABA TENA, A., «Algunos aspectos procesales controvertidos de la lesión del derecho de información como motivo de impugnación de los acuerdos sociales», en *Derecho de Sociedades. Los derechos del socio*, M. B. González y A. C. Cohen (dirs.), edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 568.

[104] Cfr. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., «Nuevas causas…, ob. cit., pp. 246-247. Igualmente, CABA TENA, A., *Algunos aspectos*…, ob. cit., p. 569.

[105] *Idem*.

completamente inane. De aquí que se hubiese puesto la mirada por años en la custodia de los minoritarios, para protegerlos de los desmanes de los mayoritarios.

Sin embargo, tales mecanismos de genuina protección no están exentos de abuso de derecho, de modo que acaben siendo empleados para obtener otros propósitos torcidos al calor de la mala fe (en este sentido, y como ya se ha adelantado, ejerciendo una presión insoportable sobre la mayoría, para que esta se acabe plegando a sus deseos).

Expuestos los dos intereses en conflicto (sucintamente, evitar los abusos de los dos polos opuestos, «mayorías» y «minorías»), y consciente el legislador de que debía ponderarlos prudentemente, para alcanzar el deseable equilibrio, con la reforma de 2014 se trasladó el foco hacia los desmanes de las «minorías» y el ejercicio abusivo del mecanismo procesal impugnatorio. Con este propósito en mente, se reformó la LSC, restringiendo significativamente las posibilidades impugnatorias -en general y- en relación con la lesión del derecho de información, en particular[106].

Destacan dos cambios normativos por encima de todo. Por una parte, la *inimpugnabilidad* de las lesiones del derecho de información perpetradas durante la celebración de las juntas en las sociedades anónimas. Por otra parte, la introducción de la *inimpugnabilidad* como regla general, cuando la información proporcionada, a pesar de ser en alguna medida insatisfactoria, no impida el ejercicio, razonable, de los derechos de participación del socio[107].

Aunque el orden seguido en las líneas precedentes para enunciar las modificaciones más sustanciales pueda parecer errado (porque la segunda reforma es de más hondo calado que la primera), se ha formulado así conscientemente, con el propósito decidido de facilitar el correcto desarrollo de la exposición.

---

[106] Cfr. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., *Nuevas causas*…, ob. cit., p. 241.

[107] *Ibidem*, pp. 241-242.

El primero de los cambios -la lesión del derecho de información durante el transcurso de la junta- ha generado una vasta polémica, que, a nuestro parecer, se encuentra plenamente justificada. Es dudoso que toda pretensión de información durante el desarrollo de la reunión entrañe, por definición, un propósito fraudulento. Y se ha discutido largamente si esta previsión legal, que se dirige expresamente a las sociedades anónimas, puede trasladarse a las sociedades de responsabilidad limitada. Como ya se expondrá, la literatura científica coincide en señalar que se trata de un desliz involuntario -un *lapsus calami*- del legislador[108]. Sea o no así, lo que resulta ciertamente preocupante es la facilidad con la que los intérpretes no oficiales -pues el único que tiene atribuida -*ex lege*- la competencia interpretativa autoritativa es el Tribunal Supremo[109]- se han pronunciado abiertamente *contra legem*, enmendando la plana al legislador como si tal cosa y conduciéndose, incluso, de forma condescendiente con este último[110].

En cuanto al segundo de los cambios que se operaron en 2014, es, sin duda, de hondo calado, pues sienta la regla general de la *inimpugnabilidad* de los acuerdos adoptados previa insatisfacción del derecho de información. Y hablamos de «*insatisfacción*» de forma indiscriminada, porque tanto nos parece

---

[108] Cfr. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., *Nuevas causas*…, ob. cit., p. 241 o CABA TENA, A., *Algunos aspectos*…, ob. cit., pp. 577-578.

[109] Cfr. Art. 1.6 del CC: «*La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*».

[110] Sobre esta cuestión volveremos más adelante, con mayor detalle, para referirnos a ciertos encuentros de jueces, no contemplados en la Ley Orgánica del Poder Judicial, desde los que se «sientan criterios» de interpretación y aplicación del Derecho, emulando al Tribunal Supremo -aunque sin competencia funcional a tal efecto. Asimismo, consideramos clave reparar en unas palabras de CABA TENA -*Algunos aspectos*…, ob. cit., p. 579- quien, a propósito de las sociedades anónimas cerradas -cuya analogía con las sociedades de responsabilidad limitada se me antoja innegable-, afirma: «(…) *no procede la impugnación por lesión del derecho de información ejercitado en el seno de la junta general; por lo que, lo contrario, sería una clara interpretación contra legem. Y es que la búsqueda de la justicia material sin soporte normativo aceptable, o incluso violentando el tenor de la norma, sería contraria al principio de seguridad jurídica que, como suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, e interdicción de la arbitrariedad, proclama el art. 9.3 de la Constitución Española. En definitiva, en palabras de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 46/1990, de 15 de marzo, hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introduzcan perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes o incluso cuáles sean éstas*».

así la negativa rotunda y expresa a proporcionar la información requerida, como la negativa tácita, camuflada en un aparente cumplimiento superficial -porque la información es insuficiente o equívoca-, lo que, en definitiva, entraña resistencia.

Junto a la regla general, se introduce un supuesto de excepción. Si esa información escamoteada, errónea o insuficiente, se reputa «*esencial*» para el ejercicio del derecho de voto y otros (cuya nómina también resulta controvertida), entonces la cosa cambia, y los acuerdos sí resultan entonces *impugnables*.

Se ha achacado a esta reforma que su justificación no está del todo clara[111]. En nuestra opinión, sí lo está. Otra cosa distinta es que la forma escogida para podar los excesos sea acertada. Nuevamente sale a relucir el eterno problema, que se orilla constantemente, de la oportunidad de mejorar la técnica legislativa[112]. Se trata, una vez más, de un problema estrictamente lingüístico, como ya se ha puesto de manifiesto en otros momentos de este trabajo. El recurso indiscriminado a expresiones vagas comporta consecuencias evitables. Cuando en el artículo 204.3.b LSC se recurre a los términos «esencial» o «razonable», se introduce un nivel de imprecisión en el lenguaje que acarrea un excesivo grado de discrecionalidad judicial. Al final, desembocamos en la indeseable inseguridad jurídica. De este asunto también nos ocuparemos más adelante, con el debido detenimiento.

II. UNOS BREVES APUNTES PREVIOS SOBRE EL DERECHO DE INFORMACIÓN

Comencemos por un posible lugar común -y decimos «posible» porque no sabemos hasta qué punto lo sea de veras-. El derecho de información del que gozan los socios se ha erigido -a nivel normativo, *ex* art. 93 LSC, aunque no exclusivamente- en derecho básico del socio[113]. O «mínimo», como también se

---

[111] Cfr. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., *Nuevas causas*…, ob. cit., p. 241.

[112] Sobre el particular, resulta muy recomendable la lectura de GARCÍA AMADO, J. A., «Razón práctica y teoría de la Legislación», *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, vol. 9, julio-diciembre 2000, pp. 299-317.

[113] Al respecto, de forma amplia, MORALES BARCELÓ, J., *El derecho de información en las sociedades mercantiles capitalistas*, edit. J. M. Bosch, Barcelona, 2019, pp. 15-22. Igualmente lo considera así, con base en la dicción legal, CABA TENA, A., *Algunos aspectos*…, ob. cit., p. 571,

suele decir[114]. Parte de la doctrina mercantilista «*(…) ha considerado el derecho de información como un derecho esencial a la calidad de socio, por tanto se adquiere con la adquisición de la condición de socio y se transmite con la transmisión de esa condición*»[115]. No se puede participar de la vida societaria y, sobre todo, no se puede predicar el deseable juego democrático en el seno de las sociedades sin disponer de información sobre las circunstancias de aquellas. Desde el deseo de permanencia hasta la necesidad de pronunciarse sobre las cuestiones comunes con conocimiento de causa, todo pasa por contar con la información necesaria. Ahora bien, si tan básico y esencial es este derecho del socio, como efectivamente lo es, cabe preguntarse porqué su lesión no se cuenta entre los motivos de contravención del orden público.

Como se expone en otro lugar del trabajo, existe acuerdo entre los distintos intérpretes acerca de que contravienen el orden público aquellos acuerdos que lesionan los derechos básicos del socio. Máxime si, como sucede con este, se ha reputado irrenunciable, indisponible o, también, un «derecho fundamental y mínimo del socio»[116]. Se comprende que el temor a que el orden público se agigante y se expanda fuerza a reducirlo a la mínima expresión, pero eso no debe traducirse en que se tome a la tremenda y se incurra en inconsistencias. O toda lesión de un derecho esencial (mínimo) del socio contraviene el orden público, o ninguna lo hace. No se comparte porqué razón el derecho a recibir la cuota de liquidación sea más relevante que el derecho de información. Si se apura -y fuese posible sentar una suerte de jerarquía entre los «esenciales»-, nos inclinamos a pensar que al segundo se le debería conceder mayor rango

---

quien repara, incluso, en la posibilidad de que la lesión del derecho de información pueda considerarse penalmente típica. Nos parece interesante el estudio que, al respecto, efectúa OTERO COBOS, M. T., «¿Restricción o denegación de información?: Un análisis comparado de los ordenamientos español e italiano», en *Derecho de Sociedades. Los derechos del socio*, M. B. González y A. C. Cohen (dirs.), edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 605-607.

[114] Lo utiliza efectivamente el propio Tribunal Supremo en su Sentencia nº 670/2021, de 5 de octubre, al albur de la expresión legal, contenida en el art. 93.d LSC.

[115] GÓMEZ TRINIDAD, S., «Revisión del derecho de información en las sociedades de capital: Derecho del socio versus deber social», *Revista de Derecho Mercantil* 281 /Julio-Septiembre – 2011, p. 211.

[116] Cfr. la anterior Resolución del TS, así como la SJM nº 6 de Madrid nº 278/2015, de 19 de junio (JUR 2016\101823), FJ 3º. Desde una perspectiva doctrinal, MORALES BARCELÓ, J., *El derecho de información*…, ob. cit., pp. 11 y 20.

que al primero. Y, hasta donde sabemos, no se ha ofrecido una justificación sólida para operar tal discriminación.

En otro orden de cosas, parece oportuno esbozar, aunque sea someramente, las concretas manifestaciones del derecho de información societaria. Parece pacífica la discriminación entre las dos manifestaciones de dicho derecho: la extensa, o amplia, y la estricta[117]. Esta última se circunscribe a la información que se solicita expresamente a los órganos de administración en relación con una junta. Proporcionar información constituye un «acto-respuesta»[118], a tenor de la expresión normativa contenida en el art. 204.3.b LSC. Y queremos subrayar que en este punto el término fundamental es «información». No se pide documentación. Cuestión distinta es que la «información» se traslade contenida en «documentos», si bien no es la única forma posible, pues cabe la transmisión oral, como acontece en el seno de la junta, cuando se responde una pregunta, por ejemplo. En cambio, la manifestación extensa de dicho derecho incluye otros supuestos, entre los que destacan los «actos-información» que no obedecen a peticiones de los socios, sino al mandato legal que exige elaborar y poner a disposición de todos ellos determinada información contenida en documentos-tipo[119], sin que exista una previa solicitud del socio[120]. Nos referimos, por ejemplo, al caso de las cuentas anuales -a someter a aprobación en junta ordinaria, *ex* art. 272 LSC- o las modificaciones estatutarias -cuando las mismas se sujetan también a la aprobación de los socios, *ex* arts. 286 y 287-, o las estructurales -*ex* art. 39.1 LME[121]-.

---

[117] Véase, con amplitud, MORALES BARCELÓ, J., *El derecho de información*…, ob. cit., pp. 12 y 15 a 17.

[118] Se ha hablado, a nuestro juicio acertadamente, del «derecho de pregunta o información» en sentido estricto, que es netamente distinto a los supuestos en que la información (sustentada en documentos) debe rendirse por mandato legal. Véase MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., *Nuevas causas*…, ob. cit., p. 243.

[119] Sobre la pacífica dicotomía entre derecho de información en sentido estricto y derecho de información documental, confróntese MORALES BARCELÓ, J., *El derecho de información*…, ob. cit., pp. 17 y 137-140.

[120] *Ibidem*, p. 17.

[121] Este artículo ha sido sustituido por el art. 49 del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, en vigor desde el 30 de junio de 2023.

Tal categorización bimembre del derecho de información -sentido estricto frente a sentido lato o extenso- nos conduce derechamente al interrogante inevitable. Siendo que en ambos casos cabe por igual la lesión del derecho concernido, debemos preguntarnos si en los dos escenarios es posible impugnar los acuerdos subsiguientes por la común infracción legal. Y, si es así, ¿se sujetan al mismo régimen legal? En referencia a que si en ambos casos nos topamos con las restricciones a la impugnabilidad del art. 204.3.b LSC.

Lo que se aprecia en la literatura es una tendencia a dejar de lado los supuestos de «información obligatoria» (esto es, no provocada por una petición social)[122]. Se intuye, incluso, que la regla legal del art. 204.3.b LSC sólo aplicaría a los casos de lesión del «acto-respuesta». Sin embargo, en los repertorios de resoluciones judiciales se encuentran numerosos casos en los que los acuerdos de las juntas ordinarias se impugnan precisamente por la infracción de la obligación de proporcionar a los socios la consabida «información-documentación». Por ello, se puede sostener la tesis de que en estos últimos supuestos su impugnabilidad lo sea en todo caso, pues aquí no ha de operar la cláusula de la «esencialidad» de la información, pues es el propio Legislador el que la ha considerado tal, en la medida en que obliga a la sociedad a ponerla a disposición de los socios de forma inexcusable y *erga omnes*, la pidan o no.

Otro aspecto controvertido, o como poco oscuro, es el relativo a la supuesta autonomía del derecho de información. Se ha sostenido, en resoluciones judiciales, sobre todo, que este derecho es instrumental con respecto del derecho de voto[123]. La trascendencia de que el socio cuente con información acerca de las cuestiones que competen a la marcha de la sociedad sirve directamente al propósito de que pueda formar su decisión en relación con el signo de su voto. Sin embargo, se ha objetado que esta visión es limitada. También posibilita el adecuado ejercicio de los derechos de asistencia (a la junta)

---

[122] La razón dada al efecto, sensata, entiendo, es que a estos otros supuestos relativos a la información de rendición obligatoria, con o sin previa solicitud, no les alcanza la reforma de 2014. Así, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., *Nuevas causas*…, ob. cit., pp. 243-244.

[123] Se trata de un derecho «*consustancialmente unido al derecho de voto*». Véase, por todas, las SSTS de 1 de abril y 3 de julio de 2008.

o el de representación. Cierto, pero en último término, estimamos, se encuentra el derecho de voto. No se acude a las reuniones sociales, por sí o a través de tercero, para sencillamente estar pasivamente presente. Si bien es cierto que puede interesarle al socio acudir únicamente para conocer la marcha de la sociedad, sin necesidad de votar. Pero esto último ya es una decisión, una inclinación hacia el «no voto». Frente a esto último, se esgrime, como prueba de esa pretendida autonomía a ultranza del derecho de información, que incluso los socios que carecen de derechos políticos -o, cuanto menos, del derecho de voto- también gozan del derecho de información. La información que reciban les puede orientar en el sentido, como poco, de poder decidir si desinvierten -pensando en las sociedades abiertas-.

A nuestro modo de ver, es sustancialmente instrumental[124]. Jurídica y, desde luego, materialmente. No se interesa la información por puro afán cognoscitivo. Los datos sirven, siempre, a un fin[125]. En lo mayoría de los casos para adoptar una decisión en relación con el sentido del voto en las juntas. Prueba de ello, nos parece, es que la propia Ley trasluce esta concepción. Sólo son impugnables aquellos acuerdos a los que antecede una prestación de información errada o insuficiente si con ello se ha perjudicado el derecho de voto del socio (o los derechos de asistencia y representación, que, de ordinario, van encaminados a materializar la participación en los actos sociales de expresión democrática). Insistimos, la prueba definitiva es el tenor literal del art. 204.3.b LSC. Sólo es relevante -a efectos impugnatorios- la lesión del derecho de información cuando afecta al ejercicio razonable de los derechos de voto, y, en general, de

---

[124] En esa línea parece que vuelve a discurrir la doctrina y los pronunciamientos judiciales, según MORALES BARCELÓ, J., *El derecho de información*…, ob. cit., pp. 198-199. A propósito, cumple señalar que esta autora defiende justamente lo contrario: el derecho de información es indudablemente autónomo (pp. 19 y 24), postura con la que nos alineamos claramente. En cambio, ya sostenía lo que se defiende en este trabajo CABA TENA, A., *Algunos aspectos*…, ob. cit., p. 576.

[125] En la misma línea se pronuncia MARTINEZ-MACHUCA GIJÓN, P., -en «Algunas cuestiones sobre el derecho de información del socio tras las reformas introducidas por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre», *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 47 (julio-diciembre 2016)-: «(…) *El derecho de información tiene autonomía propia, según una jurisprudencia muy consolidada. Es decir, no es necesaria y exclusivamente un derecho instrumental respecto al derecho de voto, aunque es indudable la conexión existente entre ambos derechos. Tan es así, que el ejercicio del derecho sigue vinculado temporalmente y en cuanto a su contenido a la propia convocatoria de la junta general y al orden del día previsto para la misma (artículos 196.1 y 197.1 LSC)* (…)».

participación. Es más, se calibra la impugnabilidad según sea la información solicitada de influencia decisiva para conformar el voto en la junta.

Por otra parte, aunque estrechamente relacionado con lo anterior, la información solicitada -para el correcto ejercicio del derecho que nos concierne- debe guardar relación con los asuntos que se recogen en el orden del día de la reunión. De tal suerte que, si el contenido de tal anuncio es impreciso, amén de que se pueda considerar lesionado la obligación legal de formular precisa y correctamente el orden del día en la convocatoria, permite, por un lado, un ejercicio más amplio del derecho de información y, por el otro, puede considerarse que la limitación de facto de la posibilidad de requerir datos constituye una forma de lesionarlo.

Conviene puntualizar, en penúltimo lugar, que el objeto de impugnación no es la junta, en sí, si no los concretos acuerdos adoptados en ella[126]. Lo que cabe discernir en general, resulta todavía más claro en estos supuestos. Es perfectamente posible que sólo se interese información de algún concreto extremo del orden del día. Y es plausible también que sólo se lesione el derecho concernido en relación con alguno o algunos de dichos extremos, pero no así con los restantes.

Finalmente, resulta sumamente importante poner el foco sobre el ejercicio de este derecho. Como todos, societarios o no, aquel se encuentra sujeto a las exigencias de la buena fe[127]. Y he aquí que en este punto consideramos que la Ley falla, toda vez que no ha puesto el acento sobre este aspecto como causa de *inimpugnabilidad*. Quizás porque haya considerado, sin decirlo, que a la sociedad demandada le cabe, siempre, esgrimir, al tiempo de su oposición, la *exceptio doli*. Confianza que se tendría que ver defraudada, habida cuenta el problema de antinomia que suscitan las excepciones materiales, amén de la dificultad, ya afrontada, de poder fundar tal *exceptio* en el art. 7.2 CC. Repárese en que la información en sí misma considerada resulta de todo punto relevante para determinar el sentido del voto, pero, al mismo tiempo, la forma de pedirla -

---

[126] Sobre esta cuestión ya nos hemos pronunciado anteriormente, por lo que consideramos innecesario insistir en ello ahora.

[127] Cfr. Art. 7.1 CC: «*Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*».

considerada en sentido genérico, lo que incluye, por ejemplo, la antelación o el innecesario grado de detalle- puede permitir reputarla abusiva. En muchos de estos supuestos, con estas formas torcidas de proceder lo que se persigue es sembrar el terreno para una impugnación posterior. Una hábil estratagema que en el pasado ha dado sus frutos. También de este crucial aspecto nos ocuparemos más adelante con mayor detenimiento.

III. SUPUESTOS DE *INIMPUGNABILIDAD*

De la interpretación del art. 204.3.b LSC, y de sus normas concordantes, así como de la jurisprudencia -en sentido impropio- y de la literatura científica, parece posible, por una parte, sostener que la regla general es la *inimpugnabilidad* de los acuerdos sociales sobre la base de la lesión del derecho de información. Por otra parte, es posible aislar una serie de supuestos-tipo de acuerdos inimpugnables en relación con la satisfacción del ejercicio del derecho de información. Veámoslos:

3.1. Información correctamente denegada

En relación con la información solicitada antes de la junta (sea cual fuere la forma societaria), o durante la misma (en los casos de las sociedades de responsabilidad limitada), cabe que el órgano de administración la deniegue en diversos supuestos[128].

De lo que aquí se trata es de discernir cuándo el rechazo es correcto, es decir, cuando este es conforme a Derecho (societario). De aquí que deba echarse mano de los preceptos que contemplan tal derecho de rehúse. Nos referimos a los artículos 197.3 y 4 y 196.2 y 3 LSC. A estos se dedican las líneas que siguen.

Debe repararse en que las causas de denegación son muy reducidas en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada en comparación con las anónimas. En el art. 196.2 LSC, en relación con las primeras, sólo se contempla el rechazo

---

[128] Sobre la posibilidad de que el órgano de administración pueda denegar información, bajo concretos supuestos específicamente previstos en la Ley, véase MORALES BARCELÓ, J., *El derecho de información*…, ob. cit., pp. 13, 14 y 21. También, ampliamente, OTERO COBOS, M. T., «¿Restricción…, ob. cit., pp. 608-618.

de la petición cuando, «(…) *a juicio del órgano de administración, la publicidad de ésta [de la información solicitada] perjudique el interés social*». La fórmula es sumamente críptica, pues no se define en la Ley qué sea eso del «interés social». Por su parte, en el caso de las anónimas, el abanico de motivos de repulsa de la petición de información es mucho más amplio: «(…) *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*» (*ex* 197.3 LSC). No resulta fácil interpretar qué signifique exactamente la fórmula relativa a la «*innecesariedad*» de la información para la tutela de los derechos del socio. Quizás la Ley haya dejado en manos del órgano de administración evaluar la funcionalidad de los datos interesados en relación con la conformación del sentido del voto, o con la decisión de participar el socio en la junta, por sí mismo o a través de terceras personas. En cambio, se nos antoja claro el propósito de evitar fugas de información extramuros de la sociedad (cuando un socio tenga vínculos con competidores[129] o, peor aún, se proponga comerciar con esos datos). También es perfectamente asequible la intelección del potencial perjuicio para la sociedad resultante de que se aireen sus interioridades[130].

En este punto, pueda parecer chocante, de primeras, que, en ambos tipos de sociedades, las anteriores restricciones queden automáticamente desvirtuadas por la circunstancia de que quien pida -o quienes pidan, al unísono, una misma información- ostente una participación en el capital social igual o superior al veinticinco por ciento (según arts. 196.3 y 197.4 LSC). Y decimos que puede sorprender de primeras que tan prudentes precauciones se vean desplazadas por una cuestión puramente cuantitativa. La justificación más plausible, a nuestro modo de ver, es que el Legislador haya podido considerar que difícilmente un sector titular de una cuarta parte -o más- de la sociedad vaya a destinar la información a esas finalidades egoístas, en perjuicio de la propia compañía. Pero

---

[129] Véanse al respecto los casos abordados por el Tribunal Supremo en Sentencia 658/2005, de 22 de julio o por la SJM nº 3 de Vigo, núm. 150/2016, de 11 de mayo (AC 2016\1014).

[130] Sobre esto, monográficamente, MORALES BARCELÓ, J., *El derecho de información*…, ob. cit., pp. 60-72.

albergamos serias reservas de que con la sola fijación de un *quantum* mínimo se vaya a conjurar satisfactoriamente el riesgo considerado. Es más, sostenemos que es un error, tanto reducir la nómina de causas en lo que respecta a las sociedades de responsabilidad limitada (no hemos encontrado una justificación convincente para sentar semejante discriminación), como supeditar esas medidas de prudencia a una simple cuota de participación -que no es excesivamente exigente-, creyendo que, por esto, se mitiga cualquier riesgo de que se destine la información a fines egoístas del socio y, en todo caso, extrasociales.

Amén de las causas de denegación expresamente previstas en la Ley, opinamos que también se reputará correcta (conforme a Derecho) la negativa del órgano de administración cuando la información peticionada no guarde relación con los asuntos contenidos en el orden del día. Lo que en modo alguno estimamos correcto es que se abra excesivamente la mano en cuanto a la amplitud de lo que pueda ser requerido, so capa de afirmar que no será necesaria la concurrencia de una conexión directa y estrecha[131].

Apuntamos una consideración de orden práctico. Si bien la Ley no exige al órgano de administración que justifique su decisión, parece aconsejable que lo haga, para cubrirse frente a futuras impugnaciones. Se trata de que aparezca fundado el rechazo. Porque es indiscutible que la administración de la compañía debe contar con indicios, justificados y de peso -para que sea más que una mera sospecha o conjetura-, de los que quepa inferir -como plausible- un riesgo de empleo torcido de la información solicitada. También es posible, de acuerdo con las exigencias de la buena fe y de básica prudencia probatoria, que el órgano de administración pueda recabar del socio -cuando albergue dudas o sospechas- información acerca de la correlación de lo que pide con la conformación del sentido del voto. Como poco, preconstituye prueba si luego resulta que el riesgo se materializa. Pero también puede permitir al órgano de administración calibrar la dosificación o la formulación de la información de modo que, a la par que se

---

[131] Como se recoge, para nosotros de forma excesiva, en las SSTS, Sala Civil, núm. 204/2011, de 21 de marzo (RJ 2011\2890) y 531/2013, de 19 de septiembre (RJ 2013\6401).

satisface la necesidad del socio, se preserven determinados datos que no sea bueno, para la sociedad, que trasciendan.

Finalmente, cabe preguntarse si es posible rechazar una petición de información cursada con mala fe o de forma abusiva. Alguna opinión autorizada aboga por una respuesta afirmativa[132]. Nos alineamos con esta postura, pues siendo dudoso -como ya se ha defendido- que la *exceptio doli* pueda surtir alguna eficacia en un proceso judicial -por razones ya ofrecidas-, debe aprovecharse este momento, extraprocesal, de resistirse a una petición inspirada en la mala fe o que alberga un propósito torcido, para fundar una negativa a conceder lo que se pide.

3.2. Solicitud de información cursada durante la celebración de la junta en una sociedad anónima

Se ha interpretado unánimemente que resultan *inimpugnables* los acuerdos sociales adoptados en una junta de sociedad anónima cuando se pretenda basar el socio en la lesión del derecho de información al no haber recibido respuesta a una petición de datos cursada en el transcurso de la propia reunión[133]. Esto es lo que parece desprenderse del tenor literal del art. 197.2 LSC. Sin embargo, lo anterior requiere de matización y de una detenida consideración.

La Ley se refiere genéricamente a la circunstancia concreta de que no se pudiera satisfacer la petición de información en ese momento. Y esto constituye, también genéricamente, una lesión del derecho de información, según el apartado 5º del propio precepto. Sin embargo, esto que la norma considera de una forma tan imprecisa, admite muchas variantes. Desde la pura negativa a ofrecer las informaciones o aclaraciones requeridas hasta el hecho de que la respuesta no resulte objetivamente satisfactoria o, sencillamente, no satisfaga al socio. Esto sin contar con las situaciones en las que no sea materialmente posible dar respuesta en ese momento (porque, por ejemplo, la información sea de un alto nivel de detalle y no se encuentre disponible en este instante o su localización

---

[132] Así, por ejemplo, MORALES BARCELÓ, J., *El derecho de información*…, ob. cit., p. 74.

[133] En este sentido, véase MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., *Nuevas causas*…, ob. cit., pp. 251-253.

conlleve un tiempo excesivo, como para mantener interrumpida la sesión entre tanto). Y creemos también que no se debe dispensar el mismo tratamiento a la anterior situación que a aquella en la que la insatisfacción de la información solicitada carece de justificación (pues una determinada pregunta o aclaración era razonablemente previsible)[134].

El interrogante que se abre es evidente: ¿todos los anteriores escenarios deben recibir la misma respuesta en el sentido de considerar a todos ellos supuestos de inimpugnabilidad? Opinamos que no. Estimamos juicioso que no resulte susceptible de impugnación aquel caso en el que concurra una limitación objetiva para satisfacer la solicitud. En cambio, no consideramos lo mismo si de lo que se trata es de una insatisfacción carente por completo de justificación.

Tampoco conseguimos alcanzar a comprender por qué se considera inimpugnable aquel escenario en que se responda, pero tal respuesta sea insatisfactoria, mayormente por reputarse insuficiente. Más difícil aún se nos antoja que se pueda apreciar en el mismo momento que sea falsa -si es que lo es-. En tal caso, habría que calibrar las posibilidades reales -razonables- de proporcionar la información completa, o correcta, sobre la marcha. Porque si resulta plausible, no se alcanza a comprender por qué tal conducta se reputa inatacable.

La solución legal es ciertamente confusa. Se admite una lesión del derecho de información -si no se da respuesta durante la junta, cualesquiera que sean las circunstancias-, pero, todo lo más, se le reconoce al socio una acción indemnizatoria y el derecho a exigir la condena de la sociedad a prestar la información. La pregunta que no se puede evitar formular es qué sentido tenga que se pueda seguir todo un proceso judicial para desembocar en la obtención forzosa de una información que, así, sin más, es obvio que no contribuye en modo alguno a fijar el sentido del voto del socio. La pretensión indemnizatoria sí que se antoja acorde, aunque poco viable, salvo que lo que se pretenda sea la

---

[134] Intuimos esta panorámica, aunque no la desarrolla, en MORALES BARCELÓ, J., *El derecho de información*…, ob. cit., p. 29.

reparación del daño moral[135]. A lo anterior se debe añadir una complicación. No resulta claro en qué momento y bajo qué circunstancias nace tal acción resarcitoria. Si lo hace con la mera falta de respuesta en el acto, o si es cuando esta no se haya proporcionado en el transcurso de los siete días siguientes a la celebración de la reunión. La primera alternativa se antoja irrazonable, toda vez que se generaría responsabilidad con independencia de que *a posteriori* de la junta se diera satisfacción al socio con respecto de su petición de información. En cambio, sí parece que tenga sentido que se le reconozca al socio tal acción cuando la sociedad tampoco haya desatendido su pedimento en esos siete días posteriores.

Por último, resta por abordar la espinosa cuestión de la extensión analógica de esta regla jurídica -expresamente previa para las sociedades anónimas- al caso de las sociedades de responsabilidad limitada[136]. El art. 196 LSC, que disciplina la forma de ejercitar el derecho de información en las juntas de esta última forma societaria, no dice nada ni tan siquiera parecido a lo que hemos analizado anteriormente en relación con el art. 197 del mismo cuerpo legal. Se limita, el primer precepto, a establecer el derecho del socio a solicitar «informes» o «aclaraciones», tanto antes, como durante, el desarrollo de la junta. Y no se contempla nada en absoluto sobre la posibilidad de que quede insatisfecha la petición y de que se pueda satisfacer *a posteriori*, en algún plazo de tiempo determinado. Tampoco establece la *inimpugnabilidad* de los acuerdos cuando se trate de la lesión de tal derecho.

No compartimos la tesis[137], generalizada[138], según la cual, en el caso del art. 196 LSC, se advierte una laguna legal que debe colmarse por vía de analogía -*ex* art.

---

[135] Las anteriores consideraciones críticas las ha formulado anteriormente MORALES BARCELÓ, J., *El derecho de información*…, ob. cit., p. 206.

[136] Lo que se defiende por algunos autores, como es el caso de MORALES BARCELÓ, J., *El derecho de información*…, ob. cit., p. 32.

[137] Como tampoco hace MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., *Nuevas causas*…, ob. cit., pp. 242 y 252.

[138] Resulta frecuente que los Magistrados de lo Mercantil, a nivel de todo el Estado, puedan «establecer» (en clara infracción de lo dispuesto en el art. 1.6 CC), en el marco de unas «Jornadas» (me refiero a las celebradas en Pamplona los días 4, 5 y 6 de noviembre de 2015) o de un «Seminario» (en alusión al celebrado en Madrid, del 2 al 4 de marzo de 2016, sobre

4.1 CC-. Concretamente, analogía *legis*, sustentada en el enunciado jurídico único contenido en el art. 197.5 LSC. De tal suerte que la insatisfacción del derecho de información durante el transcurso de una junta de sociedad de responsabilidad limitada también debe reputarse *inimpugnable*. La discrepancia la sustentamos en la premisa de partida del anterior razonamiento. No hay una laguna legal. El derecho de información del socio durante la celebración de la reunión se reconoce en el caso de ambas formas societarias. Sólo que en ambos casos se regula de manera distinta, pero se regula, que es lo que resulta capital. No existe un descuido o un olvido del legislador, en el sentido de que se hubiera dejado de normar el caso de las sociedades de responsabilidad limitada[139]. Es más, ambos preceptos se suceden y significativamente se regula primero el supuesto de las sociedades de responsabilidad limitada. Añádase, asimismo, una circunstancia sumamente elocuente: la actual redacción del art. 197 diverge de la anterior, precisamente, en punto al aumento significativo de los motivos que legitiman la denegación de información[140].

La circunstancia de que se disciplinen de modo distinto no es razón suficiente, a nuestro entender, para poder presumir que en cuanto a las sociedades limitadas el legislador ha incurrido en un descuido que se debe reparar por vía analógica trasladando sin más esa singularidad regulatoria de las sociedades anónimas. Por el contrario, entendemos que concurren razones más que plausibles para defender que el legislador quiso disciplinar ambos supuestos de hecho de manera diferente. Probablemente, las magnitudes de las juntas de accionistas (por el número de asistentes, por la complejidad cualitativa de los asuntos abordados, por el volumen de la información y por otras razones que corren parejas) fuerzan a otorgar al ejercicio del derecho de información -y a las consecuencias de su insatisfacción- una consideración diferente que en el caso de las sociedades limitadas, donde sus proporciones menores -lo que suele

---

criterios interpretativos de la reforma de la Ley de Sociedades de Capital de 2014), cuál sea el sentido de las normas.

[139] Se ha sostenido -acertadamente, opino- que las diferencias que el Legislador ha establecido entre ambas formas societarias son plenamente conscientes. Así opina, entre otros, MORALES BARCELÓ, J., *El derecho de información*…, ob. cit., p 127.

[140] Cfr. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., *Nuevas causas*…, ob. cit., p. 242.

verificarse en la mayoría de los casos- no demandan las mismas contemplaciones. Por tanto, amén de que no concebimos la existencia de una laguna en este caso, tampoco estimamos defendible la concurrencia de «identidad de razón» que exige el art. 4.1 CC para operar la analogía. En la misma línea estimamos discutible que esta tesis de equiparación analógica pueda sustentarse en el frágil argumento de que «no hay razón para la diferencia[141], presumiendo que el legislador haya actuado de forma equivocada, imprudente o sencillamente gratuita.

3.3. Acuerdos dejados sin efecto o sustituidos válidamente por otros

Por más que un determinado acuerdo pudiera ser susceptible de impugnación por razón de la lesión del derecho de información, aquella no podrá prosperar si el primero se ha dejado sin efecto o se ha sustituido válidamente por otro. Esto es lo que impone el art. 204.2 LSC.

La norma discrimina dos escenarios, según sea el momento de la anulación o de la sustitución previo o posterior a la interposición de la demanda. Si es anterior, y según hemos sostenido anteriormente, caben diversas respuestas, sin que sea posible discernir cual es la correcta. Si, en cambio, tales circunstancias antes expresadas acontecen con posterioridad a la iniciación del proceso, lo que procederá es la terminación anormal de aquel por pérdida sobrevenida de su objeto, *ex* art. 22 LEC.

3.4. Carácter no esencial de la información incorrecta o insuficiente

La regla general, que sienta el art. 204.3.b LSC, establece que si la información proporcionada al socio -a petición de este- resultara incorrecta o insuficiente, entonces el acuerdo, o los acuerdos, resultarán inimpugnables, siempre y cuando dicha información resulte *no esencial* para el ejercicio razonable del derecho de voto o de cualquier otro derecho de participación[142].

---

[141] Como afirman los «Magistrados de lo Mercantil» en su «Seminario» de marzo de 2016.

[142] Comprendiendo bajo esta categoría, tanto el derecho al complemento de la convocatoria, como el de formular nuevas propuestas de acuerdo, en el caso de las cotizadas -art. 519 LSC-, tal y como acertadamente pone de manifiesto MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., *Nuevas causas*…, ob. cit., p. 255.

Es inevitable reparar, antes que nada, en cierto desajuste en la redacción del precepto concernido. En un primer momento se refiere a la «insuficiencia» de la información facilitada. Sin embargo, luego sustituye la anterior expresión por la locución «no facilitada». Nos podemos figurar que el legislador no quiso sentar ninguna diferencia, que, por otra parte, no tendría sentido. Más bien pensamos en que se trate de una cuestión de mera redacción, por mor de no repetir palabras. Sin embargo, esta divergencia en cuanto a las expresiones empleadas no es baladí. Una cosa es que la información proporcionada se repute «insuficiente» y otra completamente diferente es que «no se haya facilitado». Es una cuestión de medida, si se quiere, pero con efectos relevantes. En el primer caso se ha proporcionado, pero no de forma completa o exhaustiva. Falta contenido, ya sea cualitativa, ya sea cuantitativamente. En el segundo caso, en cambio, se habla de una falta completa de entrega de la información requerida.

La interpretación más apropiada, a nuestro entender, es aquella que permita superar esta inconsistencia. Y, en este sentido, abogamos por equiparar, a los solos efectos interpretativos, ambas expresiones, en el sentido de que el legislador se ha querido referir por igual al fenómeno de la carencia de información, con independencia de que sea total o parcial. Esto encaja, en nuestra opinión, con el hecho de que, ya sea que falten determinados elementos informativos, ya sea que no se dispone de nada en absoluto, esa información parcial o totalmente insatisfecha no es esencial para el ejercicio razonable -por un socio medio- del derecho de voto o de cualquier otro derecho de participación. En definitiva, cualquier deficiencia de la información -errónea; incompleta; o sencillamente inexistente- no influye en modo alguno en la posibilidad de que el socio pueda fijar su voluntad.

Otra cuestión distinta, aunque igualmente de índole semántica, es la vaguedad de las expresiones empleadas por el legislador («incorrecta», «insuficiente»)[143]. En el caso de la primera de ellas, relativa a la incorrección, el juicio calificativo parece ciertamente difícil. Bien mirado, la información puede reputarse

---

[143] Al respecto coincido con MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., *Nuevas causas*…, ob. cit., p. 254. También MORALES BARCELÓ, J., *El derecho de información*…, ob. cit., pp. 197-198.

«incorrecta» cuando la proporcionada no sea -objetivamente- adecuada para el juicio que debe efectuar el socio. Piénsese en que pide un dato o la justificación de alguno y los documentos que se le proporcionan no responden exactamente a eso y sí a otra cosa distinta. Pero también cabe pensar en que la información ofrecida contenga errores, pues este también es, semánticamente hablando, un supuesto de incorrección. Una tercera variable que cabe considerar es la de aquellos supuestos en que la información facilitada no se corresponde con la realidad material (sea esta relativa a un inventario de stock o a las cifras de los saldos bancarios, por decir algo).

Sin embargo, lo determinante no es lo anterior, sino la nota que se atribuye a esa información, cual es que no sea «esencial»[144]. Expresiones sinónimas pueden ser «relevante», «influyente» o «trascendente». Consideramos que a lo que se refiere el legislador es a que esa información no forme parte del conjunto de datos sobre los que el socio fundamente su argumentación práctica cuya conclusión es una decisión sobre el modo de actuar. No será, por tanto, «esencial» si no le rinde ningún servicio significativo a tal fin. Como quiera que sentar gradaciones de lo que sea relevante -o influyente- nos aboca de nuevo a una mayor vaguedad, preferimos enfocarlo desde una perspectiva funcional radical: sin esa información puede fijar su postura igualmente. Se considera desde una perspectiva binaria: o le impide fijar postura, o no se lo impide en

---

[144] La SAP de Barcelona (Sección 15ª) nº 9/2019, de 4 de enero, realiza un breve análisis de lo que considera que el legislador ha entendido por «esencial» en el FJ 2 cuando analiza el cauce de la cuestión incidental de previo pronunciamiento: *«(…) El carácter esencial o no del defecto alegado se convierte en un óbice procesal que ha de ser resuelto mediante la cuestión incidental* [de previo pronunciamiento] *(…). Por ello, parece lógico pensar, que la cuestión incidental* [de previo pronunciamiento] *ha de referirse únicamente a la omisión o incorrecta información alegada, sin que sea objeto de este incidente la información que realmente fue proporcionada, es decir, la valoración de la prueba sobre la información ofrecida por la compañía ha de ser objeto del juicio principal y de la sentencia. Es decir, este primer juicio sobre la importancia de los defectos de información alegados, no impide que, una vez practicada la prueba sobre la información ofrecida, sus defectos no sean esenciales como para justificar la nulidad de los acuerdos. 9. En resumen, hay que hacer dos juicios o valoraciones, la primera, sobre el carácter esencial de la información ocultada, según lo alegado por las partes en la demanda, en la cuestión incidental y en la contestación a dicha cuestión, a los efectos del ejercicio de derecho al voto por el socio, y, la segunda, sobre el carácter esencial de la información realmente ocultada al socio, una vez practicada y valorada la prueba propuesta. Creemos conveniente aclarar que la valoración efectuada a nivel incidental no debería condicionar la segunda, ya que los defectos alegados y los después probados pueden ser diversos»*.

absoluto. En este último supuesto nos encontraremos con un caso de información «no esencial».

Aunque ya hemos avanzado la idea del enfoque estrictamente funcional del aludido carácter «no esencial» de la información, estimamos apropiado reparar brevemente en ello. El juicio de «relevancia» -para emplear la terminología que más fortuna ha hecho entre los intérpretes- se debe asentar en la consideración de la posibilidad de ejercitar -razonablemente- el derecho de participación de que se trate en cada caso. Que el socio pueda decidir algo en cada concreto supuesto dependerá de la posibilidad de realizar tal juicio, lo que a su vez requerirá de una serie de datos. En este sentido, la enunciación de la propuesta de acuerdo en el orden del día de la junta revestirá notable relevancia. Según sea de lo que se trate, cabrá calibrar qué información se precisa. Lo que, a su vez, y en muchos casos, se puede extraer de las normas jurídicas, como seguidamente veremos.

La «razonabilidad» a la que se refiere la Ley en relación con el ejercicio del derecho alude a un criterio más de determinación de la relevancia. Conviene explicarse. Para poder sentar un juicio en un caso determinado, con un umbral determinado de información será suficiente. Obviamente que todo dato que se pueda manejar sobre ese umbral contribuirá únicamente a hacer de la decisión algo mejor fundado. Lo que evidentemente se puede extremar hasta el paroxismo o un perfeccionismo insano e, incluso, innecesario. Lo que el legislador pretende es que un socio, con un nivel cultural medio, pueda formar criterio, sin caer en errores o en malentendidos. Por supuesto, todo es perfectible, máxime en el ámbito de los juicios prácticos, en los que se cumple que, a más información disponible -presuponiendo su calidad-, mayor probabilidad de acierto. Sin embargo, la norma se enfoca en la «suficiente» como para adoptar una decisión. Esto comporta que la petición de información, cuyo contenido excede ese umbral mínimo, y que resulte insatisfecha, no le dará derecho al socio a impugnar el acuerdo social de que se trate. Dicho de otro modo, las carencias o los defectos en la información proporcionada que

directamente no resulte funcional[145] o que se repute excesiva desde este mismo prisma pragmático, no permitirá la impugnación del acuerdo correspondiente.

Obvio es decir que la regla es notablemente imprecisa. Quizás porque no resulte posible alcanzar mayores cotas de exactitud o de taxatividad. Sea como fuere, la determinación del carácter «no esencial» deberá enjuiciarse caso por caso. En este sentido, se encuentran casos judiciales, de reciente resolución, que pueden contribuir a sentar pautas de calificación en supuestos venideros. Así, por ejemplo, en un litigio que se ventilaba en relación con la aprobación de una determinada remuneración para el administrador de la compañía, el socio luego demandante solicitó una ingente cantidad de información. Entre otras muchas cosas de orden análogo -y que no se mencionan aquí por no dificultar la correcta comprensión de la controversia-, se pidió, en un determinado caso[146], «*la estructura organizativa y operativa del grupo Eslinga Sanitaria actual: Organigrama. Personal directivo. Funciones y actividades realizadas por cada uno de los directivos. Detalle de los contratos suscritos con los mismos. Retribuciones dinerarias y no dinerarias percibidas en el ejercicio 2014-2015. Comparativa con el sector hospitalario. Profesionales y asesores externos "no sanitarios": Funciones y actividades realizadas por los mismos. Detalles de los contratos suscritos. Retribuciones dinerarias y no dinerarias percibidas en 2014-2015. Retribuciones dinerarias y no dinerarias de socios y personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes y administradora. Ejercicios 2014-2015. Funciones y actividades realizadas por los mismos. Comparativa de las mismas categorías en el sector hospitalario*».

En ese supuesto, el tribunal de apelación, con buen criterio, parte de una consideración bien sencilla, pero sumamente sensata. De lo que se trataba era de la aprobación de la remuneración del administrador de la compañía (que, además, fungía como director general de la empresa). Para fijar postura con

---

[145] En relación con la «funcionalidad» de la información, confróntese MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., *Nuevas causas*…, ob. cit., p. 254.

[146] Tomado de la SAP Alicante, sección Tribunal de Marca Comunitaria, núm. 35/2018, de 29 de enero (AC 2018\645).

respecto de ello, el criterio más seguro es atender a los criterios que se fijan al respecto en el art. 217.4 LSC. En tal precepto se alude a «*la remuneración de los administradores deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables*».

Pues bien, para poder votar sobre tal particular, la información esencial se correspondía con toda aquella que proporcionase datos sobre los citados parámetros normativos. En este sentido resultaba suficiente con asomarse a las cuentas anuales y, más exactamente, a la cuenta de explotación de la sociedad, para obtener los datos esenciales. Al parecer, en aquel caso tal cuenta arrojaba una cifra de ocho millones de euros y la retribución aprobada para el administrador era de seis mil euros anuales. La proporción era mucho más que razonable con respecto de la importancia de la sociedad -notable, a juzgar por la cifra antes consignada-, su situación económica -más que saneada- y los estándares de mercado de empresas comparables -que suponemos inferiores o semejantes-.

Pero lo que está fuera de toda duda es que la información solicitada por el socio demandante -de la que se ha extractado tan solo un fragmento- no tenía ningún papel en el juicio práctico del socio de cara a fijar el sentido de su voto. Era intrascendente, irrelevante e inoperante. En definitiva, se la podía reputar como «no esencial» sin ningún género de duda.

IV. SUPUESTOS DE *IMPUGNABILIDAD*

En este epígrafe nos vamos a ocupar de los supuestos en que sí resultan, los acuerdos sociales, plenamente impugnables. Como ya hemos adelantado anteriormente, se sigue la filosofía del texto normativo, que prima la *inimpugnabilidad* sobre su antagónica. En este sentido, debe destacarse el afán del legislador por maximizar la conservación de los acuerdos sociales que sólo podrán ser impugnados en los supuestos en que la lesión del derecho de información sea realmente clara y trascendente.

4.1. La falta total de respuesta

Debe repararse cuidadosamente en el tenor literal del art. 204 LSC. Comienza estableciendo, en su primer apartado, que cualquier acuerdo contrario a la Ley (además de las otras reglamentaciones y del interés social), convierte a aquel en *impugnable*. Por ende, si el derecho de información está reconocido y amparado en la norma (arts. 196 y 197 LSC), su lesión constituye una infracción legal. En suma, tal lesión supondrá el nacimiento del derecho de acción a favor del socio. En este sentido, el rechazo, expreso o tácito, pero total, de una solicitud de información formulada por un accionista o un socio, lesiona el derecho de información de estos y, en consecuencia, le otorga acción para promover su anulación judicial[147].

Consideramos oportuno precisar que, a estos efectos, la misma consideración debe recibir el supuesto en que se produce una negativa simple, ya sea expresa o tácita, como aquel otro en que se justifica la denegación en una motivación que quepa reputar inverosímil, no razonable o sencillamente irracional[148].

El supuesto que nos ocupa escapa, por otra parte, a la excepción contemplada en el art. 204.3.b LSC. En este precepto se priva de acción a los supuestos en que -dando por sentado que se lesiona el derecho de información- a pesar de proporcionarle al socio información errónea o insuficiente, esta última no es relevante -incluso, ineficaz- para la plausibilidad del ejercicio de los derechos de voto y demás de participación. Y decimos que el caso de la falta total de información escapa a este supuesto de excepción porque aquí hay información, incorrecta, incompleta o de cualquier otra forma defectuosa, pero la hay, al fin y al cabo. En lo que ahora concierne, el socio solo obtiene la callada por respuesta o una contestación negativa, no amparada en causas objetivamente fundadas de denegación.

Conviene matizar que los cumplimientos aparentes o puramente ficticios -en los que se le da al socio cosa distinta de la que pide- deben mejor contarse en el

---

[147] Por todos, MORALES BARCELÓ, J., *El derecho de información*…, ob. cit., p. 197.

[148] Sobre la equiparación de los supuestos de justificación inverosímil, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., *Nuevas causas*…, ob. cit., p. 253.

grupo de casos que aglutina a la información errónea y a la incompleta, pensando en esta primera subcategoría. Recuérdese que allí no discriminábamos -porque la ley no lo hace- entre errores involuntarios y yerros premeditados -o dolosos-. Así pues, dar información distinta de la pedida, encaja en esta otra tipología de casos, de la que, en parte, nos ocuparemos un poco más adelante.

Por último, se quiere apostillar, y sin que se considere un presupuesto o condición para que se estime una demanda de impugnación sustentada en esta causa, que el socio debe mostrarse activo y diligente en relación con su petición, insistiendo, si no recibe respuesta de primeras, en su pedimento.

4.2. La denegación antijurídica

Se ha adelantado ya que la propia Ley autoriza al órgano de administración de la compañía a denegar información que se le haya solicitado. En el caso de las sociedades anónimas se cuenta con una pluralidad de motivos (art. 197.3 LSC), mientras que en el caso de las limitadas sólo se contempla, como supuesto de negativa lícita, que la publicidad perjudique el interés social (art. 196.2 i. f. LSC). A esto último debe adicionarse una contra-excepción: aun cuando concurran dichas circunstancias, si el solicitante o los solicitantes ostentan una titularidad sobre el capital social como mínimo igual al 25%, entonces no cabrá la denegación (art. 196.3 LSC).

Advertida la anterior diferencia entre uno y otro tipo de forma societaria, no se nos alcanza la razón que la justifique, más allá de ambos tipos societarios provienen de dos leyes diferentes. En opinión de MARTINEZ-MACHUCA[149]: «(…) *Existen importantes diferencias entre el derecho de información regulado en las SL y en las SA. Así, se fija un plazo para que el accionista ejerza el derecho de información antes de la celebración de la junta general (artículo 197.1 LSC); el órgano de administración puede, en determinados casos, satisfacer el derecho de información del accionista hasta dentro de los siete días siguientes al de la terminación de la junta general (artículo 197.2 LSC); el derecho de información*

[149] MARTINEZ-GIJÓN MACHUCA, P., «Algunas cuestiones…, ob. cit.

del accionista se ha restringido expresamente en ciertos supuestos en los que aumenta la discrecionalidad del órgano de administración (artículo 197.3 LSC); el límite del 25 por 100 del capital social sólo es disponible en las SA, porcentaje que establece la barrera a partir de la cual el derecho de información del socio, *si se han cumplido los requisitos legales, se convierte en absoluto (artículo 197.4 LSC); se ha restringido el derecho de impugnación de acuerdos sociales por infracción del derecho de información del accionista (artículo 197.5 en relación con el artículo 204 LSC); se prevé la responsabilidad del accionista por la utilización abusiva o perjudicial de la información (artículo 197.6 LSC); se amplía el derecho de información contable del socio de la SL que represente, al menos, el 5 por 100 del capital social (artículo 272.3 LSC). Y, por último, el derecho de información, concretado en los documentos justificativos, es más amplio para el accionista en los supuestos de modificación de los estatutos sociales (artículos 287 y 301.3 LSC)* (…)».

En efecto, no se comprende porque en una sociedad de responsabilidad limitada un socio, o varios, no puedan solicitar información innecesaria para la tutela de sus derechos. Tampoco parece razonable pensar que, en una sociedad de este tipo específico, un socio no pueda pretender obtener datos para utilizarlos con fines extra sociales. Se puede conceder que estas corrupciones puedan acontecer más fácilmente en una sociedad anónima, pero no que en las limitadas tales conductas resulten de todo punto impensables.

Por otra parte, consideramos -desde una perspectiva de *lege ferenda*- que la fórmula normativa podía haber sido más genérica y, por tanto, más amplia, de modo que pudieran quedar comprendidas otras conductas semejantes en cuanto a su resultancia lesiva para con la sociedad. En este sentido, se estima más feliz una redacción que sencillamente permitiera denegar la información peticionada cuando, a juicio del órgano de administración, que deberá, esto sí, trasladar al solicitante de forma motivada, la información solicitada no resulte pertinente -en relación con la toma de postura en cuanto al ejercicio del derecho de voto o de los demás derechos de participación- o bien entrañe un riesgo objetivo de que resulte perjudicado el interés social a causa de un mal uso de la información. Incluso un tercer motivo, cuando el hecho de facilitar la información contravenga

una norma jurídica diferente a la LSC, como podrían ser cuestiones en materia laboral o de protección de datos.

Descendiendo a un mayor nivel de detalle -y fijando ahora la mirada en las sociedades anónimas-, encontramos sensato que el órgano de administración pueda efectuar un juicio de pertinencia de la información que se le ha pedido. Juicio que, insistimos, deberá ser motivado, siendo, en cambio, reprochable una lacónica respuesta denegatoria, sustentada únicamente en la expresión legal de que al socio esa información le será de todo punto innecesaria para el normal y correcto ejercicio de sus derechos.

Por otra parte, y por lo que hace a la existencia de un riesgo efectivo de que se dé un mal uso a la información, resulta necesario efectuar una serie de consideraciones. Aplaudimos, en primer lugar, el acierto del legislador cuando exige la concurrencia, en presente -es decir, al momento de adoptar la decisión denegatoria- de razones objetivas que permitan tener como posible un uso de los datos en un ámbito extra social. Deberá poderse constatar que, en el momento presente, existen evidencias de riesgo de que se pueda dar un uso ilegítimo a la información. Lo cual, por otra parte, se antoja harto infrecuente. Será difícil que se pueda probar ese riesgo, que no es en absoluto genérico, sino que debe ser concreto, existente y plausible su materialización futura.

Por último, queremos referirnos al posible perjuicio, para el interés social, que reporte la publicidad de la información. He aquí que topamos con un supuesto de difícil gestión para el órgano de administración. Toda cesión de información está expuesta a tal publicidad. De esta forma, en todo caso cabría denegar la información. Sin embargo, parece sensato acotar el alcance de la imprecisa, por excesivamente amplia, expresión normativa. Parece apropiado aplicar una suerte de «*test de peligrosidad de la publicidad de la información*». Habrá numerosa información cuya publicación no le haya de causar un perjuicio, directo y objetivo, al interés social. Por ejemplo, sí habrá razón para temer las consecuencias del conocimiento por terceros -por ejemplo, competidores- de un prometedor proyecto de negocio que la compañía se haya propuesto acometer. En cambio, ninguna trascendencia extramuros tendrá decidir sobre la

remuneración del administrador o sobre un cambio de domicilio social en el caso de una sociedad de responsabilidad limitada.

Sea como fuere, la denegación debe ser motivada, aunque se exprese tal decisión de forma oral. Porque de lo que se trata en última instancia de que la denegación no se considere abusiva por infundada o, más sencillamente, directamente arbitraria.

4.3. Información incorrecta o insuficiente y esencial para el ejercicio razonable de los derechos de participación

Aun cuando en lo sustancial ya se ha efectuado cumplida referencia en el apartado correspondiente de los acuerdos *inimpugnables* (ver 3.4), aquí tan sólo cabe subrayar que sí resultan impugnables aquellos acuerdos con respecto de los que se haya proporcionado información errónea o insuficiente que quepa reputarla esencial para el ejercicio razonable, para un accionista o socio medio, del derecho de voto o bien de cualquier otro derecho de participación.

Tratándose de información errónea, ya sea involuntariamente, ya sea de forma premeditada, o de información insuficiente, lo relevante es que los datos deseados resulten eficaces en el proceso de formación de la voluntad del accionista o socio. En cada caso se tendrá que evaluar hasta qué punto se alcanza ese estándar, desde una perspectiva pragmática, que apunta a la suficiencia de la información para poder ejercitar el derecho en términos razonables, para una persona con un nivel cultural medio. Como ya se ha indicado antes, cobra relevancia, a tal efecto, tanto el contenido de la propuesta de acuerdo que se contenga en el orden del día, como las posibles pautas o criterios sobre el contenido del potencial acuerdo recogidas en las normas legales. Lo que no quita que en toda esta cuestión se aprecie una considerable imprecisión que fuerce a tener que decidirse de forma casuística.

4.4. Denegación de información solicitada en el transcurso de la junta

Según se ha sostenido anteriormente, juzgamos impugnable aquel acuerdo con respecto del que se formularon preguntas o se interesaron aclaraciones en el

transcurso de una junta en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada[150] y estas no se dieron.

Partiendo de la discrepancia, ya justificada, con respecto de la posibilidad de la extensión analógica de lo previsto en el art. 197.4 LSC a las sociedades limitadas[151], entendemos que la disparidad de regímenes jurídicos autoriza a contemplar como efectivamente impugnable un acuerdo adoptado en la junta de una limitada cuando no sé dé satisfacción al derecho de información ejercitado por el socio en el transcurso de la reunión.

V. IMPUGNABILIDAD y *EXCEPTIO DOLI*

No se puede desconocer el que la LSC haya previsto la posibilidad de que el derecho de información se ejerza de forma abusiva o de mala fe[152]. Efectivamente, el único enunciado jurídico del apartado 6º del art. 197 LSC viene formulado de la manera siguiente:

> «*En el supuesto de utilización abusiva o perjudicial de la información solicitada, el socio será responsable de los daños y perjuicios causados*.»

Ahora bien, la concurrencia de un tal abuso no se contempla en absoluto como una suerte de presupuesto de procedibilidad de la acción de impugnación[153]. Pero opinamos que no se puede despreciar en absoluto la posibilidad de que la sociedad demandada pueda oponerse legítimamente, fundándose en la mala fe y el abuso del derecho del socio actor, invocando para ello el art. 7 CC.

---

[150] Según afirma MORALES BARCELÓ, J., *El derecho de información*…, ob. cit., p. 202, no han faltado autores que así se pronuncian. Y destaca, asimismo, la SAP Madrid nº 197/2019, de 12 de abril.

[151] De la que se muestra partidaria MORALES BARCELÓ, J., *El derecho de información*…, ob. cit., pp. 203-204.

[152] Lo que viene abonado por una postura consolidada en nuestros Tribunales, según expone CABA TENA, A., *Algunos aspectos*…, ob. cit., p. 574.

[153] En sentido contrario, MORALES BARCELÓ, J., *El derecho de información*…, ob. cit., pp. 196-197, parece admitir que se encontraría implícito en los arts. 196 y 197 LSC el derecho del órgano de administración a rechazar peticiones de información que se hayan cursado con mala fe y de forma netamente abusiva. Su tesis se sustenta -aunque no lo exprese abiertamente- en una suerte de procedimiento analógico con respecto de los demás supuestos que sí se plasman taxativamente en ambos preceptos.

Con una perspectiva más bien de *lege ferenda*, concebimos la alegación de la *exceptio doli* en los siguientes supuestos:

(i) Cuando, en el caso de una sociedad limitada, el socio haya interesado información -de envergadura, cualitativa o cuantitativa- con una antelación insuficiente con respecto de la celebración de la junta, siendo que la satisfacción no haya sido objetivamente posible, a pesar de obrar el órgano de administración con la diligencia media exigible[154]. No se descarta que esto también pueda acontecer en el caso de una sociedad anónima, aunque es más difícil puesto que el órgano de administración dispondrá de, como mínimo, siete días para preparar y remitir la información requerida (*ex* art. 197.1 LSC).

(ii) Cuando -reconociendo que este supuesto puede resultar discutible[155]- se haya producido la denegación de la información a pesar de que el socio, o grupo de socios, que la hubieran interesado representen una cuota del capital social como mínimo igual al veinticinco por cien, si la negativa se justificó en el interés superior de la sociedad en preservar determinada información relevante, delicada o fatal en manos de terceros competidores. Se juzga necesario que la sociedad justificase en el momento la razón de su postura renuente y pusiera de manifiesto la existencia de datos objetivos que permitan afirmar la concurrencia de un efectivo riesgo de perjuicio para la propia sociedad.

(iii) Cuando la razón por la que se haya proporcionado información errónea o insuficiente, en todo caso esencial para la fijación de postura por parte del socio en relación con el ejercicio razonable de un derecho de participación, haya obedecido a la incorrecta, imprecisa o confusa formulación de la petición o a la excesiva complejidad y/o magnitud de los datos requeridos. Si el socio ha

---

[154] Se ha reconocido este supuesto, si bien anudando la envergadura de la información interesada a la paralización de la sociedad, imprescindible para poder dar satisfacción a la petición del socio, o socios. Así, MORALES BARCELÓ, J., *El derecho de información*…, ob. cit., p. 79. Estimamos innecesario que se tenga que llegar al escenario de la paralización para poder reputar abusivo el ejercicio del derecho de información. Con expresión de alguna casuística interesante, véase CABA TENA, A., *Algunos aspectos*…, ob. cit., p. 575.

[155] Atendido el carácter absoluto de este derecho cuando el socio, o socios solicitantes, cuenten, como mínimo, con una participación en el capital social del 25%, como afirma MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P., «Algunas cuestiones…, ob. cit.

propiciado o ha favorecido la disfunción, no debería resultar admisible que se ampare en ella para pretender la impugnación del acuerdo.

(iv) Cuando el motivo por el que se haya dejado de satisfacer una petición de información cursada en el transcurso de una junta general de una sociedad limitada hubiese sido la complejidad, cualitativa o cuantitativa de los datos requeridos[156].

(v) Cuando el socio formule su petición y, ante la falta de respuesta, adopte una postura de absoluta pasividad, procediendo luego a impugnar los acuerdos concernidos. En tal caso, y según los dictados de la buena fe, lo procedente hubiese sido cursar un recordatorio[157]. Si tras ello se mantiene la postura silente o renuente de la sociedad, la impugnación debería prosperar sin problema.

(vi) Cuando el socio se percata de que la información recibida contiene un error (o varios) o bien presenta faltas y, lejos de requerir a la sociedad para que subsane el error o complete la carencia, guarda silencio y derechamente interpone demanda de impugnación[158].

(vii) Cuando al socio le asaltan dudas en relación con la información disponible y, en lugar de solicitar aclaraciones previas a la celebración de la junta, formula en la misma un sinfín de cuestiones de imposible o muy difícil satisfacción en el acto[159].

Ahora bien, una cosa es que resulte razonable plantearse, como posible, la defensa de la sociedad mercantil demandada fundada en cualquiera de dichas circunstancias, y de otras análogas, y otra, bien distinta, es que eso resulte posible desde una perspectiva de *lege lata*. Recuérdese que en un momento anterior de este trabajo ya se justificó cumplidamente -no incidiremos nuevamente en la argumentación en que nos sustentamos- que la concurrencia

---

[156] La petición de información puede resultar perturbadora del correcto desarrollo de la junta de socios cuando aquella resulte difícil de proporcionar en el acto, siendo posible haber cursado la petición *ex ante*. Sobre el particular, véase STS, Sala Civil, nº 530/2010, de 26 de julio.

[157] Cfr. MORALES BARCELÓ, J., *El derecho de información*…, ob. cit., p. 82.

[158] Véase STS, Sala Civil, nº 521/2010, de 3 de julio.

[159] Véase STS, Sala Civil, nº 482/2010, de 23 de julio.

de ambas reglas jurídicas -aquí los arts. 204.3.b LSC, en sentido positivo, y 7.2 CC- daría lugar a una antinomia de segundo grado. Y que un juez que quisiese conducirse con arreglo a Derecho procesal y material no podía desestimar la demanda del actor cuando esta se fundara en la primera de las reglas jurídicas. Ni tan siquiera cuando el demandado esgrimiese la mala fe y el abuso del derecho por vía reconvencional. Según hemos sostenido ya previamente, por dos veces, esta es una de las principales fallas del régimen jurídico de la impugnación de acuerdos sociales.

Ahora bien, si nos mudamos a una perspectiva de *lege ferenda*, sí que parece posible que, en una misma, única regla jurídica, a través de un enunciado jurídico prescriptivo secundario, se obligara al juez en los siguientes términos:

> *Si se dejara de proporcionar al socio la información interesada, o bien se denegara esta sin concurrir ninguna de las causas legales, o bien la proporcionada fuera errónea o insuficiente a los efectos de poder fijar postura en relación con la asistencia o el voto en una junta, el juez estará obligado a anular el acuerdo social concernido, salvo que la petición del socio se haya cursado de mala fe o con abuso de derecho, en los términos del art. 7.2 CC, en cuyo casos tendrá que desestimar la demanda*.

VI. ANÁLISIS DE UNA SENTENCIA PARADIGMÁTICA

Una buena forma de evaluar el acierto de una determina regulación legal es su sometimiento a las tensiones de su aplicación para la solución de conflictos jurídicos reales. El análisis teórico y analítico, que es imprescindible y muy provechoso, no debe ser el único mecanismo de control de la probidad de las normas. Su eficacia práctica es igual o más relevante, en tanto que las reglas se promulgan para la decisión de controversias del mundo real.

He aquí que uno de los más recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo con respecto de la lesión del derecho de información -por supuesto posterior a

la reforma de 2014- lo constituye la Sentencia nº 670/2021, de 5 de octubre[160]. Y resulta particularmente ilustrativa por la sencilla razón de que se aborda la cuestión atinente al ejercicio abusivo y contrario a la buena fe de la acción impugnatoria, según esgrime la sociedad mercantil demandada.

En apretada síntesis -y haciendo mías las palabras del alto Tribunal-, los hechos fueron los siguientes: «*El 28 de julio de 2016 se celebraron sendas juntas generales ordinaria y extraordinaria de la sociedad Inmobiliaria Aresco S.A., en las que se acordaron la aprobación de las cuentas anuales de 2008 a 2015 (en la junta ordinaria) y la reactivación de la sociedad, que estaba en proceso de liquidación, mediante una operación acordeón, consistente en la reducción del capital social a cero y simultánea ampliación a 60.000 €; así como el nombramiento de administrador social (en la junta extraordinaria). En las convocatorias de las juntas se había hecho constar que la información relativa a los puntos del orden del día estaba a disposición de los socios en el lugar donde se iban a celebrar (una notaría de Zaragoza)*.

(…) *En la convocatoria se designó un lugar para consultar la documentación que no era correcto y los socios acudieron a dicho lugar en dos ocasiones y no pudieron satisfacer su derecho.* (…) *El día de celebración de la junta general tampoco estaban a disposición de los socios las cuentas anuales y el resto de documentos que afectaban al orden del día*.»

Una primera línea de examen casacional gira en torno a la relevancia de la información solicitada de cara al ejercicio del derecho de voto. Según parece desprenderse del tenor literal de la resolución, la sociedad demandada habría esgrimido, a favor de la falta de relevancia, que «*prueba de ello es que los demandantes no manifestaron interés alguno en obtener información hasta tres días antes de la celebración de la junta general. El error en la convocatoria sobre el lugar donde se podía consultar la documentación no impidió que pudiera obtenerse la información, puesto que los demandantes podían haber mantenido una actitud más diligente y haberse dirigido directamente a los administradores,*

---

[160] El ponente es el Excmo. Sr. Magistrado P.- J. VELA TORRES.

en vez de esperar pasivamente a que llegara el momento de celebración de la junta».

A este respecto, el parecer de la Sala es que «*cuando el objeto de la junta general sea la aprobación de las cuentas anuales y la censura de la gestión de los administradores, el ámbito de la información que puede ser solicitada por el accionista es muy amplio, pues debe admitirse cualquiera que guarde relación con las cuentas y la gestión*» (citando y remitiéndose a la STS 986/2011, de 16 de enero [RJ 2012, 177]). Nada que objetar a esta última aserción. Sin embargo, cuando aplica lo anterior a los hechos del caso, resulta discutible el razonamiento del Tribunal: «*En este caso, que en la convocatoria se señalara como lugar donde estaba depositada la información contable y la relativa a la modificación del capital social y reactivación de la sociedad un lugar en el que realmente no se encontraba, aunque fuera por error, no fue inane, como pretende la parte recurrente, puesto que dificultó en gran medida el acceso a la documentación, una vez que los socios interesados acudieron al lugar señalado y no pudieron tener acceso (puramente físico) a la información pretendida, con el resultado de que acudieron a las juntas generales sin haber podido examinar ningún documento. E igual sucede con los demás acuerdos, que también eran de gran relevancia, pues suponían nada menos que reactivar una sociedad que llevaba varios años en liquidación*.

Si a ello unimos (…) *que en el acto de la junta tampoco se pusieron los documentos a disposición de los socios, no puede considerarse irrelevante, en los términos del art. 204.3.b LSC, la información no suministrada, puesto que resultaba "esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación". Lisa y llanamente, no hubo información alguna sobre datos esenciales para aprobar los acuerdos adoptados, tanto en lo referente a la aprobación de las cuentas como a la reactivación de la sociedad (previos reducción y aumento del capital)* (…). *La trascendencia de la información no depende de la actitud del socio (no es un requisito subjetivo), sino de la exigencia legal de su suministro a los socios en función de los puntos del orden del día que*

se van a tratar y votar en la junta general (carácter objetivo). Y el cumplimiento de tales exigencias compete a la sociedad.»

Cabe dudar del acierto de tales consideraciones por una cuestión muy sencilla: el discurso no se centra, en ningún momento, en si la información -como tal- era, o no, -razonablemente- imprescindible para formarse una opinión en cuanto al voto sobre los concretos enunciados del orden del día contenido en la convocatoria. Que no se dispusiera de la información -de la que efectivamente no se dispuso- no es lo relevante, sino el análisis funcional de la misma con respecto a las decisiones que se proponía adoptar. Justo es reconocer, no obstante, que en este caso se mezcla el derecho de información en sentido estricto y el derecho de documentación, cuyas diferencias intrínsecas ya han sido analizadas anteriormente. En parte, lo que se echa en falta aquí es la rendición de determinados documentos que se tienen que poner a disposición de los socios por estricto y exclusivo imperativo legal, lo pidan o no los socios.

La segunda de las cuestiones casacionales se considera más interesante que la anterior porque aborda la espinosa cuestión de lo que aquí se ha dado en denominar «*exceptio doli*», como herramienta defensiva en manos de la sociedad.

Por lo visto, y siempre según la redacción de la Sentencia, «*la parte recurrente considera, resumidamente, que los demandantes actuaron con mala fe y abuso del derecho al percatarse del error en la convocatoria y no haber desplegado actuación alguna para subsanarlo, limitándose a esperar la celebración de la junta general para poder impugnar sus acuerdos*». Ciertamente, y según lo que hemos defendido en un momento previo, la conducta de los accionantes es poco diligente y desde luego completamente pasiva por lo que respecta a acceder efectivamente a la información.

Según la Sentencia, «*es jurisprudencia reiterada de esta sala que el derecho de información está sujeto al límite genérico o inmanente de su ejercicio de forma no abusiva, objetiva y subjetivamente (sentencias 510/2010, de 21 de mayo [RJ 2010, 2684]; y 24/2019 de 16 de enero [RJ 2019, 149]). Lo que debe examinarse de forma casuística en función de múltiples parámetros, entre otros, las características de la sociedad y la distribución de su capital, volumen y forma de*

la información solicitada. *Es cierto que, dentro de esta casuística, hemos considerado abusivos casos en que el socio que es consciente de la existencia de alguna infracción legal en la convocatoria de la junta de socios o en la constitución de dicha junta, no la pone de manifiesto para que pueda ser subsanada*». Estimamos imprescindible resaltar dos extremos del anterior fragmento del discurso de la Resolución. Por una parte, el temible recurso a la casuística[161], lo que se compadece mal con la función unificadora de un tribunal de casación. Por otra parte, la imprecisión de la reseña de «parámetros» (solo se mencionan expresamente algunos) y de la propia expresión de los mencionados (por ejemplo, resulta de imposible manejo eso de «las características de la sociedad»)[162].

Frente a lo anterior -directrices interpretativas, parece que bien asentadas-, la Resolución que nos ocupa da un giro difícilmente aceptable. Tras espetar que el presente caso no resulta en absoluto subsumible en las mismas, aduce dos razones para ello.

La primera es sumamente discutible. Según el alto Tribunal queda justificada la actitud diligente de los demandantes por el hecho de que «(…) *en cuanto conocieron que la documentación no estaba en la notaría, levantaron sendas actas notariales en las que dejaron constancia de dicha circunstancia*». No se puede compartir esta postura. Que levantaran acta notarial de constancia sólo tuvo por objeto preconstituir prueba para el posterior proceso judicial impugnatorio. Es más, evidencia cuál era la postura de los accionantes: detectar cualquier anomalía y emplearla como ariete frente a los acuerdos que se pudieran aprobar (en el seno de un conflicto societario que venía de lejos). Frente a ello, lo procedente hubiese sido dirigir, si se quiere por vía notarial, un requerimiento a la sociedad para poner en su conocimiento la insatisfacción del derecho de información y para emplazarla para que se satisficiera en un

---

[161] Lo que el propio ponente de la Sentencia subraya cuando se desempeña como doctrina científica, según es de ver de su trabajo (VELA TORRES, P. – J. *Tratamiento jurisprudencial de los derechos del socio*, en «Derecho de sociedades. Los derechos del socio», M. B. González y A. Cohen (dirs.), edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 71.

[162] Desafortunadamente, no se encuentra mayor precisión en el trabajo antes mencionado de VELA TORRES, si atendemos al contenido de sus páginas 65 a 73.

determinado plazo de tiempo. Porque, como luego se supo, el yerro era fruto de un comprensible desliz en el documento de convocatoria: se había equivocado el señalamiento del lugar donde obraba la documentación, que no era la Notaría y sí el domicilio social.

La segunda corre pareja a la anterior, o, si se nos apura, es aún más cuestionable. Todo lo que espeta la Sentencia es que «(…) *no se trata de un simple error u omisión, desde el momento en que la información nunca estuvo a disposición de los socios*». El yerro lógico reside en sostener que el hecho de que la documentación no se encontrara en la Notaría -y desconocemos si también incluye el hecho de que luego no se tuviera a mano en el decurso de la propia junta- evidencia que hay algo más que un simple error, infiriendo una suerte de *animus* malicioso dirigido a privar a los socios de la información. Se desconoce porqué estos hechos no pueden tildarse de simple error. Y peor aún. No se cuenta con elemento de juicio alguno en el que sustentar esa intención maliciosa que la Resolución achaca a la sociedad demandada. Podríamos considerar tal cosa, y con razón, si habiendo los socios puesto de manifiesto que la documentación no se encontraba en la Notaría, no hubiesen recibido respuesta, o se hubiese insistido en que sí, que allí estaba, o en alguna suerte de contestación insatisfactoria análoga.

En suma, el Tribunal Supremo viene a dar alas a los socios que quieran aprovecharse de cualquier deficiencia en el plano del ejercicio del derecho de información para impugnar los acuerdos adoptados, aún a pesar de que se trate de un espurio ataque sustentado en un puro formalismo y abrigado por una actitud pasiva y silente, propicia para no poner sobre aviso a la sociedad.

CAPÍTULO 4: DEFICIENCIAS DE LA CONSTITUCIÓN DE LA JUNTA COMO CAUSA DE IMPUGNACIÓN

I. LA INFRACCIÓN DE REGLAS SOBRE CONSTITUCIÓN DE LA JUNTA DE SOCIOS EN EL MARCO DEL RÉGIMEN GENERAL DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

Toca el turno a la impugnación de acuerdos sociales en relación con deficiencias -por ahora las calificaremos así- acontecidas en el trance de constitución de la junta general. Según ya se ha sostenido anteriormente, la impugnación de acuerdos sociales se tendrá que basar, en lo que hace a la génesis de estos últimos, o bien en la infracción de normas jurídicas, o bien en el incumplimiento de las obligaciones establecidas, convencionalmente, en los estatutos sociales. Como quiera que los estatutos no pueden ir más allá de los límites que fijen los enunciados jurídicos contenidos en el cuerpo jurídico que resulte de aplicación -en este caso, fundamentalmente, la LSC-, concentraremos la atención exclusivamente en los enunciados jurídicos que, en la LSC, disciplinan la constitución de la junta general de socios.

Efectuada la precisión anterior, nos permitimos delimitar aún más nuestro objeto de análisis en el momento presente. Nos ocuparemos del examen minucioso de todos los enunciados jurídicos contenidos en la sección primera del capítulo VII de la LSC, que lleva por rúbrica «*Constitución de la junta*». Dicha sección alberga un total de cuatro artículos, a saber, los números 191 a 194.

Sentado lo anterior, y si el art. 204.1.I LSC califica como *impugnables*[163] los acuerdos sociales que «(…) *sean contrarios a la Ley* (…)», entonces cualquier acuerdo social que, en su génesis, sea contrario a -debiendo entenderse, por tal, que infrinja- cualquier enunciado jurídico contenido en los arts. 191 a 194, debe ser reputado *impugnable*. Es decir, será impugnable un acuerdo en cuya génesis se haya infringido alguna de las reglas relativas a la conformación de la Mesa de

[163] Insistimos, una vez más, en llamar poderosamente la atención sobre la enorme carga de imprecisión que lleva aparejada la expresión empleada por el Legislador.

la junta, a la confección de la lista de asistentes o a la observancia de los *quorum* mínimos, jurídicamente exigidos, para la válida constitución de la junta[164].

Sin embargo, esto último -lo que implica el art. 204.1.I LSC, en relación con la contravención de la Ley- es parcialmente contradictorio con lo que estable el art. 204.3.a, cuando establece que procederá la impugnación de acuerdos sociales cuando se sustancie en la infracción de «*reglas esenciales*» de constitución del órgano. Si en el primer precepto se califica como impugnable aquel acuerdo social que, en su génesis, se haya cometido una infracción de cualquier enunciado jurídico, contenido en la Ley[165], y, por ende, cualquiera de los que forman parte de los arts. 191 a 194 LSC, ambos incluidos, en el segundo de los mencionados se restringe la impugnabilidad relacionada con la convocatoria del órgano -que, en nuestro caso, se trata de la junta-. El legislador sólo considera las reglas -suponemos que los enunciados jurídicos- que califica de «*esenciales*». Enseguida nos ocuparemos de esto. Lo que en este momento se quiere subrayar es la existencia de una antinomia de segundo grado, entre el 204.1.I y el 204.3.a., ambos LSC. Cabe interpretar que el segundo de ellos excepciona parcialmente al primero, pero esto no elimina la contradicción, de imposible remoción, salvo modificación legal. Téngase presente, a estos efectos, lo que se expuso al respecto en el capítulo 1.

---

[164] Esta tesis cabe apreciarla en GARCÍA CRUCES, J. A., *Constitución de la junta y adopción de acuerdos*, en «Comentario de la Ley de Sociedades de capital», J. A. García-Cruces y I. Sancho (dirs.), t. III, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. En la p. 2683, si bien haciéndose eco de las posturas jurisprudencial y doctrinal. En las pp. 2715-2716, aunque aquí solo con el propósito de reflejar el cambio de tendencia en la jurisprudencia, de manera que, con posterioridad a 2000, se matiza según las consecuencias efectivas de la infracción según las consecuencias que se deriven para los socios. Finalmente, en p. 2717 más claramente para el tema del *quorum*.

[165] Debemos aclarar que lo anterior es así si asumimos que la referencia genérica «*contrario a la Ley*», que se predica del acuerdo social, alude, tanto al contenido del acuerdo, como a su génesis -como parece desprenderse de la doctrina (véase, por todos, SANCHO GARGALLO, I., *Artículo 204. Acuerdos impugnables*, en «Comentario de la Ley de Sociedades de capital», J. A. García-Cruces y I. Sancho (dirs.), t. III, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 2846). Otra forma de verlo es que se refiriese solo al contenido, razón por la cual diría que es el acuerdo en sí el que es contrario a la Ley. En este último caso el problema radica en que entonces, salvándose esta contradicción, surge otra cual es que, si sólo son impugnables los acuerdos por ser su contenido contrario a la Ley, entonces la contradicción surgiría con el 204.3.a LSC cuando da cabida a la impugnación de acuerdos sociales por infracciones legales en su génesis, habiendo entonces quedado fuera de la definición de impugnables.

Otra deficiencia de la regulación legal, en este aspecto concreto que estamos abordando en el presente capítulo, guarda relación con la antes aludida expresión «*esenciales*»[166]. El Legislador discrimina entre reglas -jurídicas-. Otra explicación no sería plausible, porque, si no hubiese querido sentar ninguna diferenciación, sobraría el apelativo «*esenciales*». Sencillamente, todas lo serían, de modo que, la infracción de cualquiera de ellas, comportaría la *impugnabilidad* del acuerdo social en cuya génesis se hubiese cometido aquella[167]. No obstante, si así fuera -esto es, que se tratase únicamente de un exceso verbal del legislador-, se sugiere sin vacilación una modificación del art. 204.3.a LSC, en el sentido de eliminar el término «*esenciales*» de su formulación. En lo que sigue vamos a dar por sentado que no existe tal exceso, ni voluntario, ni tampoco involuntario, de modo que se trata de la inserción consciente y premeditada de la expresión «*esenciales*», con el objeto de sentar una distinción.

Por consiguiente, la interpretación más plausible, a nuestro entender, es que algunos de los enunciados jurídicos contenidos en los arts. 191 a 194 LSC son «*esenciales*» y otros no lo son. Quizá, se pudieran calificar como «*accidentales*» -por intentar denominar la categoría exactamente antitética a la primera-. Obsérvese que el legislador no define, hasta donde se sabe, lo que sea un enunciado jurídico «*esencial*». Es más, se antoja una categoría desconocida para la filosofía del lenguaje jurídico[168]. Y no consta que la dogmática jurídico-mercantil haya ofrecido una descripción acabada y bien fundada de este tipo de

---

[166] Recordemos la redacción exacta del texto legal (art. 204 LSC): «*3. Tampoco procederá la impugnación de acuerdos basada en* (…): *a) La infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para* (…) *la constitución del órgano* (…), *salvo que se trate de una infracción relativa a* (…) *las reglas esenciales de constitución del órgano* (…)».

[167] De hecho, advertimos, que, por ejemplo, GARCÍA-CRUCES -en *Constitución*…, ob. cit.-, aunque no de forma clara y directa, da a entender lo esencial que resulta que la junta tenga presidente -pp. 2682-2683-, y sí lo expresa clarísimamente con respecto del secretario -p. 2702- cuando dice que «*en este punto, la Ley no parece permitir distingos y, con independencia de la caracterización y funciones del secretario de la junta general, su designación es requisito esencial para la válida constitución de la asamblea*». Algo parecido da a entender con respecto de la lista de asistentes, como aprecio en p. 2715.

[168] No se encuentra, por ejemplo, en el capítulo que HERNÁNDEZ MARÍN -*Compendio*…, ob. cit.- dedica expresamente a la Filosofía del Lenguaje jurídico -cap. 3, pp.49-62-.

enunciados jurídicos, «*esenciales*»[169], los cuales deberían constar en los análisis de teoría de las normas jurídicas junto a los prescriptivos y a los cualificatorios[170]. Pero, junto con lo anterior, tampoco se ha podido dar con la definición legal de los enunciados jurídicos «*no esenciales*», ni con los enunciados jurídicos «*accidentales*». De estos últimos todavía existe menos constancia, hasta donde hemos podido averiguar, en las obras de teoría de la norma jurídica y, particularmente, en las obras consagradas a la filosofía del lenguaje jurídico[171].

Resulta obligada una importante matización. La línea jurisprudencial, que, sobre este particular, arranca en 2002, pone el acento en que la infracción de las reglas jurídicas relativas a la constitución de la junta no implica automáticamente la impugnación de los acuerdos sociales adoptados en su seno[172]. Esto puede invitar a pensar que la interpretación del texto legal -en referencia al fragmento del 204.3.a LSC, que alude a la cuestión concernida- se refiriese a que lo «*esencial*» sean las infracciones y no las reglas infringidas, de modo que la pauta calificatoria la marcaría la afectación de los derechos del socio[173]. Sin embargo, tal hermenéutica no resulta en absoluto posible porque el aludido precepto habla claramente -para que quepa la impugnación del acuerdo social- que se trate de una «(…) *infracción relativa a* (…) *las reglas esenciales de constitución del órgano*». No nos cabe la menor duda de que el apelativo «*esenciales*» se atribuye a las *reglas de constitución del órgano*. Por tanto, seguimos en las mismas.

---

[169] Los escasos autores que se han ocupado del asunto de la constitución de la junta general no se refieren a ello en ninguna ocasión. Con carácter general, véase GARCÍA-CRUCES, J. A., *Constitución*…, ob. cit., pp. 2677-2733.

[170] Cosa que no ocurre, según cabe comprobar en HERNÁNDEZ MARÍN, R. *Compendio*…, ob. cit., pp. 49-62.

[171] *Idem*. Cumple advertir que no ha sido esta vez la primera en la que el legislador, en general, emplea esta expresión, esta locución, como categoría, en cuerpos jurídicos. Véase el art. 225.3º LEC, por ejemplo.

[172] Obra una excelente síntesis en GARCÍA-CRUCES, J. A., *Constitución*…, ob. cit., pp. 2715-2716.

[173] Como parece que postula la mejor doctrina. Véase, por ejemplo, LATORRE CHINER, N., *La impugnación de acuerdos por infracción de requisitos procedimentales [art. 204.3.a)]*, en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, F. Rodríguez Artigas, I. Farrando y R. Tena (dirs.), edit. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, p. 233.

Con todo y ser capital disponer de una definición, al menos cabría, a nuestro parecer, que el legislador hubiese discernido casuísticamente los supuestos que cupiese asignar al conjunto de los enunciados jurídicos «*esenciales*», de modo tal que los no incluidos en esta última agrupación podrían ser tenidos por «*no esenciales*» o, mejor, por «*accidentales*». En lo que se nos alcanza, tampoco el legislador ha hecho esto. No sienta ninguna discriminación. No existe distinción alguna. Desde luego, en el cuerpo jurídico concernido. Ni tan siquiera se ha podido dar con un enunciado jurídico que indirectamente lo establezca, susceptible de explicitación. Por consiguiente, cualquier intento, ya sea de los tribunales, en general, ya sea de la doctrina, en este sentido, será, en nuestra opinión, discutible, pues no se puede sustentar en la Ley[174].

De lo indicado anteriormente se extraen dos consecuencias directas, en absoluto baladíes. La primera -de hondo calado- es que se habría superado la antinomia porque ya no existiría en este punto -relativo a la infracción de reglas jurídicas relativas a la constitución de la Junta- contradicción alguna entre el 204.1.I LSC -formulación del carácter impugnable de todo acuerdo social contrario a la Ley- y el 204.3.a -que remarca la impugnabilidad de cualquier acuerdo social en cuya génesis se hayan infringido las reglas jurídicas relativas a la constitución de la junta-. La segunda consecuencia -igualmente importante- es que si un socio discrepante sustenta una demanda de impugnación en la infracción de cualesquiera de los enunciados jurídicos contenidos en los arts. 191 a 194, ambos incluidos, LSC, entonces, si resulta probado el supuesto de hecho, el juez tendría -aunque ya hemos visto que es dudoso y discutible- la obligación de estimar la demanda, porque el acuerdo es efectivamente impugnable, habida

---

[174] De hecho, antes ya hemos mostrado como alguno de los representantes más insignes de la dogmática mercantil, en una obra sumamente reciente, parece dar a entender que todos los enunciados jurídicos contenidos en los arts. 191 a 194 LSC son «*esenciales*». Así GARCÍA-CRUCES -en *Constitución*…, ob. cit.-, quien, aunque no de forma clara y directa, da a entender lo esencial que resulta que la junta tenga presidente -pp. 2682-2683-, y sí lo expresa clarísimamente con respecto del secretario -p. 2702- cuando dice que «*en este punto, la Ley no parece permitir distingos y, con independencia de la caracterización y funciones del secretario de la junta general, su designación es requisito esencial para la válida constitución de la asamblea*». Algo parecido da a entender con respecto de la lista de asistentes, como aprecio en p. 2715. También efectúa su particular discriminación, LATORRE CHINER, N., *La impugnación*…, ob. cit., pp. 231 y 232.

cuenta lo establecido en el art. 204.1.I y en el art. 204.3.a, ambos LSC, y su deber -del juez- de aplicar el Derecho positivo vigente.

En nuestra opinión, la cual exponemos a simple título especulativo, quizá el legislador sí albergase alguna intención de distinguir entre unos enunciados jurídicos y otros. Creemos que la pieza esencial del engranaje constitutivo es la propia «*constitución*». Es aquello que permite tener por correctamente formada la junta en su sentido técnico jurídico. El momento histórico en que se puede sostener que ya no se trata de una mera «*reunión de socios*», sino que ya ha cobrado existencia la «*junta de socios*».

Esto tiene lugar, necesariamente, tras la constitución de la Mesa -de la que será junta- y la elaboración de la lista de socios asistentes -y no de asistentes a secas[175]-. Los actos jurídicos previos, que se acaban de mencionar -Mesa y lista, los juzgamos relevantes, por descontado -no tendría el menor sentido que la Ley contemplase actuaciones superfluas o inanes-, pero exclusivamente instrumentales[176]. Sirven a la constitución de la Junta de socios. De lo que cabe deducir que ambos dos actos jurídicos precedentes a la constitución serían «*accidentales*». Por tanto, solo sería «*esencial*» el propio acto de constitución. Insistimos, a nuestro entender y especulando sobre la base de la ignorancia del contenido de la *mens legislatoris*.

Conviene detenerse, siquiera sea brevemente, en el primero de los aspectos expuestos anteriormente. Nos referimos a esos actos jurídicos «*accidentales*», que no obstante su carácter instrumental, se encuentran regulados merced a los correspondientes enunciados jurídicos (en referencia a los arts. 191 y 192 LSC).

Obsérvese, fijando la atención en primer lugar en el art. 191 LSC, que el cuerpo jurídico aludido no disciplina apenas nada con respecto de la conformación de la

---

[175] De este concreto asunto nos ocuparemos más adelante.

[176] Para GARCÍA-CRUCES -en *Constitución*…, ob. cit., p. 2677- la conformación de la mesa es un presupuesto de la constitución de la junta general y llama la atención -p. 2705- acerca de ser un lugar común que la elaboración de la lista de asistentes es un instrumento para determinar el *quorum* de asistencia.

Mesa de la Junta[177]. Lo único que se contempla son los dos roles o cargos que la integran -presidencia y secretaria- y quiénes pueden ocupar estos[178]. Nada más. Así pues, consideramos que sólo cabe -*secundum legem*- que se produzca una infracción legal, a este respecto, si se produjese una cualquiera de las dos siguientes anomalías: (a) que la Mesa de la junta carezca de Presidente y/o de Secretario; (b) que cualquiera de dichos puestos, o ambos, fuesen ocupados por sujetos no legitimados, ya sea estatutariamente, ya sea legalmente -en defecto del sistema precedente-.

Atiéndase, en segundo lugar, al art. 192 LSC, que se ocupa de la elaboración de la lista de asistentes. Amén de que, a nuestro juicio, debería encontrarse acompañada la expresión de la locución «*de socios*», intercalada entre los términos «*lista*» y «*asistentes*»[179], creemos que es erróneo sostener que se confeccionará «*antes de entrar en el orden del día*», pues estimamos que hubiese sido correcto referirse a lo que viene después como la «*constitución de la junta*». Lo que prescribe la Ley es que «*se formará*» la lista, haciéndose constar determinados elementos informativos[180]. Asimismo, en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada la lista deberá incluirse -inexcusablemente, lo que el Legislador acentúa para que no haya riesgo de confundir la regla imperativa con una de carácter dispositivo- en el acta.

---

[177] GARCÍA-CRUCES -en *Constitución*…, ob. cit., p. 2678- resalta que la importancia del presidente contrasta con la escasa atención que le presta el Legislador. En la p. 2679 echa de menos, dicho autor, un régimen global que permita construir el estatuto del presidente de la junta.

[178] Cfr. GARCÍA-CRUCES, J. A., *Constitución*…, ob. cit., p. 2677.

[179] En sentido contrario, GARCÍA-CRUCES, J. A., *Constitución*…, ob. cit., pp. 2707 y 2708, quien sostiene que debe reflejar a socios y no socios, todos ellos asistentes. Opinamos que la finalidad esencial de la lista de asistentes es permitir la determinación efectiva del *quorum* legalmente requerido. Sin embargo, el autor citado le encuentra una eficacia probatoria, tal que permite dejar constancia de quien se encontraba presente, a los efectos de su acreditación posterior en un eventual litigio, según expone en p. 2714.

[180] Según señala GARCÍA-CRUCES -en *Constitución*…, ob. cit., p. 2707-: «(…) *La lista de asistentes ha de reunir los siguientes contenidos: a) una mención por la que se identifica a los asistentes, indicando el carácter con el que lo hacen; b) de otro lado, y en relación con los socios, ha de manifestarse si estos acuden personalmente o lo hacen por representación, señalando en todo caso el número de acciones o participaciones propias o ajenas con el que concurren; y, por último, c) se ha de ofrecer un resumen de las informaciones anteriores, concretando -con carácter global- el número de socios presentes personalmente o por representación; el importe del capital que titulan los asistentes; y, de igual manera, la especificación del capital que titulan los socios con derecho a voto*».

Sentado lo anterior, los distintos enunciados jurídicos contenidos en este precepto serán infringidos en los siguientes supuestos: (a) Si se entra en el orden del día sin haber elaborado previamente la «*lista de asistentes*», según las especificaciones legales; (b) si carece de alguno de los elementos que debe contener (por ejemplo, el carácter o representación de cada uno de los asistentes o el número de participaciones propias o ajenas con que concurran); (c) si, tratándose de una sociedad de responsabilidad limitada, no se incorpora la lista al acta de la junta. Nos permitimos apuntar, como anotación marginal, la pregunta acerca de cuál deba ser el tratamiento que debería otorgarse al supuesto en que la lista no la confeccionase el secretario y no la autorizase el presidente de la junta. Según lo entendemos, se habría infringido el art. 98 RRM. Y debería reconocerse a este precepto, por supuesto, la condición de regla jurídica y, asimismo, la de «Ley», en el sentido genérico del art. 204.1.I LSC.

Resulta muy oportuno reparar en algo que se antoja un significativo interrogante. Supongamos cualquiera de las anteriores infracciones -esto es, de cualquiera de los enunciados jurídicos de los arts. 191 y 192 LSC-. Nos permitimos contar entre ellas la inclusión en la lista de asistentes menciones falsas (en su sentido propio epistémico, como enunciado asertivo que no se corresponde con la realidad). Afirmemos también que, *ex* art. 204.3.a LSC, la infracción de enunciados jurídicos «*accidentales*» -sentada la hipótesis gratuita de que lo son los contenidos en los arts. 191 y 192 LSC- relativos a la constitución de la junta de socios no constituye motivo de impugnación de los acuerdos alcanzados en dicha junta. Por consiguiente, cabe dudar genuinamente acerca de cuál sea la consecuencia jurídica correspondiente[181]. Y quizás quepa sostener que se trata de enunciados jurídicos prescriptivos inconsecuentes. No señala la Ley que tales

[181] Conviene señalar que, para GARCÍA-CRUCES -en *Constitución*…, ob. cit., p. 2678-, siguiendo, según parece desprenderse del texto, al Tribunal Supremo -STS 943/2000, de 19 de octubre-, la celebración de una junta sin presidente, contraviniendo, por tanto, el art. 191 LSC, convierte a los acuerdos adoptados en su seno en impugnables (por falta de válida constitución del órgano). Debemos subrayar que este autor -así como el resto que se ha ocupado de este asunto concreto- no aborda la problemática de la supuesta discriminación de las reglas jurídicas sobre constitución de la junta en «esenciales» y «no esenciales».

infracciones serán causa de nulidad (o, en su lugar, de anulación) de la junta[182]. Tampoco se contempla ninguna suerte de responsabilidad para los que cometieran la infracción. Son, en definitiva, sencillamente inconsecuentes. Se antoja una deficiencia de técnica legislativa que se introduzcan en un cuerpo jurídico normas jurídicas de orden prescriptivo -en algún caso, una auténtica formulación normativa- cuya inobservancia sea absolutamente inconsecuente.

Otro enfoque no se estima razonablemente posible[183]. Se considera implausible que el legislador establezca cómo deba procederse con cualquier asunto de los que regula sin aparejar ninguna consecuencia a su inobservancia. Incluso podría conjeturarse que se trata de preceptos meramente «orientativos», aun cuando tampoco parece que estos hayan sido reconocidos por la filosofía del lenguaje jurídico[184]. Posible, aunque discutible, sería que se considerasen enunciados jurídicos disponibles[185]. Sin embargo, es descartable esta tesis por cuanto es incompatible con el modo de formular dichos enunciados. Fundamentalmente, debemos fijarnos en las formas verbales empleadas, donde se recurre sistemáticamente al tiempo futuro y se prescinde de expresiones de las usadas típicamente en escenarios de permisión. En definitiva, esta última posibilidad debería descartarse y la primera de las examinadas convierte al planteamiento legislativo en improbable por resultar inane. Se fija una obligación -cuyo destinatario no se precisa, aunque en alguna medida se intuye- que, de incumplirse, no tiene la menor consecuencia. De esta suerte no es formalmente disponible, pero sí acaba siéndolo materialmente.

Hasta aquí nos hemos venido ocupando de los enunciados jurídicos supuestamente «*no esenciales*». Se traslada ahora la atención a los enunciados jurídicos «*esenciales*» -sobre los que hemos especulado sin poder afirmar que

---

[182] Según GARCÍA-CRUCES -en *Constitución*…, ob. cit., p. 2715-, cabe hablar de nulidad de la Junta, sin que mencione ningún enunciado jurídico, lo que avala nuestra tesis de la carencia de fundamento normativo alguno.

[183] Dejando de lado la hipótesis de que todos los enunciados jurídicos contenidos en los arts. 191 a 194 LSC sean «*esenciales*» y que el empleo de esta expresión no sea más que un exceso verbal del Legislador.

[184] Nos remitimos, de nuevo, a HERNÁNDEZ MARÍN, R. *Compendio*…, ob. cit., pp. 49-62.

[185] Véase, al respecto, HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Introducción*…, ob. cit., pp. 248-256.

efectivamente sean los que nosotros sostenemos que podrían ser-. Nos referimos a los enunciados jurídicos contenidos en los arts. 193 y 194 LSC, que aplican exclusivamente a las sociedades anónimas.

Efectuaremos tan solo una consideración menor antes de abordar el asunto que más relevancia presenta, a nuestro juicio. La Ley es harto imprecisa cuando alude al *quorum* reforzado del art. 194.1 LSC. No se trata, según entendemos, de un *quorum* de constitución, sino de un *quorum* mínimo que habilita para votar y adoptar acuerdos válidamente sobre determinadas materias. Dicho de otra forma, parece perfectamente posible que, verificado el *quorum* básico, del art. 193 LSC, se pudiera discutir -que no adoptar un acuerdo- sobre cualquiera de los asuntos específicamente reseñados en el art. 194.1 LSC[186]. Pero no es esto lo que cautiva nuestra atención.

Consideramos que el legislador -en referencia al de la LSC- no ha identificado un momento preciso en el que la junta quede jurídicamente constituida. Sí que lo ha hecho, en cambio, aunque dudamos del acierto de la localización, en el RRM. En este último cuerpo, lo hace indirectamente, al referirse al acta notarial -arts. 101.3 y 102.1. 2ª-. Parece dar por sentado que se tiene que producir «(…) *la declaración del Presidente de estar válidamente constituida la Junta* (…)». Por tanto, parece ser que, al terminar el recuento de socios asistentes, merced a la confección de la lista de comparecientes, se produce esa declaración, solemne, que marca nítidamente el comienzo de la Junta. Esta es la transmutación de lo que hasta ahora había sido una mera «*reunión de socios*».

No obstante tal verificación anterior, queremos efectuar algunas pocas consideraciones que resultan relevantes. La primera y principal es que ni parece que sea el RRM el lugar apropiado para dar cuenta de la importante «*declaración de constitución*», ni se considera acertado que no haya un enunciado jurídico, ni cualificatorio, ni prescriptivo, al respecto. Asimismo, nos pronunciamos críticamente con respecto de la LSC, por guardar silencio con respecto de tan relevante aspecto. Esto sin contar con que el empleo de diferentes expresiones

---

[186] Parece intuirse esta idea en GARCÍA-CRUCES, J. A., *Constitución*…, ob. cit., p. 2720.

al mismo tiempo, que consideramos que se refieren al mismo fenómeno jurídico y que solo contribuyen a incrementar la confusión. En el art. 193.1 LSC se lee:

> «*1. En las sociedades anónimas la junta general de accionistas quedará válidamente constituida en primera convocatoria cuando los accionistas presentes o representados posean, al menos, el veinticinco por ciento del capital suscrito con derecho de voto*».

Reparemos expresamente en la locución «*quedará válidamente constituida*». No parece que el legislador haya pretendido que ningún sujeto «*declare*», en el sentido de «*constituir*» la junta. Opinamos que lo que sucede, siendo exactos, es que basta la verificación de un hecho material y jurídico -algunos lo denominan «*institucional*»- para que la junta quede constituida *ipso iure*. Cosa distinta es que el presidente lo *declare*, lo que es netamente distinto a *constituir*.

Por otra parte, en el apartado 2º de este mismo precepto -del 193- el legislador altera la expresión: «(en segunda convocatoria) *será válida la constitución de la junta*». Obsérvese en que ya no se trata de la ocurrencia del hecho material-jurídico (institucional) de la constitución, sino que lo que hace es calificarlo como conforme al Derecho material societario. El empleo de ambas formulaciones, innegablemente distintas, carece de sentido. Lo acertado hubiese sido usar las dos en ambos supuestos. Insistimos: una cosa es que se produzca un hecho institucional y otro es que ese hecho, en tanto que bruto, pueda calificarse como institucional, con todo lo que ello comporta, merced al cumplimiento de un presupuesto fundamental, cual es la reunión de un determinado *quorum* de socios.

Cabe profundizar un poco más. Se considera posible interrogarse por las consecuencias de que no se verifique el hecho material y jurídico -institucional- del *quorum* mínimo necesario. ¿Significa que la junta no ha quedado válidamente constituida? Una respuesta negativa -en el sentido de que sí ha quedado válidamente constituida- carece, a nuestro modo de ver, de sentido, porque convierte en inane la regla jurídica en cuestión. Amén de que se trataría de una respuesta abiertamente *contra legem*.

Si nos inclinamos por la respuesta afirmativa -no ha quedado válidamente constituida[187]-, resulta difícil determinar qué consecuencias tenga esto. Una posible observación que se nos pueda hacer es que los acuerdos alcanzados en el seno de esa junta son susceptibles de impugnación. Podría ser así. Es más, indudablemente lo serían -desde luego, en nuestra opinión-. Sin embargo, esto no responde el interrogante.

Si afirmásemos que *no es válida la constitución de la junta*, esto significaría que *no existe junta* -en sentido técnico-jurídico- o también, aunque su sentido es distinto, que, de haberla, *no es válida la junta* y, en consecuencia, no va a surtir eficacia jurídica alguna. Por tanto, se trataría de una mera *reunión de socios*. Por consiguiente, esa invalidez debe afectar a todo lo que ocurra en su seno. De modo tal que tampoco serán válidos los acuerdos que se pudieran llegar a adoptar en el transcurso de esta. Lo que es claramente distinto que decir que resultan impugnables. Porque se impugnen o no, deberían considerarse *inválidos* y *carecen*, a nuestro entender, *de eficacia jurídica alguna*. De lo que se sigue, por un lado, que no resulta suficiente con reputar los acuerdos sociales como *impugnables*, sino que debería asumirse, por estricta coherencia lógica, que son *inválidos*. De modo tal que, frente a ellos, un juez debería emitir un pronunciamiento meramente declarativo y no constitutivo -como es el propio de la anulación de un acuerdo social impugnable-. Por otro lado, la junta en su conjunto debería reputarse *inválida*, teniendo que caber alguna forma de que se califique judicialmente como tal, lo que, según se nos alcanza, el legislador no contempla en modo alguno.

El anterior análisis aun nos conduce más lejos. Si los acuerdos sociales adoptados en una *junta inválidamente constituida* -o que su constitución es inválida, aunque no estemos seguros de que signifique lo mismo- nunca llegan a ser impugnados -dentro del período de caducidad disponible al efecto-, deberíamos admitir que los acuerdos son plenamente *válidos*, pese a que *la junta no quedó válidamente constituida* y *la constitución de la junta es inválida*. Esto

---

[187] Como sostiene GARCÍA-CRUCES, J. A., *Constitución*…, ob. cit., p. 2719.

es, de algo *inválido*, irregular, por resultar contrario a Derecho, pueden resultar *actos jurídicos plenamente válidos*. Parece inconsistente.

Por otra parte, no se comprende el sentido de tan deficiente entramado normativo -que deja actos jurídicos inválidos por el camino- si a fin de cuentas lo único que parece resultarle relevante al legislador es que un acuerdo social, adoptado en una reunión de socios a la que no asistió el *quorum* mínimo legalmente exigido, pueda ser impugnado. Lo que es completamente diferente de decir que los tales acuerdos sean nulos, porque el legislador se ha cuidado muy mucho de establecer tal cosa. Pero está claro que deberían ser nulos si la junta no hubiese quedado válidamente constituida. Y si fuesen nulos, entonces deberían ser, en consecuencia, inválidos. No obstante, no son ni una cosa ni otra. Se debe insistir, pues, en el contrasentido de que la constitución de la junta no sea válida y sí lo sean los acuerdos adoptados en el seno de la reunión. Contrasentido que igualmente se da si sostenemos que los acuerdos, en tal caso, son inválidos, convalidándose, con el paso del tiempo, si no resultan impugnados.

En resumidas cuentas, se concluye que no existe la debida coordinación entre los arts. 191 a 194, ambos inclusive, LSC, y el binomio -mal- conformado por los apartados 1º, párrafo 1º y apartado 3º, letra a, del art. 204 del mismo cuerpo jurídico. No decimos que exista una antinomia de segundo grado, al menos *prima facie*. Aunque, bien mirado, se debe reconocer que es abiertamente contradictorio que por un lado la junta deba ser considerada inválida[188] y debiese carecer de eficacia jurídica y, por otro lado, lo que emana de esta junta se considera válido, hasta tanto que un juez los anule, si es que alguna vez llega a ocurrir. Probablemente, este problema -se concluya en que hay antinomia o en que no la hay- obedece a que el legislador probablemente no se planteó la falta de sintonía entre unos preceptos y otros, sobre todo, desde el punto de vista de las consecuencias de la infracción de los primeros, esto es, de los que disciplinan la constitución de la junta.

---

[188] Debemos insistir, una vez más, en que partimos de la incómoda base de que no contamos con una definición legal -en la LSC- de «*invalidez*».

De cuanto antecede, extraemos los siguientes comentarios:

(i) Sobre la regulación de la impugnación de acuerdos sociales fundada en la infracción de reglas jurídicas sobre la constitución de la junta se cierne un sombrío interrogante: la existencia, o su inexistencia, de una discriminación en el seno de tales reglas, de tal suerte que unas se consideren «*esenciales*» y las otras «*no esenciales*».

(ii) No hay forma alguna de adquirir certeza sobre el acierto de cualquier tesis interpretativa que se pretenda sostener al respecto.

(iii) Si se concluye que la expresión «*esenciales*» debe ser eliminada -por no ser más que un exceso verbal del legislador-, resulta la plena conciliación de los apartados 1º.I y 3º.a del art. 204 LSC, en cuyo caso deviene superfluo el segundo, en lo tocante, claro está, a la constitución de la junta.

(iv) Si se concluye en la efectiva existencia de tal discriminación, entre «*esenciales*» y «*no esenciales*», entonces es forzoso reconocer que existe una antinomia entre los apartados 1º. I y 3º.a del art. 204 LSC y, además, carecemos, tanto de una definición legal de lo que deba entenderse por «*reglas esenciales*», como de la identificación legal de los enunciados jurídicos que, en materia de constitución de la junta, deben ser tenidos por «*esenciales*».

(v) En nuestra opinión, son «*esenciales*» únicamente los enunciados jurídicos contenidos en los arts. 193 y 194 LSC.

(vi) Sólo con base en la infracción de un enunciado jurídico *esencial* -relativo a la constitución de la junta- cabe pretender la impugnación de los acuerdos sociales adoptados en su seno.

(vii) Estimamos incorrecto sostener que en este último caso –(vi)-, nuestro ordenamiento jurídico autorice la anulación -o, quizá, la declaración de nulidad- de la propia junta, con independencia de que, además, se anulen los acuerdos adoptados en la misma.

(viii) Según lo anterior, la infracción de cualquiera de los enunciados jurídicos contenidos en los arts. 191 y 192 LSC es absolutamente inconsecuente, de modo tal que tales preceptos devienen disponibles *de facto*.

(ix) La indisposición del *quorum* mínimo, legalmente exigible, además de comportar que los acuerdos sociales adoptados en esa reunión resulten impugnables, permite afirmar que la junta de socios no ha quedado válidamente constituida y que -sin poder aseverar la existencia de una relación de sinonimia- la constitución de la junta no es válida (según los apartados 1º y 2º del art. 193 LSC).

(x) Atendida la innegable polisemia del término «*validez*» (y de las demás expresiones cuya raíz es «*valid-*»), no resulta posible sostener, con certeza, si lo anterior –(ix)- supone únicamente la constatación de una irregularidad -en todo caso, inconsecuente- o significa que esa junta no surtirá efectos jurídicos de ninguna clase.

(xi) Si se tratase de esto último, lo que es posible -incluso más plausible que lo primero-, cabe deducir de la «*invalidez*» (*rectius*, ineficacia) de la junta, la «*invalidez*» de los acuerdos sociales adoptados en su seno. En puridad son acuerdos adoptados en el seno de una *reunión de socios*, no de una *junta de socios,* que no ha llegado a constituirse. Cabría, pues, calificar esos acuerdos sociales de *nulos*, porque eso es lo que causa la «*invalidez*». Y, si esto es así, entonces la impugnación de los acuerdos sociales deberá dar lugar a un pronunciamiento judicial mero-declarativo, lo que choca con el planteamiento del legislador de optar por la anulabilidad como única opción.

(xii) Cabe, por consiguiente, defender la existencia de una severa descoordinación entre los arts. 193 y 194 LSC -incluso de sus dos precedentes- con el art. 204 del mismo cuerpo jurídico.

II. JUICIO DE IDONEIDAD DEL ART. 204.3.C LSC

Antes de entrar de lleno en la exposición de lo que se quiere sostener en este epígrafe, debemos advertir que, en algún momento, retomaremos una parte sustancial de la argumentación desarrollada en el epígrafe anterior, si bien desde una perspectiva distinta y procuraremos evitar, en todo caso, reiteraciones innecesarias y por ello farragosas, remitiéndonos, siempre que resulte posible, a lo ya afirmado en un momento previo.

Partimos del 204.3.c LSC que dice:

> «*Tampoco procederá la impugnación de acuerdos basada en [el siguiente motivo]: La participación en la reunión de personas no legitimadas, salvo que esa participación hubiera sido determinante para la constitución del órgano*».

Antes de proseguir se antoja imprescindible una matización de suma importancia, aunque probablemente obvia: lo que sigue sólo tiene aplicación en el caso de las sociedades anónimas (y, quizá, en el de aquellas otras formas societarias análogas). No, en cambio, para las sociedades de responsabilidad limitada, para las que no se exige un *quorum* de socios asistentes a fin de poder considerar constituida la junta[189].

Se advierten dos desaciertos en la regulación y una idea fuerza sobre la que conviene reflexionar, por ser la que ha recibido más atención por parte de la doctrina.

En cuanto a los que consideramos desaciertos, estos dos son: Por una parte, hacer bascular el sentido del enunciado sobre la expresión «*participación*». Por otra parte, la propia formulación del precepto, que es innecesariamente compleja, a la par que insuficiente, como seguidamente se argüirá.

Comenzamos por la cuestión relativa a la «*participación*». Conviene reparar en la expresión, pero atendiendo, antes que nada, a su sentido genérico. Es decir, haciendo abstracción del ámbito específico que nos ocupa. Según el Diccionario de la Real Academia «*participar*» significa «*dicho de una persona, tomar parte en algo*»[190]. Ser parte de algo. En nuestra opinión, todo asistente es un participante, pues todo el que asiste a un acto, toma parte de él, forma parte de él. De modo que asistir y participar podrían considerarse en cierto modo sinónimas[191].

---

[189] Por todos, HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, J., *El test de resistencia de los acuerdos impugnables: límites en su aplicabilidad*, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 40 (2019-II), en https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/rjuam2020_40_002/13864 (última visita 7.6.2023), p. 40.

[190] https://dle.rae.es/participar (última visita 13.6.2023).

[191] Se lo plantea MIQUEL, J., «Acuerdos sociales: prueba de resistencia y cómputo de votos [art. 204.3 c) y d) LSC]», en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las*

Sin embargo, con esta expresión, «*participar*» -importada del derecho positivo italiano[192]- intuimos que se quiso significar algo más intenso que la mera asistencia[193]. Quizá se quiso referir el legislador a la asistencia activa. Puede un sujeto acudir al lugar donde se celebra una reunión y hacer mero acto de presencia, sin tan siquiera decir o hacer nada, de modo tal que sería correcto decir que no participó, aunque tendríamos que recurrir al contexto para deshacer la ambigüedad. Si alguien formula el siguiente enunciado asertivo «*Juan no participó en la reunión*», sin añadir ningún dato, caben dos interpretaciones. Por un lado, es razonable pensar que el proferente se refiere a que «*Juan no estuvo presente en la reunión*», que, a su vez, es sinónimo del enunciado asertivo «Juan no acudió a la reunión». Por otro lado, cabe entender que lo que proferente ha querido transmitir con su aserto es que «*Juan mantuvo una actitud pasiva* (no hizo nada, y singularmente no dijo nada)». En este segundo caso, Juan sí estuvo presente en la reunión, es decir, acudió al lugar en que la misma se celebraba y nada más.

Si ahora reparamos en lo dicho antes, sostenemos que resulta fácil deshacer la ambigüedad, en el contexto del art. 204.3.c LSC. Estimamos que el sentido que tiene el enunciado jurídico puede ser aparejado, como expresión sinónima, al término «*asistir*». Lo que interesaría, pues, a los efectos del precepto es quiénes han acudido a la reunión, esto es, quiénes han asistido.

De este modo, si se considera la expresión «*participar*» en el sentido del art. 228.c LSC, en relación con la «*presencia*» del administrador de la compañía, podría entenderse en el sentido de que se asiste, se está, pero no se toma parte en ningún acto o actuación, de modo que no se participa en sentido estricto[194].

---

sociedades de capital, F. Rodríguez Artigas, I. Farrando y R. Tena (dirs.), edit. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, p. 273.

[192] Según señala MIQUEL, J., «Acuerdos…, ob. cit., p. 272.

[193] Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, «asistir» significa «concurrir a una casa o reunión, tertulia, curso, acto público, etc.» (https://dle.rae.es/asistir?m=form [última visita 13.6.2023]).

[194] Afirma MIQUEL, J., -en «Acuerdos…, ob. cit., p. 273- que: «*me parece que la interpretación más armónica con el sentido que tiene en la LSC la expresión asistir -y también en otros contextos, participar- pasa por entender que no será causa de impugnación de los acuerdos sociales la mera asistencia de personas que no deberían estar en la junta, entendiendo que es*

Considérese, también, que la asistencia, en este punto, es únicamente relevante para determinar si se alcanza el *quorum* -el número de asistentes- necesario para que la junta pueda quedar válidamente constituida. Cualquier asistencia activa o pasiva es ahora irrelevante. Sólo cuenta quienes, o mejor, cuántos están presentes. Si se puede constituir la junta, que aún no lo está[195], ya se verá quien interviene, y quien no, y de qué forma (hablando, o votando, o ambas cosas a la vez). Por tanto, de lo anterior se infiere que no interesa el segundo de los sentidos apuntados, tal que se comprenda por «*participación*» asistencia activa, pues aún no puede predicarse la actividad o la pasividad en un acto -si es que se pudiera considerar tal a la junta- que todavía no se ha abierto, jurídicamente hablando. Entonces, «*participar*» debe entenderse como expresión sinónima de «*asistir*» y, si se acepta esto, entonces hubiera sido preferible emplear esta última expresión y no la que se recoge en el enunciado jurídico que nos ocupa.

No obstante lo anterior, tampoco parece que hubiese sido acertado haber formulado el enunciado jurídico del modo siguiente:

> *«Tampoco procederá la impugnación de acuerdos basada en [el siguiente motivo]: La asistencia a la reunión de personas no legitimadas, salvo que esa asistencia hubiera sido determinante para la constitución del órgano».*

La razón que esgrimimos es que tampoco es la mera asistencia relevante a los efectos que persigue la norma jurídica. Si son asistentes a un acto los que acuden a él, a una junta pueden acudir una diversidad de personas con diferentes roles. Pueden asistir personas como meros invitados. Otros quizá deban hacerlo porque la Ley exige su presencia (pensemos en los miembros del

---

indiferente que luego hayan «participado» o intervenido en ella (con voz, no con voto). De cualquier modo, la conclusión sería la misma -aunque la regla deviene entonces bastante superflua- si damos una interpretación un poco más amplia a la expresión «participación», más allá de la asistencia -en el sentido usual del artículo 93 LSC y otros concordantes-. Y añade: «*En ese caso, tampoco sería impugnable el acuerdo porque otras personas que no tengan la condición de socio (por ejemplo, asistentes a la junta en calidad de invitados, representantes de los trabajadores, etc…) hayan de alguna manera participado en la junta - con una actividad mayor que su simple presencia-, por ejemplo, tomando la palabra sin haber sido invitados a hablar».*

[195] Como bien dice GARCÍA-CRUCES, J. A., *Constitución*…, ob. cit., p. 2690, en este preciso momento lo que se desarrolla es la «reunión de socios», en ningún caso la junta que todavía no se ha podido declarar constituida.

órgano de administración en virtud de lo dispuesto en el art. 180 LSC). Incluso, en algunos casos, la sociedad ha podido contratar a personas para que presten un determinado servicio (cuidarse del buen funcionamiento de la megafonía, de la proyección en la pantalla, o de facilitar un micrófono para que se pueda escuchar a quien desee intervenir[196]).

Sea como fuere, entendemos que no todos los asistentes presentan alguna importancia en lo que hace al objeto de la norma. Sólo interesará que hayan acudido socios. Y solo se estima trascedente cuántos de ellos se hayan personado en el lugar de celebración de la reunión, porque, dependiendo del número, la junta podrá quedar válidamente constituida, o no. Así que, a nuestro modo de ver, la *participación* -quizá mejor, *asistencia*- genérica de personas es efectivamente intrascendente. Lo que sí importa son los socios que hayan accedido al lugar de reunión. Y aún más importante resulta que lo haya hecho el número mínimo imprescindible. Por consiguiente, la Ley tendría que haber empleado el término «*asistencia*» y debiera haber puntualizado que tal asistencia lo fuera de socios.

Forzoso es reconocer que el legislador adolece de cierta imprecisión en general cuando aborda la cuestión de la asistencia. Basta con la lectura del art. 192 LSC para percatarse de ello. Al referirse a la formación de la lista de asistentes no menciona expresamente que no cualquier persona que acuda a la reunión es relevante. Ello se infiere de que acto seguido habla de que se tomará en consideración el número de acciones o participaciones que ostenta o al que representa. Por consiguiente, no cualquier persona que se halle en el lugar, a la hora de la convocatoria, va a ser incluida en la lista de asistentes, que más bien debería llamarse *lista de socios asistentes*.

> «*Al final de la lista se determinará el número de socios presentes o representados, así como el importe del capital del que sean titulares,*

[196] Otros ejemplos distintos, pero análogos, en FARRANDO, I., *Impugnación de acuerdos y prueba de resistencia*, en «Estudios de Derecho mercantil: *Liber amicorum* profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá, Cuñat Edo (dir.), edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 288.

> *especificando el que corresponde a los socios con derecho de voto*» (192.2 LSC).

En resumen, todos los asistentes, sean o no socios, toman parte de la junta, y, en cierto sentido, efectivamente participan en ella. Sin embargo, no todos los asistentes, y, en definitiva, no todos los participantes -en tanto que asistentes que toman parte de la junta-, resultan trascendentes a los efectos de la válida constitución de esta. Dicho de otro modo, quien asiste, participa. Pero no todo aquel que asiste, y, en consecuencia, participa, es relevante a estos efectos.

Señalábamos al principio que nos proponíamos plantear dos objeciones a la formulación legal. Una ya ha sido expuesta y desarrollada en las líneas anteriores. La segunda, en la línea con el análisis filosófico del lenguaje jurídico, acometido ya en otros momentos previos del trabajo, afecta a la manera de formular el enunciado jurídico que nos concierne en este apartado (204.3.c LSC). Pero, antes que esto, y a modo de preámbulo, se considera oportuno reparar en el propósito del legislador al formular esta regla jurídica, que, como se verá, es compleja.

No creemos errar si decimos, en primer lugar, que la Ley discrimina, implícitamente, entre la junta de una sociedad mercantil, considerada en sentido informal, frente a la concepción en sentido formal. Según el primero de los sentidos, la mera *reunión* que se forma al acudir un conjunto de personas a un lugar, a una hora, puede ser reputado «*junta*». En definitiva, el sentido vulgar de la expresión (según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua[197]) es: «*Reunión de varias personas para conferenciar o tratar de un asunto». Frente a este, se erige el sentido formal, o técnico-jurídico, del término «junta» (añadamos, o no, la coletilla «de socios»).* Consideramos que, según la Ley, sólo cabrá hablar de «junta» cuando se haya verificado la asistencia -la presencia- de un número determinado -normativamente- de socios. Parece posible probar este aserto interpretativo con la lectura del art. 191 in fine LSC -sobre la constitución de la mesa de la (futura -para ser exactos-) junta y, en particular, con el siguiente fragmento: «*(…) los socios concurrentes al comienzo de la reunión*». Se

---

[197] *https://dle.rae.es/junta (última visita 13.6.2023).*

evidencia fácilmente como se registran dos momentos distintos: lo que hay al comienzo de la reunión (obsérvese cómo emplea la Ley la expresión «reunión», a nuestro juicio muy acertadamente) y lo que habrá después de que se haya constituido la junta.

Interesa reparar a continuación en el sentido técnico de «*junta*». Establecen los arts. 193 y 194 LSC una serie de presupuestos materiales para que se pueda considerar constituida. La redacción legal incluye el término «*válidamente*», pero, a los efectos de la exposición, estimamos más adecuado orillarlo, siquiera sea momentáneamente. En lo que nos interesa, verificada la asistencia de un número de socios que resulten titulares de determinado porcentaje del capital social, la junta quedará *constituida*. Es decir, efectuada tal verificación y habiéndose obtenido un resultado positivo, podrá predicarse la existencia de *junta* en sentido técnico-jurídico. Y, así lo declarará, por cierto, el presidente[198].

A tal efecto, se erige en momento crucial el de la conformación de la lista de socios asistentes, porque esta permitirá efectuar los cálculos necesarios a fin de determinar qué porcentaje del capital social se encuentra presente o representado y si este alcanza los mínimos legales, o estatutariamente, previstos para poder reputar constituida la *junta* en sentido técnico-jurídico[199]. Esto es lo que prevé, con bastante lujo de detalle, el art. 192 LSC.

Se considera importante destacar que es precisamente en este momento -el de la elaboración de la lista y de la realización del recuento- cuando es posible cometer errores[200], que no irregularidades (al menos, si tomamos esta última expresión en su sentido técnico-jurídico). Son, pensamos, errores, entre otros, registrar a quien no es socio[201], dejar de registrar a quien sí lo es, contar a un

---

[198] Como sostiene GARCÍA-CRUCES, J. A., en *Constitución*…, ob. cit., pp. 2695, 2705, 2707 y 2709.

[199] *Ibidem*, p. 2706.

[200] Emplea una terminología similar LATORRE CHINER, N., *La impugnación*…, ob. cit., pp. 232-233.

[201] Porque, por ejemplo, haya adquirido acciones contrariando el sistema estatutario, como ilustra FARRANDO, I., *Impugnación*…, ob. cit., p. 288. Por su parte, MIQUEL, J., *Nuevas causas*…, ob. cit., p. 274, expone que «*el ámbito de aplicación del 204.3.c LSC será principalmente el supuesto de asistencia indebida de personas a la junta derivada de la insuficiencia o irregularidad en su*

socio con un número de acciones inferior al mínimo exigido estatutariamente[202], equivocar el porcentaje de participación en el capital social de un socio, insertar en la lista a un socio cuando no se encuentra correctamente -conforme a Derecho- representado[203], y, finalmente, errar en las operaciones aritméticas necesarias para determinar la efectiva presencia -total o parcial- del capital social en la reunión[204].

Decimos que se trata de errores y no de irregularidades (en sentido técnico-jurídico) porque concebimos por estos últimos actos jurídicos deficientes que constituyen una infracción legal en tanto que son contrarios o disconformes al Derecho positivo societario. Buena prueba de ello es que el art. 192 LSC no exige que no se comentan errores, ni establece ninguna consecuencia jurídica a tal efecto. Simplemente ordena que se elabore la lista, de una determinada forma. Por consiguiente, y según entendemos, errar en la elaboración de dicha lista no constituye, *per se*, una infracción legal. Cuestión distinta es que ese error repercuta, posteriormente, en la comisión efectiva de una infracción.

Nos disponemos a efectuar un brevísimo excurso en este punto. A nuestro modo de ver, puede suceder que el presidente cometa un error de modo tal que considere concurrente el *quorum* mínimo legalmente establecido, sin que esto sea así. Sucederá que, por una parte, la constitución de la junta sea inválida y que, por otra, el presidente proclame -válidamente- constituida la misma.

Prolongamos el excurso para añadir que la constitución de la junta puede reputarse válida o inválida, al menos según la dicción legal. En este punto nos encontramos con lo que, en nuestra opinión, es un problema lingüístico-jurídico. No define el cuerpo jurídico concernido los términos «*válida*» (y los otros de la

---

poder de representación. El otro caso más frecuente será el de las personas que han sido indebidamente reconocidas como socios».

[202] Cfr. FARRANDO, I., *Impugnación*…, ob. cit., p. 288.

[203] Cfr. FARRANDO, I., *Impugnación*…, ob. cit., p. 288 y MIQUEL, J., *Nuevas causas*…, ob. cit., p. 274.

[204] Extrañamente FARRANDO parece distinguir -en *Impugnación*…, ob. cit., p. 297- entre categoría de errores, diferenciando la falta de legitimación de los yerros de cálculo, para lo que no vislumbro justificación alguna, si bien debo resaltar que en realidad esta distinción la considera exclusivamente en relación con la votación y no con la determinación del *quorum*.

misma familia que emplea igualmente) e «*inválida*». A nuestro juicio, y como ya hemos destacado anteriormente, el sentido que debe atribuirse a la validez es doble. Por una parte, significaría que el acto jurídico es disconforme o contrario al Derecho positivo societario -irregular, defectuoso o deficiente con arreglo a la Ley y en particular con respecto de los artículos 193 y 194 LSC. Y, por otra parte, significaría que ese acto jurídico disconforme o contrario al Derecho positivo societario carece de eficacia jurídica. No surte efectos jurídicos.

Esto último requiere precisar más en nuestro análisis. Ciertamente, el art. 193 LSC no nos auxilia en absoluto en nuestra labor interpretativa, porque se limita a señalar que el hecho de no alcanzar el *quorum* mínimo legal, o estatutariamente fijado, implica -en sentido vulgar, no lógico-deductivo- que la junta no se ha constituido válidamente, sin que exprese qué es lo que esto comporta.

Sin embargo, consideramos que sí lo hace el art. 194 LSC, cuando establece en su apartado 1º, un *quorum* reforzado en una serie de supuestos:

> «*1. En las sociedades anónimas, para que la junta general ordinaria o extraordinaria pueda acordar válidamente el aumento o la reducción del capital y cualquier otra modificación de los estatutos sociales, la emisión de obligaciones, la supresión o la limitación del derecho de adquisición preferente de nuevas acciones, así como la transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero, será necesaria, en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto*».

Y -he aquí lo interesante- establece dicho *quorum* como condición necesaria -aunque estimamos que insuficiente- «(…) *para que la junta general ordinaria o extraordinaria pueda acordar válidamente*» esos asuntos especiales, previstos en el orden del día. Empleando una expresión sinónima:

> «Si no se alcanza ese *quorum* mínimo reforzado, la junta no podrá adoptar válidamente determinados concretos acuerdos».

O lo que es lo mismo: si los adopta (material y jurídicamente se vota y se alcanza una mayoría), dichos acuerdos no serán válidos, o, mejor dicho, se podrán reputar *inválidos*. De modo que no surtirán efecto jurídico alguno. Lo que no dice en modo alguno el art. 194 LSC es que esos acuerdos sociales resulten *impugnables*, lo que comportará -según cierta interpretación *praeter legem* del art. 204 LSC- que revistan eficacia, siquiera sea claudicante, aunque por un concreto lapso de tiempo de un año. Tampoco señala la Ley que la junta se pueda calificar de nula, lo que permitiría un pronunciamiento judicial mero-declarativo, que, de *lege lata*, no nos parece posible, al menos si se pretende dictar una resolución materialmente conforme al Derecho material[205].

Lo que creemos que no se puede sostener es que se pueda reputar estos acuerdos sociales como jurídicamente inoperantes, en el sentido de que, *ipso iure*, no surtan efectos jurídicos. Entendemos que si así fuera, tales acuerdos sociales deberían ser considerados «*nulos*» (y si se quiere añadir, añádase la locución «*de pleno Derecho*»). Sin embargo, hasta donde se nos alcanza, y según hemos sostenido anteriormente, la LSC, y concretamente su art. 204, no contempla como posible la existencia de acuerdos sociales *nulos* (*de pleno Derecho*). La invalidez la tiene que constituir -que no declarar, salvo que se contemple como posible un pronunciamiento prejudicial, previo, inesquivable- el juez en la sentencia. Todo esto parece reforzar, de nuevo, en aquella reflexión, ya expuesta, según la cual el legislador no puso especial empeño en coordinar los arts. 194 y 204 LSC, ni lingüística, ni semánticamente, sobre todo.

Añádase algo fundamental, a nuestro modo de ver: la interpretación efectuada del art.194 LSC, en los dos párrafos anteriores, debe extenderse al art. 193 LSC. Adelantamos, no obstante, una objeción que se me puede oponer. Si bien el art. 194 LSC se refiere, de forma imprecisa -consideramos-, a que los acuerdos

---

[205] Discrepamos del parecer de FARRANDO, I., *Impugnación*…, ob. cit., p. 288, expresado en las siguientes afirmaciones: «"(…) *se anula la junta o el acuerdo o acuerdos afectados, debido a que tras la oportuna detracción no ha concurrido el quorum suficiente para constituir la junta o adoptar válidamente el acuerdo* (…)». El empleo, por dos veces, de la conjunción disyuntiva «o» no se me antoja acertado. La junta no se anula, en nuestra opinión. Y, asimismo, el segundo empleo de dicha conjunción solo puede entrañar un sentido conjuntivo, no disyuntivo, aunque se trate de una disyunción inclusiva.

adoptados en el seno de una junta inválidamente constituida resultan *impugnables*[206], el art. 193 LSC no dice tanto y se limita a establecer como única consecuencia jurídica que la junta no quedará válidamente constituida, que es sustancialmente distinto. Advertido el problema, pensamos que, por una parte, no tendría sentido que el legislador hubiese establecido tal discriminación -entre ambos preceptos (193 y 194)-. Por otra parte, estimamos la existencia de una laguna en el caso del art. 193 LSC que se puede colmar -según autoriza el art. 4 CC- por vía de aplicación analógica -*analogia legis*- de lo establecido en este sentido por el art. 194 LSC.

Si reunimos los distintos pasos del razonamiento, podemos afirmar que la comisión de un error -de cualquiera de los antes señalados, o de cualquier otro que cupiese añadir y que se nos haya pasado por alto-, en tanto implique que, efectiva y objetivamente, no se alcanza el *quorum* mínimo, legal o estatutariamente establecido, comporta que los acuerdos sociales que se hayan adoptado en el seno de la junta -en sentido técnico-jurídico-, son *impugnables*, en el sentido del art. 204 LSC.

Al mismo tiempo, y tomando en consideración, de forma conjunta, los arts. 193, 194 y 204.3.c LSC, cabe sostener que los acuerdos sociales adoptados en una junta de socios de una sociedad anónima podrán ser *impugnados* -o judicialmente anulados- si dicha junta no se constituyó válidamente, esto es, si no se alcanzó, material y jurídicamente, el *quorum* mínimo. Por consiguiente, cuando se haya cometido un error en la elaboración de la lista de socios asistentes de modo tal que se consideró presente el *quorum* mínimo, aunque, material y/o jurídicamente, no era así, los acuerdos sociales adoptados en esa junta -inválidamente constituida- podrán ser impugnados -o judicialmente anulados-.

Se deduce de lo anterior que, cuando se haya cometido un error en la elaboración de la lista de socios asistentes y, además, se haya alcanzado

---

[206] Si bien insistimos en admitir que la Ley no dice esto, sino que los acuerdos son «inválidos», lo que es distinto, en puridad. No obstante, nos reafirmamos en nuestra interpretación que pretende salvar una antinomia con el art. 204 LSC, inevitable en otro caso.

material y jurídicamente el *quorum* necesario para poder considerar válidamente constituida la junta, entonces la junta ha sido válidamente constituida -y la afirmación (por el presidente) de tal hecho jurídico-material es verdadera- y los acuerdos sociales adoptados en su seno no son calificables como *impugnables*, esto es, no pueden ser *impugnados* -teniendo presente nuestro rechazo de esta última expresión[207] y el juez no se encuentra autorizado legalmente para resolver su anulación.

Lo anterior nos conduce a considerar que, bien mirado, es innecesaria la elaboración de una categoría[208] *ad hoc*, bajo la denominación «*test de resistencia*» o también llamado «*prueba de resistencia*»[209].

Los tribunales de primera instancia y los de segunda, cuando asumen la instancia, no tienen que aplicar especiales inventos, a modo de instrumentos de medición, sino que simplemente les basta con aplicar la Ley[210]. Sin embargo, el Tribunal Supremo sigue siendo partidario de la aplicación de este mecanismo, tal como señala en la STS 406/2023, de 24 de marzo, cuando afirma: «(…) *La nulidad del acuerdo requiere, por tanto, que el voto o votos inválidos o el error del cómputo de los emitidos haya tenido una efectiva relevancia, de forma que haya resultado "determinante" para alcanzar la mayoría requerida. Si la participación indebida del socio (en este caso la Sra. Victoria) o el cómputo erróneo de sus votos hubiese determinado la consecución del quorum exigido por la ley, que no se habría logrado sin su participación, o para la obtención de la mayoría necesaria para la aprobación de los acuerdos, entonces esa infracción provocaría el efecto de su nulidad. En caso contrario, el art. 204.3.d) LSC veda tal resultado. Y esta segunda hipótesis, como hemos avanzado, es la*

---

[207] Aunque FARRANDO -en *Impugnación*…, ob. cit., p. 282- hable de «inviabilidad».

[208] Algunos la denominan «técnica», como es el caso de FARRANDO -en *Impugnación*…, ob. cit., pp. 281-282.

[209] Afirma HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ -en *El test*…, ob. cit., p. 39- que: «*El test de resistencia se erige como la institución societaria encargada de ponderar si la concurrencia de personas que fueron indebidamente legitimadas o la invalidez de ciertos votos ha sido determinante para la aprobación del correspondiente acuerdo social*».

[210] Esto explicaría porqué, como dice FARRANDO -en *Impugnación*…, ob. cit., p. 283-, «*la "prueba de resistencia" no tiene reconocimiento expreso en nuestros textos societarios*».

que se corresponde con la situación en que se subsume el caso de la litis Como explicamos en la sentencia 697/2013, de 15 de enero de 2014, ya antes de la reforma introducida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, y desde la vigencia de la originaria Ley de Sociedades Anónimas de 1951, como después bajo la aplicación del Texto Refundido de 1989 y más tarde con la Ley de Sociedades de Capital, la doctrina sostuvo la procedencia de aplicar el test o prueba de resistencia. La prueba de resistencia se traduce en que "de la cifra originariamente considerada (para el quórum de constitución o para la mayoría) se restan el porcentaje en el capital (o los votos) atribuidos irregularmente a personas que no estaban legitimadas para asistir (o para votar). Si, tras realizar esta sustracción, con el restante porcentaje de capital asistente se alcanza el quórum suficiente, la junta se entiende válidamente constituida; en caso contrario, la junta es nula (y con ella los acuerdos adoptados) por estar irregularmente constituida. Y del mismo modo en lo que respecta al cálculo de la mayoría". Aunque la "prueba de la resistencia" recibió carta de naturaleza normativa en la citada reforma legal, esta sala ya apreció que incluso antes de la reforma, en línea con la doctrina científica reseñada, estaba implícita en el cómputo de quórums y mayorías, a los efectos de la impugnación de acuerdos, y referida a los casos en que se permitió de forma indebida la asistencia y el voto de quien no gozaba del derecho de asistencia o del derecho voto (sin extenderla a los casos en que fue denegada de forma indebida la asistencia de quien sí gozaba de derecho para ello)».

Con o sin error, no alcanzar el *quorum* mínimo, legal o estatutario, autoriza a los tribunales para anular los acuerdos sociales adoptados en el seno de la junta. Que esto sea así se comprende fácilmente si se considera que esa junta no se debió haber celebrado, porque no se trataba de una *junta* en sentido técnico-jurídico, sino en el sentido vulgar de mera *reunión de personas*.

En nuestra opinión, no se trata tanto de que el legislador quiera limitar el desafuero de las impugnaciones[211], sino más bien se trata de reconocer algo sencillo, que ya está en la Ley: la clave no radica en si el error es determinante

[211] Como afirma MIQUEL, J., *Nuevas causas*…, ob. cit., p. 268.

o no lo es -lo que obviamente tiene importancia-, sino si se alcanzó objetiva y jurídicamente el *quorum* mínimo.

Realmente la Ley prescinde de dar ninguna significación a los errores, lo que es sensato, y pone el foco de atención exclusivamente en la consecución del *quorum* mínimo.

Por tanto, no se trata de aplicar principios -que en cada autor van variando en su identificación[212], dirigidos en último término a maximizar la conservación de los acuerdos sociales. Retomando una idea ya expuesta anteriormente, un error -involuntario o premeditado- no es un vicio de la junta, o de la lista de asistentes, o del acuerdo social adoptado a posteriori, si por «*vicio*» se entiende una deficiencia que comporta una infracción legal -lleve aparejadas, o no, consecuencias jurídicas-. Según nuestro enfoque, no es preciso discriminar entre «*vicios*» que resultan trascedentes y que no se pueden consentir y otros «*vicios*» con los que cabe mirar para otro lado[213] Y esto es así, porque, como ya hemos dicho, la Ley no repara en esos «*vicios*», sino en un hecho bien sencillo y objetivo: se alcanzó el *quorum* necesario, o no.

En definitiva, descendiendo al terreno de la praxis forense, el juez deberá anular un acuerdo social -adoptado en el seno de una junta de accionistas- si está probado que hubo un error o si cabe calificar jurídicamente que un sujeto no gozaba de la condición de socio o no representaba según Derecho a un socio y si, verificado lo anterior, la efectiva subsanación en la lista de asistentes de los efectos del error -por efecto de su supresión- impedía que, entonces, se alcanzara el *quorum* mínimo, legal o estatutario.

En suma, concluimos con el juicio de idoneidad, anunciado al comienzo del epígrafe: El art. 204.3.c LSC resulta superfluo y, por tanto, absolutamente

---

[212] Véase los planteamientos distintos de FARRANDO, I., *Impugnación*…, ob. cit., p. 286, o MIQUEL, J., *Nuevas causas*…, ob. cit., p. 270-271, o también HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, J., *El test*…, ob. cit., p. 38.

[213] FARRANDO -en *Impugnación*…, ob. cit., p. 286-, afirma: «(…) *El acuerdo adoptado con ese vicio (o la junta irregularmente constituida por esa razón) no será anulable cuando se pruebe que también habría sido* (…) *constituida sin la asistencia de quien no podía computar como asistente* (…)».

prescindible. Sugerimos, por tanto, desde una perspectiva de *lege ferenda*, su supresión.

III. ENMIENDA A LA TOTALIDAD: PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

Ya se ha concluido anticipadamente, en momentos previos de este capítulo, que es muy necesaria la reforma de la regulación de la impugnación de los acuerdos sociales fundada en la infracción de las reglas relativas a la constitución de la junta.

Se ha defendido la supresión del art. 204.3.c LSC. Se ha propugnado la corrección de la formulación parcial del art. 204.3.a LSC en lo que respecta a la expresión «*esenciales*» y, vinculado con esto, la eliminación de la posible antinomia que podría predicarse con respecto del art. 204.1.I LSC.

Se ha postulado la imperiosa coordinación de los arts. 191 a 194, por un lado, y el art. 204, todos ellos de la LSC, lo que obligaría a modificar, parcialmente, la formulación de los primeros.

En la nueva construcción normativa general sobre la materia concernida juzgamos necesario introducir, como mínimo, dos enunciados jurídicos, uno de ellos cualificatorio, y el otro prescriptivo.

Por lo que hace al primero de ellos, consideramos adecuado haber calificado expresamente como *impugnables* los acuerdos sociales adoptados en el seno de una junta que no se hubiese constituido válidamente. Este enunciado jurídico cualificatorio contribuiría a colmar la laguna del art. 193 LSC, a la que antes nos hemos referido, y mejoraría la coordinación normativa con el art. 194 LSC, del que también hemos dado cuenta. No nos parece necesario incluir otro enunciado jurídico cualificatorio en sentido negativo, esto es, que definiera como *no impugnables* los acuerdos sociales adoptados en el seno de una junta de la que su lista de asistentes fuera defectuosa y que, al mismo tiempo, aquella se hubiese constituido válidamente por haberse alcanzado el *quorum* mínimo, suprimidos los efectos de los errores cometidos.

En lo que respecta al segundo de ellos, se echa en falta una formulación normativa que prescriba al juez que, concretamente, debe anular los acuerdos

sociales adoptados en el seno de una junta de accionistas que no quedara válidamente constituida por no asistir el *quorum* necesario a tal efecto. Debemos admitir que, si se introdujera el anterior enunciado jurídico cualificatorio, no sería en absoluto necesario un segundo enunciado jurídico prescriptivo secundario con un contenido específico, bastando con uno genérico, que obligase al juez a anular cuando el acuerdo social pudiera ser calificado jurídicamente como *impugnable*.

CAPÍTULO 5: LA FALTA DE CONSECUCIÓN DE LA MAYORÍA LEGALMENTE EXIGIBLE COMO MOTIVO DE IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES

I. EL ART. 204.3.D LSC: EL ARTE DE COMPLICAR LO SIMPLE

Se parte de otro enunciado jurídico, esta vez del contenido en el art. 204.3.d LSC:

> «*Tampoco procederá la impugnación de acuerdos basada en [el siguiente motivo]: 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*».

1.1. ANÁLISIS SEMÁNTICO DEL ART. 204.3.D COMO ENUNCIADO JURÍDICO CUALIFICATORIO

Se puede formular, en primer lugar, el siguiente enunciado interpretativo[214]: El único enunciado jurídico del ordinal «d» del apartado 3º del art. 204 LSC significa que todo acuerdo social adoptado sin contar, material y jurídicamente, con la mayoría exigible jurídicamente, es un acuerdo social *impugnable*.

Y significa, también, que todo acuerdo social adoptado habiéndose alcanzado, material y jurídicamente, la mayoría exigible jurídicamente, a pesar de la sustracción de los votos inválidos que hubieran podido registrarse, o del error de

[214] Aun cuando ya se han introducido anteriormente determinadas nociones sobre interpretación, resulta conveniente volver a examinarlas en este punto. Comencemos por definir lo que nosotros entendemos -siguiendo a HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Razonamientos*…, ob. cit., p. 25- por «enunciado interpretativo»: «(…) *Es un enunciado que atribuye sentido a una expresión, en particular a otro enunciado, y dice cuál es el sentido de este otro enunciado o qué es lo que este enunciado significa*». Asimismo, «*los enunciados a los que los enunciados interpretativos se refieren y a los que éstos atribuyen sentido, es decir, los enunciados que son objeto de interpretación, son enunciados interpretados*». Y se añade -pp. 27-28-, «(…) junto al propio enunciado interpretativo y al enunciado interpretado (…) observamos la presencia de un tercer enunciado (…)», que es sinónimo del interpretado (y que es asertivo, porque puede ser verdadero o falso, según la corrección de la atribución de significado al enunciado interpretado), recibiendo la denominación de «enunciado interpretante». Así, un *enunciado interpretativo* expresa que el *enunciado interpretado* es sinónimo del *enunciado interpretante*.

cómputo de votos en el que se hubiera se pudiera haber incurrido, es un acuerdo social *no impugnable*.

El enunciado asertivo interpretante proporciona una definición, no jurídica (puesto que no se trata de un enunciado jurídico). En realidad, se trata de dos definiciones, contenidas en un único enunciado.

Como ya se sostuviera, especialmente en el capítulo 1, no es en absoluto claro el sentido del art. 204.3.d LSC. Allí se planteó, como posible, el referido sentido meramente cualificatorio[215]. Si esto fuera así, debe ponerse en relación con la definición contenida en el primer párrafo del apartado 1º del art. 204 LSC.

Es más, y he aquí lo relevante, estimamos la existencia de cierta *relación de concreción*[216], que desarrollamos a continuación.

En este último precepto -el art. 204.1.I LSC-, el legislador atribuye una serie de propiedades a los acuerdos sociales que caracteriza como *impugnables*. Entre otras, que son contrarios a la Ley.

Entendemos que el art. 204.3.d LSC no haría -si es que fuese realmente cualificatorio su sentido- sino reforzar lo anterior, en un supuesto específico: el de las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos sociales.

Si la Ley exige -en los arts. 198 a 201 LSC y concordantes- unas determinadas mayorías, que solo pueden ser modificadas limitadamente por vía estatutaria, la inobservancia de dichas reglas jurídicas -o convencionales, en tanto sea

---

[215] En momentos precedentes de este trabajo hemos introducido la distinción entre enunciados prescriptivos y cualificatorios.

[216] Aludimos a una noción sintáctica muy útil a estos efectos y que encontramos frecuentemente en las formulaciones normativas. A la hora de formular una norma, el legislador tiende a emplear expresiones sustantivas genéricas, lo que le evita largas y farragosas listas de destinatarios de la norma. Pensemos, por ejemplo, en la prohibición de acceder vehículos a los parques públicos. Si vamos a los mandos de un ciclomotor, nos podremos preguntar si esa prohibición nos afecta. En tal caso, nos plantearemos la posibilidad de subsumir la especie «ciclomotor» en el género «vehículos». Si llegamos a la conclusión -tras un razonamiento que es exclusivamente lingüístico, de orden más concretamente semántico- de que efectivamente existe tal relación de pertenencia del término «ciclomotor» a la clase general de los «vehículos», entenderemos que la prohibición nos afecta. Puede exponerse como una relación de conjuntos. El conjunto mayor lo conforma la expresión «vehículo» y alberga en su ámbito de referencia a una serie limitada de subconjuntos: coches, camiones, bicicletas, monopatines… Así pues, cuando hablamos genéricamente de «vehículos», podemos concretarlo a una de sus posibles especies, como es en este caso el ciclomotor.

respetuosas con las primeras- constituye una infracción legal. Dicho de otra forma, los acuerdos sociales adoptados infringiendo los arts. 198 a 201 LSC son contrarios a la Ley.

Si se acepta lo anterior, entonces bastaría con el enunciado jurídico cualificatorio contenido en el párrafo 1º del apartado 1º del art. 204 LSC. No haría falta volver a decir lo mismo, sólo que con la diferencia de que el 204.3.d LSC contiene una especificación de la calificación para un concreto caso: el de los acuerdos sociales adoptados sin haberse alcanzado, material y jurídicamente, la mayoría exigible jurídicamente. Pero creemos que nadie discutiría que un acuerdo social que se haya adoptado sin haberse alcanzado, material y jurídicamente, la mayoría exigible jurídicamente, se debe calificar de *impugnable*, *secundum legem*. Consideramos que tampoco cuestionaría nadie que este último supuesto constituye una infracción legal de alguna de las diversas reglas jurídicas -arts. 198 a 201 LSC y concordantes- que disciplinan las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos.

Por consiguiente, y en estrictos términos sintácticos, el 204.3.d LSC -concebido como un enunciado jurídico cualificatorio- puede considerarse, en este sentido, una concreción del 204.1.I LSC, totalmente superflua.

Asimismo, conviene advertir claramente que no se trata en absoluto de un caso de antinomia de segundo grado, como sí sucede -según se justificó en el capítulo 1º- con los arts. 204.1.I y 204.3.a LSC[217].

1.2. ANÁLISIS SEMÁNTICO DEL ART. 204.3.D COMO ENUNCIADO JURÍDICO PRESCRIPTIVO

Efectivamente, cabe otro enfoque (por el que manifestamos preferencia), que parte de la concepción de este enunciado jurídico como prescriptivo.

[217] Recuérdese que allí concurren dos enunciados jurídicos, que si ambos se consideran en sentido cualificatorio -e intuimos que, aunque no fuera así, tampoco se evitaría-, uno establece que todo acuerdo social contrario a la Ley debe reputarse *impugnable*, mientras que el segundo enunciado jurídico dice que sólo son acuerdos impugnables los que sean contrarios a algunos enunciados jurídicos, sin precisar cuáles.

Enfoque que repara, por ser capital, en el carácter complejo del enunciado jurídico único contenido en la letra «d» del apartado 3º del art. 204 LSC. A nuestro parecer, contiene una regla y su excepción, aunque no las contemplamos precisamente en el orden en el que vienen recogidas en el texto legal.

Para nosotros, la regla es la siguiente (que formulamos a través de un enunciado interpretante de uno de los sub enunciados jurídicos del 204.3.a LSC):

> Está autorizada la impugnación de los acuerdos sociales que fueran declarados aprobados al cabo de una votación sin que concurriera, material y jurídicamente, la mayoría exigible jurídicamente, sea la causa de la divergencia entre lo declarado y la realidad material-jurídica la existencia de un error de cómputo o un voto inválido -o una pluralidad de ellos-.

Esta formulación autoriza la *impugnación* de los acuerdos sociales que se proclaman aprobados por el presidente de la junta no habiéndose alcanzado la mayoría exigible jurídicamente, sea la causa del desajuste un error de cómputo de los votos, la consideración de un voto inválido, o varios, o cualquiera otra análoga.

Ahora procede poner en relación el anterior enunciado interpretante -del subenunciado jurídico contenido en el art. 204.3.d *in fine* LSC- con otro enunciado interpretante, esta vez del art. 204.3.a LSC:

> «Está autorizada la impugnación de los acuerdos sociales en cuyo proceso de adopción se haya infringido una regla jurídica relativa a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos».

Parece poco discutible que lo relevante es que se haya dejado de observar lo previsto por la Ley en materia de mayorías. Sea cual fuere la razón material (y jurídica) que haya ocasionado la infracción. Para que se pueda considerar observado o cumplido cualquier precepto que establezca una determinada mayoría, es condición necesaria y suficiente, a nuestro entender, que sea verdadera la emisión de una serie de votos que sumen equis cantidad y que los votos resulten todos ellos válidos[218], de modo que quepa calificar jurídicamente

[218] La cuestión de la validez del voto es sumamente importante, según entendemos, y como demostraremos después.

a ese sumatorio, verdadero y válido, como tal mayoría -exigida legalmente-. Expresado más sencillamente, que el presidente de la junta declare la existencia de una mayoría no significa que esta concurra efectivamente -material y jurídicamente-. Y si esta no concurre en estos términos, en la adopción del acuerdo se habrá infringido la concreta regla jurídica que para esa materia impone una específica mayoría.

Cabe enfocarlo desde una perspectiva práctica, que quizá facilite la comprensión de lo dicho. Supongamos que en un caso se cometiese un error de cómputo -que se antoja el supuesto más sencillo de irregularidad-. A resultas de este, se considera alcanzada la mayoría exigida por la Ley -o por la concreta exigencia estatutaria-. En su demanda, el socio discrepante solicitaría -en el suplico- que se anulara el acuerdo adoptado. Los hechos fundamentales son los siguientes: se produjo un error de cálculo -el que fuese-; de corregirse -y suprimirse las consecuencias distorsionadoras de aquel-, el número de votos no alcanza el exigido jurídicamente; eliminado el equívoco, y sus consecuencias, el presidente no pudo declarar aprobado el acuerdo. En lo que hace a la fundamentación jurídica, el accionante debería sostener que el acuerdo social es impugnable por resultar contrario a la Ley -*ex* art. 204.1.I LSC- y que procede su *impugnación* (en nuestra opinión, debería hablar de *anulación*) por cuanto se ha infringido una regla jurídica relativa a las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos -alguno de los arts. 198, 199, 200 y 201 LSC-.

A todo esto, se antoja innecesario invocar el art. 204.3.d LSC, en sentido positivo, o mejor, en sentido *autorizativo*, según hemos expuesto unas cuantas líneas más arriba.

El error de cómputo, que es lo acontecido en el supuesto propuesto como ejemplo, es un hecho ajeno al supuesto de hecho de la norma invocada como de aplicación -el art. 204.3.a LSC en lo relativo a la infracción de las reglas jurídicas relativas a las mayorías requeridas para la adopción de acuerdos-. Es un hecho relevante, sí, pero a modo de hecho antecedente o hecho meramente instrumental, que, evidentemente debe alegarse y probarse, para que pueda calificar el juez al acuerdo social como *impugnable*.

Visto así, el art. 204.3.d LSC -mejor dicho, el subenunciado que autoriza la *impugnación*- funge como un desarrollo del art. 204.3.a LSC -en su contenido correspondiente-, sin que añada relevante a este último, ni complete un sentido que, sin esta adición, se encontrara incompleto.

Ahora es el turno de abordar el estudio de lo que se decía antes que conformaba una excepción con respecto de la regla que acabamos de examinar (y que formulo a través de un enunciado interpretante del otro de los sub enunciados jurídicos del 204.3.a LSC):

> No está autorizada la impugnación de los acuerdos sociales adoptados al cabo de una votación que haya revelado una mayoría, material y jurídicamente, correspondiente con la mayoría exigible jurídicamente, aun cuando se haya registrado la existencia de un error de cómputo o un voto inválido -o una pluralidad de ellos-.

El único enunciado jurídico del ordinal «d» del apartado 3º del art. 204 LSC significa, en parte, que, con respecto de todo acuerdo social adoptado contando, material y jurídicamente, con la mayoría exigible jurídicamente, *no se autoriza su impugnación* (siendo esta última imprecisa expresión sinónima de la otra, igualmente imprecisa, escogida por el Legislador «[no] *procederá la impugnación de los acuerdos sociales* […]»), sin perjuicio de que se haya registrado un error de cómputo o un voto inválido -o una pluralidad de ellos-, en todo caso inconsecuentes con respecto de la consecución de la mayoría.

De esta última consideración -de la vertiente negativa, o de la excepción comprendida en el 204.3.d LSC-, cabe extraer dos importantes consideraciones. Primera, no parece superflua. Y, segunda, vislumbramos en ella un propósito pedagógico del legislador, aunque discrepemos de la forma en que hace pedagogía. A nuestro modo de ver, esta debe hacerse en la Exposición de Motivos[219] -en la que, por cierto, no se ocupa en absoluto, de este aspecto

---

[219] O, mejor definida, «parte dispositiva» de cualquier cuerpo jurídico. Como señala HERNÁNDEZ MARÍN -en *Compendio*…, ob. cit., p. 146-, «*la parte expositiva de un cuerpo legal es denominada así porque está integrada por enunciados asertivos, que exponen cosas. Es como una introducción a la parte dispositiva. Suele contener un breve resumen de la parte dispositiva y una justificación de ésta o, mejor dicho, diversas justificaciones, o justificaciones de diferentes tipos, de la parte dispositiva*».

concreto de la regulación general de las sociedades de capital[220]-. En modo alguno, a través de los enunciados jurídicos, que deben limitarse a definir y a prescribir[221].

El propósito pedagógico, al que nos referimos, consiste en trasladar la idea al justiciable -más específicamente al socio disidente- y al aplicador -al juez- de que lo único relevante para el Legislador es si un acuerdo social se ha adoptado sobre la base de una mayoría mínima, legal o estatutariamente establecida. Si es el caso de que la respuesta sea afirmativa, el acuerdo social es inatacable, desde este punto de vista. Y su contrario, obviamente.

Añádase: carece de relevancia -de trascendencia, si se prefiere decir así-, que se haya podido cometer errores en relación con el cómputo de los votos y la fijación de la mayoría. Si lo único que importa, a estos efectos, es que se haya alcanzado, material y jurídicamente, la mayoría exigible jurídicamente, dichos errores son completamente irrelevantes.

No se nos oculta que el legislador se hizo eco, en 2014, como ya se ha dicho aquí, y antes en muchos otros sitios -existiendo absoluto consenso al respecto en la dogmática-, de esa necesidad imperiosa de poner coto a la lluvia de demandas de impugnación de acuerdos sociales fundadas en cualquier error, deficiencia, incluso irregularidad, albergando el propósito, torcido, de perjudicar a la sociedad -con el objetivo, mediato, de obtener algún tipo de ventaja, como pudiera ser la compra de la participación del socio minoritario sistemáticamente disidente-.

Enunciados jurídicos como los contenidos en los distintos ordinales del apartado 3º del art. 204 LSC persiguen, bien mirado, un efecto disuasorio en los potenciales socios disconformes con el resultado de las votaciones y el contenido de los acuerdos que les desagraden. Pero debemos insistir en que, a nuestro juicio, es un error emplear la *parte dispositiva* de un cuerpo jurídico -en este caso, la LSC- para llevar a cabo este propósito. Para esto está la *parte expositiva* de

---

[220] Cfr. MIQUEL, J., *Acuerdos*…, ob. cit., pp. 266-267.

[221] Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Compendio*…, ob. cit., p. 148.

los cuerpos jurídicos, que, curiosamente, en este caso no ha sido usada para lo que se debe emplear[222].

Opinamos que el Legislador se hace un flaco favor si complica innecesariamente la regulación legal. Si no hay ningún enunciado jurídico -en referencia a los ajenos a la ordenación específica de la impugnación de los acuerdos sociales- que, ni lejanamente, recoja como supuesto de hecho *la comisión de errores de cálculo*, de cómputo (lo que incluye la consideración positiva de votos inválidos) y como consecuencia jurídica la *impugnabilidad* -con toda la carga de imprecisión del término- del acuerdo social correspondiente, entonces para qué enredarse con salvedades y formulaciones que sólo contribuyen a complicar la interpretación de la Ley.

Permítasenos un sencillo ejemplo de la vida cotidiana. Para asistir a un determinado evento se exige, por las normas de protocolo, vestir los caballeros de traje y corbata. Pongamos que dichas normas no dicen nada sobre la marca del traje y de la corbata, ni tampoco sobre su color o su estampado. Desde el prisma de la técnica legislativa, es una regla correcta. A nadie se le ocurrirá asistir con tejanos y una camiseta, aunque sean de la marca de ropa más prestigiosa del mercado.

Ahora pongamos que la anterior regla, añadiese lo siguiente:

> No se permite la asistencia de aquellos hombres que acudan con tejanos y camiseta.

No sólo es irrelevante, sino que, además, genera innecesariamente un cierto ámbito de incertidumbre interpretativa, pues pueden existir prendas para hombre que no sean traje y corbata y tejanos y camiseta.

Pero, y esto es lo que nos interesa más -porque aquí se halla el punto culminante del paralelismo-, pongamos que aquella primera regla, expresara lo siguiente:

> Los caballeros deberán asistir al evento con traje y corbata, permitiéndose la entrada a todos los que porten tal atuendo sin importar la marca, el color o el estampado.

---

[222] Insistimos en remitir, en relación con las nociones de «parte expositiva» y «parte dispositiva», a HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Compendio*…, ob. cit., pp. 146-148.

Este añadido es superfluo, y también peligroso, porque puede hacer dudar de si pueda haber otros factores -la elegancia del traje y de la corbata- que sí puedan estimarse relevantes de cara al acceso al evento. Es claro que la organización del evento quiere insistir y dejar clarísimo que los hombres que quieran acudir al evento deben ir vestidos con traje y corbata. En tal caso, no es necesario complicar las cosas. Quizás, en algún apartado que explique en qué consista el evento se pueda remarcar que, por su contenido, y por otras razones, es necesario que todos los caballeros sigan un código de indumentaria y vistan todos de forma análoga.

Dejando el anterior paralelismo, retomamos la idea central de la argumentación. Si no hay ningún enunciado jurídico que establezca algo en relación con los errores de cómputo -en un sentido amplio del término (ya sea un equívoco aritmético, ya sea incluir en la suma un voto inválido)- y, menos aún que los vincule con la impugnabilidad del subsiguiente acuerdo social, es un error enunciar nada al respecto, ni que sea para negar dicha -inexistente- vinculación. Bastaba con lo que había. Una serie de enunciados jurídicos que establecen -imperativamente- un régimen de mayorías o que acotan el régimen convencional que pueda fijarse estatutariamente. Sea con un sentido cualificatorio, o con un sentido prescriptivo, un acuerdo social que cumpla con la mayoría exigida es conforme a Derecho y uno que no, evidentemente no lo es. No se necesita más.

Si se contaron mal -involuntaria o premeditadamente- los votos -por calificar, jurídicamente, válido un voto inválido o por un error aritmético- y no se alcanzó, material y jurídicamente, la mayoría exigible jurídicamente, ese acuerdo es *impugnable* -o, si se prefiere, debe anularlo el juez (sobre esto volveremos más adelante).

Y si se contaron mal -involuntaria o premeditadamente- los votos -por calificar, jurídicamente, válido un voto inválido o por un error aritmético- y se alcanzó, material y jurídicamente, la mayoría exigible jurídicamente, ese acuerdo es *inimpugnable* (o bien, según se entienda, el juez está(ría) obligado a desestimar la demanda de impugnación).

Al final, los errores en el cómputo de votos, que resulten trascendentes para determinar si se ha alcanzado la mayoría mínima jurídicamente exigida, no son

más que un hecho, importante sí, del relato fáctico de la demanda, subsumible en el supuesto de hecho de la norma que dice que la mayoría en tal caso era equis, y descontados los errores, no se alcanzaba y, por tanto, material y jurídicamente no se alcanzó.

En suma, se reputa innecesario y superfluo al art. 204.3.d LSC y sugerimos su supresión, como propuesta de *lege ferenda*.

II. ERRORES EN EL CÓMPUTO DE VOTOS

Los errores aritméticos -en sentido amplio- no revisten interés desde un punto de vista jurídico. Cualquier operación de aritmética, de las que habitualmente se ejecutan para efectuar el recuento de votos, puede resultar fallida. Ya sea por pura impericia o descuido de quien computa -en nuestra opinión, el secretario de la junta-, ya sea por un propósito premeditado de que se proclame un resultado que no es el que objetivamente se ha registrado.

III. LA ESPINOSA CUESTIÓN DE LOS VOTOS INVÁLIDOS

Pensamos que reviste enorme interés la locución «*la invalidez de uno o varios votos*» contenida en el art. 204.3.d LSC. De aquí que consideremos oportuno ocuparnos detenidamente de la misma.

Entendemos que debe prestarse atención a la calificación -jurídica- de un voto como inválido. Calificación esta que, hasta donde se nos alcanza, no está definida en la LSC. No existe, según entendemos, ningún enunciado jurídico cualificatorio que defina directa o indirectamente -por vía de enumeración- lo que deba entenderse jurídicamente por «voto inválido». Tampoco consta que el legislador haya expresado los efectos jurídicos que quepa aparejar a un «voto inválido»[223].

[223] Nos parece una buena muestra de lo que digo la ausencia de la menor mención a este respecto en el trabajo de MIQUEL, J., *Acuerdos*…, ob. cit., pp. 275-276.

3.1. SOBRE LA NOCIÓN «VOTO INVÁLIDO» EN GENERAL

Opinamos que un «voto inválido» es un voto que, o bien por emitirlo quien no se encuentra legitimado para ello, o bien por la forma o tiempo de su emisión, es contrario a Derecho positivo -societario-.

Si, por ejemplo, un socio se encontraba, en la fecha de celebración de una junta, privado del derecho de voto, su voto debe ser calificado como -jurídicamente- inválido, en tanto que dicho socio no se encontraba, en ese momento, legitimado para emitirlo, por hallarse privado temporalmente del derecho político de voto. En tanto que la Ley establezca que el socio privado temporalmente del derecho político de voto (y, por ende, que en ese lapso temporal) no puede votar[224], ejercitar ese derecho -votando, efectivamente- constituye una infracción legal, es un acto -jurídico- contrario a Derecho positivo -societario-.

Ahora bien, no necesariamente las formulaciones normativas (por ejemplo, «*prohibido votar al socio que temporalmente se encuentre privado del derecho de voto*») llevan aparejada siempre una consecuencia jurídica. A menudo, nos topamos con formulaciones normativas que no acarrean consecuencia jurídica alguna en caso de incumplirse, o desobedecerse. Piénsese, por ejemplo, en el habitual cartel que se localiza en los parques públicos:

«Prohibido pisar el césped»

Desde un punto de vista de eficacia social -que no jurídica-, de ordenación de la convivencia armónica o del buen uso de los espacios y elementos públicos, esta clase de formulaciones normativas son inanes, porque, a veces, las personas, sabedoras de la falta de consecuencia para sus actos, infringen la regla, pisando el césped descuidadamente.

En este sentido, conviene que exista un enunciado jurídico prescriptivo secundario -dirigido, en este caso, a la Administración pública- que establezca:

> «Si está probado que una persona ha pisado el césped, entonces Administración pública impóngale una multa -a esa persona- de cien euros»

---

[224] Una posible formulación normativa correspondiente sería la siguiente: «*Prohibido votar al socio que temporalmente se encuentre privado del derecho de voto*».

Ahora bien, las posibles consecuencias jurídicas no se agotan con la sanción. Otra clase de consecuencia jurídica, sumamente eficiente, es privar de eficacia a un acto jurídico infractor. Una norma puede imponer una serie de presupuestos para la realización de un determinado acto jurídico. Y esa misma norma, u otra distinta, puede establecer que, en caso de desobedecerse la primera, el acto jurídico carecerá de eficacia jurídica, en absoluto.

Retomando la materia que nos ocupa, estimamos inexistente un enunciado jurídico prescriptivo secundario -dirigido a la Mesa de la junta, según creemos nosotros que debería ser- que precisamente diga:

> «Si un socio se encuentra temporalmente privado del derecho a voto y en ese lapso de tiempo vota en una junta, entonces la Mesa de esa junta está obligada a no computar su voto en el proceso de recuento de votos y fijación del resultado de la votación».

En definitiva, la consecuencia de la infracción de esa prohibición de ejercicio del derecho de voto es que ese voto emitido por el infractor no repercutirá de ninguna manera en el cómputo y, en último término, en el resultado de la votación. Materialmente se habrá producido. Jurídicamente resultará inoperante.

Cuando los autores se ocupan de identificar supuestos de votos -jurídicamente- inválidos, aíslan casos tipo, con el loable propósito de tipificar las manifestaciones de votos inválidos según la LSC. Así, se ha considerado inválido el voto -y, por tanto, intrascendente, irrelevante, o inane a los efectos del cómputo de votos y determinación del resultado de la votación- en los siguientes casos:

(i) El del socio que haya emitido un voto a pesar de encontrarse jurídicamente obligado a abstenerse por tener conflicto de intereses con el objeto de la propuesta de acuerdo que se somete a votación. Se trataría del caso del art. 190 LSC[225].

---

[225] Cfr. MIQUEL, J., *Acuerdos*…, ob. cit., p. 275.

(ii) El del accionista moroso, según lo dispuesto en el art. 83.1 LSC («*el accionista que se hallare en mora en el pago de los desembolsos pendientes no podrá ejercitar el derecho de voto*»)[226].

(iii) El de la sociedad que haya adquirido acciones propias o participaciones o acciones de su sociedad dominante, a tenor de lo dispuesto en el art. 148.1 LSC («*cuando una sociedad hubiere adquirido acciones propias o participaciones o acciones de su sociedad dominante se aplicarán las siguientes normas: a) Quedará en suspenso el ejercicio del derecho de voto* […])[227].

(iv) El del socio que vota a pesar de que sus acciones o sus participaciones se emitieron o crearon sin derecho a voto, según lo dispuesto en el art. 98 LSC («*las sociedades de responsabilidad limitada podrán crear participaciones sociales sin derecho de voto por un importe nominal no superior a la mitad del capital y las sociedades anónimas podrán emitir acciones sin derecho de voto por un importe nominal no superior a la mitad del capital social desembolsado*»)[228].

(v) El del usufructuario, a tenor de lo dispuesto en el art. 127 LSC («*1. En caso de usufructo de participaciones o de acciones la cualidad de socio reside en el nudo propietario, pero el usufructuario tendrá derecho en todo caso a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo. Salvo disposición contraria de los estatutos, el ejercicio de los demás derechos del socio corresponde al nudo propietario. El usufructuario queda obligado a facilitar al nudo propietario el ejercicio de estos derechos*»)[229].

A propósito de los supuestos anteriores, se considera oportuno efectuar algunos breves comentarios, que tomarán como base el primero de los preceptos antes mencionados. Nos referimos exactamente al art. 190.1.I LSC («*1. El socio no*

---

[226] *Idem*.

[227] *Idem*.

[228] Cfr. FARRANDO, I., *Impugnación*…, ob. cit., p. 290.

[229] *Idem*.

podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga por objeto […]).

3.2. PRIVACIÓN DEL DERECHO DE VOTO POR CONFLICTO DE INTERÉS Y DESOBEDIENCIA DEL SOCIO: REPERCUSIONES DESDE LA PERSPECTIVA DEL VOTO INVÁLIDO

Con respecto del art. 190.1.I LSC[230], obsérvese, en primer lugar, que se trata de un enunciado jurídico prescriptivo primario, pues se dirige a los sujetos jurídicos que revistan la condición de socio de una sociedad de capital.

La formulación normativa es negativa: «*no podrá*». Se trata de una negación de permisión legal[231]. Constituye una expresión sinónima la siguiente:

> «Está prohibido que el socio ejercite el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga por objeto [x materias]».

Véase la estrecha relación con el planteamiento teórico que se realizó apenas unos pocos párrafos más arriba. Como toda prescripción, puede ser eficaz, o ineficaz, atendida o desatendida, obedecida o desobedecida[232]. Y he aquí que parece oportuno llamar la atención sobre lo que sigue, porque, a nuestro modo de ver, se trata de un desacierto desde una perspectiva de técnica legislativa.

La pregunta que cabe hacerse es qué establece la LSC para el caso de que se infrinja dicha prohibición, y el socio, que se encuentra en tal situación, vote.

Para nosotros, la LSC establece nada en particular. Ni en el apartado primero, ni tampoco en el segundo, del art. 190 LSC, se recoge una consecuencia jurídica de alguna clase, relativa a la infracción de la prohibición (estimamos que el apartado 3º sienta un supuesto de hecho diferente). Tampoco parece que haya

---

[230] Sobre este precepto, véase USANDIZAGA USANDIZAGA, P., «Conflicto de intereses y derecho de voto en la junta general», en *Reforma de las sociedades de capital y mejora del gobierno corporativo*, D. Vázquez y J. M. Calavia (dirs.), Revista jurídica de Catalunya número monográfico, edit. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 43-46.

[231] Sobre esta noción, véase, por extenso, HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Compendio*…, ob. cit., pp. 116, 117 y 118.

[232] Sobre los enunciados jurídicos prescriptivos ya he efectuado cumplida referencia en el capítulo 1, al que nos remitimos íntegramente.

en otro enunciado jurídico del mismo cuerpo jurídico. Por consiguiente, no se apareja a la infracción, ni una sanción, ni tampoco la ineficacia del voto, en algún sentido de los posibles, ni ninguna otra consecuencia jurídica[233].

Si esto es correcto, entonces la afirmación, según la cual el voto del socio que se encuentra en la situación del supuesto de hecho del art. 190.1.I LSC -y los numerales que le siguen inmediatamente- es inválido[234], es gratuita. Incluso falsa. Un enunciado interpretativo formulado en este sentido es falso, puesto que no se trata de expresiones sinónimas. Para empezar, el enunciado jurídico interpretado es prescriptivo:

> «*El socio no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga por objeto*: (…)».

En cambio, el enunciado asertivo interpretante es indudablemente cualificatorio:

> «El voto del socio que ejercite su derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga por objeto (…) y aquel se encuentre en situación de conflicto de intereses es inválido».

Además, opinamos que es falso el siguiente enunciado interpretativo -y, por ende, asertivo-

> (El enunciado jurídico prescriptivo primario) «*El socio no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga por objeto* (…)» significa que el voto del socio, que ejercite su derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga

---

[233] Insistimos, *secundum legem*. Otra cosa, bien distinta, es que algún autor apareje consecuencias jurídicas a la desobediencia de la prohibición por parte del socio inmerso en el conflicto de intereses. Sucede, y esto es relevante, que tal tesis es *praeter legem*, lo que se evidencia de sus propias palabras, pues no menciona, ni tampoco cita, enunciado jurídico alguno que le preste cobertura a su propuesta. Me refiero a SANCHO GARGALLO, I., *Art. 190. Conflicto de intereses*, en «Comentarios de la Ley de sociedades de capital», J. A. García-Cruces y I. Sancho (dirs.), t. III, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 2669.

[234] No hemos encontrado en el texto antes citado, ninguna mención a la «(in)validez del voto». Véanse, para ulterior comprobación, pp. 2667-2671.

> por objeto (…) y aquel se encuentre en situación de conflicto de intereses, es inválido.

Con lo anterior, únicamente pretendemos poner de manifiesto que la LSC -y, más concretamente, el art. 190.1 LSC-, a nuestro parecer, presenta una grave carencia, pues se nos antoja indispensable la inserción de un enunciado jurídico cualificatorio que, al margen de la prohibición de voto concernida, defina que un voto emitido infringiendo tal prohibición es inválido (o, si se prefiere, nulo).

A lo que se añade otra carencia igualmente relevante. Echamos en falta un enunciado jurídico prescriptivo secundario que -en tanto que formulación normativa- obligue a la Mesa de la junta a dejar de computar cualquier voto que reciba la calificación de «inválido», a través de cualquiera de los enunciados jurídicos cualificatorios que se recogieran en un cuerpo jurídico ideal, porque, como resulta fácil comprobar, en ninguno de los anteriores casos (83.1, 148.1, 98, 127.1 LSC), y según los interpretamos aquí, no existe un enunciado jurídico cualificatorio que contemple la consecuencia jurídica de la invalidez[235].

En definitiva, cuando los miembros de la Mesa de la junta dejan de considerar votos en el cómputo, lo hacen, si somos rigurosos jurídicamente hablando, sin estar obligados, y ni tan siquiera autorizados para ello por la Ley[236].

No obstante la relevancia de cuanto se lleva considerado en este subepígrafe, nos queda la cuestión fundamental, al menos desde la perspectiva del objeto de interés del presente estudio. Se trata de la conexión que se efectúa -existiendo

---

[235] En este sentido, y hasta donde sabemos, la dogmática mercantilista, que se ha ocupado de esta materia, no ha reparado en este enfoque, a nuestro modo de ver, esencial. Nos referimos a percatarse de que la Ley no establece consecuencias jurídicas para un acto jurídico que ni tan siquiera reputa inválido.

[236] Es más, parece, incluso, pacífico en la literatura especializada que se diga que «(…) *si el socio no se abstuviere, será el presidente de la junta quien goce de competencia para apreciar* [debería mejor haberse dicho «enjuiciar»] *el conflicto de intereses y negarle al socio el derecho de voto*» (tomando estas palabras de SANCHO GARGALLO, I., *Art. 190*…, ob. cit., p. 2668). Y aún menor soporte normativo tiene la siguiente tesis (del mismo autor, en la misma página de la cita anterior): «*La decisión del presidente de la junta de negarle o reconocerle el derecho de voto al socio afectado no será revisada por la propia junta de socios [evidentemente, pues carece de* competencia jurídica alguna al respecto, reconocida por enunciado jurídico alguno], *pero podrá serlo judicialmente mediante la impugnación del acuerdo de la junta para el cual se hubiera privado o reconocido el voto de ese socio*».

consenso en la literatura científica al respecto[237]- entre la infracción de la prohibición de votación por el socio incurso en conflicto de intereses y la impugnación de los acuerdos sociales adoptados en esa junta de socios.

El fundamento normativo se halla en la infracción del artículo 190, apartados 1º y 2º, LSC[238]. Esta afirmación merece cierto desarrollo. Cabría sentar la impugnación en el art. 204.1.I LSC, puesto que es impugnable todo acuerdo social que sea contrario a la Ley. La imprecisión del precepto -de la que ya nos hemos ocupado en un momento anterior del trabajo- permite considerar que cualquier infracción legal, directa (por su contenido) o indirecta (por haberse contravenido una norma legal imperativa en su génesis), por parte de un acuerdo social, permite reputarlo *impugnable*. Existiendo una norma jurídica que exige que los acuerdos sociales se adopten por una determinada mayoría, legal o estatutariamente exigible, y siendo que el voto del socio sujeto a la prohibición concernida resulte determinante en relación con la consecución de esa mayoría, cabe concluir que el acuerdo social es contrario a la Ley, si bien que indirectamente.

Otro enfoque, más preciso, es el siguiente. Según el art. 204.3.a LSC, procederá la impugnación cuando se registre la infracción de las reglas relativas a las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos. Una determinada mayoría, alcanzada en un caso concreto, debe ser una concreción, material y jurídicamente, de la que fije la Ley, genéricamente, para ese tipo de acuerdos. Si se computa un voto que no debió ser emitido y considerado en el cálculo -porque deba considerarse el voto «inválido-, la eventual mayoría resultante no se corresponde, material y jurídicamente, con la que exige la Ley. Hay, si se quiere, una correspondencia formal, o aparente, pero no hay tal, en términos materiales y jurídicos. Por consiguiente, y según el art. 204.3.a LSC, se habría infringido, en este caso, las reglas relativas a las mayorías necesarias para la adopción de

---

[237] Por todos, SANCHO GARGALLO, I., *Art. 190*…, ob. cit., pp. 2669-2670.

[238] *Ibidem*, p. 2669.

acuerdos, de modo que el alcanzado en esa junta *es impugnable* y *procederá su impugnación*[239].

IV. ERRORES DE CÁLCULO Y VOTO INVÁLIDO DESDE LA PERSPECTIVA PROCESAL DEL LITIGIO DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

Se parte de un supuesto sencillo: error de cómputo (en otro momento, más adelante, trasladaremos lo que sigue al caso del «voto inválido»).

La sociedad mercantil SM tiene un capital social de 100 euros y 100 socios, de modo que a cada uno de ellos le corresponde una participación de 1 euro.

Para la aprobación de un acuerdo, en este caso imaginario, supongamos que la Ley exige mayoría simple de los votos (sin que adicionalmente se requiera un *quorum* de asistencia). En el supuesto planteado, se exigen, por tanto, 51 votos favorables para su aprobación -*rectius*, adopción (por ser fieles a la terminología normativa).

En el recuento se comete un error de cálculo. Contemplemos las dos posibilidades de error, la positiva y la negativa:

(i) Positiva (más sencilla de abordar): Se contabiliza de más. Se cuenta un voto que no se ha registrado, o que se ha registrado, pero en sentido opuesto al que se interpreta. Sea como fuere, se computa en exceso, sobre el voto materialmente existente -cuantitativa y cualitativamente hablando-. Los votos favorables a la adopción del acuerdo suman, material y objetivamente, 50, pero como consecuencia del error, al considerar favorable uno que no lo era, se dice que suman 51. Y por tanto se declara alcanzada la mayoría -simple- necesaria en este caso y *adoptado* el acuerdo.

---

[239] Discrepamos, dicho sea, con el máximo respeto, de las siguientes palabras de SANCHO GARGALLO -en *Art. 190*…, ob. cit., p. 2669-: «*La apreciación de la concurrencia o no de un supuesto conflicto de intereses que conlleva la privación del derecho de voto del socio afectado puede repercutir sobre la validez del acuerdo adoptado, sin perjuicio de que esta cuestión deba ventilarse mediante el ejercicio de una acción de impugnación de acuerdos*».

(ii) Negativa (más complicada, porque nos aboca al enrevesado asunto de los acuerdos negativos y su impugnación): Se contabiliza de menos. Se deja de contar un voto que sí se ha registrado y que resultaba favorable al acuerdo. Los votos favorables a la adopción del acuerdo suman, material y objetivamente, 51, pero como consecuencia del error, al considerar desfavorable uno que no lo era, se dice que suman 50. Y por tanto se declara no alcanzada la mayoría -simple- necesaria en este caso y por consiguiente no *adoptado* el acuerdo.

Por mor de la claridad de la exposición, nos ocuparemos primero del error positivo y, posteriormente, del error negativo. Una vez abordados ambos, afrontaremos la todavía más compleja cuestión de que sea un voto inválido, o erróneamente considerado como tal, la causa de la infracción.

4.1. Error positivo: cuando «parece lo que no es»

Cumple recordar que nos ocupamos ahora del caso del error positivo, es decir, que se ha contado de más y merced a ello prospera la aprobación del acuerdo.

Aunque no nos detendremos en esto -porque ya ha sido desarrollado anteriormente-, un acuerdo que material y jurídicamente no se sustenta en la mayoría exigida jurídicamente -a pesar de que aparentemente[240] sí lo haga- constituye una infracción de la Ley (alguno de los arts. 198 a 201). La corrección material del acuerdo -su conformidad a Derecho material- no depende de lo que proclame el presidente de la junta sino de la existencia cuantitativa y cualitativa -en sentido jurídico esto último- de la necesaria mayoría. En suma, el acuerdo social se puede calificar - «es»- *impugnable*, de conformidad con el art. 204.1.I LSC.

Como también hemos sostenido anteriormente, está autorizada la *impugnación* de un acuerdo social que, en su génesis, se haya cometido la infracción de una regla jurídica relativa a las mayorías exigidas para la aprobación de acuerdos sociales. La autorización se contiene en el art. 204.3.a LSC. En el supuesto

[240] No nos atrevemos a decir que lo haga «formalmente» porque no sabemos precisar qué denota exactamente esta expresión.

presentado como ejemplo, estimo que está autorizada -normativamente- su impugnación.

El suplico de la demanda de impugnación lo constituirá, principalmente, la petición, dirigida al juez, de que este anule el acuerdo social y, en su caso, los efectos que se hayan producido posteriormente a la *declaración de aprobación*.

El relato fáctico de la demanda no reviste complejidad. Bastará con narrar los hechos antes descritos y con aportar, como documentos, tanto la lista de asistentes, como el acta de la junta, si la hubiere. Consideramos, a tal efecto, prescindible el acompañamiento al escrito rector de dictamen pericial alguno, pues las operaciones aritméticas que deba revisar el juez son elementales (sumas y restas, a lo más) producido posteriormente a la *declaración de aprobación*.

El único aspecto que, quizá, podría plantear alguna dificultad es el relativo a si debe el actor peticionar, al juez, alguna clase de pronunciamiento en relación con la *declaración de aprobación*, locución, esta última, que se formula de manera genérica conscientemente, a fin de evitar complicaciones innecesarias[241]

Vaya por delante que, en nuestra opinión, el pronunciamiento -o proclamación- del presidente no reviste naturaleza constitutiva, sino exclusivamente declarativa. Aun siendo declarativa, no puede reputarse nula, porque, hasta donde sabemos, no existe ningún enunciado jurídico que así lo califique y que, además, obligue a su anulación cuando proceda. Lo que sí sostenemos es que, por un lado, la declaración del presidente es falsa, porque lo aseverado no se corresponde con la realidad. En segundo lugar, la declaración del presidente es -jurídicamente- incorrecta, porque es contraria al Derecho material. Si, según la Ley -sea cual fuere el artículo que corresponda aplicar-, la adopción de determinada clase de acuerdo exige una concreta mayoría, entonces proclamar adoptado un acuerdo en particular sin concurrir la mayoría legalmente exigida, es efectuar una afirmación, jurídica, disconforme a Derecho. Decir que con los

---

[241] Nos parece escasamente realista pretender que el presidente formula varios pronunciamientos declarativos concatenados: manifestación del resultado aritmético de la votación y proclamación de la consecuencia aprobatoria o no aprobatoria de la propuesta de acuerdo.

votos registrados a favor de la propuesta de acuerdo -hubo 50- se declara adoptado tal acuerdo, es jurídicamente incorrecto, porque para que esa adopción realmente se hubiese producido se precisaban 51 votos y no 50 -que son los realmente registrados válidamente-.

Aun siendo falsa tal declaración del presidente, no vemos que la Ley contemple ninguna consecuencia directa e inmediata en relación con el acuerdo. Y, si bien no nos parece correcto que el actor inste un pronunciamiento mero-declarativo en este sentido específico, sí vemos inevitable que el juez declare probado -en el obligado relato de hechos probados, *ex* art. 209.2 LEC[242]- que, por haberse emitido 50 votos a favor, y no 51, la declaración del presidente es falsa, en tanto que no se corresponde con la realidad. La razón que esgrimimos para desaconsejar que se pida en el suplico tal pronunciamiento mero-declarativo es que, según entendemos, este consiste en que el juez diga el Derecho en el caso concreto. Se trata de que predique sobre la realidad jurídica. Y lo que aquí se le peticionaría encierra un contenido exclusivamente epistémico: que la afirmación del presidente, conforme se emitieron 51 votos a favor, es falsa, por ser disconforme con la realidad, en la que se registraron únicamente 50 votos a favor. Otra cosa, bien diferente, es que este enunciado asertivo del juez, contenido en el relato de hechos probados, pueda surtir eficacia probatoria en otro proceso judicial, distinto, penal o civil, o de otro orden jurisdiccional, si cupiese.

En cuanto a la disconformidad a Derecho de la declaración del presidente (o de su mera inscripción en el acta de la junta), según la cual se ha adoptado determinado acuerdo, cuando, según el Derecho, no se ha adoptado, no tiene aparejada repercusión alguna en ningún enunciado jurídico, al menos que nosotros hayamos tenido conocimiento como consecuencia de la realización del presente trabajo de investigación. Ahora bien, no se aprecia inconveniente, incluso parece recomendable, solicitar del juez que emita un pronunciamiento mero-declarativo, por el que declare que la proclamación del presidente,

---

[242] Cfr., al respecto, DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., «A vueltas con el relato de hechos probados en la sentencia civil», *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 2015 (1), pp. 213-264.

conforme se ha adoptado determinado acuerdo, es contraria al Derecho material. Este pronunciamiento precedería al otro, según el cual se insta al juez a que anule el acuerdo social adoptado contrariamente a Derecho.

Finalmente, nos permitimos una reflexión crítica con la tesis central -pacífica entre aplicadores e intérpretes- de este subepígrafe, cual es que una de las pretensiones a formular en el suplico de la demanda del socio disconforme es la *impugnación* del acuerdo social *adoptado*. Hemos aceptado que, en supuestos de error positivo (se proclama *adoptado* lo que, material y jurídicamente, no se ha *adoptado*), cabe, entre otras peticiones, la de que el juez emita un pronunciamiento constitutivo, concretamente anulatorio, del acuerdo social.

Sin embargo, y de conformidad con los arts. 198 a 201 LSC, entendemos que, si en un concreto supuesto no se han registrado votos favorables al acuerdo en cantidad suficiente como para alcanzar la mayoría, el acuerdo no se ha *adoptado*[243]. Por tanto, *no hay acuerdo*, dicho sea empleando una expresión vulgar. Si esto es así, no tiene objeto el pronunciamiento anulatorio del juez[244]. Nos parece poco discutible que no cabe anular ninguna de las declaraciones o proclamaciones del presidente. Tampoco el acta de la junta. Se obra la anulación sobre el acuerdo en sí, concebida como una entidad ideal[245]. Pero, sea como fuere, si no se alcanza la mayoría exigida, aunque el presidente proclame lo contrario, no se ha llegado a adoptar ningún acuerdo. Por consiguiente,

---

[243] Se antoja un postulado pacífico en la dogmática. Al menos, así lo afirma, *a sensu contrario*, claramente GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B., «Sobre la posibilidad de impugnar los acuerdos negativos de la junta general», en *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, M. B. González y A. Cohen (dirs.), edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 1374: «*En realidad, creemos que los acuerdos sociales existen siempre que en Junta se adopte una decisión por mayoría*».

[244] GONZÁLEZ FERNÁNDEZ -en *Sobre la posibilidad*…, ob. cit., pp. 1370 y 1373- se hace eco del planteamiento doctrinal, especialmente de los autores procesalistas, según el cual, si no hay acuerdo, no existe objeto para una acción de impugnación.

[245] El carácter ideal de los acuerdos sociales no se ha explorado suficientemente. No obstante, nos parece interesante, al respecto, la cita de Schmidt que efectúa ALFARO ÁGUILA-REAL (en https://almacendederecho.org/la-naturaleza-juridica-los-acuerdos-sociales [última visita 16.6.2023): «Un acuerdo social es la "decisión de un órgano colectivo sobre una propuesta. El acuerdo expresa la voluntad del órgano y dado que el órgano tiene atribuida la competencia para decidir en relación con el patrimonio separado que es la persona jurídica, el acuerdo expresa la voluntad de esa persona jurídica (la ejecución de esa voluntad será, normalmente, tarea del otro órgano, el de administración que es el que, además, actúa por cuenta y con efectos sobre dicho patrimonio)».

consideramos que lo correcto sería exigir del juez un pronunciamiento mero-declarativo conforme al cual el tribunal declarase la no adopción del acuerdo que no ha pasado de ser una simple propuesta.

4.2. Error negativo: cuando «lo que no es no es lo que es»

Recordemos que, en este segundo caso, el presidente manifiesta -suponiendo que lo explicitara- que, habiéndose registrado tan solo 50 votos a favor, el acuerdo, todavía siendo una propuesta de acuerdo, no se ha adoptado. Sin embargo, en realidad, se registraron 51 votos a favor. Sucede que el presidente se equivocó en el cómputo.

Creemos que cabe sostener que, objetivamente, se ha *adoptado* un acuerdo social. Pero rechazamos calificarlo con expresiones que son originales de los tribunales de justicia, o de la doctrina, pero en ningún modo tienen respaldo en ningún enunciado jurídico cualificatorio, y más exactamente no encuentran fundamento en ninguna definición legal, como ya hemos puesto de manifiesto anteriormente. Amén de que nos parece innecesario referirse a un acuerdo negativo en este caso, porque la posición favorable es superior a la desfavorable, conformando una efectiva mayoría.

Decimos que se ha adoptado el acuerdo social que sea, porque, según la Ley, alcanzada una mayoría de votos, la que se exija en cada caso, según el correspondiente enunciado jurídico, el acuerdo se ha *adoptado*. Según interpretamos el primer inciso del art. 198 LSC:

> «*En la sociedad de responsabilidad limitada los acuerdos sociales se habrán adoptado cuando se registre una mayoría de votos válidamente emitidos*».

Aún más claro, en este sentido, nos parece el art. 199.a LSC. Según interpretamos, el aumento o la reducción del capital, para producirse, requerirán del voto favorable de más de la mitad de los votos, sin necesidad ahora de reproducir el resto del contenido del enunciado interpretante. Esto es lo mismo -expresión sinónima- que decir que alcanzada -o registrada- una mayoría de votos, se producirá el aumento o la reducción. Los demás actos subsiguientes son, según se entiende, estrictamente ejecutivos de ese aumento o de tal

reducción. En definitiva, queremos subrayar la idea de que el acuerdo se ha adoptado, si habiéndose emitido 51 votos a favor, esta es la cifra que la Ley requiere para la clase concreta de acuerdos de que se trate. En expresión vulgar, hay acuerdo.

Reiteramos que cualquier declaración del presidente acerca del número de votos registrados a favor es falsa, remitiéndome a lo antes expuesto a este respecto.

Repetimos, también aquí, que la declaración del presidente según la cual no se ha adoptado el acuerdo que había sido propuesto a la junta y sometido a votación es -jurídicamente- incorrecta, porque es contraria al Derecho material. Si, según la Ley -sea el artículo que corresponda aplicar-, la adopción de determinada clase de acuerdo exige una concreta mayoría, que efectivamente concurre, proclamar *no adoptado* un acuerdo en particular es efectuar una afirmación, jurídica, disconforme a Derecho.

Trasládese aquí todo aquello ya expresado anteriormente que es perfectamente válido en cuanto al relato de hechos o a la pretensión, que se recoja en el suplico, de que el juez emita un pronunciamiento mero-declarativo, por el que declare que la proclamación del presidente, conforme no se ha adoptado determinado acuerdo, es contraria al Derecho material.

Si el acuerdo se ha adoptado -porque se ha registrado el número o proporción de votos que la Ley exige para que se tenga por adoptado una determinada clase de acuerdo, sin necesidad de ningún acto adicional, los que votaron a su favor, y que quedaron luego insatisfechos por la proclamación del presidente, lo que no harán nunca, porque sería irrazonable por contradictorio, es impugnar precisamente el acuerdo que han respaldado con su voto.

Sentado lo anterior, lo que se infiere es bien sencillo. Al juez se le debería pedir, en primer lugar, que emitiese un pronunciamiento mero-declarativo según el cual la declaración del presidente -consistente en proclamar la no adopción del acuerdo social- es contraria a Derecho, o, mejor, es materialmente disconforme al Derecho material.

Asimismo, concebimos imprescindible interesar del juez un segundo pronunciamiento mero-declarativo, en virtud del cual se declarase que el acuerdo social ha sido adoptado en la fecha de la junta de socios.

Y, en último término, cabría promover la condena del presidente de la junta a emitir una nueva declaración en el sentido de que el acuerdo ha sido efectivamente adoptado, con más los pronunciamientos y los actos inherentes a tal declaración (como, por ejemplo, la anulación del acta entonces levantada, junto con el levantamiento de una nueva).

4.3. La discutible noción de «acuerdo negativo»[246]

Tal como sostiene la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid en la Sentencia 492/2022, de 24 de junio, cuando se refiere a la impugnabilidad de los acuerdos negativos: *«(…) Se trata de una cuestión un tanto pantanosa y de perfiles muy difusos que ha dado lugar a muy diversas opiniones doctrinales sin que exista tampoco una clara respuesta en la jurisprudencia ni en las resoluciones de las Audiencias Provinciales (…)*»[247].

---

[246] Sobre los acuerdos sociales negativos, de publicación reciente y con un interesante aparato bibliográfico, GONZÁLEZ GARCÍA, A., «Los acuerdos sociales negativos y su impugnabilidad. Especial referencia a los acuerdos de no reparto de dividendos y la integración judicial de la voluntad social», en *Los acuerdos sociales*, M. B. González (dir.), t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1471-1498.

[247] Sigue la citada SAP de Madrid nº 492/2022 realizando un interesante repaso de las posturas doctrinales que citamos a continuación: «En la doctrina, las tesis oscilan entre quienes mantienen que la regla general es que no cabe la impugnación de los acuerdos negativos y quienes sostienen tesis mucho más permisivas generalizando la posibilidad de su impugnación, pasando por posturas intermedias. Sin ánimo de efectuar una análisis exhaustivo de las opiniones doctrinales, impropio de una resolución judicial, y como mera muestra de la dificultad de la cuestión, sólo indicar que entre los partidarios de la primera tesis destaca el Profesor Rojo que rechaza la posibilidad de impugnar acuerdos negativos por no ser verdaderos acuerdos, entendiendo por tales aquellos que recaen sobre propuestas de acuerdos sometidas a votación en la junta general que no han conseguido, por una u otra razón, la mayoría legal o estatutariamente establecida para el acuerdo de que se trate. Excepcionalmente, el autor admite que puedan atacarse acuerdos negativos logrados mediante el voto de quien no debía o podía haber votado o al impedirse el voto de quien podía y quería votar, o en los casos en que por error de suma se proclama no adoptado un acuerdo que, en realidad, contaba con los votos necesarios para su aprobación. Aunque, en rigor no se trata de un supuesto de impugnación de acuerdos sociales -al no existir acuerdo que impugnar- considera que es posible que se declare la nulidad del voto determinante que impidió la adopción del acuerdo o la decisión de la privación ilegítima del derecho de voto del socio que hubiera permitido adoptar el acuerdo con la correspondiente condena a la sociedad a proclamar el resultado de la votación sin computar el voto indebido o computando el debido, con la adopción del consiguiente acuerdo positivo. De las posturas intermedias, es muestra la que mantienen los profesores Alfaro y Massager que admiten la impugnación de los acuerdos negativos cuando el presidente de la junta declara indebidamente

Es mayoritaria la tesis que sostiene que, en apretada síntesis, cuando una propuesta de acuerdo no cuenta con el respaldo de los votos suficientes para alcanzar la mayoría exigida para su adopción, existe un acuerdo, sí, de carácter negativo[248]. Existiría, según este sector doctrinal, un acuerdo de signo opuesto a la propuesta de acuerdo[249], de modo tal que se convierte en viable su eventual impugnación. Si bien escapa al objeto de este estudio, no se puede dejar de mencionar algunas razones por las que consideramos que esta noción es

---

rechazada una propuesta que, en realidad, debía de haberse tenido por aprobada, porque no se han computado debidamente los votos emitidos y se excluye alguno de forma indebida, así como aquellos supuestos en que la junta adopta un acuerdo cuyo objeto consiste en un no hacer siempre que el cambio propuesto y no acordado fuera obligatorio para la sociedad o la no adopción del acuerdo contraríe el interés social. También cabe adscribir a las posturas intermedias, la opinión de un magistrado del Tribunal Supremo que admite la impugnación de acuerdos negativos cuando su adopción adolezca de vicios cuya ausencia hubiera comportado la aceptación de la propuesta sometida a la junta y también por razones sustantivas, esto es, cuando su contenido sea contrario a la ley, los estatutos o lesione el interés social incluida la modalidad de abuso de la mayoría pero solo en el caso de que no exista margen alternativo a la decisión propuesta y rechazada, para no preterir la autonomía de la junta, sin que sea necesario que el acuerdo negativo produzca por sí mismo efectos jurídicos relevantes. Criterio más amplio en cuanto a la impugnación de acuerdos negativos defiende el Profesor Marín de la Bárcena que, con carácter general, se muestra partidario de admitir la impugnación de acuerdos negativos al considerar que existe acuerdo de la junta tanto cuando, una vez sometida a votación una propuesta, se acepta por la mayoría necesaria como cuando se rechaza por los socios. También mantiene un criterio ciertamente amplio el Profesor Iribarren que defiende que los acuerdos negativos (propuestas sometidas a votación de la junta y rechazadas por cualquier causa) son verdaderos acuerdos y, en consecuencia son susceptibles de impugnación siempre que el acuerdo, por sí mismo, haya producido efectos o cuando el procedimiento para su adopción adolezca de vicios cuya ausencia hubiera comportado la aceptación de la propuesta, esto es la adopción de un acuerdo positivo, incluidos los conflictos de intereses e infracción del deber de fidelidad por parte del socio. Ahora bien, rechaza la posibilidad de impugnación de los acuerdos negativos por rechazar propuestas cuya aceptación cumpla un deber legal o estatutario, o cuya aceptación sea una mera alternativa para cumplir ese deber, o cuando esa aceptación fuera beneficiosa para el interés social al no producir el acuerdo negativo ningún efecto jurídico que la impugnación pueda eliminar, salvo que adolecieran de algún vicio formal en cuya ausencia el acuerdo se hubiera adoptado».

[248] Conviene diferenciar entre dos clases bien diferentes de acuerdos sociales negativos: los que son negativos por serlo su contenido (por ejemplo, no adherirse a una asociación de empresas del sector) y los «anti-acuerdos», en expresión propia. A estos últimos, MARÍN DE LA BÁRCENA -en «La impugnación de acuerdos negativos (art. 204.1 LSC)», en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, F. Rodríguez Artigas, I. Farrando y R. Tena (dirs.), edit. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, p. 286- los caracteriza como «no acuerdos». Sobre la dicotomía, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ -en *Sobre la posibilidad*…, ob. cit., pp. 1374-1375.

[249] Cfr. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ -en *Sobre la posibilidad*…, ob. cit., pp. 1374 y 1376. Por su parte, MARÍN DE LA BÁRCENA -en *La impugnación*…, ob. cit., p. 287- afirma que «*(…) el rechazo de una propuesta presentada a votación en junta general es una manifestación de voluntad de los socios que se define como acuerdo negativo*».

errónea. Primeramente, porque carece del menor respaldo legal-normativo[250]. En segundo lugar, supondría que, o bien se admite la infracción de los enunciados jurídicos que obligan a que los asuntos a tratar en el orden del día de la reunión, o bien todas las convocatorias que hasta hoy lo han sido son defectuosas, pues no contienen, al mismo tiempo, la propuesta de acuerdo y la *propuesta de «no acuerdo»*. En tercer lugar, carece de sentido considerar la existencia de un «*no acuerdo*» sobre algo cuando eso es tanto como el mantenimiento incólume de una situación ya dada. Es más, incluso cabría plantearse la imposibilidad de que convivan al mismo tiempo dos acuerdos sobre la misma materia. Supongamos que en su día se adoptó el acuerdo de aumentar el capital social de una compañía. Ahora se propone un nuevo aumento, el cual fracasa en la votación al no registrarse la mayoría legalmente exigible. Podría leerse que existe un acuerdo de «*no (nuevo) aumento*» y, también, que se acuerda que el capital social sea el que la sociedad mercantil presente en este momento, coincidente con lo que se acordó en la primera, y hasta ahora, única ampliación de capital. En cuarto lugar, y esto nos parece de capital importancia, el planteamiento de los «acuerdos negativos» alberga un posible error semántico por empleo improcedente de la regla lógica de la doble negación. O, al menos, eso se intuye al analizar a los valedores de esta tesis. Convertirían una doble negación en un enunciado afirmativo (o, si se prefiere, positivo). Este error no acontece cuando la propuesta de acuerdo es una afirmación (o, correlativamente, su contenido es positivo). Pensemos, por ejemplo, en la siguiente propuesta de acuerdo, contenida en la convocatoria de junta de la sociedad mercantil SM:

[1] «Adherirse la sociedad mercantil SM a la sociedad empresarial SE»

Pongamos ahora que en estos casos se exigía, para la adopción del acuerdo, una mayoría simple y que el recuento de votos arroja un resultado de 49 votos a favor y 51 en contra. Dejando de lado que nos parezca claro que el acuerdo

[250] Como reconoce abiertamente GONZÁLEZ FERNÁNDEZ -en *Sobre la posibilidad*…, ob. cit., p. 1371.

social no se ha adoptado, la tesis de los «acuerdos negativos» sostendría que se ha adoptado el siguiente acuerdo:

[2] «No adherirse la sociedad mercantil SM a la sociedad empresarial SE»

Hasta aquí no se alcanza a vislumbrar ningún problema (fuera de las objeciones planteadas más arriba).

Ahora -y he aquí donde radica el problema (quizás por no haber reparado los autores en esta clase de propuestas de acuerdo de contenido negativo)-, imaginemos que la propuesta de acuerdo recogida en la convocatoria de junta de la sociedad mercantil SM[251] fue la siguiente:

[3] «No adherirse la sociedad mercantil SM a la sociedad empresarial SE»

En la votación de este segundo caso sucede exactamente lo mismo que en la del primer supuesto. A favor, 49 votos; en contra, 51. Por lo visto, existía o nació una voluntad mayoritaria que no se encuentra conforme con la *no adhesión*. Sin embargo, nos parece que nadie podría sostener, seriamente, que en esa junta se haya adoptado el siguiente acuerdo:

[4] «Adherirse la sociedad mercantil SM a la sociedad empresarial SE»

La adopción de acuerdos por contrariedad a la propuesta de acuerdo fracasada -que es lo que, en definitiva, sostiene esta tesis mayoritaria- podría resultar aceptable -desde un punto de vista semántico- en supuestos como los reflejados en [1] y su correlativo [2]. Incluso admitiría que la voluntad de la sociedad es la negación de la propuesta de acuerdo. Votar en contra de la adhesión a la sociedad empresarial [1] es semánticamente equivalente a votar a favor de la no adhesión a la sociedad empresarial [2].

---

[251] Imaginemos también que, o bien por parte del órgano de administración, o bien por parte de los socios, se había barajado, y discutido, la adhesión a dicha entidad, lo que se había descartado, sin tener los primeros, o los segundos que lo hablaran, la seguridad de que la desestimación de dicha adscripción coincidiera con el sentir general de la sociedad. De aquí que lo sometan a deliberación y votación, pero en el sentido justo que han concluido, esto es, no adherirse.

No cabe tal cosa en la dupla conformada por [3] y por [4]. Negar algo no significa -no es sinónimo de- afirmar su contrario. Votar en contra de la no adhesión a la sociedad empresarial [3] no es semánticamente equivalente a votar a favor de la adhesión a la sociedad empresarial [4]. Puede tener otros significados, como, por ejemplo, que la masa social mayoritaria no desea descartar la adhesión a la sociedad empresarial, sino que desea reconsiderarlo, previa obtención de información adicional sobre sus ventajas e inconvenientes. Intuimos que el problema es que se habría trasladado automáticamente la regla lógica de la doble negación (la negación de un enunciado asertivo negativo implica lógicamente ese mismo enunciado afirmado). La consideración clave pasa por tener presente que la lógica se aplica sobre enunciados asertivos. Aquí, uno de los enunciados (ya sea [1] o [3]) se puede considerar figuradamente como interrogativo, siendo el resultado de la votación la respuesta al interrogante.

Así las cosas, cabe preguntarse por el propósito del alumbramiento de semejante categoría. La respuesta es, a nuestro juicio, sencilla: es forzoso dar vida a algo sobre lo que dirigir la acción de anulación propia de la impugnación, en aquellos casos en que, por la razón que sea, la mayoría proclamada no se cohonesta con la resultancia objetiva de la votación -al cabo de la cual no se alcanzó la mayoría exigida legalmente-. En nuestra opinión, no es necesario semejante artefacto. Basta con que el juez diga el Derecho en el caso concreto, esto es, que no se ha adoptado acuerdo alguno como consecuencia de no haberse registrado material y jurídicamente la mayoría jurídicamente exigible.

4.4. Las singularidades del caso del «voto inválido» (centrado en el art. 190 LSC)

Hemos desarrollado nuestra postura al respecto de la cuestión de la repercusión procesal de las deficiencias en el cómputo de las mayorías sobre la base de un supuesto bien sencillo: el mero error de cálculo. A continuación, nos proponemos abordarla en relación con el más exigente asunto del voto inválido.

Bien mirado, y en lo sustancial, resulta plenamente aplicable lo sostenido antes en relación con los errores de cómputo.

Sin embargo, efectivamente existe una crucial diferencia que no nos puede pasar desapercibida y que es la que ofrece dificultades.

Antes hemos razonado que, si concurre una determinada mayoría exigida por la Ley, precisamente *ex lege*, el acuerdo se debe considerar adoptado. Y, a la inversa, el acuerdo no se puede considerar adoptado si no se ha alcanzado la referida mayoría. De modo tal que cuando, en este último caso, se dice adoptado y se crea esa apariencia de conformidad a Derecho del acuerdo, es preciso que un juez lo anule, aunque bien mirado, y siendo rigurosos, bastaría con que el juez declarase que no se ha adoptado acuerdo alguno.

En el caso de un *voto inválido*, el primer grave inconveniente que nos sale al paso, según ya se ha razonado en un momento previo de este capítulo, es el empleo, precisamente, de la locución «*voto inválido*». No hemos podido encontrar dónde lo defina el legislador. Mucho nos tememos que será una expresión de factura judicial, o quizás dogmática. Si nos atenemos al art. 190 LSC y a la prohibición de voto, no califica el voto de quien debería haberse abstenido de votar de inválido. Es más, no lo califica de ninguna manera.

Quien vota encontrándose obligado, *ex lege*, a abstenerse, infringe un enunciado jurídico prescriptivo primario, que es desobedecido. Lo que no hace el legislador es anudar ninguna consecuencia a esa infracción, como también hemos expuesto. Y el problema radica en que, tanto si el voto nulo afecta positivamente -porque contribuye a la adopción del acuerdo-, como si lo hace negativamente -porque respalda la oposición al mismo-, se nos antoja imprescindible un pronunciamiento judicial relativo al voto controvertido.

La dificultad estriba en la correcta identificación del sentido de dicho pronunciamiento. Todo bascula sobre las consecuencias jurídicas de la infracción legal cometida por el socio que ha votado en lugar de abstenerse. No existe un enunciado jurídico cualificatorio que establezca si tal voto es nulo o anulable. Si se trata de lo primero, entonces el pronunciamiento judicial será mero-declarativo. En otro caso, será constitutivo.

Si el juez se apresta a emitir un pronunciamiento mero-declarativo, ya sea acerca de la efectiva adopción del acuerdo, como de la no adopción de este (opción preferible a la anulación de no se sabe bien qué), tiene que pasar antes por algo más que la mera verificación del error de cómputo -en cualquiera de sus posibles manifestaciones-. Antes se ha visto lo sencillo que resultaba que el juez

considerara probado que se habían emitido 51 votos -a favor de la propuesta de acuerdo- y que, a su vez, era falsa la declaración del presidente conforme se habían emitido tan solo 49 votos en dicho sentido. O a la inversa.

Ahora el problema es más complejo porque el fallo de la sentencia debe contener un pronunciamiento, bien mero-declarativo, bien constitutivo, con respecto del voto que ha comportado que la declaración del presidente es falsa y materialmente disconforme al Derecho material. La eficacia jurídica del voto emitido -y cuestionado- no es exclusivamente empírica. Es propiamente jurídica. El juez debe calificar el voto contrario al Derecho material -bien que, por existir, por ejemplo, una prohibición de voto, por existir conflicto de intereses-. Y lo podrá hacer -en el caso del art. 190.1 LSC- porque le resulta posible verificar la inobservancia efectiva de la prohibición legal.

El problema de dicha calificación es la de determinar la consecuencia jurídica de dicha infracción. La dificultad estriba en que la LSC no establece si el voto inválido -materialmente contrario al Derecho material- es nulo o anulable. Si se trata de lo primero, afectó *ab initio* al cómputo de votos, en la medida en que se incluyera en el mismo. Y el pronunciamiento judicial es mero-declarativo. De otra forma, no afecta al cómputo de votos, hasta que el juez, de manera prejudicial, lo anule, a través de un pronunciamiento constitutivo.

Del conjunto de consideraciones del presente subepígrafe resulta lo que sigue:

(i) Uno, o más, enunciados jurídicos cualificatorios que definiesen que determinados casos de voto son -o se reputan- inválidos.

(ii) Un enunciado jurídico prescriptivo secundario, redactado a manera de formulación normativa, que obligue a la Mesa de la junta a no considerar en el cómputo los votos que, según la Ley, deban calificarse como inválidos.

(iii) Un conjunto de enunciados jurídicos, cualificatorios y prescriptivos, que aparejaran a la infracción del anterior enunciado jurídico prescriptivo secundario las consecuencias correspondientes (que, a nuestro juicio, no necesariamente deben implicar la anulación de los acuerdos sociales adoptados).

V.- BREVE PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

A modo de corolario de cuanto se lleva expuesto en este capítulo, concluimos que la regulación legal de la impugnación de acuerdos sociales por causa de la (no consecución de) mayoría jurídicamente exigida es francamente mejorable.

Consideramos, desde una perspectiva de estricta *lege ferenda*, la regulación debería consistir en los vigentes arts. 204.1.I LSC y el 204.3.a, acompañados de las explicaciones y de las consideraciones pedagógicas que se consideren pertinentes, que, en todo caso, deberán figurar en la Exposición de Motivos del cuerpo jurídico concernido.

Asimismo, debería suprimirse la letra «d» del apartado 3º del art. 204 LSC.

CAPÍTULO 6: LOS ACUERDOS SOCIALES QUE LESIONAN EL INTERÉS DE LA SOCIEDAD Y LOS ABUSIVOS

I. APUNTES INTRODUCTORIOS

La reforma de 2014 supuso, en cuanto a este aspecto de los acuerdos sociales impugnables, al menos dos cosas: (i) La conservación de la categoría de los acuerdos sociales impugnables por lesionar el interés social y (ii) la adición de la categoría, inédita, de los que, sin perjudicar a la sociedad -al menos de forma directa-, perjudican a la minoría en interés de la mayoría[252].

En el párrafo 1º del apartado 1º del art. 204 LSC se establece que son impugnables los acuerdos sociales que «(…) *lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros*». Como se ha dicho, esto no constituyó una novedad en 2014.

En el párrafo 2º del apartado 1º del art. 204 LSC se recoge como acuerdos sociales impugnables los que «*aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría*».

Si se interpretan los dos pasajes de forma conjunta, parece desprenderse la idea de que el interés social se puede lesionar de dos maneras distintas:

(a) Una de ellas consiste en causar daño al patrimonio social en beneficio de uno o varios socios o de terceros;

(b) la otra se trata de que una mayoría imponga a la minoría un acuerdo de forma abusiva.

En este sentido último, parece muy acertada la distinción, desde el punto de vista de la nomenclatura, entre *acuerdos lesivos* -que se corresponden con aquellos que dañan el patrimonio social en beneficio de algunos socios o de terceros- y

[252] ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La impugnación de acuerdos», en *La Junta General de las sociedades de capital. Comentario de los artículos 159 a 208 LSC*, J. Juste y A. Recalde (coords.), edit. Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2022, p. 768.

acuerdos abusivos -relativos a la imposición por la mayoría a la minoría de acuerdos de forma abusiva-[253].

En cuanto al elemento común de ambas tipologías de acuerdos -*lesivos* y *abusivos*-, entendemos[254] que lo que la Ley persigue por igual es penalizar servirse de la mayoría, ya sea para conseguir una ventaja particular para los miembros de la mayoría -o algunos de ellos o terceros vinculados- a costa del patrimonio social, o a costa de los socios minoritarios. La única restricción (a la hora de votar) que existe es la de «(…) *no perseguir ventajas particulares a costa del patrimonio social o de la parte del mismo que pertenece a los minoritarios*»[255]. Tanto en un caso, como en el otro, se puede apreciar una deslealtad[256], hacia la sociedad, en el caso del lesivo, o hacia los minoritarios, en el caso del abusivo[257]. Nosotros entendemos que sea de forma indirecta, o de modo directo, con quien se es desleal es con los minoritarios, pues es con ellos con quien se tiene el contrato social -mirada la mayoría como un bloque, como un unidad-.

A propósito de la deslealtad, se ha sostenido, en nuestra opinión, con acierto, que la acción de impugnación es una acción de incumplimiento[258]. Y lo que se incumple aquí es el deber de lealtad de la mayoría[259]. Se ha sostenido también que esta tipología de acuerdos impugnables guarda estrecha relación con el deber de fidelidad -en nuestra opinión otra forma, igualmente válida, de referirse al deber de lealtad-, y se fundamenta en los arts. 1258 CC, 57 CCom, y 1665

---

[253] MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., *Los acuerdos adoptados con abuso de mayoría en perjuicio de los socios minoritarios: caracterización y casuística*, Revista de Derecho Mercantil, nº 310, 2018, p. 3 (consultada en Thomson Reuters Proview [última visita 21.6.2023]).

[254] En sintonía con NAVARRO MORALES A., «La imposición de manera abusiva por la mayoría como causa de impugnación de los acuerdos sociales (artículo 204.1.II de la LSC)», en *Derecho de sociedades. Los derechos del socio*, M. B. González y A. Cohen (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 511.

[255] ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *La impugnación*…, ob. cit., pp. 769-770.

[256] *Ibidem*, p. 769.

[257] Cfr. NAVARRO MORALES A., *La imposición*…, ob. cit., p. 515.

[258] ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *La impugnación*…, ob. cit., p. 769.

[259] Como afirma ALFARO ÁGUILA-REAL -en *La impugnación*…, ob. cit., p. 771-, «*el deber de lealtad del socio opera como deber fiduciario -que obliga al socio a anteponer otro interés al propio cuando adopta decisiones de gestión o gobierno del patrimonio social. Su voto ha de orientarse a maximizar el valor de dicho patrimonio en beneficio de todos los socios*».

CC[260]. Por tanto, de aquí que se haya estructurado como un binomio «daño-beneficio». O lo que es lo mismo la prohibición de «(…) *perseguir ventajas particulares a costa de la sociedad. El deber de lealtad es una concreción del deber de cumplir los contratos de buena fe. Se impone siempre que un contratante pueda influir sobre el patrimonio ajeno sin el consentimiento de su titular* (…)"[261]. La mayoría, es cierto, puede decidir e influir sobre la totalidad del patrimonio, incluido el de los minoritarios. Más adelante: «*Esta atribución de poder de decisión a la mayoría es imprescindible dado el carácter incompleto de cualquier contrato de sociedad*»[262].

Todo el valor generable por la sociedad debe ir a parar a la esfera social y no a las esferas individuales. Partimos de la base de que la mayoría tiene la tarea de concretar el interés social en cada caso[263]. Y en ese marco, debe estar para imponer algo que beneficie -que se considera que beneficia- al grupo y no a individuos particulares[264]. Opinamos que lo que la mayoría acuerde debe ser indefectiblemente algo bueno para todos y no solo para los que lo aprobaron.

Posiblemente, cuando hay situación de conflicto, lo que sucede naturalmente, desde una perspectiva psicológica, y sociológica, es que los miembros de un bando, que sean mayoría, tenderán indefectiblemente a mirar hacia sí y no hacia el colectivo. Es la consecuencia esperable de una actitud de rechazo frente al

---

[260] A este respecto, véase MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., *Los acuerdos*…, ob. cit. Sobre el deber de fidelidad, me remito al cuidado estudio de GALLEGO CÓRCOLES, A., *La impugnación de acuerdos de la junta general por abuso de mayoría*, Revista de Derecho Mercantil, nº 308, abril-junio 2018 (consultada en Thomson Reuters Proview [última visita 21.6.2023]), epígrafe III.1.

[261] ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *La impugnación*…, ob. cit., p. 769.

[262] *Idem*.

[263] *Ibidem*, pp. 768-769.

[264] A título de ejemplo, en materia de derecho comparado, se puede observar como en la legislación societaria del Reino Unido *(Companies Act 2006*), se le da libertad al administrador (que suele ser socio en las sociedades cerradas) para que actúe en la forma que considere más apropiada, con arreglo a la buena fe, para promover el éxito de la sociedad hacia el beneficio societario y de sus socios como un todo, ejerciendo para ello un razonable cuidado, habilidad y diligencia, evitando en todo momento situaciones de conflicto de interés. https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/part/10/chapter/2/crossheading/the-general-duties última consulta 11 de julio de 2023.

que ha pasado a ser el enemigo, a quien se quiere derrotar y eliminar[265]. De aquí que nos parezca sumamente útil el criterio general -que haya de servir a demandantes y, sobre todo, a jueces- a la hora de decidir si un acuerdo es lesivo o abusivo: «(…) *analizar la conducta de la mayoría para comprobar si se corresponde con la voluntad hipotética de todos los socios, es decir, con la conducta que todos los socios habrían adoptado si hubieran previsto la situación*»[266]. Criterio general que se aprecia aún más claramente en las siguientes palabras: «(…) *Para determinar si el estándar de control de la conducta del socio es la prohibición de perseguir ventajas particulares a costa del interés social o de los intereses de los minoritarios (deber de buena fe) o el estándar es el del deber de anteponer el interés social a su propio interés (deber fiduciario) la orientación más segura la proporciona examinar si el socio de control está adoptando una decisión que afecta a sus relaciones con la sociedad, por tanto, de modificación o ejecución del contrato social (deber de buena fe) o si está decidiendo sobre el gobierno del patrimonio social, esto es, adoptando decisiones de gestión del mismo. En este segundo caso, es un fiduciario -parcial- de los demás socios y ha de anteponer el interés común de todos -el de maximizar el valor de ese patrimonio- a su interés particular maximizar su propio patrimonio cuando ambos fines puedan entrar en conflicto*»[267].

II. SOBRE LA PROTECCIÓN DEL SOCIO MINORITARIO, CON MAYOR PROFUNDIDAD

No existe un tratamiento legislativo sistemático y ordenado, en España, en relación con la tutela de la minoría[268]. Especialmente delicado es este asunto en las sociedades cerradas[269]. En este contexto -en las sociedades abiertas,

---

[265] Son numerosísimos los ejemplos, pero me parece singularmente ilustrativo el que se da en SAP Barcelona, sec. 15ª, nº 154/2014, de 7 de mayo.

[266] Cita que efectúa NAVARRO MORALES A., *La imposición*…, ob. cit., p. 517.

[267] ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *La impugnación*…, ob. cit., p. 772.

[268] CURTO POLO, M. M., *La protección del socio minoritario. Especial referencia a la protección frente al atesoramiento abusivo de los beneficios sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 15.

[269] En relación con la noción de «sociedad cerrada», véase la anterior obra, pp. 29-38. Según esta autora, p. 33, «(…) lo que define a la sociedad cerrada (…) es (…) la estructura interna de

prácticamente nunca- es donde se producen las situaciones de «opresión de la minoría», manifestada, las más de las veces, en la «asfixia financiera» del socio minoritario[270].

En este marco, surge con especial fuerza la noción del «interés social», junto con la regla de la buena fe, como elementos que permiten la tutela efectiva del socio minoritario. «En principio, el interés social coincidirá con el interés común de los socios que, en las sociedades de capital, quedará conformado en la aplicación del principio mayoritario (…)». Junto con este «interés común» existe el «interés del común de los socios o del socio común; esto es, el interés de los socios que no ocupan una posición de control o poder dentro de la sociedad (…)». En este sentido, los minoritarios precisan ser protegidos de los intereses egoístas de la mayoría, aun cuando no quede afectado el patrimonio social[271].

En este punto, viene a coincidir la regla de la mayoría, como elemento, en ocasiones, inevitablemente distorsionador. Dicha regla es una de las principales relativas al funcionamiento de la sociedad[272]. «En aras a lograr el funcionamiento de la organización mediante la que tratan de realizar el fin común, los socios aceptan que el interés común sea conformado mediante la aplicación de la regla de la mayoría (…)». «Y dicho principio mayoritario girará en torno al interés social que se concibe así como "una regla para completar el contrato de sociedad de acuerdo con lo que los socios habrían pactado para resolver conflictos entre mayoría y minoría si los hubieran previsto en el momento de celebrar el contrato"»[273].

---

la propiedad, por cuanto la sociedad cerrada se caracteriza por la existencia de un número reducido de socios, estrechamente vinculados entre sí, involucrados en la actividad empresarial, que obtienen sus ingresos principalmente de la sociedad, y con un mercado limitado para la transmisión de sus acciones o participaciones sociales». Incide la propia autora, en que -p. 35- resalta «(…) la activa participación de los socios en la administración de la sociedad»; «(…) la sociedad cerrada no adolece de la separación entre propiedad y gobierno de la empresa (…)»; -p. 36- «(…) la existencia de restricciones a la transmisión de las participaciones»; «(…) la salida del socio no es fácil (…)»; «(…) la inexistencia de mercado para la venta de participaciones».

[270] *Ibidem*, pp. 15-16.

[271] *Ibidem*, p. 18.

[272] *Ibidem,* p. 38.

[273] *Ibidem*, p. 39.

«El vínculo contractual societario en torno a un fin común da lugar a la aparición de una organización objetiva que, fundamentalmente en las sociedades capitalistas, se independiza de los socios para operar en el tráfico como un ente autónomo que, conforme al principio de mayoría, podrá expresar su propia voluntad social en la toma de decisiones encaminadas a la consecución del fin común que constituye la causa del vínculo contractual, realizando así el interés común de los socios. La sociedad se constituye así en el instrumento a través del cual los socios pueden alcanzar un fin común con el propósito de satisfacer sus intereses. El interés colectivo perseguido por los socios a través del contrato social será el común de los distintos intereses subjetivos (o motivos) que conducen a un sujeto a participar en el contrato de sociedad y que se pueden enmarcar en la causa del contrato. Precisamente aceptan integrarse en el ente social, dotado de su propia organización, creando a través del contrato social, para lograr la formación de una voluntad social mediante el voto mayoritario de sus integrantes, a la que todos quedarán sometidos, con el objetivo de lograr ese interés común.

(…) Con todo, dado que la mayoría de las sociedades capitalistas persiguen un fin lucrativo podemos considerar que el interés común será la maximización del valor de la empresa a través de la cual los socios integrantes podrán maximizar la rentabilidad de sus inversiones en la sociedad. Ese interés común no coincidirá siempre con todos los intereses individuales sociales de cada uno de los socios»[274].

Sin necesidad aquí de profundizar en la pugna entre la «tesis contractualista» y la «tesis institucionalista» y otras opciones intermedias -como la «teoría contractualista evolucionada o integradora» (por cierto, responsable indirecta de la introducción del párrafo 2º del apartado 1º del art. 204 LSC-, lo que merece la pena destacarse es que «(…) junto a un interés social común a todos los socios, existen distintos intereses sociales individuales de los socios que se integran en el ente social»[275]. Asimismo, y esto es sumamente relevante, «la postergación

---

[274] *Ibidem*, pp. 39-41.

[275] *Ibidem*, pp. 39-47.

de estos intereses particulares de los socios comunes (…), tendrá sentido cuando sea necesaria para la realización del interés común de la sociedad y sea proporcionada a tal fin, pero no cuando esté motivada por la consecución de intereses extrasociales de los socios mayoritarios a costa de los intereses de los minoritarios. De aquí que se haya previsto expresamente en nuestro ordenamiento como causa de impugnación de acuerdos sociales el abuso de la mayoría (…)»[276].

Desde el punto estrictamente tuitivo del socio minoritario, la opción preferible es el régimen de unanimidad en el voto. Sin embargo, este puede provocar fácilmente el colapso de la sociedad por bloqueo. Se concede un derecho de veto a cualquier socio. Así pues, resulta preferible la opción de las mayorías, que, «(…) en vía de principio, será expresión del interés común de todos [los socios]. En función de ello, la regla general será el sometimiento de todos los socios a los acuerdos sociales adoptados por mayoría conforme a las previsiones legales o estatutarias. El principio mayoritario aplicable a las decisiones sociales será, pues, el medio a través del cual se posibilite la toma de decisiones en el seno de la sociedad y, por tanto, se vaya completando el contrato societario, dado que es imposible que las partes pudieran prever todas y cada una de las vicisitudes que afectarían a la sociedad al momento de contratar»[277].

«El problema se presenta cuando el voto mayoritario no es en realidad expresión del interés común, sino que constituye la manifestación de los intereses extrasociales de determinados socios que se valen de su poder mayoritario en los órganos sociales para la realización de estos en detrimento del propio interés común (…). En estos supuestos, el voto mayoritario no representa la voluntad social que debe pivotar en torno al interés común de los socios en cuanto tales, incluidos los intereses de los minoritarios; y, en consecuencia, se deben arbitrar mecanismos jurídicos para corregir esta patología»[278].

---

[276] *Ibidem*, p. 47.

[277] *Ibidem*, pp. 52-53.

[278] *Ibidem*, pp. 61-62.

Lo anterior debe distinguirse netamente de aquellos supuestos en que «(…) la decisión mayoritaria representa los intereses particulares de determinados socios, que son distintos de los intereses personales de los socios minoritarios, pero que son susceptibles de ser incluidos dentro del interés social (…)». El problema radica en distinguir una y otra clase de supuestos[279].

Y siendo que hablamos continuamente de minoría, corresponde definirla como el «(…) conjunto de los socios que no pertenecen al grupo de control y cuya voluntad quedará vinculada por aquellos miembros que, de hecho, deciden el destino de la sociedad»[280].

Llegados a este punto, bastará con aludir, sucintamente, al concepto de «opresión» de la minoría por parte de la mayoría o también, y más sencillamente, el «abuso» de la mayoría sobre la minoría.

Partiendo de un innegable conflicto de intereses[281], de carácter horizontal, «(…) la aplicación del principio mayoritario propio de las sociedades capitalistas podrá servir de instrumento para que una mayoría estable en el tiempo llegue a anteponer sus intereses particulares por encima del interés común, en sentido estricto; pero también es posible que utilice su poder para anteponer sus intereses por encima de los legítimos intereses sociales de la minoría, aun cuando no se ponga en riesgo el interés social entendido como interés común de todo los socios. Desde una concepción evolucionada del interés social puede entenderse que cuando la mayoría utiliza su poder dentro de la sociedad para priorizar injustificadamente sus intereses extrasociales en perjuicio de los legítimos intereses sociales de los minoritarios, se produce igualmente una lesión del interés social, aun cuando propiamente no quede afectado negativamente el interés común de los socios entendido como la maximización

---

[279] *Ibidem*, p. 62.

[280] *Ibidem*, p. 66.

[281] Que se puede definir -con POLO CURTO, *ibidem*, p. 68- como «(…) aquella situación en la que concurre un riesgo real y actual de lesión de un interés societario, derivado de la concurrencia de otro interés incompatible con el primero, de tal manera que la satisfacción de uno conlleva el sacrificio del otro».

del valor de la empresa y, por tanto, en una dimensión claramente patrimonial»[282].

«(…) Para entender que la mayoría está abusando de su poder para satisfacer un interés egoísta en perjuicio de los socios minoritarios, será preciso valorar la conducta de aquélla desde ciertos parámetros jurídicos de conducta para concluir que realiza un comportamiento antijurídico.

Cuando este conflicto no sea puntual, sino que se convierta en un conflicto estructural entre la mayoría y la minoría existentes en una sociedad cerrada, las decisiones egoístas del grupo mayoritario no sólo reflejarán su intención de hacer prevalecer sus intereses extrasociales sobre los intereses legítimos de los minoritarios, e, incluso, del interés social, sino que, sobre todo, se convertirán en el instrumento a través del cual los socios mayoritarios pretendan hacerse con el entero control de la sociedad, asfixiando a los minoritarios, de tal modo que a estos no les quede más opción para rentabilizar de alguna forma su inversión que vender sus participaciones a la mayoría al precio que estos fijen. Será propiamente en estos supuestos en los que se habla de "opresión de la minoría". (…) De esta forma, se define la opresión de la minoría como "una forma de englobar toda una serie de actuaciones en las que determinados socios, utilizando bien su posición estratégica dentro de una sociedad cerrada, bien la información privilegiada de que disponen, bien por medio de sus poderes de control o a través del uso (torticero) de algún procedimiento legal, buscan eliminar de la sociedad total o parcialmente a uno o más socios o accionistas de la misma ("*squeeze out*" o "*freeze out*" en la terminología al uso)"»[283].

«Con todo, no sólo habrá opresión cuando se consiga el resultado final perseguido. También podremos hablar de opresión cuando se emplean distintos mecanismos para reducir la participación o el poder dentro de la sociedad de un grupo de socios, se reducen sus expectativas de ganancias dentro de la

[282] *Ibidem*, p. 69.

[283] *Ibidem*, pp. 70-71.

sociedad o se les priva de cualquier otro tipo de ingresos o ventajas a las que tienen derecho dentro de la sociedad»[284].

Pero, junto con lo anterior, debe prestarse atención a que la opresión conlleva «(…) simultáneamente para los socios mayoritarios una obtención de ventajas indebidas, bien sea de una manera inmediata, bien de una manera mediata (…)»[285].

Finalmente, resta por señalar que los principales parámetros de valoración de la conducta de la mayoría son, por una parte, la observancia del deber de lealtad o fidelidad, y, por otra parte, la detección de conductas que puedan ser tildadas de abusivas[286]. Habida cuenta lo amplio e impreciso de ambas nociones, la dificultad que entraña su alegación y su prueba son notables.

III. ACUERDOS SOCIALES QUE LESIONAN EL INTERÉS GENERAL

La redacción del párrafo 1º del apartado 1º del art. 204 LSC -en lo que ahora nos concierne- es sumamente escueta e, incluso, críptica, porque solo dice que son impugnables los acuerdos que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. El problema radica en la locución «interés social» que el legislador no define[287].

Se trata de una expresión vaga, pues estando claro qué constituye una lesión al «interés social» en su núcleo de significado (por ejemplo, aprobar una fusión indudablemente perjudicial para el futuro empresarial de la compañía), no son nítidos, en cambio, sus límites, esto es, la determinación de su alcance efectivo. De aquí que resulte dudoso calificar como lesivo del interés social recurrir a una forma de financiación en lugar de otra distinta.

---

[284] *Ibidem*, pp. 74-75.

[285] *Ibidem*, p. 75.

[286] *Ibidem*, pp. 77-103.

[287] Cfr. Art. 241 LSC que habla de «lesionen directamente» en sede de acciones individuales de responsabilidad contra el órgano de administración social. Sin embargo, el Legislador tampoco define que es «lesión directa». Véase la STS 679/2021, de 6 de octubre, que tímidamente apunta: *«(…) la relación de causalidad entre la conducta antijurídica del administrador y el daño directo ocasionado al tercero*».

Por otra parte, cabe preguntarse qué conforme ese genérico «*interés social*». Podría interpretarse (i) que se refiere exclusivamente al sentido patrimonial (en sentido amplio, de modo que incluya la faceta estrictamente patrimonial, pero también la financiera y la propiamente empresarial o comercial) (ii) que es toda acción dirigida al cumplimiento del objeto social de la propia sociedad. Pero, quizá, quepa añadir otros elementos intangibles que a la sociedad le interesa preservar, como la paz societaria o la fluidez de su progresión (porque exista una buena disposición de los socios a aceptar que la voluntad mayoritaria pueda ser distinta, en ocasiones, a la que esgrimen estos).

Podríamos inclinarnos por la primera de las interpretaciones si se toma en consideración la precisión contenida en el párrafo siguiente, «*aun no causando daño al patrimonio social*». Parece posible formular un enunciado interpretativo del siguiente tenor:

> El inciso final del art. 204.1.I LSC significa que son impugnables los acuerdos sociales que lesionen el interés social, por causar daño al patrimonio social, en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

Esa aludida precisión invita a pensar que está estableciendo una neta separación con las lesiones genéricas del interés social a las que se alude crípticamente en el primer párrafo del apartado 1º del art. 204 LSC.

Pero también es posible entender que, en el caso de los acuerdos abusivos, estos lo son con independencia de que acarreen, o no, un perjuicio para el patrimonio social. En tal caso, no podemos dar por sentado que el legislador haya querido matizar que la lesión del interés social solo puede ser patrimonial.

Parece posible identificar los acuerdos lesivos con aquellos supuestos en los que la mayoría prioriza el interés particular de sus miembros -o de alguno de ellos o de terceros vinculados con ellos- por medio de desviar a sujetos concretos «(…) *recursos destinados a conseguir un fin en el que puedan encontrar satisfacción todos los socios*»[288].

[288] MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., *Los acuerdos*…, ob. cit., epígrafe 3.

Aun cuando no cuesta trabajo idear supuestos representativos, se estiman ilustrativos los siguientes: la aprobación de una remuneración excesiva para un administrador (que forme parte de la mayoría o se encuentre vinculado con ella), la transmisión a un sujeto (con idénticas circunstancias subjetivas que el anterior ejemplo) de un activo de la compañía sin una contrapartida adecuada, la concesión de crédito a un socio o al administrador en unas condiciones desfavorables para la sociedad (gratuito, sin garantías de cobro, etc.)[289].

De lo anterior, parece desprenderse que una mala decisión de la junta -auspiciada y respaldada por la mayoría- que perjudique, directa o indirectamente, el patrimonio de la sociedad, no resultaría impugnable -el acuerdo social correspondiente, se entiende- si no tuvo como propósito beneficiar a uno o varios socios o a terceros, vinculados con los primeros. En este sentido, se ha defendido que la toma de decisiones por parte de la junta entra dentro de la discrecionalidad societaria (aludiéndose a la *business judgement rule* del 226 LSC)[290]. Mientras no exista deslealtad de la mayoría, no son susceptibles los acuerdos sociales de impugnación por lesión del interés general, aunque /no hayan sido acertados[291].

IV. ACUERDOS SOCIALES ABUSIVOS[292]

Se centra ahora la atención en el segundo párrafo del apartado primero del art. 204 LSC, cuyo tenor literal es el siguiente: «*La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de*

---

[289] *Idem.*

[290] Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *La impugnación*…, ob. cit., p. 769.

[291] *Idem*.

[292] Nos reconocemos deudores, en cierta medida, de las aportaciones que, a este respecto, efectúa DE VIVERO DE PORRAS, C., en «Impugnación de acuerdos sociales: abuso de derecho por infracción de ley», trabajo publicado en *Los acuerdos sociales*, M. B. González (dir.), t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1401-1440 y, particularmente, las pp. 1408-1420.

la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios».

Conviene comenzar reparando en la fórmula empleada por el legislador[293]. Parece dar a entender que también cuando a quien se perjudica es a la minoría, lo que se lesiona es el interés social. A pesar de que no se cause *daño al patrimonio social*. De ser así cabría deducir que la lesión del interés social va más allá del perjuicio puramente patrimonial. Incluso a pesar de que aparentemente no se dañe a la sociedad, se la perjudica, indirectamente, cuando se impone un acuerdo por la mayoría de forma abusiva. En definitiva, el abuso de la posición dominante lesiona el interés social. Desde luego, así lo califica la Ley.

A continuación, el legislador define -consideramos que se trata de una definición legal- lo que sea un acuerdo social impuesto abusivamente por la mayoría: Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios. Una expresión sinónima del anterior enunciado jurídico cualificatorio es la siguiente:

---

[293] Recientemente el Tribunal Supremo ha orillado esta cuestión en la Sentencia 9/2023, de 11 de enero, concretamente en el fundamento de Derecho 3º en el que hace referencia al estudio realizado por el Grupo de Expertos que en 2013 abordó la reforma: «*La norma extiende la originaria causa de "lesión al interés social" (en beneficio de uno o varios socios o de terceros), a los acuerdos impuestos "de manera abusiva por la mayoría", aunque no se cause un daño al patrimonio de la sociedad. Es muy ilustrativo que el estudio del Grupo de Expertos del año 2013, del que surgió la propuesta de esta reforma legal, al explicarla hace referencia a una relación de supuestos a los que podía afectar la norma, entre los que se menciona la "opresión de los accionistas minoritarios mediante prácticas recurrentes de no distribución de dividendos...". Aunque una referencia como esta no constituye un parámetro de interpretación obligatoria, sí contribuye a mostrar que no resulta irrazonable cuestionarse que un acuerdo de no reparto de beneficios pudiera haberse adoptado por abuso de la mayoría*», sin embargo, a continuación se limita a enumerar los requisitos, sin profundizar más: «*Para facilitar su aplicación, la propia norma aporta algunas pautas de apreciación, en concreto requiere la concurrencia de tres requisitos: que el acuerdo no responda a una necesidad razonable de la sociedad; que se haya adoptado por la mayoría en interés propio; y que ocasione un perjuicio injustificado a los demás socios. Estos tres requisitos deben concurrir cumulativamente*», a pesar de que a continuación se adentra, de una forma ciertamente estéril, dicho sea con el máximo respeto, en torno a qué se podría entender por «necesidad» y «razonable»: «*(…) La ley califica la "necesidad" de "razonable". Este adjetivo incide en la justificación de la necesidad del acuerdo, desde la perspectiva de los intereses de la sociedad (intereses colectivos) (…)*».

> Un *acuerdo social impuesto de manera abusiva por la mayoría* es un acuerdo social que no responde a una necesidad razonable de la sociedad y, asimismo, se ha adoptado por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de la minoría.

Continuando con la labor exegética, debemos reparar en dos aspectos relevantes. Por una parte, el empleo de la expresión «*razonable*», claramente imprecisa y más exactamente vaga. «*Razonabilidad*» que no tiene por qué ser exclusivamente jurídica y que lo más usual sea que se trate de «razonabilidad» patrimonial, o financiera, o económica o empresarial. Lo que coloca al aplicador en cierta postura delicada pues le resultará harto difícil su determinación, debiendo estar el juez a lo que le indiquen los peritos que las partes proporcionen en defensa de sus tesis. Con todo y ser posible la valoración judicial de la prueba pericial, es llano que no se encuentra exenta de dificultades y de un notable riesgo de error.

Por otra parte, ofrece serias dudas el inciso final de este segundo párrafo que ahora nos concierne. Cabe vacilar a la hora de interpretar la locución «*adoptado por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de la minoría*». Por un lado, es razonable comprender que se trata de dos elementos que deben concurrir conjuntamente. El uno más el otro. Por otro lado, es posible entender que se trate de expresiones coimplicadas, de modo que el interés propio de la mayoría se traduce necesariamente en el detrimento injustificado de la minoría. Así visto, podría tratarse de una mera reiteración o de una redundancia, con la que se pretende enfatizar la misma única idea: el interés propio, particular, exclusivo de la mayoría es el perjuicio de la minoría en tanto que no se busca el interés general de todos los socios[294].

Si nos inclinamos por la primera de estas dos últimas interpretaciones, esto da pie a considerar que el legislador diferencia aquellos supuestos en que el acuerdo adoptado por la mayoría en interés propio no revista un detrimento para la minoría, excluyendo a estos de la consideración de abusivos, incluso en el caso de que no responda a una necesidad razonable de la sociedad.

---

[294] Así lo interpretamos en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., *Los acuerdos*…, ob. cit., epígrafe 6.

En nuestra opinión, y dejando de lado la duda interpretativa atinente a la expresión «*razonable*», la interpretación correcta es la que reputa un *acuerdo social abusivo* aquel que, sin causar daño alguno al patrimonio social, y sin existir una necesidad -ni jurídica, ni patrimonial, ni empresarial-, favorece un interés particular de la mayoría -y, por ende, perfectamente diferenciable del interés general de la sociedad- y causa un perjuicio injustificado -objetivamente- para la minoría, que se ha opuesto al mismo[295].

Los acuerdos sociales abusivos -que antes de 2014 no encontraban reconocimiento en la normativa societaria- y que los había, por supuesto (siendo los más frecuentes el atesoramiento persistente de beneficios y el aumento de capital social con el propósito de diluir a una minoría incómoda), se atacaban en sede judicial por la vía del art. 7.2 CC[296], que autoriza al juez, en caso de considerar probada una situación de abuso de derecho, a adoptar indeterminadas medidas para paliar sus efectos[297].

Tanto antes como ahora, lo que parece buscar la norma es la protección de los socios minoritarios[298]. En el caso de los acuerdos abusivos lo que se penaliza es que los socios mayoritarios antepongan sus intereses propios, particulares, en detrimento de los intereses de los minoritarios, que estos esperan legítimamente ver satisfechos dentro de la sociedad[299]. Se trata de un enfoque contractualista del interés social. Se parte de la base de que las posiciones asumidas en el contrato de sociedad tienen que estar equilibradas -que no significa que sean idénticas, porque son legítimas las diferencias derivadas de la distinta participación en el capital social-[300]. Si, posteriormente, ese «equilibro original» se pierde, como consecuencia de concreciones concretas de ese contrato social,

---

[295] Nos parece que así lo concibe MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., *Los acuerdos*…, ob. cit., epígrafe 1.

[296] Cfr. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., *Los acuerdos*…, ob. cit., epígrafe 2, y GALLEGO CÓRCOLES, A., *La impugnación*…, ob. cit., epígrafe 2.

[297] Ya se ha argumentado en otro momento de esta tesis los problemas que suscita la interpretación y la aplicación de este precepto.

[298] Cfr. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., *Los acuerdos*…, ob. cit., epígrafe 3.

[299] *Idem*.

[300] Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *La impugnación*…, ob. cit., pp. 770-771.

debe reequilibrarse[301]. Y la forma que el legislador ha considerado más apropiada es permitiendo la impugnación de los acuerdos sociales abusivos.

Se antoja interesante efectuar una somera catalogación de los principales supuestos típicos, pero antes nos proponemos identificar los elementos característicos de la *abusividad*, que consideramos comunes a todos -a modo de constantes[302] - los supuestos típicos que después se listarán:

(i) La existencia de coaliciones o agrupaciones de interés no formales, pero identificables -a veces no sin dificultades-, entre los integrantes de la mayoría (por ejemplo, la existencia de vinculaciones familiares o empresariales de los socios que conforman la mayoría; ser todos ellos miembros del órgano de administración, que percibe una remuneración…)[303]. Al no votar por cabezas, sino por participación en el capital, se favorece que se formen coaliciones y con ello el «(…) *riesgo de expropiación de la minoría o de los patrimonios sociales por parte del socio o de la coalición mayoritarios* (…)». El voto debe emplearse cada vez para «(…) concretar (…) *el interés social*»[304]. Evidentemente esto no se predica de aquellos casos, frecuentes, en que sólo hay dos socios, el mayoritario y el minoritario.

(ii) No se justifica en absoluto la existencia de una necesidad -más que *razonable*, diríamos real, objetiva, ya sea de orden jurídico, financiero o empresarial- de la sociedad. Lo mismo es, a estos efectos, que se ofrezcan

---

[301] Cfr. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., *Los acuerdos*…, ob. cit., epígrafe 4.

[302] Sin perjuicio de la lectura de muchos casos, las hemos podido sublimar del caso paradigmático que examina con detalle NAVARRO MORALES, A., *La imposición*…, ob. cit., pp. 518 y ss.

[303] ALFARO ÁGUILA-REAL -en *La impugnación*…, ob. cit., p. 770- afirma: «*Los miembros del órgano no adoptan una "actitud mental coalicional", es decir, no ven como rivales a los miembros de la corporación que no forman parte de "su" coalición. Si ningún miembro tiene influencia decisiva y no se forman coaliciones, puede decirse que maior pars est melior pars en la determinación de lo que es preferible para la corporación, es decir, que hay una garantía de justicia del contenido del acuerdo en el sentido de conformidad con el interés social*».

[304] ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *La impugnación*…, ob. cit., p. 770.

justificaciones vacías, hueras de verdadero contenido, imprecisas, o técnicamente incorrectas[305].

(iii) Se da una ganancia de la mayoría[306], sea económica o dineraria, sea posicional o estratégica -por ejemplo, persiguiendo la desmoralización del minoritario y su abandono de la sociedad o adquiriendo derechos o privilegios a costa del otro sector de la compañía- o sea de cualquier otro tipo, que, en suma, no repercute positivamente en la sociedad, considerada como totalidad de los socios que la conforman.

(iv) El detrimento de los minoritarios que suele cifrarse, expresado genéricamente, en una pérdida -huérfana de justificación- de sus legítimas expectativas como socios[307], porque esperan participar de los beneficios de la compañía, porque aspiren a una mayor participación en el capital social, porque confían en la continuidad de un negocio que prospera, etc. Como se ha dicho de forma harto gráfica, «*la mayoría estaría incumpliendo el contrato apoderándose de una ración de la "tarta social" mayor de la que se pactó en el contrato*»[308]. De aquí que lo de defraudación de expectativas no sea en absoluto baladí -por supuesto, igualmente predicable de los acuerdos lesivos del interés general-. «(…) *Nadie aceptaría pasar a ser socio -no mayoritario- de una sociedad si hubiera de contar con que el socio mayoritario puede apoderarse del patrimonio social o sacrificar el interés común en aras de su interés particular al adoptar decisiones sociales*»[309]. Obsérvese, asimismo, que, en estos casos, con suma frecuencia, la opción escogida por la mayoría suele ser la más perjudicial para la minoría. No repara la primera en lo que mejor convenga a la segunda, cosa que, además, se puede apreciar en los informes de justificación, cuando procede su

---

[305] Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *La impugnación*…, ob. cit., p. 774. En este sentido, nos parece sumamente ilustrativo el caso que plantea NAVARRO MORALES A., -en *La imposición*…, ob. cit., pp. 518 y ss.-.

[306] No tiene por qué ser solo un beneficio; a veces será sólo perjudicar a la minoría, si bien con un propósito específico. Así MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., *Los acuerdos*…, ob. cit., epígrafe 4.

[307] Cfr. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., *Los acuerdos*…, ob. cit., epígrafe 3.

[308] ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *La impugnación*…, ob. cit., p. 771.

[309] *Idem.*

elaboración, que no dan cuenta de un sesudo análisis de las alternativas disponibles y de las razones por las que se hayan desechado las restantes[310].

(v) La existencia de un conflicto, palmario o velado, entre los sectores mayoritario y minoritario (o una fracción de este)[311]. Aunque se debe reconocer que no se trata de una nota omnipresente, sí que es cierta su presencia frecuente en esta clase de litigios[312]. No es extraño que la buena marcha de la compañía despierte en los mayoritarios cierta reticencia a compartir sus consecuencias beneficiosas con los minoritarios, quizás necesarios y muy bienvenidos al tiempo de la constitución de la sociedad, porque, aunque fuera en escasa medida, contribuyeron a arribar fondos al proyecto naciente.

Los supuestos típicos de acuerdo social calificable de abusivo son los siguientes[313]:

(i) *Atesoramiento persistente de beneficios*[314], sin que exista una razón jurídica -encontrarse en situación que constituya causa de disolución-, una razón financiera -compensar resultados negativos de ejercicios pasados-, o una razón empresarial -hacer acopio de recursos para acometer una inversión que permita a la empresa mejorar su competitividad-. A este respecto, se estima útil echar mano de los identificadores anteriores para distinguir los supuestos realmente

---

310 Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Artículo 204. Acuerdos impugnables», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, J. Juste (coord.), edit. Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 203.

311 Un caso de exesposos que tienen en común una sociedad, con una situación más que tensa intrasocietaria, es el que se da en SAP Barcelona, sec. 15ª, nº 154/2014, de 7 de mayo.

312 Por ejemplo, en el paradigmático, y relativamente reciente, caso que analiza NAVARRO MORALES, A., *La imposición*…, ob. cit., pp. 518 y ss.

313 Son diversos los autores que han afrontado la elaboración de «tipologías de casos» o «grupos de casos»: (Entre otros) ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *La impugnación*…, ob. cit., pp. 773 y ss.; MARTÍNEZ ARESO, A., «El control judicial de los acuerdos sociales. Los acuerdos abusivos», en *La gobernanza de las sociedades no cotizadas*, J. A. García-Cruces (dir.), I. Moralejo (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 236 y ss.; DEL RIO GALEOTE, A., y PUJOLAS, M., «La impugnación de acuerdos sociales por adoptarse con abuso de la mayoría», *Diario La Ley*, nº 10272, 2023 (versión digital Smarteca [última visita 21.6.2023]).

314 ALFARO ÁGUILA-REAL la denomina «*sequía de dividendos*», como es de ver en *Deber fiduciario y exigencias de la buena fe en la conducta del socio mayoritario*, en https://almacendederecho.org/deber-fiduciario-y-exigencias-de-la-buena-fe-en-la-conducta-del-socio-mayoritario (última visita 21.6.2023). Para un análisis detallado de este supuesto, véase CURTO POLO, M., *La protección*…, ob. cit., pp. 107-234.

abusivos de aquellos otros que, pareciéndolo, no lo son en realidad. Recuperando la anterior tripleta de elementos constantes y aplicándolo a este supuesto tipo, nos encontraremos, de una parte, con la existencia de coaliciones o agrupaciones de interés no formales, pero perfectamente identificables (por ejemplo, la existencia de vinculaciones familiares o empresariales de los socios que conforman la mayoría; ser todos ellos miembros del órgano de administración, que percibe una remuneración…). No existe una verdadera necesidad, objetiva y seria, de destinar esos beneficios a engrosar las reservas contables de la compañía.

Y no solo esto. Esa acumulación de beneficios en forma de reservas no se queda en eso, en el robustecimiento financiero de la compañía, sino que, en un segundo momento, redunda en favor del socio o socios que han conformado la mayoría (por ejemplo, socio mayoritario que a la vez es administrador con remuneración aprobada, elevada; conjunto de socios que conforman la mayoría y que prestan servicios a la sociedad por los que tienen derecho a cobrar una compensación económica…).

En cambio, hay otros casos en los que es posible apreciar la inexistencia de abuso, porque no se reúnen todas aquellas notas típicas. Así, por ejemplo, una mayoría extremadamente cauta y prudente podría considerar que hasta tanto no transcurran cinco años desde el inicio de las operaciones comerciales, no es aconsejable distribuir dividendos, a pesar de que el histórico de los resultados de la compañía arroja beneficios. O podría entender más conveniente atesorar en previsión de que se materialice un vaticinio poco fundado de un experto en economía mundial. Lo que falta en ambos supuestos -amén de que no exista una coalición o agrupación fáctica de intereses- es una repercusión particular de lo que, de primeras, parece contribuir al mejor sostenimiento de la economía societaria. Ninguno de los socios que conforman la mayoría se lucra personal o particularmente de esos beneficios destinados a reservas. En estos dos últimos casos, no es posible concebir que se esté primando un interés particular, sino que, con acierto o sin él, más parece que se dirigen a promover el interés -el bien- general de la compañía y, por ende, de todos los socios. Con lo que el

detrimento de los minoritarios -que no ven rendimiento- no se correlaciona con un interés «propio» de los mayoritarios.

(ii) *Modificaciones estructurales*[315] *del capital social* que tienen como resultado último, o bien la dilución de la participación de la minoría en aquel, o bien, incluso, su eliminación total, como sucede, por ejemplo, en los supuestos de «operación acordeón» que reduce el capital social a cero previo a su aumento. Nuevamente aquí es posible identificar los cuatro indicadores típicos de abuso. En primer lugar, si la mayoría se conforma por varios socios, lo normal es que se encuentren todos ellos, o gran parte, vinculados. Específicamente, cualquier operación societaria encaminada a diluir -o aniquilar- a la minoría presenta ciertos patrones típicos: la sociedad no necesita semejante inyección financiera; los títulos se emiten a un tipo desproporcionadamente bajo; y se realiza sabiendo que los minoritarios no pueden o no quieren participar[316].

Existen otras decisiones del socio mayoritario que afectan a la estructura organizativa y de control de la empresa y que merecen ser tratadas desde la perspectiva del acuerdo abusivo[317]. Por una parte, cabe destacar los acuerdos abusivos de la mayoría de la sociedad filial o participada. Piénsese en «(…) el supuesto en el que se decide crear una sociedad holding, trasladando el poder de decisión a la sociedad filial, en la cual se puede adoptar con posterioridad un acuerdo injustificado de no reparto de dividendos entre los socios (…), lo que puede generar un perjuicio tanto a los socios de la sociedad isla como a los minoritarios o externos de la sociedad holding, y siempre que (…) el acuerdo no responda a una necesidad razonable de la sociedad»[318].

---

[315] Sobre el abuso perpetrado a través de determinadas modificaciones de la estructura organizativa societaria, véase LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., «La invocación de acuerdo abusivo como medio de tutela de los socios disconformes ante determinadas modificaciones de la estructura organizativa societaria», en *Los acuerdos sociales*, M. B. González (dir.), t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1441-1469.

[316] Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *La impugnación*…, ob. cit., pp. 776-779; DEL RIO GALEOTE, A., y PUJOLAS, M., *La impugnación*…, ob. cit.; SAP A Coruña, sec. 4ª, 19/2019, de 15 de mayo.

[317] LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., «La invocación…, ob. cit., p. 1451.

[318] *Ibidem*, pp. 1452-1453.

Así pues, «la adopción de un acuerdo injustificado de no reparto de dividendos entre los socios, sería susceptible de incardinarse en un supuesto de arbitraria inaplicación del resultado positivo obtenido por la filial o las filiales, y la tutela del socio externo de la sociedad matriz *holding* se apoyaría en una decisión abusiva de la filial al incidir injustamente con relación a la política de dividendos en las sociedades beneficiarias»[319].

Otro caso que pertenece al grupo de supuestos que nos encontramos abordando en el punto presente es el de las fusiones transfronterizas. Más concretamente, «(…) la adopción de acuerdos con objeto de incorporar, en un procedimiento de fusión transfronteriza, cláusulas estatutarias hechas a medida para limitar los derechos de otros socios accionistas e incorporar acciones de lealtad que otorgarán al primer accionista una mayoría que no tiene. En el supuesto que se analiza y bajo el manto del procedimiento de fusión transfronteriza, un socio mayoritario adopta un acuerdo abusivo en junta al tratar de incorporar determinadas cláusulas estatutarias cuya intención real es perjudicar al socio o socios minoritarios. Asimismo, el recurso de la mayoría social a la simultaneidad de los cambios estatutarios propuestos permite deducir que la maniobra se realiza con objeto de evitar perder el control de la organización integrada por distintas sociedades, una vez realizada la fusión. De esta manera el socio mayoritario sigue ostentando el control en todas las jurisdicciones afectadas por la fusión transfronteriza»[320] [321].

(iii) La *disolución de la compañía* con el propósito de distribuir el activo remanente y a partir de este constituir una nueva sociedad, de la que sólo participa la mayoría, que se aprovechará, probablemente, del fondo de comercio y de las coincidencias identificativas de ambas empresas. En esta clase de supuestos, amén de que probablemente también se identifique alguna clase de vinculación entre los mayoritarios, ni concurrirá razón objetiva alguna para

---

[319] *Ibidem*, p. 1453.

[320] *Ibidem*, p. 1458.

[321] Nos parece que constituye una buena muestra de esta concreta casuística el Auto de 28 de julio de 2020 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid.

disolver la compañía -su situación financiera será sana-, ni estará dentro de las expectativas del minoritario la finalización prematura del proyecto empresarial.

(iv) La *modificación del objeto social*, con objeto de reducirlo, de modo que una actividad que antes formaba parte de este -y resultaba lucrativa-, deje de hacerlo, con el objetivo mediato, del mayoritario, de llevarla a cabo de forma individual, o con otras personas[322]. Obsérvese que, con frecuencia, los que acaben después llevando a cabo esa actividad, de la que se ha privado a la sociedad en la que se ha adoptado el acuerdo, son los mismos que allí conformaban la mayoría. Evidentemente, la sociedad no precisaba esa reducción del ámbito de su actividad. Probablemente, al contrario, pues es posible que merme su rendimiento con ello. Se constata un interés inequívocamente particular de la mayoría y un detrimento -claramente injustificable- para la minoría, que, formó parte de la compañía con la idea en mente de que se iba a desarrollar esa actividad que luego se ha revelado lucrativa. Quizá, si de entrada no se hubiese contemplado dicha actividad, como parte integrante del objeto social, se hubiera cuestionado incorporarse a la compañía.

(v) En un *proceso de disolución y liquidación*, la mayoría aprueba asignarse en exclusiva el resultado favorable o positivo de la liquidación[323].

(vi) Las *retribuciones «tóxicas»* que lo pueden ser, bien por excesivas (por ejemplo, porque la mayoría asigna a los administradores -que forman parte de ella- una retribución desmedida y, desde luego, desproporcionada), bien por injustificadas (por ejemplo, porque se les remunera en una suma tal que no guarda la menor proporción con el contenido, cualitativo y cuantitativo, de su desempeño), bien por carecer de razonabilidad (por ejemplo, se incrementa la retribución del administrador en un estado de crisis económica de la compañía, donde cualquier política debe ir encaminada a la reducción de costes y gastos)[324].

---

[322] Inspirado en ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *La impugnación*…, ob. cit., p. 775.

[323] *Ibidem*, p. 776.

[324] Con mayor amplitud, *ibidem*, pp. 779-785.

(vii) El abuso fundado en el *empleo de estructuras sociales sofisticadas*[325]. «Los grandes fondos de *private equity* suelen organizar su inversión en la empresa comprando la sociedad que la explota (…) a través de una cadena de sociedades encabezada por una o varias *holdings* o *Holdcos*. Las razones de utilizar estas estructuras suelen ser *apalancar* la inversión (se invierte con poco capital y mucha deuda) para maximizar su rentabilidad interna (…), reducir todo lo posible el reparto de *cash flow* y de los dividendos entre los socios (…), proteger el patrimonio del fondo inversor ante la posibilidad de que la inversión vaya mal y no se pueda devolver la financiación (…), *optimizar* la tributación del gasto de intereses de la financiación, del reparto de dividendos, de la venta de la empresa (…), etc.»[326].

Tal planteamiento estratégico «(…) provoca una contraposición permanente entre los intereses del socio mayoritario y los de los minoritarios y facilita las formas más disimuladas de dilución o desplazamiento de los socios minoritarios, de *tunneling* o expropiación y, en definitiva, de abuso y violación del deber de lealtad de los socios»[327].

Finalmente, se atisban tres dificultades a la hora de propugnar la anulación de un acuerdo social por considerarse abusivo. Por un lado, las innegables dificultades probatorias que conlleva. Por el otro, lo requirente que resulta para el juez el juicio subsuntivo en cada caso concreto. Por último, la posibilidad de que la mera ineficacia de un acuerdo no impida que la mayoría siga abusando de la minoría, aprobando un nuevo acuerdo -tan abusivo como el anterior- tan pronto como el precedente sea declarado ineficaz.

Desde la perspectiva eminentemente probatoria, se abre el interrogante -en la doctrina científica- de quién deba demostrar la concurrencia de los elementos identificadores de la condición de *abusivo* del acuerdo. Ciertamente, la Ley no

---

[325] Sobre esto, en detalle, ALMOGUERA GARCÍA, J., y GONZÁLEZ PULIDO, C., «El abuso del socio minoritario en particular, a través de estructuras sociales sofisticadas», en *Los acuerdos sociales*, M. B. González (dir.), t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1323-1373.

[326] *Ibidem*, pp. 1326-1327.

[327] Ibidem, p. 1328. Resultan muy sugerentes los ejemplos que dichos autores ponen en las pp. 1330-1336.

se ocupa de este aspecto. Cabe pensar que lo sensato es que sea el demandante quien se ocupe de probar la concurrencia de los indicios antes indicados, lo que será contestado por la sociedad.

También desde la óptica probatoria nos parece interesante mencionar las exigencias probatorias de este tipo específico de litigios societarios. La probanza del carácter abusivo de un acuerdo social (impuesto por la mayoría) exige reunir una serie de indicios, antecedentes y concomitantes a la fecha de adopción del acuerdo, que «le hablen al juez» de la existencia de la «maquinación» que entraña toda maniobra abusiva[328]. En este sentido, consideramos suficiente con traer de nuevo a colación los antes reseñados elementos típicos que identifican los acuerdos sociales abusivos.

Por último, nos parece efectuar una consideración final de enorme trascendencia, en nuestra opinión. Nos referimos a la obligada valoración «(…) de si la tutela que se ofrece al socio minoritario con el actual sistema de impugnación resulta suficiente o si sería conveniente una reforma legislativa en los casos de impugnación de acuerdos por abuso de la mayoría»[329].

Parece muy oportuno «(…) abrir un debate sobre si la falta de consecuencias directas para el socio controlador en la impugnación de acuerdos, al no ser obligada su intervención en el proceso judicial, le puede otorgar cierta percepción de impunidad y con ello facilitar la reiteración de la conducta despótica. Se podría considerar que este escenario le puede permitir seguir adoptando acuerdos abusivos, a sabiendas de que los esfuerzos para su impugnación debe realizarlos el socio minoritario frente a la sociedad, pero no frente a los socios que adoptaron el acuerdo que podrán permanecer, si lo desean, ajenos al proceso»[330].

---

[328] Cfr. NAVARRO MORALES, A., *La imposición*…, ob. cit., pp. 522 y ss.

[329] SOLER BELTRÁN, I., «La tutela del socio minoritario en la impugnación de acuerdos abusivos», en *Los acuerdos sociales*, M. B. González (dir.), t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 1524.

[330] *Ibidem*, p. 1524.

Es obvio, por tanto, que aun alzándose con la victoria el socio minoritario, es difícil que gane la guerra, a pesar de que pueda acumular triunfos por batallas. Se trata de victorias «pírricas», pues lo más que logrará será la ineficacia del concreto acuerdo impugnado. Sin embargo, los socios mayoritarios probablemente persistirán en adoptar decisiones que perjudiquen al minoritario, con un propósito opresor y asfixiante, hasta que este último se decida a pagar un alto precio por su salida[331].

En este sentido, se ha puesto la mirada, desde una perspectiva de *lege ferenda*, en el proceso penal y, más concretamente, en el caso de los delitos societarios de imposición de acuerdos abusivos. En estos, «(…) la legitimación pasiva recae sobre el socio o socios con cuyos votos se han adoptado los acuerdos impugnados, siendo la participación de la sociedad en este proceso, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito civil, a título de perjudicado. En este caso, es el socio que ha impuesto el acuerdo quien se enfrenta al proceso y quien asumiría las consecuencias de este en caso de que su conducta se considere ilícita»[332].

Se ha sostenido, en la buena dirección, a nuestro entender, que «(…) si los socios son conocedores de que deben defender la validez del acuerdo participando de forma obligatoria en el proceso judicial, ello podría operar como un mecanismo preventivo de estrategias de opresión»[333].

Ciertamente, este asunto es harto problemático. No parece en absoluto clara la vía de actuación más apropiada. No obstante, resulta necesario explorar otros caminos que desarrollen el abanico de posibilidades tuitivas del socio minoritario. En este sentido, parece prometedor el que este último pueda interesar una indemnización, que, a nuestro entender, desplegaría una eficacia disuasoria del socio mayoritario, de modo que abandone su conducta opresora y cese en la asfixia de quien quiere eliminar u orillar. En el terreno de la acción de daños, aun cuando reste aún camino por recorrer, ya existen esbozos bastante serios de construcción teórica.

---

[331] Cfr. SOLER BELTRÁN, I., «La tutela…, ob. cit., pp. 1537-1538.

[332] *Ibidem*, pp. 1539-1540.

[333] *Ibidem*, p. 1541.

«Las acciones de responsabilidad civil permiten (…) reclamar precisamente la indemnización de todos aquellos daños que la simple ineficacia del acuerdo no repara. (…) No es pues extraño que la tutela indemnizatoria avance en nuestra legislación de sociedades (…)[334]».

De hecho, en nuestra legislación societaria son numerosas las reglas jurídicas que reconocen la acción de indemnización al socio. Por ejemplo, los arts. 206.1.II, 204.2.II, ambos LSC, o el art. 47.1 LMESM[335]. Lo que no hay es una norma que expresamente establezca la responsabilidad de los socios por el daño producido con su voto[336]. Pero bien puede decirse que «(…) la responsabilidad no es un recurso excepcional del que solo dispongan los socios en supuestos concretos (…), sino es un remedio de carácter general. Por tanto, las normas citadas de la Ley de Sociedades de Capital y de la Ley de Modificaciones Estructurales, por lo que respecta a la responsabilidad, no son sino normas declarativas, que se limitan a recordar que los socios (…) tienen a su disposición acciones de responsabilidad si efectivamente sufren daño. Pero el fundamento de las acciones de responsabilidad por los acuerdos de la junta se encuentra, realmente, en el derecho común de obligaciones, en las normas sobre la responsabilidad contractual (arts. 1101 y ss. CC)»[337].

Por lo que respecta a los sujetos pasivos de la acción de responsabilidad, debe subrayarse que en ningún precepto legal que contempla acciones indemnizatorias en normas societarias se fija quién debe responder[338]. Sin embargo, debe ponerse el foco en los socios que hayan votado a favor del acuerdo abusivo[339]. «Es desde luego mucho más justo que respondan los socios

---

[334] IRIBARREN, M., «Las acciones de daños como alternativa para la tutela de los socios en la junta general», en *Los acuerdos sociales*, M. B. González (dir.), t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 1708.

[335] Más ampliamente, IRIBARREN, M., «Las acciones…, ob. cit., p. 1709.

[336] Cfr. PÉREZ HUALDE, F., «Consideraciones sobre la responsabilidad de los socios que votan favorablemente acuerdos nulos», en *Los acuerdos sociales*, M. B. González (dir.), t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 1683.

[337] *Ibidem*, pp. 1720-1721.

[338] *Ibidem*, p. 1721.

[339] Coincidiendo en lo esencial con IRIBARREN, M., «Las acciones…, ob. cit., p. 1721.

causantes antes que lo haga la sociedad»[340]. Y, por otra parte, se produciría un indeseable efecto de «socialización» del daño que experimenta un socio quien, a la postre, contribuye indirectamente a sufragar su propia indemnización. Además, y «(…) con frecuencia [desde luego en este tipo de acuerdos, los abusivos] los daños sufridos por el minoritario tienen como reverso el enriquecimiento de los socios que integran el grupo mayoritario. Basta pensar en los acuerdos que desplazan a unos socios en beneficio de otros (…), o en los repartos patrimoniales discriminatorios (…)»[341].

Con respecto a la identificación de los legitimados pasivamente, bastará con señalar a los socios que votaron a favor del acuerdo impugnable. En el ámbito temático que nos ocupa la imputación subjetiva se puede -y se debe- basar en la infracción del deber de fidelidad[342]. Y si bien recae este sobre todos los socios, «(…) su intensidad será mayor para los socios de control o con participaciones relevantes que para los minoritarios, porque estos carecen por lo general de capacidad para influir sobre la adopción de los acuerdos de la junta. (…) El grado máximo de lealtad corresponderá al socio mayoritario o de control, y con respecto a los demás socios, será mayor cuanto más probable sea que con sus votos puedan construir una mayoría de control»[343].

Por otra parte, consideramos un aspecto de sumo interés la determinación del carácter de dicha responsabilidad cuando se pretenda demandar a varios socios. A este respecto parece que se impone la tesis de la solidaridad. Pudiera servir como fundamento «(…) la responsabilidad que el legislador ha previsto para los

---

[340] *Ibidem*, p. 1722.

[341] *Ibidem*, p. 1724. En semejante sentido, PÉREZ HUALDE, F., «Consideraciones…, ob. cit., pp. 1689 y 1691.

[342] IRIBARREN, M., «Las acciones…, ob. cit., p. 1726.

[343] *Ibidem*, p. 1727. «El deber de fidelidad actúa tanto en sentido horizontal como vertical. Y permite imputar la responsabilidad a los socios tanto por aquellos acuerdos que dañen el interés social, en beneficio de socios o terceros, como por los redistributivos, que lesionen los intereses individuales de los socios en cuanto tales, sin que lo requiera el interés social. La inclusión de los acuerdos abusivos entre los acuerdos impugnables mediante la ya mencionada reforma de la Ley de Sociedades de Capital del año 2014 lo demuestra claramente».

integrantes del órgano de administración que hubieran adoptado un acuerdo (art. 237 LSC)»[344].

En cuanto al daño, nos parece especialmente relevante el que se ha dado en llamar directo, entendiendo por tal aquel que resulta «(…) de la infracción de los derechos, facultades o prerrogativas reconocidos a los socios para la protección o satisfacción de sus singulares intereses»[345]. Lo que presenta una notable dificultad, en nuestra opinión, es la determinación del daño que corresponda reclamar en cada caso. Y cabe preguntarse en qué medida pueda irse más allá del daño moral o psicológico, porque el «daño procesal» quedará resarcido con la imposición de las costas procesales a la sociedad demandada. Junto a ello, también se antoja complicada la acreditación del nexo causal o relación de causalidad, entre el hecho dañoso y la consecuencia perjudicial[346].

---

[344] Cfr. PÉREZ HUALDE, F., «Consideraciones…, ob. cit., p. 1698.

[345] *Ibidem*, p. 1730.

[346] Así lo subraya PÉREZ HUALDE, F., «Consideraciones…, ob. cit., p. 1687.

CAPÍTULO 7: LOS ACUERDOS SOCIETARIOS CONTRARIOS AL ORDEN PÚBLICO

I. INTRODUCCIÓN

Se avanzó en los primeros compases de la tesis que, en relación con los acuerdos societarios contrarios al orden público -en adelante, ASCOP- sólo estaba claro que su impugnación no caduca y que el ámbito de su legitimación es amplísimo. También es sabido -más por obra de la doctrina científica que por lo que haya expresado el legislador- que constituyen una categoría aparte del resto de acuerdos sociales que resultan *impugnables*, sin más, a tenor de lo dispuesto en el art. 204.1.I LSC.

Es un interrogante la determinación precisa de cuál sea su naturaleza jurídica y la nómina de supuestos que cubre la categoría[347]. Y por tratarse de una cuestión delicada, merece toda nuestra atención. Piénsese en el grave riesgo que supone para cualquier socio equivocar la calificación y que, habiendo errado, transcurra el año fatal y la acción impugnatoria caduque. Es innegable que está en juego la seguridad jurídica.

II. UNA EXCEPCIONAL OPORTUNIDAD (PERDIDA) PARA REVISAR EL ESTADO DE LA CUESTIÓN: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 942/2022, DE 20 DE DICIEMBRE

[347] La SJM 6 de Barcelona, nº 142/2023, de 22 de mayo, señala: «(…) Se ha planteado, asimismo, si pueden ser considerados como contrarios al orden público los acuerdos que se consideran contrarios a los principios esenciales o básicos de la sociedad o, como se ha dado en llamar, los principios configuradores del tipo social. Al respecto, no resulta fácil establecer cuáles pueden ser esos principios que, por su relevancia, puedan integrar el concepto de orden público. Hay que tener en cuenta que lo normal será que la mayor parte de los supuestos serán reconducibles a situaciones de mera infracción legal sujetas, por tanto, al plazo de caducidad del artículo 205.1 LSC. Dicho de otra forma, los acuerdos simplemente contrarios a una norma legal, por más que ésta sea importante y de carácter imperativo, no constituyen por la sola razón de esa infracción, acuerdos contrarios al orden público. Han de revestir un grado singular de gravedad que los haga, además de ilegales, contrarios a los principios esenciales de la sociedad (…)».

Alineándonos con la mejor doctrina científica[348], consideramos que el asunto de los acuerdos sociales contrarios al orden público es especialmente difícil[349].

A nuestro juicio, la dificultad estriba fundamentalmente en la inexistencia de límites claros entre los acuerdos que son contrarios al orden público y los que no lo son. Expresado de otra forma, el apuro se encuentra en fijar hasta dónde llega el ámbito, el alcance de la referencia de la noción «acuerdo social contrario al orden público». De aquí que resulte tan enrevesado, ante un supuesto concreto, pronunciarse acerca de su inclusión. Puede decirse que se trata de un problema extensional muy propio, por otra parte, de cualquier expresión formulada en lenguaje natural que adolezca de vaguedad[350].

Tal problema extensional hunde sus raíces en la dimensión intensional[351]. Se convierte en tremendamente difícil delimitar hasta dónde llegan los acuerdos sociales que sean contrarios al orden público, si no se identifican los criterios, claros y precisos, que nos permitan caracterizar de forma objetiva y válida para todo caso los acuerdos sociales contrarios al orden público.

---

[348] Nos referimos a los principales trabajos que se han ocupado monográficamente de la cuestión y que resultan, en general, sumamente estimados por sus aportaciones al respecto (de más antiguo a más moderno): SANJUAN y MUÑOZ, E., «Orden público e impugnación de acuerdos sociales», *Revista xurídica galega*, nº 54, 2007, pp. 13-22; FARRANDO MIGUEL, I., «La excepción de orden público a la caducidad de la acción de impugnación de acuerdos sociales», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor José María Muñoz Planas*, L. M. Piloñeta y M. Iribarren (coords.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 185-209; CASTAÑER CODINA, J., «Acuerdos sociales contrarios al orden público (arts. 205.1 y 206.2 LSC)», en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, F. Rodríguez Artigas, I. Farrando y R. Tena (dirs.), Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, pp. 139-175; ALFARO ÁGUILA-REAL, A., «La impugnación de acuerdos sociales», en *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, M. B. González Fernández y A. Cohen (dirs.), edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 1216-1261; HERNANDO CEBRIÁ, L., «La protección de los socios mediante la impugnación de los acuerdos sociales contrarios al orden público por su contenido», en *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, M. B. González Fernández y A. Cohen (dirs.), edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 1397-1424.

[349] Por todos, cfr. CASTAÑER CODINA, J., «Acuerdos sociales…, ob. cit., p. 151, con referencia a sentencias del Tribunal Supremo que expresan abiertamente tal dificultad.

[350] Puntualizando que no es un problema de ambigüedad, sino de vaguedad, SANJUAN y MUÑOZ, E., «Orden público…, ob. cit., p. 17.

[351] Para un conocimiento más detallado de los problemas de indeterminación lingüística y, particularmente, sobre vaguedad, véase ITURRALDE SESMA, V., *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 53-67.

A nuestro modo de ver, y pese a los muy bienintencionados intentos, tanto del Tribunal Supremo, como de la doctrina científica, hasta ahora tal objetivo no se había alcanzado, o, cuanto menos, los resultados obtenidos no se pueden considerar completamente satisfactorios. Los tribunales siguen decidiendo «*ad casum*»[352], lo que, a nuestro entender, es rechazable, toda vez que sólo contribuye a la inseguridad jurídica -en el tráfico societario y en la vertiente procesal- y a la inevitable contradicción.

Se nos puede objetar que no sea para tanto la cosa. Quizás pueda parecer que sea un asunto de prurito dogmático o de manía formalista. Sin embargo, no es este el afán que nos mueve a mostrarnos preocupados por este asunto. La principal singularidad que presentan esta clase de acuerdos es que, en tanto que nulos de pleno derecho -en adelante, nulos a secas- la acción (procesal) mero declarativa no se encuentra sujeta a caducidad, ni tampoco a prescripción (*ex* art. 205.1 LSC). Esto significa tanto como que un justiciable, convencido de que el acuerdo al que se enfrenta -y que considera antijurídico- es nulo, puede pensar que no le apremia el plazo anual de caducidad. No obstante, si luego resulta que es discutible si realmente puede incluirse el acuerdo litigioso en tal categoría, es muy posible que se desestime la demanda impugnatoria, con costas, por ser demasiado tarde. Y no sólo esto. Se habrá perdido irremediablemente la oportunidad procesal de articular las pretensiones por la vía de la mera impugnación en razón a la anulabilidad del acuerdo social, interesando un pronunciamiento constitutivo. En definitiva, unas consecuencias nada deseables y, sobre todo, y en nuestra opinión, un riesgo de lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Y todo por una cuestión de indefinición, de vaguedad, en definitiva, de imprecisión de las normas jurídicas.

Una cosa es la porosidad irremediable del Derecho (positivo) a resultas del empleo de un lenguaje no formalizado (natural) y otra es el abandono a la más absoluta indeterminación. Esta última deficiencia es, opinamos, un problema de deficiente técnica legislativa.

---

[352] Como señalara FARRANDO MIGUEL, I., «La excepción…, ob. cit., p. 186.

Precisamente esto último es lo que sucede en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala primera (en pleno), de 20 de diciembre de 2022[353] (en adelante, «STS 2022»). Tras un deambular largo y enrevesado por el incierto terreno de la categoría de ASCOP y después de efectuar numerosas consideraciones sobre si el supuesto de hecho del litigio merece tal calificación jurídica, se despacha finalmente de forma negativa y, claro está, el plazo del año[354] había ya transcurrido cuando se dedujo la demanda, de modo tal que ni tan siquiera se pudo «reconvertir» la acción ejercitada a mera impugnación por contravención de la ley positiva imperativa[355].

El interés que reviste «STS 2022» es múltiple, de ahí que nos haya parecido sumamente apropiado consagrar este espacio de reflexión a su análisis.

En primer lugar, efectúa un examen retrospectivo sobre la evolución de la doctrina jurisprudencial en torno a los ASCOP, dibujando un panorama hasta cierto punto confuso, donde florecen distintos enfoques y perspectivas que no ayudan en absoluto a precisar, que es justamente lo que se necesita imperiosamente en esta cuestión tan delicada (especialmente, desde la perspectiva particular del justiciable y, también, desde la general de la taxatividad normativa y la seguridad jurídica).

En segundo lugar, formula una suerte de compendio de las características definitorias de los ASCOP. Incluso se aventura a identificar algunos «casos claros» que, a modo de precipitado por repetición, le permiten a la «STS 2022»

---

[353] La referencia completa es la siguiente: número de resolución 942/2022, número de recurso 1913/2019, referencia Aranzadi JUR 2022\394551.

[354] Cfr. Art. 205.1 LSC.

[355] Curiosamente en una suerte de «comentario», más bien resumen, de la Sentencia, se concluye la exposición lanzando la idea de que el acuerdo social, en tal caso, era «(…) *susceptible de impugnación, pero no es contrario al orden público*». Sin embargo, le faltó añadir al comentarista que ya era tarde para sostener la impugnación por la vía de la infracción de la legalidad ordinaria, sin más. Porque ya había caducado sobradamente para entonces. Me refiero a VELA TORRES, P.-J., «La valoración por la sociedad de las participaciones sociales del socio excluido no constituye una vulneración del orden público societario», *Diario La Ley*, nº 10256, 27 de marzo de 2023, p. 5.

«tipificar» tres supuestos, lo que no es poco logro, en el océano de la casuística imperante.

En tercer y último lugar, pone en práctica su breviario teórico, a guisa de guía judicial para identificar ASCOP con garantías de acierto. Resuelve un caso que, para mayor fortuna, sobre todo de los estudiosos, se encuentra próximo a uno de esos tres supuestos típicos. Sin embargo, y para sorpresa del lector, resuelve finalmente que ese caso no es susceptible de incluirse en el ámbito de los ASCOP, confirmando la precedente sentencia de la Audiencia Provincial, que, revocando la de primera instancia, desestima la demanda. Y, por no ser un supuesto de ASCOP, la reconducción hacia una mera impugnación se ve impedida de raíz toda vez que había transcurrido el fatal plazo de caducidad del año.

Para quien busque en la lectura de la «STS 2022» el consuelo de la seguridad y un avance en la perfilación firme de las notas identificativas de la categoría se llevará un buen chasco, porque la sensación que transmite, al menos a nosotros, es la de todavía mayor desasosiego. Al final, son tantas las variables subjetivas que interfieren en el juicio de subsunción en la categoría de ASCOP, que lo más que saca un operador forense sensato es que la pretensión mero-declarativa de nulidad -fundada en afirmar la concurrencia de un ASCOP- por sí sola es sumamente arriesgada, incluso aun cuando podamos concluir que nos hallamos en una concreción de cualquiera de los tres supuestos típicos, que perfila la «STS 2022».

Aún más: nos atrevemos a decir que constituye una temeridad. A tal pretensión mero-declarativa deberá acompañarla otra, de naturaleza constitutiva, siquiera sea de forma subsidiaria o alternativa, si es que se albergan dudas -legítimas- de que la acumulación objetiva simultánea no sea posible, en virtud de lo dispuesto en el art. 71 LEC, por ser ambas pretensiones incompatibles o mutuamente excluyentes. Sea como fuere, y con ser lo anterior relevante, no es en absoluto lo más importante.

La lección más importante que se extrae, en un plano práctico, de la «STS 2022» es que -salvo ignorancia por el socio de la existencia del acuerdo, claro está- no se agote el plazo del año, por más que los ASCOP se encuentren exentos de la

regla general de la caducidad de la acción de impugnación, y de que no les afecte tampoco la prescripción. Y siendo esto, a nuestro juicio, la conclusión práctica más sensata, entonces cabe preguntarse qué queda de la singularidad procesal de los ASCOP.

Al análisis de la «STS 2022» se dedicará el siguiente epígrafe, de forma monográfica. Concluido este cometido, principal, se efectuará una suerte de análisis comparativo con el estado actual de la cuestión en la doctrina científica. Se antoja interesante comparar si jurisprudencia y literatura especializada discurren paralelas o si, por el contrario, se aprecian disonancias. Por último, se abordará el examen minucioso del razonamiento de la «STS 2022» en relación con el juicio subsuntivo negativo de los hechos del caso en la categoría ASCOP. Vayamos, pues, con todo ello.

III. EL APARATO DOCTRINAL DE «STS 2022» EN RELACIÓN CON LOS ACUERDOS SOCIETARIOS CONTRARIOS AL ORDEN PÚBLICO

De momento, le evitamos al lector la descripción de las circunstancias particulares del supuesto litigioso para evitar que se enturbie la presentación del anunciado aparato doctrinal de la Sentencia[356]. Comenzamos el recorrido por su Fundamento Jurídico Tercero y, más concretamente, nos detenemos ante el tercer epígrafe que rotula «*la doctrina jurisprudencial sobre el concepto de orden público en el ámbito societario*».

En este primer tramo del discurso se alzaprima la enorme dificultad -que no discutimos- de precisar el significado y la referencia de la locución «orden público» (subepígrafe 3.2). Pese a que no es una cuestión sumamente relevante, debe apuntarse que la «STS 2022» no acierta al calificar el problema como de ambigüedad, cuando es indudablemente de vaguedad (como ya se ha expresado en un momento anterior). Y seguidamente señala algo que es, a nuestro modo de ver, acertado, pero sobre lo que no profundiza en absoluto en

---

[356] No obstante, conviene recordarle al lector la existencia de un «comentario» (*rectius*, resumen), exclusivamente descriptivo. Véase VELA TORRES, P.-J., «La valoración …, ob. cit., 5 pp.

el resto de la fundamentación jurídica. Se trata de la noción de orden público en el ámbito del derecho privado, que se concibe como el límite al principio de la autonomía de la voluntad. Si la clave de los ASCOP pudiera estar aquí, que pensamos -con la mejor doctrina- que sí, esta era una oportunidad inmejorable para desarrollar la noción, de modo que una exhaustiva y rigurosa configuración de los límites de la autonomía de la voluntad en el plano societario hubiese ayudado sobremanera a la difícil tarea de delimitar satisfactoriamente el ámbito propio de los ASCOP.

En el subepígrafe 3.3 desarrolla -en un sedicente ejercicio de concreción- la configuración jurisprudencial de los ASCOP sobre los siguientes postulados (que subliman la evolución del parecer del Tribunal Supremo desde hace años y que nosotros sintetizamos sin dejar de ser fieles al planteamiento original):

(i) Los ASCOP constituyen una especie del género «acuerdos sociales *contra legem*». De aquí que se diga con mucha frecuencia -incluso dentro de la «STS 2022»- que en estos casos no solo se infringe la Ley, sino que, además, concurre un plus de antijuridicidad.

(ii) El orden público lo conforman un conjunto de «(…) *principios y directivas que, en cada momento, informan las instituciones jurídicas y que, por considerarse esenciales por la sociedad, no pueden ser derogadas por los particulares*». Tal fórmula es, en este estadio inicial, inaprehensible y por de pronto ineficaz.

(iii) (Pensando probablemente en el art. 205.1 LSC) Señala que la *ratio* de la norma se encuentra vinculada a la «*conveniencia de facilitar la certeza de las relaciones jurídicas para evitar la perturbación tardía del tráfico jurídico*». Adelanta una idea que pesa notablemente en el pensamiento del Alto Tribunal. La importancia de conferir «(…) *estabilidad y seguridad jurídica a los acuerdos sociales y de la intervención de la sociedad en el tráfico* (…)». Es decir, el peligro que acecha detrás de los ASCOP es que la declaración de la nulidad años después de su adopción pueda comportar un grave desarreglo con respecto de los efectos jurídico-materiales derivados que se hayan ido sucediendo a posteriori. La espada de Damocles de la interinidad de la vigencia de tales

acuerdos puede resultar ciertamente perturbadora con respecto de todos aquellos sujetos jurídicos que se relacionen con la sociedad de capital.

(iv) Si la singularidad de los ASCOP es la exención del régimen general de caducidad -de un año-, esto obedece a una función tuitiva (no del interés general, o de la protección de terceros, ni de la salvaguarda de esos innominados principios y directivas que informan las instituciones jurídicas en cada momento) de los derechos del socio minoritario en aquellos escenarios en que se ha buscado su ausencia o su desconocimiento de la reunión de sus consocios que han adoptado un acuerdo, en una sedicente junta universal, ocultándole tal circunstancia. Y precisamente por esta razón es que debe eliminarse el plazo de accionabilidad, porque ese desconocimiento involuntario (y maliciosamente provocado) le impide al socio censurar el modo de proceder de los otros partícipes o accionistas a través de la jurisdicción civil. De aquí que la «STS 2022» afirme que, con tales artimañas, lo que se persigue es privar al socio preterido de la tutela judicial efectiva, *ex* art. 24.1 CE. Lo que no se comprende bien, en cambio, es porque la «STS 2022» mete en el mismo saco de la finalidad tuitiva a los accionistas minoritarios -que, teniendo noticia, pueden acudir sin problema a los tribunales dentro del plazo de un año- y a los terceros, a quienes, en realidad, los ASCOP apenas sí les pueden afectar.

(v) Se echa el freno de mano y se introduce la perturbadora cláusula -que entronca con el anterior postulado (iii)- de la «interpretación restrictiva». Es evidente que lo que le preocupa al Tribunal Supremo es que la categoría se expanda y pongamos en un brete la seguridad del tráfico mercantil societario. Y aprovecha para insistir en que no todo acuerdo social contrario a una «norma legal prohibitiva imperativa» se puede reputar un supuesto de ASCOP. Sin perjuicio de que se comprenda perfectamente el bienintencionado propósito del Alto Tribunal, se antoja desacertado imponer esa constante de restricción a algo que no sabemos hasta dónde alcanza. Sería tanto como querer poner puertas al campo, insistiéndose todo el tiempo en que se sea restrictivo a la hora de fijar el vallado…

(vi) Incide en un aspecto ciertamente pacífico cuando da cuenta de la etiología de la antijuridicidad de los ASCOP, aludiendo a la tríada «contenido-

causa-circunstancias». En el caso de las dos primeras causas, señala, deberá estarse al «*propósito perseguido con el acuerdo*». Nos permitimos discrepar, en tanto que el propósito guarda relación con la causa del acuerdo, por lo torcido del primero. El problema del contenido es una cuestión objetiva que se constata con esa regla singular privada que se instaura con el acuerdo (por ejemplo, cuando se introduce una discriminación para ser nombrado administrador por razón del sexo, raza o creencias). En cuanto a las «circunstancias», se refiere fundamentalmente a la bolsa de supuestos problemáticos de las juntas universales inexistentes, que primero se reconocieron como supuestos de ASCOP por la jurisprudencia, y que posteriormente se positivizaron merced a la reforma del art. 205.1 LSC operada por la Ley 31/2014.

(vii) Por fin llegamos a un punto crucial. El acometimiento de la objetivación de los criterios de delimitación del orden público a los efectos de los ASCOP. Sintetiza todas las posturas adoptadas en el pasado por el propio Alto Tribunal en la siguiente fórmula: «*De este conjunto de criterios de delimitación del orden público resulta que comprende, en síntesis, los derechos garantizados por la Constitución de proyección en el ámbito societario, y los principios esenciales y configuradores del derecho societario*». La fórmula es escasamente productiva. Esto dice muy poco. Se echa en falta una alusión a lo que el Tribunal Supremo entienda por «*principios esenciales y configuradores del derecho societario*», o, cuanto menos, una remisión al repositorio preferiblemente normativo en el que se puedan encontrar, sobre todo por bien de los aplicadores del Derecho[357].

(viii) Y he aquí el momento en el que se alcanza el aspecto más preocupante de este intento de configuración jurisprudencial de los ASCOP. Se introduce el elemento sumamente perturbador de la «ponderación». Sin que se sepa cómo se pondera, cómo se «pesa», en definitiva, el alto Tribunal abre la

[357] No se puede dejar de expresar desconfianza en relación con su existencia. Traemos a colación las palabras de PAZ ARES, C., en «¿Cómo entendemos y cómo hacemos el derecho de sociedades?», en *Tratado de la sociedad limitada*, C. Paz Ares (coord.), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997, p, 192, cuando afirma que la doctrina no ha sido capaz de efectuar su definición con precisión «(…) *porque* (…) *no se dejan definir* (…)» y «*el resultado es la creación al amparo de los principios configuradores de un derecho doctrinal caracterizado por una elevada dosis de incertidumbre* (…) *y de arbitrariedad*».

puerta al más absoluto subjetivismo donde la objetividad va a acabar por desvanecerse y la seguridad jurídica por arruinarse[358].

Conviene considerar este aspecto con sumo cuidado, porque es tremendamente peligroso. Hablar de ponderación implica confrontar dos elementos y pesarlos, metafóricamente hablando, en una balanza, para determinar cuál de los dos pesa más. Parece ser que en un platillo deberemos poner el «orden público», como tal, sin que se nos haya fijado de forma clara y terminante qué sea (y, de modo particular, en el ámbito mercantil societario).

Pongamos -luego volveremos sobre esto- que dicho «orden público» lo constituyan una serie de valores sociales -en tanto que aplicados al ámbito de las sociedades de capital- que suponen un coto a la autonomía privada -de los socios de una sociedad- en cuanto a la forma de configurar y desarrollar, en cada momento, sus relaciones sociales internas.

Frente a ello, y en el otro platillo de la balanza, deberemos colocar, uno de los dos siguientes ingredientes: (a) los intereses en conflicto, expresado así, sin más aditamento o explicación; (b) las circunstancias del supuesto litigioso. He aquí que el método de pesaje es francamente infeliz. Por un lado, porque no se especifica el procedimiento a seguir. Se intuye que el orden público, sin estar determinado qué sea, se coloca de un lado y, del otro, dos cosas, de las que se desconoce si van juntas, y cómo deban manejarse. No es fácil manejar los «intereses en conflicto». Más difícil aún se considera acertar con el correcto entendimiento de las «circunstancias» del caso. Lo único que nos parece fuera de toda duda es que este último aspecto deja abierta la puerta, de par en par, a la más absoluta libertad decisoria del tribunal. En este juego ignoto de la ponderación, del que se desconocen los pesos autónomos de los ingredientes pesados, el fiel de la balanza se inclinará del lado que más guste al órgano jurisdiccional enjuiciador. Como se verá, esto es lo que acaba decantando el caso en el supuesto del que la «STS 2022» conoce.

---

[358] Para una visión rigurosa y crítica sobre la «ponderación», HERNÁNDEZ MARÍN, R., «¿Por qué ponderar?», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 41, 2018, pp. 15-34; GARCÍA AMADO, J. A., «¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación», Revista iberoamericana de argumentación, nº 13, 2016.

Concluido el anterior ejercicio de configuración jurisprudencial de los ASCOP, el epígrafe 3.4 de «STS 2022» se dedica a la enunciación de tres casos «típicos» -paradigmáticos- en los que se considera efectivamente infringido el orden público. A saber:

(i) *Las juntas de socios pretendidamente universales*, sin realmente serlo. Lo que se considera pisoteado es el derecho de aquellos a encontrarse presentes, o representados, en las mismas. Y esto contraviene el orden público. La razón en que se apoya tan severo aserto no resulta patente. Podría pensarse que se sustenta en la violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, *ex* art. 24.1 CE, como ya había sentado el propio Tribunal en ocasiones anteriores. La idea subyacente es que, con tales estratagemas, se impide a un socio someter una determinada decisión al escrutinio judicial. Pero también podría basarse en que, como reza la propia Resolución, el orillar a un socio, haciéndole a un lado, para que no obste la adopción de una determinada decisión «*vulnera frontalmente el nivel participativo de los socios allí donde es conceptual y legislativamente indispensable*». Cabe pensar que esto está más allá de la autonomía privada de los socios y ofende al valor, indudablemente asumido por nuestra sociedad, de la democracia como forma de gobierno de las comunidades humanas. En lo que es de todos, todos tienen el derecho inalienable de participar y de expresar su parecer, imponiéndose la postura que cuente con más partidarios.

No debe dejarse de apuntar una circunstancia que nos parece relevante. «STS 2022» no menciona el importante desencuentro interpretativo, que se apreció en el pasado entre un número significativo de resoluciones, en cuanto a la trascendencia que revista el hecho de que el socio preterido supiera de la junta, o bien ignorase completamente su celebración. Para algunas Sentencias, sólo el segundo caso planteado es contrario al orden público y, por ende, se halla exento del plazo de caducidad[359].

[359] Se ocupa de ello, con detalle, CASTAÑER CODINA, J., «Acuerdos sociales…, ob. cit., pp. 148-149.

(ii) *La privación del derecho de participación del socio en la cuota de liquidación del patrimonio social*. Se trata de un «derecho mínimo». Quizás quiera decir con ello que es un derecho «esencial» o «básico». Lo que está claro es que cuando se produce dicha privación sin, o contra, el consentimiento del accionista o partícipe, el orden público resulta vulnerado.

(iii) *Ignorar el derecho de suscripción preferente del socio*, *sin reconocerle la correspondiente compensación o indemnización*, se considera una vulneración del derecho fundamental a la propiedad privada, *ex* art. 33.3 CE, y que tiene su correlato de legalidad ordinaria en el art. 349 CC.

En el subepígrafe 3.5 explicita el que considera el mínimo común denominador a los tres casos típicos: los vulnerados son, todos ellos, derechos que el ordenamiento societario reconoce «*como mínimo*» al socio, «*por su carácter esencial para la configuración de su posición jurídica*». Pero obsérvese algo. En los tres se ha infringido una norma jurídica imperativa. El *plus* necesario para poderlos calificar de ASCOP estriba en que esas reglas societarias indisponibles -porque efectivamente lo son- constituyen mecanismos esenciales de protección de la «posición jurídica» del socio. Si pudiéramos identificar los aspectos sustanciales, esenciales, de ser partícipe o accionista, probablemente convendríamos en que lo son: participar activamente (es decir, pudiendo votar) en las juntas, esto es, ejercitar los derechos políticos asociados a la acción o a la participación; recibir la parte proporcional correspondiente en el reparto del haber social tras la conclusión del proceso de liquidación; gozar de preferencia -en la medida en que legal o convencionalmente se haya establecido- en la adquisición de nuevos títulos representativos del capital social.

Esto nos lleva a otra cuestión menos evidente: ¿y no será que toda regla societaria imperativa relativa a los socios, en tanto que indisponible, forma parte de ese conjunto de «mínimos», cuya contravención vía acuerdo social es calificable como contravención del orden público? Si la respuesta es afirmativa -sentado que la negativa nos conduce derechamente a una contradicción-, entonces nos damos de bruces con el sempiterno problema del que huye el alto Tribunal en toda ocasión: los ASCOP se multiplicarían exponencialmente, lo que,

consecuentemente, pondría en peligro la estabilidad de los acuerdos societarios, la marcha de las sociedades y hasta el propio tráfico mercantil.

Adelantamos una intuición al respecto: ¿no sería más sensato, y más seguro, que el Legislador delimitase los supuestos, cuidadosamente escogidos, en número reducido, si así es preferible, en que se contravenga el orden público? Y nos preguntamos, al mismo tiempo, si no será que esto es lo que pretende hacer el Tribunal Supremo, emulando al Legislador, aunque sin competencia al efecto, *ex* art. 1 CC.

Ignorando el exacto propósito que alberga, la «STS 2022» dedica el epígrafe 3.6 a sentar la idea de que también son contrarios al orden público aquellos acuerdos que, por su carácter leonino, excluyen a uno o más socios de cualquier participación, ora en las ganancias, ora en las pérdidas. Tanto el ánimo de lucro individual, como la asunción del carácter compartido del riesgo constituyen, en nuestra opinión, aspectos definitorios de la dinámica societaria. Por tanto, se antoja contrario a la esencia del contrato de sociedad que se puedan aprobar tales excepciones. Asimismo, se nos dice que participan de esta absoluta antijuridicidad aquellos casos en que se establecen cláusulas de exclusión que supriman el derecho del socio a la cuota de liquidación que corresponde al que sale. Tal como afirma la «STS 2022», «*escapan al ámbito de la autonomía de la voluntad o del poder de decisión de la junta*». Son, en otros términos, igualmente gráficos, «(…) *resistentes e inmunes al principio mayoritario por el que se rige la formación de la voluntad de la sociedad*».

Concluye aquí el análisis del postulado teórico general de «STS 2022» sobre los ASCOP. El balance no es excesivamente positivo, toda vez que, lejos de forjar una ansiada objetividad -que quizás sólo se pueda lograr a golpe de norma en la Ley-, y a pesar de tipificar tres supuestos aparentemente claros, se acaba perdiendo las fuerzas por esa hendidura de la subjetiva ponderación y por esa llamada desesperada a la concesión con cuentagotas -en referencia a la dichosa aplicación restrictiva-, por mor de la estabilidad de los acuerdos y la confiabilidad del tráfico mercantil como sistema.

IV. LA VISIÓN DOCTRINAL: ¿LLEGAMOS MÁS LEJOS POR ESTA VÍA?

Aún a pesar de pecar de obvios, parece inevitable un trascendental lugar común, para empezar. La doctrina no es fuente del Derecho positivo español, y tampoco es su función complementarlo. Es más, incluso se duda de que sea suficientemente atendida por el cuerpo de aplicadores de dicho Derecho.

El análisis de la visión doctrinal de los ASCOP obedece al ansia que algunos albergan de dar con una regla objetiva, general y clara para su identificación. Y si lo haya logrado la doctrina científica, que ahora se verá, además de aplaudirlo, alimentamos la fundada esperanza de que sirva este hallazgo para orientar a los aplicadores, visto que la solución jurisprudencial no es todo lo satisfactoria que cabría esperar, según se ha expuesto.

De entrada, se ha sentado la distinción entre acuerdos sociales que infringiendo por igual una norma imperativa, unos contravienen el orden público y otros no. Los primeros se reputan nulos. Los segundos son sencillamente impugnables[360].

Se ha dicho con respecto de estos últimos que «*la acción de impugnación* (…) *constituye un remedio* (…) *frente al incumplimiento del contrato de sociedad por parte de los socios que conforman la voluntad social*»[361]. O también que, en estos casos, «(…) *el impugnante denuncia que el acuerdo social infringe el contrato social en sentido amplio* (…)»[362]. «*La impugnación de acuerdos sociales es un remedio por incumplimiento del contrato y normas aplicables al contrato de sociedad*»[363]. Según se ha afirmado de forma harto pedagógica, la acción en cuestión se dirige a conseguir que la mayoría «cumpla», eliminando el acuerdo del mundo jurídico[364]. La relación societaria se rige por lo que discipline la Ley y por lo que establezcan los estatutos y por el respeto del interés social (de la sociedad, mejor dicho, como suma de intereses orientados en la misma dirección). En su trayecto en común, y para el buen fin de este, los socios se

---

[360] Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La impugnación…, ob. cit., p. 1218.

[361] *Ibidem*, p. 1217.

[362] *Ibidem*, p. 1218.

[363] *Idem*.

[364] *Idem*.

comprometen, desde un buen principio, a respetar una serie de reglas que posibilitan esa «convivencia» en pos del esperado lucro -indirectamente- individual.

Salvo que se interprete lo anterior incorrectamente, se le ofrece al socio la posibilidad de impetrar la censura judicial cuando la mayoría desatienda tales reglas. Bien sean las normas generales -legales-, las normas particulares -estatutarias-, o la norma general de que todos procuren en todo caso el bien común. Se incumple el contrato de sociedad en la medida en que se desacatan las normas generales o particulares, o uno o algunos anteponen su propio interés al general.

En el sistema actual de la Ley, la mayoría de acuerdos, cuya impugnación prospera, pertenecen a esta última categoría, esto es, a la de los impugnables.

Con respecto de los ASCOP, se ha postulado que se trata de supuestos, o bien de pura inexistencia del acuerdo, o bien de infracción de una norma jurídica que protege los intereses generales, o de terceras personas, lo que, a su vez, se considera una expresión sinónima a «*sobrepasar los límites de la autonomía privada*»[365]. Y he aquí que radica el *quid* de la cuestión. ¿Podemos afirmar que, en estos casos, a diferencia de los meramente impugnables, la norma que se infringe entraña algo -término conscientemente impreciso- que va más allá de la mera ordenación de las relaciones internas entre los socios? ¿Se trata de una repercusión más allá de los lindes de la propia sociedad?

La mayor dificultad estriba precisamente en que se ha venido asociando autonomía de la voluntad con la posibilidad, que tienen los socios, de disponer sobre sus relaciones. Pero cuando una norma establece imperativamente cualquier regla de orden interno societario, que prohíbe una conducta o que obliga a ella, esa disponibilidad desaparece. Se establece un límite a la autonomía de la voluntad. Por consiguiente, de ser así, se debería predicar, de la infracción de la norma por un acuerdo social, que este contraviene el orden público. Los límites son confusos.

---

[365] *Ibidem*, p. 1233.

Se estima que el nudo gordiano radica justamente en precisar, con minuciosidad conceptual, qué deba concebirse como ámbito propio de la autonomía privada en el marco de las relaciones societarias. Y para ello es necesario deslindar en qué situación jurídica cabe tal autonomía privada: ¿en los casos de sujeción a normas disponibles? ¿cómo casan aquella y la concurrencia para un determinado supuesto de hecho de normas societarias imperativas?

Se ha registrado un tímido avance, a nuestro parecer, cuando se ha defendido que podremos hablar de ASCOP cuando se vulnere una norma de derecho positivo, entiendo que imperativa, que proteja «*bienes o intereses jurídicos supraindividuales o de terceros que no participan en el acuerdo*»[366]. Entonces, cabe conjeturar, aquel acuerdo social que tenga por objeto privar a socios, contra su voluntad, de la cuota que les correspondería recibir tras la liquidación del haber social, contraviene una norma jurídica imperativa cuya teleología última es la preservación de un interés jurídico supraindividual. Podría sostenerse -por decir- que se trata de la nota esencial de las relaciones societarias relativa a su carácter lucrativo. Incluso podría admitirse que fuera la causa del propio contrato. Y si admitimos esto, que parece posible -a la luz de las tesis que venimos reflejando en nuestro razonamiento-, entonces, deberíamos aceptar, por pura coherencia, que la mayoría de las normas societarias imperativas protegen, en última instancia, intereses jurídicos supraindividuales. De modo tal que, en el caso de la mayoría de infracciones, se estaría contraviniendo el orden público. En todo caso, está claro que la imposibilidad manifiesta, actual, para discriminar entre tales normas imperativas, distinguiendo las que ponen la mirada más allá de la tutela del interés individual de las que se quedan en este nivel inferior, cierra el paso a sentar una noción clara y precisa de orden público societario.

Sentado el fracaso de tan bienintencionado intento de poner límites entre categorías colindantes (se insiste, con toda la enorme trascendencia que ello encierra), la empresa desemboca en la formulación de catálogos más o menos sistemáticos. Todo lo más que resulta, entonces, es un rosario de casos

---

[366] *Ibidem*, p. 1236.

pretendidamente típicos de ASCOP[367]. Quizás revisándolos concienzudamente, consigamos descubrir alguna suerte de patrón común, que nos permita afinar en esa escurridiza noción de orden público como línea roja infranqueable a la autonomía privada societaria.

Comencemos el recorrido por el supuesto más fácil, al menos a primera vista. Se han contado como ASCOP, «*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* (…)»[368]. Estos acuerdos que son, en su causa, penalmente ilícitos, en última instancia persiguen la preservación de determinados «valores» que se consideran indispensables para el correcto funcionamiento del tráfico societario. Sucede que, en el caso de los delitos societarios o socioeconómicos, o de los que se cometen en tales ámbitos, se aprecia con claridad manifiesta porqué son indiscutiblemente perniciosos, desde una perspectiva social, general y supraindividual. Y también se atisba con singular evidencia la necesidad de que sean eliminados, sin límites de tiempo, ni de sujetos legitimados para provocar tal expulsión de la vida jurídica.

En sí, son formalmente, incluso legalmente, correctos. Por ejemplo, cuando se impone un acuerdo porque uno o más socios ostentan la condición de mayoritarios. Hasta aquí todo discurre por los cauces de la autonomía privada societaria. Sin embargo, si ese acuerdo es abusivo, porque reconoce un privilegio, o un beneficio, o lo que quiera que sea, que perjudica a los socios

---

[367] Esto es lo que me parece que se puede apreciar en FARRANDO MIGUEL, I., «La excepción…, ob. cit., en CASTAÑER CODINA, J., «Acuerdos sociales…, ob. cit., o en ALFARO ÁGUILA-REAL, A., «La impugnación…, ob. cit.

[368] ALFARO ÁGUILA-REAL, A., «La impugnación…, ob. cit., p. 1236. Encontramos una referencia a esta tipología, más bien fugaz, en FARRANDO MIGUEL, I., «La excepción…, ob. cit., p. 199. Más detallado es el minucioso análisis de CASTAÑER CODINA, J., «Acuerdos sociales…, ob. cit., pp. 154-155. Este último introduce una cuestión sumamente interesante. Me refiero a la controversia doctrinal suscitada en torno a la necesidad de que exista un pronunciamiento judicial penal previo, firme, para poder atacar un acuerdo social como contrario al orden público como consecuencia de constituir o promover un ilícito penal. A este respecto, y sin poder ahondar en su debida justificación, me parece defendible que no resulte exigible tal cosa. Entiendo que el juez mercantil se puede pronunciar, a los solos efectos prejudiciales, sobre la ilicitud penal en el marco de la acción de nulidad, según le permite el art. 42 LEC.

disconformes o a la propia sociedad, como conjunto, se habrán rebasado los límites a la autonomía de la voluntad. Se aprecia un interés supraindividual, que sobrepasa los umbrales de la propia sociedad, y que atañe al interés general -como sociedad-. A nuestro modo de ver -y aquí que cada uno lo enuncie como prefiera- estas conductas ponen en peligro la confiabilidad del sistema societario y amenaza su pervivencia, porque si conductas inadmisibles de esta catadura pudieran prosperar y consolidarse -porque no se atacan en tiempo, por ejemplo-, producirían un indeseable efecto disuasorio con respecto de quienes pretenden integrarse en un proyecto societario. Así pues, nos parece una tipología de ASCOP clara y de fácil identificación. Por esta razón, no se nos alcanza porqué motivo la «STS 2022» ni tan siquiera los menciona.

Seguimos nuestra prospección por el segundo grupo de casos que se antoja claro (y, que como ya hemos visto, también lo es para el alto Tribunal). Se trata de las sedicentes juntas universales que, en realidad, no son tales. No creemos que sea necesario reiterar lo ya dicho, y dudamos que pueda expresarse aquí con mayor acierto[369]. No obstante, hay un punto de fricción que se juzga necesario examinar. Se trata de cierta distinción que se ha dado en los pronunciamientos judiciales que han enjuiciado este tipo de casos. Salvo que no lo interprete correctamente, por una parte, se localizan aquellos supuestos en que la junta universal se ha mantenido oculta al socio o socios preteridos. En estos, se ha puesto el acento en la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, *ex* art. 24.1 CE, del socio excluido. Al ignorar la existencia de la supuesta junta universal, no le es dado acudir a la jurisdicción civil para instar la censura judicial de la conducta de los socios que sí han tomado parte en esa reunión. Y de aquí que se juzgue imprescindible que la acción de nulidad no caduque (ni tampoco prescriba).

Pero, distinto tratamiento se ha dispensado, en algunas sentencias, al mismo supuesto cuando el socio (o socios) preterido sí conoció del irregular proceder de sus consocios. Convenimos en que aquí no se pueda decir que se le ha

---

[369] Una exposición minuciosa se encuentra en CASTAÑER CODINA, J., «Acuerdos sociales…, ob. cit., pp. 144-151.

lesionado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, porque si no instó la acción de nulidad, no fue por ignorancia. Ahora bien, lo que parece es que lo que está aquí en juego es el derecho básico, mínimo y esencial de todo socio de poder participar activamente en la vida societaria y en los procesos de toma de decisiones, en suma, en la vida socio-política que conlleva intrínsecamente ser socio. Y esto es tan sustancial, que su atropello debe reprimirse con todos los mecanismos disponibles. De aquí que se juzgue correcto que este segundo tipo de casos sea considerado como ASCOP. Y se entiende, también, que este mismo fundamento debe predicarse también de los primeros, sin perjuicio de que se pueda añadir, como fundamento, de la contravención del orden público, la aludida privación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

A partir de aquí, lo que pueda venir ya es agua del proceloso mar de la incertidumbre. Por de pronto, se identifica un grupo de casos en que la contravención del orden público se antoja poco discutible. Se trata de aquellos acuerdos que «(…) *atentan contra la estructura imperativa de la sociedad anónima o limitada*»[370]. Todos aquellos acuerdos que contravienen una norma imperativa de las que establecen elementos estructurales en el diseño del derecho societario. Y tal es la antijuridicidad de estos que ni tan siquiera la salvaría el hecho de que se hubiesen adoptado aquellos por todos los socios de forma unánime. Supuestos que se han identificado con esta categoría serían la supresión de órganos sociales necesarios, los que configuren ilícitamente la posición de socio, los que establezcan vinculaciones perpetuas o las que exoneren a los administradores de responsabilidad por actos ilícitos dolosos o desleales, entre otros[371]. La ventaja que ofrece esta casuística es que es difícil que prosperen porque es altamente improbable que accedan al Registro Mercantil[372]. Sea como fuere, nuevamente nos topamos con el consabido obstáculo de la discriminación entre normas societarias imperativas que

[370] ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La impugnación…, ob. cit., p. 1237.

[371] Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, A., «La impugnación…, ob. cit., p. 1238.

[372] Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La impugnación…, ob. cit., p. 1238.

contienen reglas fundamentales sobre la arquitectura de las sociedades de capital y aquellas otras cuyas reglas no gozan de dicha trascendencia.

Otro grupo de casos lo conforman todos aquellos acuerdos que privan a los socios de derechos irrenunciables (singularmente, aquellos que establecen vinculaciones desproporcionadamente onerosas). Si nos preguntamos por qué, aquí las respuestas pueden ser varias. Puede ponerse el acento en que se trata, en último término, de la lesión de un derecho fundamental de contenido socioeconómico -la propiedad, del art. 33 CE-[373]. Pero también admite un enfoque estrictamente societario, aludiendo a determinados derechos intrínsecos de la condición de socio, que se erigen, por tanto, en mínimos, básicos o esenciales[374]. En estos conflictos jurídicos subyace, al estricto incumplimiento contractual por aquel o aquellos socios que imponen el acuerdo social, un interés superior, supraindividual, en preservar un sistema societario en el que se respeten unos «valores» -por emplear alguna expresión- que se estiman fundamentales e irrenunciables en nuestra sociedad. Véase la propiedad, o el propósito lucrativo de la participación en entes societarios, entre otros. La debilidad de este planteamiento reside en que, en todo, o casi todo, conflicto jurídico pueden verse, de fondo, esos «valores». Por consiguiente, de nuevo nos topamos con el diabólico problema de los límites.

A todo este cúmulo de dificultades teóricas se suma otro obstáculo que ha puesto de relieve algún autor en relación con el ejercicio de la acción de nulidad[375]. Cabe objetar, en algunos casos, que dicha acción se haya ejercitado sobrepasando los límites de la buena fe -¿procesal?-, entendiendo por tal el ejercicio tardío y desleal -la volátil y peligrosa *Verwirkung*-. Y se dice esto porque no resulta en absoluto sencillo delimitar dónde -en qué término temporal- comienza el ejercicio abusivo del derecho de acción.

---

[373] Como muestra CASTAÑER CODINA, J., «Acuerdos sociales…, ob. cit., pp. 151-154, ni la jurisprudencia, ni la doctrina científica presentan unanimidad a la hora de concretar qué derechos fundamentales sean esos que se pueden lesionar por esta vía.

[374] *Ibidem*, pp. 155-158.

[375] Véase, a este respecto, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La impugnación…, ob. cit., pp. 1238-1239.

Llegados a este punto, procede hacer balance. No parece que se hayan realizado significativas consecuciones que nos permitan afirmar sin reparos que se haya llegado más lejos que lo logrado por la jurisprudencia. Por eso se considera que nos encontramos en terreno abonado para el decisionismo judicial, lo que, en nuestra opinión, le hace un flaco favor a la imprescindible seguridad jurídica. Y la prueba está en lo que sigue.

V. EL DESENLACE DE LA «STS 2022»: UN ENREVESADO CAMINO PARA CONCLUIR QUE EL ACUERDO SOCIAL NO CONTRAVINO EL ORDEN PÚBLICO

Comencemos por dibujar el relativamente sencillo supuesto de hecho del caso. Una firma de abogados -sociedad profesional- cuenta con unos socios que son excluidos por decisión de la junta general. El problema reside en la forma de valorar las participaciones sociales de los excluidos. Cumple destacar que, en los estatutos de la sociedad, lejos de establecer un procedimiento específico y propio, se recogía lo que establecía la Ley, sin más aditamento. Pues bien, el conflicto jurídico radica exactamente en que en la junta general acordó, por mayoría, fijar como valor razonable de las participaciones de los excluidos, su valor nominal. Estos últimos sustentaron su queja en que el valor nominal no reflejaba el valor real -o de mercado, si cupiese emplear tal expresión-, resultando ostensiblemente inferior a este último.

Expuesto lo anterior, ahora ya se encuentra el lector bien pertrechado para iniciar el accidentado camino que sigue el alto Tribunal en su razonar hasta alcanzar su decisión final de rechazar que el acuerdo contraviniera el orden público (y, se añade, como ya había transcurrido el fatal plazo del año, los demandantes corrieron la peor suerte posible, la desestimatoria).

Comienza la «STS 2022» admitiendo que en el caso de autos se verificó una infracción legal. De conformidad con el art. 16. 1 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, «*el contrato social podrá establecer libremente criterios de valoración o cálculo con arreglo a los cuales haya de fijarse el importe de la cuota de liquidación que corresponda a las participaciones del socio profesional separado o excluido* (…)». En el supuesto litigioso, el

contrato social no establecía criterio de valoración o cálculo específico. Sencillamente recogía lo dispuesto en el art. 100 LSRL, en su redacción posterior a la Ley 44/2002, de 22 de noviembre: «*A falta de acuerdo sobre el valor razonable de las participaciones sociales o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración, las participaciones serán valoradas por un auditor de cuentas, distinto al de la sociedad, designado por el Registrador Mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones que hayan de ser valoradas*».

Citando la contundente expresión de la «STS 2022», «*el citado régimen legal comporta un mandato normativo (valoración por el auditor de cuentas distinto al de la sociedad) que solo puede ser desplazado o alterado por una norma convencional, fruto del acuerdo de las partes (sociedad y socio afectado), en ausencia del cual aquel mandato normativo se traduce en un deber jurídico de inexcusable y obligado cumplimiento, pasa a ser exigible y coercible* (…)».

En este caso, tres observaciones resultan indispensables, y desde luego indiscutibles. La primera es que no existió acuerdo alguno entre los socios excluidos y la sociedad en relación con la fijación del valor razonable de sus participaciones sociales, ni tampoco sobre el procedimiento para su valoración o el sujeto encargado de llevarla a cabo. La segunda estriba en que, en consecuencia, debía haberse acudido al Registro Mercantil para que designase auditor de cuentas -obviamente ajeno a la sociedad- para que procediese a efectuar tal valoración[376]. La tercera alzaprima la circunstancia de que fue la junta general la que se arrogó esa competencia y valoró las participaciones, estimando su valor razonable en su valor nominal. Por lo dicho, es llano que se infringió el art. 100 LSRL y el contenido -idéntico- de los estatutos sociales.

---

[376] A partir del 1 de enero de 2016, no es imprescindible que sea un auditor de cuentas, pudiendo efectuar la valoración cualquier experto independiente, según señala THOMÀS PUIG, P., «Separación del socio. Valoración y reembolso», en *Derecho de sociedades. Los derechos del socio*, M. B. González Fernández y A. Cohen Benchetrit (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1046, np. 20.

Sentado lo anterior, la «STS 2022» se cuestiona si, amén de la referida doble infracción, concurre ese «plus» necesario para poder calificar el acuerdo social como contrario al orden público.

El siguiente paso en el razonamiento de la Sentencia fija la atención en la idoneidad del auditor de cuentas que haya de designar el Registro Mercantil como garantía de objetividad e imparcialidad en la valoración de las participaciones. Huelgan mayores disquisiciones. El régimen legal -en este caso idéntico que el estatutario- ha encontrado una prudente forma de proceder a falta de consenso entre los implicados, que reflejará muy probablemente un clima de conflicto.

Reflexiona la Sentencia sobre la significación del art. 91 LSC y, en particular, destaca la consideración de que «*el socio es el "propietario"* (…) *de la participación*», lo que se juzga un lugar común. Al igual que las subsiguientes consideraciones sobre el contenido de los estatutos de la sociedad profesional implicada en el litigio y de la norma jurídica -art. 356.1 LSC- que establecen, de igual forma, que la exclusión del socio «(…) *obliga a la sociedad a abonarle el valor razonable de esas participaciones, como equivalente económico de las mismas* (…)». Finalmente, se reafirma en que efectivamente ese valor razonable era el que debía atribuirse a las participaciones de los socios excluidos, siendo que el escollo principal se localizó en el procedimiento para su fijación.

Prosigue la «STS 2022» su discurso por la ya expresada senda -no hay otra- de que, con respecto de tal procedimiento de determinación del valor razonable, prima el acuerdo entre socios excluidos y sociedad y, en su defecto, el procedimiento legal que pasa por la designación de un auditor de cuentas ajeno a la sociedad, por parte del Registro Mercantil. Insiste, asimismo, en que la propia sociedad profesional resultaba incompetente para efectuar tal valoración. Siendo que, en este caso, su determinación unilateral «(…) *equivale a atribuirse un poder de disposición y configuración jurídica sobre un derecho ajeno, por el que, como deudora, decide cuál es el importe de su propia deuda, incurriendo en una clara situación de parcialidad y conflicto de intereses, con vulneración de la regla del art. 1256 CC*» (citando otra sentencia del alto Tribunal, de 2021). Y he aquí que a este respecto señala algo fundamental -aunque luego no conduzca

al resultado que cabría esperar-: «*De los "derechos del socio" deben deslindarse aquellos que le corresponden frente a la sociedad en su condición de "tercero", esto es, aquellos que no están vinculados a su condición de miembro de la sociedad, sino que tienen su fuente en relaciones jurídicas distintas de la relación societaria. Y también aquellos derechos subjetivos que, aun teniendo su génesis en la cualidad de socio, pasan posteriormente a consolidarse en el patrimonio de aquél como derecho subjetivo patrimonial independizado de la relación societaria misma, como ocurre con el derecho al dividendo ya acordado, o con el derecho a la cuota de liquidación cuando, una vez disuelta la sociedad y tras las correspondientes operaciones liquidatorias, queda un remanente repartible*».

Continúa insistiendo en la bondad del sistema cuando contempla que sea un auditor de cuentas ajeno a la sociedad el que fije el valor razonable de las participaciones a falta del deseable consenso entre los implicados. Y en este punto se recrea en un discurso marginal, en ocasiones reiterativo, que poco o nada aporta, a nuestro modo de ver, a la cuestión pendiente: ¿es el acuerdo social concernido contrario al orden público?

El discurso recobra el interés en el apartado 6º del Fundamento Jurídico 3º de la Resolución que nos ocupa. Sienta, con gran ampulosidad, algo que se antoja crucial, si lo ponemos en relación con lo que anteriormente se ha dicho en relación con los ASCOP en aquellos casos en que más allá de la tutela del interés individual, la norma jurídica imperativa fija la atención en la tuición de intereses supraindividuales, como bien pueda ser la integridad de la arquitectura esencial del derecho societario, en aras a promover su confiabilidad y a garantizar su buena salud. «*La garantía de la imparcialidad y de la objetividad en la valoración de las participaciones del socio excluido constituye, por tanto, una garantía esencial de un derecho básico del socio a fin de evitar que la parcialidad de la valoración pueden provocar situaciones en que el importe del reembolso, que se subroga en el patrimonio del socio excluido en el lugar de sus participaciones sociales*, *no alcance a cubrir el verdadero valor patrimonial de estas ("el verdadero valor del bien justipreciado"), dando lugar a una situación de enriquecimiento injusto a favor de la sociedad y un empobrecimiento correlativo del socio apartado, en contra de un derecho esencial del socio a obtener el valor*

liquidativo de su parte en el patrimonio social, y en contra también de principios jurídicos esenciales como los que protegen el derecho de propiedad (arts. 33 CE, 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y 349 CC), el que proscribe que el cumplimiento de los contratos quede al libre arbitrio de una de las partes (art. 1256 CC) y las situaciones de conflictos de intereses (v.gr. arts. 1459 y 1449 CC y 267 Ccom)».

Merece la pena efectuar un alto en el camino, por la importancia de las anteriores palabras del Tribunal Supremo. Se refiere nada menos que a un «derecho básico del socio». Y también a que la imparcialidad y la objetividad en la valoración de las participaciones constituye un «*derecho esencial* [subráyese esta última expresión] del socio a obtener el valor liquidativo de su parte en el patrimonio social». Y conecta dicho «derecho esencial» con el derecho fundamental de propiedad, reconocido por los arts. 33 CE y 17 CDFUE. Es más, el propio Pleno de Sala estima acertada la calificación que emplean los recurrentes para designar lo que ha llevado a cabo la junta general en este caso: una expropiación en toda regla. Bien es cierto que luego matiza y corrige el que parece juzgar como un exceso de los quejosos, pues subraya la exclusiva correspondencia de la expresión técnica «expropiación» para actos confiscatorios de los poderes públicos. Seguidamente se vuelve a perder en un discurso marginal que, estimamos, no contribuye, a modo de premisa, al curso principal del razonamiento relativo al juicio de calificación de los hechos como contrarios al orden público.

Dejando de lado esto último, y sin que lo exprese la Sentencia, nos atrevemos a conjeturar que el lector atento ya habrá atisbado el aroma que desprenden estas palabras a «orden público». Esto es al menos lo que invita a entender el Fundamento Jurídico tercero de la Resolución, que así culmina.

Y, de repente, el discurso da un severo giro, que coincide con el Fundamento Jurídico cuarto, cuyo título nos anuncia el inesperado desenlace del razonamiento de la Sala: aquí no hay contravención del orden público. Así que dado lo súbito del giro, es menester que prestemos especial atención a lo que sigue.

La primera razón que ofrece -y recuerda un estadio anterior de la Sentencia donde sentó los contornos básicos de los ASCOP- es el criterio de su interpretación restrictiva, porque, no se olvide, señala el alto Tribunal, nos encontramos frente a una excepción de la regla general de la caducidad. Ya dijimos en su momento que en este concreto punto toda la construcción jurisprudencial hacía aguas. Restringir algo de contornos imprecisos es abrir la puerta a un voluntarismo que desemboca en la arbitrariedad, guste o no. Y a renglón seguido nos recuerda lo básico: no basta con que se produzca la infracción de una norma imperativa. Se requiere un *plus*: la lesión de derechos fundamentales o libertades públicas, o de otros derechos constitucionalmente protegidos, o de derechos esenciales del socio, que queden fuera del ámbito propio de la autonomía de la voluntad. Y, entonces, ¿qué queda de las reflexiones no tan lejanas que aludían a la privación del derecho de propiedad, la mención al art. 33 CE, o las reiteradas alusiones a la garantía de la imparcialidad y de la objetividad en la valoración de las participaciones del socio excluido como una garantía esencial de un derecho básico del socio? ¿Era un *flatus vocis*?

Pero la cosa se pone aún peor. Aunque se pudiera hablar de limitación o privación de unos de esos derechos -lo que ahora se considera un posible teórico, unas cuantas líneas más arriba parecía ser lo ocurrido en el supuesto concernido-, «(…) *la aplicación de la cláusula del orden público debe realizarse ponderando los intereses en conflicto y las circunstancias del supuesto litigioso*».

Ya se advirtió en su momento del extraordinario peligro que suponía introducir en el sistema de rasgos definitorios de ASCOP la dichosa *ponderación*, de la que ya se dijo ser deficitaria en su construcción y peligrosísima en su empleo. Y aquí lo encontramos.

En la operación de pesaje, que no queda en absoluto claro cómo se realiza, parece situar en uno de los platillos de la balanza la seguridad jurídica o, mejor dicho, aunque no lo exprese así, la seguridad del tráfico mercantil. Dicho de otro modo, y parafraseando la propia resolución, «(…) *radica en la conveniencia de facilitar la certeza de las relaciones jurídicas, a fin de evitar la perturbación tardía del tráfico jurídico*». Debe llamarse la atención sobre el hecho de que en el punto

anterior en el que se ocupó la «STS 2022» de la temible «ponderación», no aludió en modo alguno a la trascendencia de la estabilidad de los acuerdos societarios como uno de los ingredientes a considerar en la operación de pesaje.

Seguidamente va mostrando más claramente cómo resulta ser la distribución de pesos en la balanza. Por un lado, el derecho del socio al reembolso de la cuota de liquidación (calificado, sin titubear, como uno de los derechos económicos más relevantes de la posición del socio, *ex* art. 93.a LSC), que se encuentra protegido nada más y nada menos que por el art. 33 CE (al igual que acontece, señala la Sentencia, con el derecho de suscripción o de asunción preferente). Por otro lado, y como ya se ha introducido anteriormente, radica el valor supremo de la seguridad del tráfico mercantil.

Pero no es el anterior el pesaje que efectúa la Sala y que sin duda hubiera resultado especialmente interesante conocer hacia dónde se hubiera inclinado el fiel de la balanza, en este desacertado método de resolución de conflictos jurídicos, tan de moda en los tiempos que corren, por otra parte.

El verdadero pesaje es el que sigue. Por un lado, y esto se mantiene, la seguridad del tráfico mercantil y la estabilidad de los acuerdos sociales, que, para más señas, ya se encontraban inscritos en el Registro Mercantil. En el segundo de los platillos no se coloca ya ese derecho tan esencial del socio al reembolso de la cuota de liquidación, que en este caso se nos dice que no se ha cuestionado (valga decir que se le abonan 143 euros a cada socio excluido). Lo que debe ser «ponderado» junto a la seguridad del tráfico mercantil son las circunstancias del caso[377], que se pueden agrupar en torno al hecho de que la sociedad profesional decide otorgar como valor razonable de las participaciones su valor nominal.

[377] Que, por cierto, no considera la Sentencia analizada en su totalidad, dejando de lado la «prehistoria» de este concreto proceso judicial, la cual, y esto no es baladí, presenta una relevancia sobresaliente porque, entre otras cosas, los socios excluidos promovieron un arbitraje, acciones penales, e, incluso, consiguieron que el Registro Mercantil nombrase a un auditor para valorar las participaciones, lo que fracasó como consecuencia exclusiva de la actitud obstativa de la sociedad profesional.

A partir de aquí, se esfuerza el alto Tribunal por trasladar la idea de que es perfectamente aceptable que se haya optado por el valor nominal. Se hace especial hincapié en que en el ámbito particular de las sociedades profesionales la valoración de las participaciones tiene su regulación específica, siendo que esta le otorga un peso muy superior a la autonomía de la voluntad. Y esto hasta tal punto que la regla del valor razonable o del valor real opera como mera regla supletoria. A esto añade la aceptabilidad de dar con valores aproximativos y el hecho de que la DGRN haya aprobado, sin objeción, la inscripción de cláusulas con criterios de valoración fijados por los integrantes de una sociedad profesional. Y es que, señala la «STS 2022», «*la sociedad profesional no comparte la lógica dominical común del resto de sociedades, al ser el capital más un factor de organización que de formación de un fondo de explotación (o incluso de garantía de terceros), y que puede carecer de justificación que el socio saliente perciba por su cuota de liquidación un valor que tome en cuenta también los flujos de caja o rendimientos futuros u otros criterios de valoración dinámica según resultados esperados, que serán fruto del trabajo de los socios remanentes y no de los egresados*».

A lo anterior se le debe confrontar las siguientes consideraciones. En primer lugar, parece que se confunden los planos en los que se plantea el problema. Aquí concurren dos circunstancias que parecen disiparse en el razonamiento de la Sentencia. Por un lado, que ni en los estatutos sociales se fijan criterios de valoración algunos, ni tampoco se establece directamente que el valor de las participaciones en caso de exclusión sea el nominal. Recordemos, porque así lo expone la propia Resolución, que la regla estatutaria es un mero trasunto de la regla legal recogida en la norma correspondiente al actual art. 353.1 LSC. Tampoco se registró acuerdo alguno entre los socios excluidos y la sociedad en torno a este extremo. Por consiguiente, y tomando por propias las palabras del Tribunal Supremo, aquí debía aplicarse la regla supletoria, esto es, el valor razonable o valor real[378]. Por otro lado, y esto corre parejo en importancia con lo

[378] Se antoja de sumo interés la consideración de las numerosas referencias que se contienen en la Ley de Sociedades de Capital en relación con el «valor razonable». Véase el cuidado estudio de THOMÀS PUIG, P., «Separación del socio…, ob. cit., p. 1046, np. 20. Nos permitimos añadir que con el «valor real» y este con el «valor de mercado». En el supuesto de la Sentencia

anterior, lo que es indiscutible es que la sociedad no puede ser juez y parte a la hora de determinar el valor de las participaciones. Aun cuando pudiera admitirse, a los solos efectos dialécticos, que el valor nominal resultaba aceptable, este pronunciamiento no podía proceder en modo alguno de la sociedad implicada en el conflicto. Práctica que la propia «STS 2022» califica de abiertamente antijurídica, en el punto 5.5, con mención expresa de los arts. 1149 y 1690-II CC. Y de aquí que el principal defecto de la fijación de valor en el caso es que no la realizara un auditor designado por el Registro Mercantil.

Con todo y ser lo anterior relevante, aunque en la Resolución se pierda incomprensiblemente de vista, lo que debería haberse considerado es que, a falta de previsión estatutaria y de convenio entre implicados, se fije como «valor razonable» -por una de las partes enfrentadas en el conflicto- la cantidad de 143 euros por cada socio excluido. Dicho de otra forma, esta ridícula cantidad prácticamente vacía de contenido el derecho de reembolso de la cuota de liquidación de los socios excluidos. Ciertamente algo se les da, pero se trata de una satisfacción tan solo aparente de dicho derecho, que materialmente se lesiona por la sociedad, que, conviene insistir, es la que unilateralmente fija tan escuálida cantidad. Y con esto no se está diciendo que exista impedimento alguno para que en cada sociedad profesional se adopten estatutariamente los criterios que se quiera para cifrar el valor de las participaciones de los socios excluidos, pudiendo tomar en consideración cualesquiera circunstancias o características de la propia sociedad a las que adecuar tal valor.

A mayor abundamiento, surge la duda genuina de si esa superior relevancia de la autonomía privada a la hora de permitir sentar tales criterios, como permite el art. 16.1 LSP, autoriza escenarios abusivos. Piénsese, por ejemplo, en un supuesto que se fijara por sistema un valor «cero» o un valor ínfimo (por ejemplo, un euro). Porque de lo que habla la norma no es que fije una valoración libérrima, sino que lo que se puede contemplar en estatutos es que en el procedimiento de determinación se deban seguir ciertos criterios por quien deba realizar la

---

analizada no hay forma de tener por cierto que el valor nominal de las participaciones coincida con su valor real o de mercado. Es más, todo parece apuntar a lo contrario.

valoración. Así, por ejemplo, que se atienda a los resultados de explotación de los últimos tres años, se aplique un coeficiente reductor al valor real de las participaciones de socios excluidos integrados en la sociedad en los últimos tres años, etcétera. En definitiva, nos resistimos a aceptar que la norma libre un cheque en blanco para la fijación de valores ridículos, irreales y leoninos. Por esta vía se estaría vaciando de contenido al derecho del socio excluido al reembolsado de la cuota de liquidación.

Y llegados a este punto, nos topamos con el desenlace de la «ponderación». En el apartado 9º de la Sentencia se nos da el resultado del pesaje directamente, sin mayor justificación, que parece innecesaria, por lo supuestamente obvio del caso. La seguridad del tráfico mercantil (incrementada exponencialmente por el factor inscripción registral) pesa claramente más que las circunstancias del caso. Y aunque no se exprese así, subyace la idea, o al menos eso cabe entender, de que a fin de cuentas no se ha lesionado el derecho al reembolso de la cuota de liquidación de los socios excluidos. Ni tan siquiera por el hecho de que la sociedad, directamente implicada en el conflicto, y por tanto absolutamente parcial e interesada, despreciando el procedimiento legal de inexorable aplicación (ceder la valoración a un auditor de cuentas designado por el Registro Mercantil), haya abonado por todo importe 143 euros a cada socio.

VI. A MODO DE EPÍLOGO. MODESTA SUGERENCIA DE *LEGE FERENDA*

De cuanto se lleva expuesto se extrae una conclusión bien simple. Dada la excepcionalidad de la contravención del orden público y la primacía que tiene la seguridad del tráfico en la operación de pesaje, constituye un riesgo sobresaliente confiar la suerte de una impugnación a la acción de nulidad. Al menos de forma exclusiva -es decir, si un planteamiento adicional subsidiario de mera impugnación- y cuando se haya superado el peligroso límite del plazo anual establecido para la caducidad. Quizás con todo esto, se acabe confinando esta categoría a los tres supuestos típicos (juntas falsamente universales, derecho de reembolso de la cuota de liquidación, ignorancia supina del derecho de suscripción preferente) y sólo cuando se den de forma absoluta (por ejemplo, en

el caso del reembolso, que no se les conceda ni un solo euro) y no haya transcurrido demasiado tiempo desde la fecha de adopción de los acuerdos. Parece evidente la respuesta al interrogante de si se ha verificado un verdadero progreso en la materia, o no.

Echando la mirada al futuro, y dejando por un momento de lado la desalentadora realidad de *lege lata*, parece que se impone un replanteamiento de la cuestión. En este sentido, se considera oportuno subrayar la posible línea de actuación: apostar «(…) *por un elenco de las infracciones consideradas contrarias al orden público* (…)[379]». Esto redundaría «(…) *en beneficio de la seguridad jurídica*»[380]. No se olvide que la Constitución garantiza esta última (*ex* art. 9.3).

Tal elenco, que debería ser normativizado, por vía de su inclusión en la LSC, razonablemente en el art. 204, tendría que recoger taxativamente los supuestos de hecho de acuerdos que tendrían la consideración de contrarios al orden público. Así, esbozamos una relación de los que, en nuestra opinión, podrían constar. Los acuerdos:

(1.-) Cuyo contenido, directa o indirectamente (porque lo propicien, favorezcan o promuevan), sea delictivo.

(2.-) Que establezcan discriminaciones por cualquier razón entre sus socios que no obedezcan a diferencias legítimas admitidas por la Ley.

(3.-) Adoptados en juntas pretendidamente universales, pero que no lo sean con arreglo a las exigencias legales para las mismas, siempre y cuando los socios preteridos no conocieran, por causas ajenas a su voluntad, de su existencia.

---

[379] Como -creemos que acertadamente- sostiene, entre otros, LATORRE CHINER, N., «La impugnación de acuerdos por infracción de requisitos procedimentales [art. 204.3.a) LSC]», en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, F. Rodríguez Artigas, I. Farrando y R. Tena (dirs.), edit. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, p. 225

[380] *Idem*.

(4.-) Que priven a los socios de su cuota de liquidación, de forma absoluta, o bien los que la reduzcan a un valor económico que no responda a su valor real o valor de mercado.

(5.-) Que priven a los socios del ejercicio del derecho de adquisición preferente o de otros derechos de naturaleza análoga, cuando les corresponda según Ley.

(6.-) Que impidan, limiten o cercenen los derechos de asistencia y voto de los socios en las juntas, al margen de lo que prevea la Ley al respecto.

CAPÍTULO 8: LA CUESTIÓN INCIDENTAL DE PREVIO PRONUNCIAMIENTO

I. EL CUESTIONAMIENTO PRELIMINAR DEL 204.3.II LSC

1.1. INTERPRETACIÓN DEL ART. 204.3.II LSC

Arrancamos del enunciado jurídico único del art. 204.3.II LEC, que se encuentra formulado en los siguientes términos:

> «*Presentada la demanda, la cuestión sobre el carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación previstos en este apartado se planteará como cuestión incidental de previo pronunciamiento.*»[381]

Lo primero que cabe observar es que el enunciado jurídico se refiere al «*planteamiento*» de la «*cuestión*» acerca del «*carácter esencial o determinante*» de «*los motivos de impugnación*». Conviene escrutar con detenimiento dichos distintos elementos que contiene la formulación normativa.

Se alude a «*la cuestión*», que consideramos el elemento más importante de toda la formulación. La Ley contempla la posibilidad de «cuestionar» el planteamiento del legitimado demandante. Seguidamente profundizaremos a este respecto.

No se recoge en la norma, ni tan siquiera indirectamente, quién plantea esa «cuestión» y frente a quién se plantea.

Cabe precisar que esa «cuestión» versa sobre el «carácter esencial o determinante» de «los motivos de impugnación».

Por si cupiere alguna duda, delimita claramente que la cuestión tendrá como único objeto el referido carácter esencial o determinante de los motivos de

---

[381] La redacción actual tuvo entrada en la reforma de 2014 como consecuencia de una enmienda parlamentaria, concretamente la número 58, introducida por el Partido Popular, según el Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los diputados. Serie A, núm. 97-1, 29 de mayo de 2014, p. 8.

impugnación «previstos en este apartado», esto es, el apartado 3º del art. 204 LSC.

De lo que se sigue que no se podrá «cuestionar» que el acuerdo social, que ha sido efectivamente *impugnado,* no resultaba *impugnable* a tenor de lo dispuesto en el art. 204.2 LSC, esto es, por haber sido privado de eficacia jurídica por el propio órgano social.

Y se sigue también que no cabrá «cuestionar» si el acuerdo social es contrario al orden público.

Consecuencia lógica también de la interpretación que sostenemos es que no cabe «cuestionar», dicho de forma amplia, la «impugnabilidad» de cualquier acuerdo social sea cual fuere el «motivo de impugnación», fuera de los supuestos de impugnabilidad expresamente previstos en el apartado 3º del art. 204 LSC.

Según nuestra interpretación del enunciado jurídico único del art. 204.3.II LSC, lo único que cabe «cuestionar» es la *impugnabilidad* de determinados acuerdos sociales. Se puede sostener -en consonancia con lo ya razonado anteriormente- que los motivos de impugnación que -según nuestra interpretación- se reconocen en el apartado 3º -de los que nos hemos ocupado ampliamente en capítulos anteriores- son los siguientes[382]:

- La infracción de los enunciados jurídicos relativos al contenido de la convocatoria, a la forma de llevarla a cabo -como acto informativo- y a la antelación con la que se debe realizar el llamamiento.
- La lesión del derecho de información por proporcionar -la sociedad- información insuficiente o errónea cuando esta fuera necesaria, para que

---

[382] En contra ARIZA COLMENAREJO, M. J., «El cauce procesal del incidente de previo pronunciamiento para determinar la no impugnabilidad del acuerdo», en *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, M. B. González Fernández y A. Cohen (dirs.), edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 1299. Según esta autora, no todos los casos del art. 204.3 LSC «(…) *requieren acudir al procedimiento incidental* (…)». Por ejemplo, defiende que no ha de servir el incidente que nos ocupa para evaluar la impugnabilidad de un acuerdo social con base en la infracción de las reglas jurídicas sobre la convocatoria de la junta. Sea como fuere, no parece posible sentar una delimitación clara -a tenor del análisis de la opinión de esta autora, contenida en las pp. 1299 y 1303- de lo que sí pueda ser objeto del incidente y de lo que no.

un socio medio, pudiera ejercitar razonablemente el derecho de participación y, singularmente, el derecho de voto.

- La infracción de las reglas esenciales sobre la constitución de la junta (y más exactamente la infracción de los arts. 193 o 194 LSC).
- La infracción de las reglas sobre mayorías en las votaciones (aunque en esta última formulación no nos hacemos eco de lo que se expusiera al respecto en el capítulo correspondiente).

Profundizando en lo que sea objeto del «cuestionamiento», defendemos que la dicción legal es desafortunada. Lo que establece el fragmento fundamental del enunciado jurídico único contenido en el art. 204.3.II es que la «cuestión» tendrá por objeto «*el carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación previstos en este apartado*». El infortunio radica, en nuestra opinión, en que los motivos de impugnación -que la Ley tipifica en varias clases-, como tales, no revisten la condición de «esenciales» o «determinantes».

Por lo que ya se ha expuesto anteriormente, cabe afirmar que sólo la infracción de determinados enunciados jurídicos, que regulan la génesis de los acuerdos sociales, es susceptible de impugnación.

Asimismo, determinadas circunstancias atinentes, bien a la fijación del *quorum* de constitución (en sociedades anónimas), bien a la consecución de la mayoría legalmente requerida, resultan intranscendentes, porque aun existiendo las primeras (por ejemplo, un error de cómputo), ni la consecución del primero, ni tampoco de la segunda, se ven afectados. De modo tal que aun habiéndose producido cualquier irregularidad o error y aun cuando estos últimos no se considerasen, se habría alcanzado el *quorum* de constitución o la mayoría necesaria para la válida adopción del acuerdo. Por consiguiente, la concurrencia del error o de la irregularidad no hace del acuerdo social adoptado un acto jurídico impugnable.

Lo que queremos significar con lo anterior es que lo que la Ley permite cuestionar es que el acuerdo social, en cada caso concreto, resulte *impugnable* (o, si se prefiere, en sentido contrario, *inimpugnable*). A nuestro modo de ver, se adelanta el juicio de subsunción. Dados determinados hechos que el actor afirma que constituyen una infracción de un determinado enunciado jurídico relativo a la

génesis del acuerdo o la lesión del derecho de información, se cuestiona, de adverso, su interesada subsunción en alguno de los tipos de infracción o de lesión que comporta la impugnabilidad del acuerdo social, según las especificaciones del art. 204.3, letras «a» a «d» LSC. Se trata de un debate previo, antecedente, y decididamente prematuro, cuyo único objeto es realizar un juicio abstracto de subsunción[383].

Las afirmaciones de hecho contenidas en la demanda, que se consideran a estos efectos verdaderas, serán sometidas a un examen genérico de encaje en el supuesto de hecho del enunciado jurídico correspondiente[384]. Así, por poner un ejemplo (controvertido), si el demandante alegó en su escrito rector que la Mesa de la junta no se constituyó (o, quizá mejor, no quedó válidamente constituida) y que, por ello, se infringió una norma sobre constitución de la junta -acarreando la invalidez de los acuerdos adoptados en su seno-, entonces este cuestionamiento inicial tiene por objeto elucidar si estos hechos -que se consideran sucedidos a estos efectos- resultan subsumibles en alguna norma esencial sobre la constitución de la junta. Aquí la decisión judicial estribará en si la infracción del art. 191 LSC constituye la contravención de una norma esencial relativa a la constitución de la junta, o no, de lo que resultará si ese acuerdo social es impugnable, o no[385].

No obstante, lo anterior no es lo único que es objeto del presente examen preliminar[386]. Como también se ha avanzado en diversas ocasiones, en diversos

---

[383] Dicho de otra forma, y coincidiendo con ARIZA COLMENAREJO, M. J., «El cauce procesal…, ob. cit., p. 1304, «*no es una decisión sobre la existencia de una infracción de la ley* (…)». Algo parecido, aunque sin ahondar en absoluto, es lo que se atisba en NIETO DELGADO, C., «El incidente de previo pronunciamiento sobre la relevancia del motivo de nulidad en la impugnación de acuerdos sociales», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 147, julio-septiembre 2017, p. 115.

[384] Lo que ARIZA COLMENAREJO, M. J., «El cauce procesal…, ob. cit., p. 1304, estima de todo punto insuficiente, aunque no desarrolla la justificación de su postura.

[385] Aquí el problema que subyace, como se ha razonado en un momento anterior de este trabajo, es si la constitución de la Mesa de la junta constituye una norma esencial en relación con la constitución de la junta, o no, a tenor de la críptica alusión contenida en el art. 204.3.a LSC.

[386] Conviene señalar que GONZÁLEZ MOZAS, N., -en «La cuestión incidental de previo pronunciamiento en los procedimientos de impugnación de acuerdos sociales (art. 204.3 LSC)», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 48, septiembre-diciembre 2016, pp. 295-296- opina que no es posible efectuar tal examen preliminar sin entrar verdaderamente en el fondo de la controversia, que ya deja, por tanto, prejuzgada.

lugares previos de este trabajo, la LSC exige una segunda condición o presupuesto objetivo para la efectiva anulación del acuerdo social, en aquellos casos en que la infracción lo sea de una regla jurídica relativa a la génesis del acuerdo (en cualquiera de sus fases). Volvemos a traer a colación el art. 206.5 LSC[387]. Según se ha razonado anteriormente, la anulación se sujeta al requisito objetivo, y procedimental, de la previa denuncia extrajudicial -en la primera ocasión oportuna habida al efecto-. Esto es, además de la efectiva infracción de alguno de los enunciados jurídicos que -de forma imprecisa- recoge el legislador en el art. 204.3 LSC, debió el legitimado activamente poner de manifiesto la infracción, como mecanismo de subsanación o corrección de dicha infracción.

Por consiguiente, consideramos que este «cuestionamiento» preliminar debe abordar estos dos presupuestos que operan como condiciones necesarias, pero en absoluto suficientes para la anulación del acuerdo social objeto de la demanda de impugnación[388]. Lo primero, y por este específico orden, el análisis abstracto de subsunción de unos hechos -que se presuponen verdaderos- en alguno de los supuestos «típicos» de impugnabilidad. Lo segundo es la verificación de la existencia de una denuncia extrajudicial, expresa y tempestiva de la infracción, con el propósito de que se procediera a su sanación por parte de la sociedad demandada. Por consiguiente, si el juicio ordinario continua su desarrollo, por decidir el juzgador que sí resulta impugnable el acuerdo social, restará por decidir si efectivamente está probado el relato fáctico correspondiente al supuesto de hecho de la infracción denunciada. Dicho de otro modo, si se ha producido una infracción legal concreta y específica[389].

---

[387] A este respecto, nos basamos en la reflexión de SANCHO GARGALLO, I., en «Art. 206. Legitimación para impugnar», en *Comentarios de la Ley de Sociedades de Capital*, J. A. García-Cruces e I. Sancho (dirs.), t. III, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 2895-2897.

[388] La división del objeto del litigio y el adelanto de un juicio siquiera sea parcial, al que se refiere ARIZA COLMENAREJO, M. J., «El cauce procesal…, ob. cit., p. 1302, pone en peligro -p. 1303- la integridad de la continencia de la causa, lo que le causa cierto reparo -p. 1304-.

[389] Lo que expresa ARIZA COLMENAREJO, M. J., «El cauce procesal…, ob. cit., p. 1305, al decir que: «*Queda para el proceso principal la decisión sobre si ha existido o no dicha infracción*».

1.2. EL CAUCE PROCEDIMENTAL PARA EFECTUAR EL «CUESTIONAMIENTO»

Expresa el precepto que nos concierne que esa cuestión «se planteará», empleando una fórmula verbal reflexiva, que nos impide, de primeras, saber a quién se refiere, esto es, quién «plantea» «la cuestión». Se ignora, siempre según el tenor literal de la norma, quién será el sujeto que plantee la cuestión.

Tampoco expresa el precepto frente a quién se planteará.

Lo poco que se puede extraer del art. 204.3.II LSC, por vía de interpretación, es que tal planteamiento tendrá lugar «tras la presentación de la demanda», que es, a nuestro juicio, la expresión sinónima correspondiente a ese primer inciso del enunciado jurídico «presentada la demanda»[390]. A partir de aquí, resulta totalmente indeterminado en qué momento concreto cabrá tal planteamiento y cómo se formulará el mismo.

Asimismo, no cabe plantear la cuestión de cualquier manera, sino que dicho planteamiento sólo podrá efectuarse bajo la forma de «cuestión incidental de previo pronunciamiento».

Antes de proseguir, conviene efectuar un breve excurso aclaratorio. La acción de impugnación de los acuerdos sociales puede ejercitarse, tanto en la vía judicial, como en la arbitral. Nosotros nos ocupamos en este trabajo exclusivamente de la primera.

La alusión a la «cuestión incidental de previo pronunciamiento» merece un análisis detallado con el propósito de descifrar a qué se quiso referir exactamente el legislador.

Desde la perspectiva del ejercicio de la acción de impugnación ante los órganos judiciales, la afirmación de tal acción se realiza a través de una demanda que conduce a que principie el juicio (art. 399.1 LEC). Por consiguiente, parece que

---

[390] Esta cuestión se estima problemática. Si la Ley dice que el incidente se podrá promover «tras la presentación de la demanda», eso significa que ni tan siquiera se deba esperar a que se reparta entre los juzgados mercantiles de la plaza, ni mucho menos a que se haya incoado el expediente judicial y a que se haya admitido a trámite el escrito rector. Por cierto, esta restricción temporal vale igualmente para quien quiera que consideremos legitimado para promover la apertura del incidente.

solo en el seno del proceso incoado, tendrá cabida el «planteamiento de la cuestión» antes aludida. La Ley societaria, indudablemente sustantiva, alude a una forma propiamente procesal para el «planteamiento de la cuestión». Es llano que la LSC no regula el desarrollo de los procesos (civiles). Sin embargo, en este punto designa una «forma procesal» para «el planteamiento de la cuestión».

La LSC -el párrafo II del apartado 3º del art. 204- sólo expresa que el planteamiento de la cuestión se efectuará a través de una «cuestión incidental de previo pronunciamiento».

El interrogante, que se abre en relación con el primer aspecto que regula la LSC, estriba en dilucidar si se remite a las cuestiones incidentales de la LEC, o a cualquier otro trámite o vía procedimental, de la LEC o de otro cuerpo jurídico distinto, o si, por el contrario, alumbra un expediente procesal propio y específico de la LSC de empleo exclusivo para los procesos de impugnación de acuerdos sociales. De esto nos ocupamos seguidamente.

1.2.1. LA TESIS DE LA «REMISIÓN»

Un considerable sector de la doctrina sostiene que se trataría de una remisión (legal, aunque esto los autores no lo precisan) a los arts. 387 a 393 LEC -suponemos que, en bloque, porque esto tampoco lo especifican-, preceptos estos que regulan las cuestiones incidentales[391]. Algunos autores son más

[391] Así, entre otros, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades de capital*, con A. González y L. Melero, edit. Bosch, L'Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2015, p. 408, quien afirma -únicamente- lo siguiente: «Téngase en cuenta, por lo demás, que la regulación de las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento se encuentran reguladas en los arts. 390 y ss. LEC». Por su parte, ARIZA COLMENAREJO, M. J., «El cauce procesal…, ob. cit., p. 1298, expresa: «*Lo determinante en la cuestión del previo pronunciamiento no es tanto el objeto que se trata de debatir y resolver, sino el carácter suspensivo de su planteamiento. Este aspecto es el que busca exactamente el legislador societario al remitir la decisión sobre la impugnabilidad del acuerdo al cauce del art. 390 y 393 LEC*". Nos parece fundamental resaltar el empleo por esta última autora del término «remitir». Por su parte, SANCHO GARGALLO -en «Art. 204…, ob. cit., p. 2865, opina que «*por la dicción de la norma, parece que se remite para su tramitación al incidente de previo pronunciamiento, regulado dentro de las cuestiones incidentales en los artículos 387 y ss. LEC*». Asimismo, CALAZA LÓPEZ, S., «La impugnación de acuerdos sociales irrumpe en un nocivo hábitat procesal de conceptos jurídicos indeterminados», *Revista General de Derecho Procesal*, 57 (2022), p. 20- alude a una «remisión» que califica de «exótica». También NIETO DELGADO, C., «El incidente…, ob. cit., p. 110.

precisos y delimitan la remisión a las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento del art. 390 LEC[392].

Nosotros disentimos de la tesis expuesta por las siguientes consideraciones:

(i) *No existe remisión legal alguna*. A nuestro juicio, no hay tal. Ni explícita -basta con leer el art. 204.3.II LSC; no aparece la expresión «remisión», ni ninguna otra con la misma raíz-, ni tampoco tácita -pues no se sobreentiende de la dicción legal[393]-. Un enunciado jurídico es una remisión legal exclusivamente cuando, o bien su supuesto de hecho, o bien su consecuencia jurídica, se remiten a otra cosa[394]. Aquí, opinamos, no sucede ninguna de las dos cosas[395]. No hay ningún envío a la LEC, ni a ningún otro cuerpo jurídico, ya sea sustantivo o procesal.

En particular, las remisiones legales contienen expresiones como las siguientes, o semejantes: en relación con tal elemento del enunciado jurídico del que se parte, «regirá lo dispuesto en…», «se observará lo dispuesto en…», «se aplicará lo dispuesto en…»[396]. Aquí bien podía haber expresado el legislador, si es que fuera esto lo que hubiese querido, que el «cuestionamiento» se «planteará» como «cuestión incidental de previo de pronunciamiento» que se regirá por lo dispuesto en la LEC para estas, o, incluso, siendo más precisa, podría haber

---

[392] En este sentido, claramente, ARIZA COLMENAREJO, M. J., «El cauce procesal…, ob. cit., p. 1298.

[393] Nosotros dudamos seriamente de que quepan, en nuestro sistema normativo, las remisiones legales implícitas.

[394] Siguiendo la concepción de HERNÁNDEZ MARÍN, R., en su obra *Compendio*…, ob. cit., p. 74.

[395] La SAP de Madrid número 145/2022, de 7 de marzo, enuncia -sin más profundización- la remisión a los arts. 391 y ss de la LEC «*(…) Es cierto que, planteada la cuestión de la corrección o suficiencia de la información facilidad por la sociedad y la esencialidad de la misma para el adecuado ejercicio de derechos sociales, como se hizo en la contestación a la demanda por MALPICA 100 SL, ello debe ser debatido como cuestión incidental de previo pronunciamiento, art. 204.3, pf. 2º, TRLSC.* **Esto remite** [**el destacado es nuestro** y como se puede observar, no se justifica en base a qué argumento se sostiene dicha remisión] *al tratamiento procesal recogido en los arts. 391 y ss. LEC, diferenciado del régimen de las cuestiones incidentales de especial pronunciamiento, art. 389 LEC, las cuales se resuelven en sentencia definitiva, aun con tratamiento separado y particular del resto de cuestiones litigiosas*».

[396] Según señala HERNÁNDEZ MARÍN. *Ibidem*, p. 75.

dicho que se les aplicará lo dispuesto en el art. 390 LEC para las «cuestiones incidentales de previo pronunciamiento».

En nuestra opinión, es condición necesaria y suficiente, para poder reputar una expresión legal como remisión legal, que efectivamente se establezca explícitamente que en cuanto a cualquier elemento del enunciado jurídico regirá o se aplicará un enunciado jurídico -o varios- de ese mismo cuerpo jurídico o de otro.

Sentado lo anterior, adelantamos una posible objeción que se nos puede formular. Siendo cierto que el art. 204.3. II LEC carece de remisión legal expresa alguna, podría entenderse efectuada la misma a través de lo dispuesto en el art. 207.1 LSC, que 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*.»

Este último enunciado jurídico sienta, por una parte, que el cauce procesal apropiado para tramitar las demandas de impugnación de acuerdos sociales (no se refiere a las cuestiones incidentales) será el juicio civil declarativo ordinario cuyo apelativo es precisamente «ordinario». Por otra parte, si bien el legislador se *remite* a las disposiciones contenidas en la LEC, lo hace de forma genérica. Si a esto se añade la consideración de que las «cuestiones incidentales» no constituyen el único incidente procesal recogido en la LEC (por decir, la declinatoria de los arts. 63 y ss. LEC constituye un incidente de tramitación prioritaria), entonces cabe concluir que difícilmente se puede establecer que en el 204.3.II LSC se contiene una remisión implícita a las cuestiones incidentales de la LEC sobre la base de esa remisión *in genere* contenida en el art. 207.1 LSC. Sería tan forzada la construcción legislativa, como desafortunada.

(ii) *La indiscutible disparidad del objeto de la cuestión incidental del 204.3.II LSC y la del 390 LEC*. El objeto del cuestionamiento al que se refiere el primero de los preceptos mencionados es indiscutiblemente sustantivo[397]. Como ya

[397] Cfr. ARIZA COLMENAREJO, M. J., «El cauce procesal…, ob. cit., pp. 1300-1302, quien se apoya en los pareceres de PICÓ I JUNOY y de BANACLOCHE PALAO.

hemos expuesto anteriormente, se trata de adelantar, al compás inicial del proceso de impugnación de acuerdos sociales, el juicio de subsunción de unos hechos -que se suponen verdaderos, esto es, efectivamente acontecidos- en alguno de los supuestos típicos de *impugnabilidad*, ya sea por infracción de determinados enunciados jurídicos relativos a la génesis del acuerdo, ya sea por la lesión del derecho de información en unas concretas circunstancias legales, todo ello delimitado en las letras «a» a «d» del apartado 3º del art. 204 LSC. Se trata de determinar la «procedencia» -sin que nos se dado la correcta comprensión de esta última expresión- de la impugnación. Procedencia que pivota sobre la relevancia, para el legislador societario, de algunas concretas infracciones legales o de alguna específica lesión del derecho de información. Lo que se calibra es el (des)ajuste al contenido de una serie de reglas jurídicas sustantivas o materiales. Junto con esto, se examina la efectiva concurrencia de una denuncia extrajudicial, expresa y tempestiva de la infracción legal, con el propósito de permitir que la sociedad enmiende el desajuste.

En cambio, el objeto de las cuestiones que se abordan por la vía del art. 390 LEC, son exclusivamente adjetivas o procesales[398]. Se trata de óbices que impiden la continuación del juicio. Y si alguna duda puede surgir de tan imprecisa dicción, basta con prestar atención a los supuestos que se enuncian en el art. 391 LEC, de forma orientativa o a manera de enumeración abierta[399]. La pérdida sobrevenida de la capacidad para ser parte o el surgimiento de un defecto con respecto de un presupuesto procesal o la aparición de un óbice de la misma naturaleza -como se señala en el numeral 2º del 391 LEC- permiten forjarse una idea clara de que su objeto es eminente y estrictamente procesal.

Y si se nos objeta que en ambos casos -204.3. II LSC y 390 LEC- lo que acaba resultando es lo mismo, en definitiva, en referencia a la apreciación de un

---

[398] ARIZA COLMENAREJO -en «El cauce procesal…, ob. cit., p. 1298- matiza y sostiene que el objeto de la regulación del art. 390 LEC son «principalmente» de carácter procesal, lo que permitiría inferir que quepa, por ese cauce, cuestiones de orden sustantivo. En nuestra opinión, a pesar de la mejorable redacción legal del artículo concernido, no cabe introducir por esa vía cuestiones de índole material. También así ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *Estudios sobre el proceso de impugnación de acuerdos sociales*, edit. Dykinson, Madrid, 2015, p. 94.

[399] Lo que concibe de igual manera ARIZA COLMENAREJO, M. J., «El cauce procesal…, ob. cit., p. 1298.

obstáculo que impide la continuación del juicio, responderemos que, siendo esto cierto, aún lo es más que la naturaleza de dicho obstáculo es completamente distinta. En un primer caso, es sustantiva o material; en el segundo, exclusivamente procesal. Esto es precisamente lo que explica las numerosas dificultades que han encontrado los autores a su paso cuando pretenden aplicar el régimen legal previsto para las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento de la LEC a las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento de la LSC, en materia estricta de impugnación de acuerdos sociales.

(iii) *El efecto de la suspensión de la tramitación del proceso principal no sólo se encuentra en el régimen general de las cuestiones incidentales*. Aunque es cierto que el art. 390 -y de forma genérica el art. 392.1- LEC contempla esta concreta eficacia procesal suspensiva de las cuestiones incidentales, nos parece discutible que todo el sostén de la remisión a las cuestiones incidentales de la LEC -además de porque guardan semejanza en su denominación- sea porque estas últimas contemplan la posibilidad de que se acuerde la suspensión de las actuaciones[400]. En el caso de la declinatoria, por ejemplo, sucede exactamente lo mismo, a tenor de lo dispuesto en el art. 64.1 LEC.

1.2.2. LA «TESIS DE LA REGULACIÓN PROPIA»

Cabe una primera interpretación que, hasta donde sabemos, nadie ha sostenido hasta ahora, al menos de forma expresa y clara. Parece posible defender, al menos de primeras, que la LSC ha regulado un incidente en el art. 204.3.II con el objeto de que se pueda cuestionar («plantear cuestiones») la impugnabilidad del acuerdo social sobre el motivo escogido por el actor como fundamento de su demanda. Según esta interpretación, la regulación del incidente del 204.3.II LSC es propio de este cuerpo jurídico y plenamente autónomo[401]. Otra cosa distinta

---

[400] Como parecería sostener ARIZA COLMENAREJO, M. J., «El cauce procesal…, ob. cit., p. 1310.

[401] Intuimos esta idea en ALFARO ÁGUILA-REAL, J., y MASSAGUER, J., «Artículo 204. Acuerdos impugnables», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014) -Sociedades no cotizadas-*, J. Juste (coord.), edit. Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 226, cuando afirma: «(…) *Desde una perspectiva más general, incorpora al ordenamiento procesal un nuevo caso de cuestión*

es que dicha regulación sea sumamente escueta y que se encuentre trufada de lagunas[402]. Y estas sí que deben ser colmadas por vía analógica, echando mano de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque discrepamos fundadamente de que las cuestiones incidentales reguladas en esta última sea el expediente legal más apropiado[403]. Bien mirado, y como ya se justificará oportunamente, no sólo se recurre, casi por sistema, a las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento de la LEC, sino que, además, en los aspectos en que estas no resultan correctamente acomodables a las necesidades planteadas, se opta por efectuar difíciles combinaciones con otras instituciones del proceso civil.

Esta tesis, que aquí defendemos, se sustenta en diversos argumentos:

(i) *No existe ninguna restricción normativa* para que un cuerpo jurídico contenga enunciados jurídicos de orden sustantivo y procesal, en una determinada proporción.

(ii) Como ya se ha justificado anteriormente, *la LSC no efectúa remisión legal alguna*, cuando lo podría haber hecho perfectamente.

(iii) Alumbra el art. 204.3.II LSC un incidente procesal del que *no se puede hallar ningún equivalente*, ni tan siquiera remotamente, en la LEC, ni en otro cuerpo jurídico procesal. Se ha pretendido instaurar un «filtro» de procedencia sustantiva de la demanda, lo que dista sustancialmente de los «filtros» que la

---

incidental de previo pronunciamiento (cfr. artículos 390 y 391 LEC)». También nos parece posible apreciar esta idea, de forma implícita en SANCHO GARGALLO -en «Art. 204…, ob. cit., p. 2865.

[402] Lo que nos explicaríamos por el hecho de que esta regla jurídica no estaba contemplada en el texto inicial y se introdujo por vía de enmienda parlamentaria, de modo que no se reparó en desarrollar la regla plenamente, con ánimo de exhaustividad. Los detalles de la promoción de la enmienda los encontramos en ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *Estudios*…, ob. cit., p. 73. Esto es, entendemos, a lo que se refiere CORDÓN MORENO, F., con «las prisas del legislador», en «Acuerdo alcanzado por los jueces y secretarios judiciales de Barcelona sobre aspectos procesales introducidos por la Ley 31/2014 en materia de impugnación de acuerdos sociales y, en concreto, sobre la tramitación de las cuestiones de previo pronunciamiento (17 de marzo del 2015)», en Análisis GA&P, abril 2015, disponible en https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/acuerdo-alcanzado-por-los-jueces-y-secretarios-judiciales-de-barcelona-sobre-aspectos-procesales-introducidos-por-la-ley-31-2014.pdf (última visita 10.6.2023).

[403] Como sí sostienen, entre otros, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., y MASSAGUER, J., «Artículo 204…, ob. cit., pp. 226-227 o CORDÓN MORENO, F., «Acuerdo alcanzado…, ob. cit.

LEC contiene para impedir que una relación procesal defectuosa pueda pervivir y consolidarse.

Esta tesis interpretativa -de la que no se puede tener certeza de que sea la verdadera[404]- suscita numerosos problemas. Ya nos hemos referido someramente a las cuantiosas lagunas que presenta su disciplina, y de las que nos ocuparemos seguidamente. Pero lo más preocupante, a nuestro parecer, es que se ha dejado de prever qué será lo que deba resolver el juez mercantil cuando aprecie la *inimpugnabilidad* del acuerdo social. Laguna que deberá colmarse a nuestro juicio echando mano de la analogía con los supuestos de inadmisión de la demanda que es lo más coherente con la locución «*tampoco procederá la impugnación*» del art. 204.3.I, inciso primero. También de esto daremos cuenta seguidamente.

1.3. ¿SIEMPRE CABRÁ EL RECURSO AL INCIDENTE EN CUESTIÓN?

Con independencia de si el examen de la impugnabilidad cabrá siempre frente a toda impugnación de un acuerdo social que se sustente en la infracción de normas relativas a su génesis -más exactamente, las que de forma imprecisa determina el apartado 3º del art. 204-[405], debemos considerar -como han efectuado algunos jueces españoles que no gozan de competencia casacional[406]- si cabe tramitar este incidente cuando sean plurales los motivos de impugnación y no todos ellos se sustenten en los recogidos en el mencionado 204.3 LSC.

Sin el menor fundamento normativo, y careciendo de una base argumental sólida, un acuerdo de jueces[407] determina - ¿prescribe?- que en el escenario

---

[404] Pues desconocemos la exacta voluntad del legislador al haberse introducido por la vía de la enmienda, según apunta ALFARO ÁGUILA-REAL, J., y MASSAGUER, J., «Artículo 204…, ob. cit., p. 226.

[405] A esta cuestión ya nos hemos referido anteriormente.

[406] En otro momento de este trabajo hemos expuesto nuestros recelos -de raíz estrictamente normativa- con respecto de que los miembros de órganos judiciales, unipersonales o colegiados, al margen del ejercicio de sus funciones judiciales, puedan desarrollar funciones interpretativas, con pretensiones de autoridad, y mucho menos crear normas jurídicas.

[407] Nos referimos a http://asociacionaspac.com/wp-content/uploads/2014/03/2015-11_CONCLUSIONES_JORNADAS_MAGISTRADOS_ESPECIALISTAS_MERCANTIL.pdf (última visita en fecha 24.7.2023).

recién dibujado -más de un motivo de impugnación, distinto de los específicos del art. 204.3 LSC- no cabrá tramitar el incidente, de modo tal que todos los motivos deben resolverse en la sentencia, exclusivamente[408].

Sin embargo, nos permitimos dudar de la corrección de esta conclusión. El art. 204.3.II LSC no la autoriza, ni tan siquiera indirecta o implícitamente. Por otro lado, no se atisba qué inconveniente pueda haber en que se examinen algunos de los motivos, de modo que, si se considera por ello el acuerdo social inimpugnable, se reduzca el contenido del litigio y se pueda consagrar los esfuerzos al resto de cuestiones que deben resolverse inexorablemente -porque así lo manda la Ley- en la sentencia.

II. INTENTO DE EXPLICITACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CCIIPP EN MATERIA DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

2.1. SOBRE LAGUNAS, ANALOGÍA Y LAS CUESTIONES INCIDENTALES DE LA LEC

Formulada la tesis general que aquí se defiende, el siguiente paso es ir desgranando, aspecto por aspecto, lo que sí está regulado y lo que no lo está, para aplicar la solución analógica más apropiada en cada caso.

Más concretamente, defendemos que la regulación propia, o autónoma, de las CCIIPP de la LSC sólo contiene dos reglas. Una que se ocupa de fijar el *dies a quo* para la interposición de la cuestión y otra que establece la forma de plantear la cuestión -refiriéndose exclusivamente a las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento-.

En cuanto a todos los demás aspectos, nos damos de bruces con una inmensa laguna (aparente, porque es posible colmarla, por vía analógica, tal como permite el art. 4.1 CC[409]). Así pues, consideramos que es misión del intérprete identificar aquellos casos cubiertos por diversas instituciones de la LEC con el propósito de

---

[408] Un detallado y exhaustivo análisis de la cuestión se encuentra en GONZÁLEZ MOZAS, N., «La cuestión incidental…, ob. cit., pp. 306-308.

[409] Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Teoría general*…, ob. cit., p. 223.

hallar las semejanzas («identidad de razón», según la expresión del art. 4.1 CC) y trasladar las soluciones previstas para esas otras reglas.

El problema fundamental reside en que en ocasiones se efectúan remisiones en bloque, debiendo dudar seriamente de que concurra la exigida identidad de razón. Nos referimos más exactamente a la tendencia generalizada en la doctrina -de la que ya hemos dado cuenta- de recurrir, casi de forma automática, a las cuestiones incidentales del art. 387 y siguientes LEC[410].

Se ha defendido que el encaje de las CCIIPP del art. 204.3.II LSC en los términos del art. 387 LEC, cuya rúbrica es «concepto de cuestiones incidentales», es total:

> «*Son cuestiones incidentales las que, siendo distintas de las que constituyan el objeto principal del pleito, guardan relación con éste relación inmediata* (…)».

Lo primero que cabe advertir es que los defensores de esta tesis advierten, sensatamente, que el art. 387 LEC recoge dos supuestos de cuestiones incidentales[411]. Las que vienen recogidas en el fragmento que se acaba de transcribir y aquellas otras que son de naturaleza estrictamente procesal y a las que se refiere la LEC de la siguiente forma:

> «(…) *Así como las que se susciten respecto de presupuestos y requisitos procesales de influencia en el proceso*».

Convenimos con ello, sin ninguna duda. Ahora bien, en cuanto al primer elemento que en la LEC integra el concepto de cuestión incidental, no nos parece posible el encaje que se sostiene mayoritariamente[412]. A esta postura le

---

[410] Buena muestra de esta forma de operar nos la ofrece ORELLANA CANO, N. A., «La cuestión incidental de previo pronunciamiento: legitimación, requisitos para su formulación, momento procesal en que debe suscitarse y resolverse, efectos de la resolución», en *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, M. B. González y A. Cohen (dirs.), edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 1356-1357.

[411] Así, ORELLANA CANO, N. A., «La cuestión…, ob. cit., pp. 1356-1357.

[412] ORELLANA CANO, N. A., «La cuestión…, ob. cit., pp. 1356-1357, lo expresa como sigue: «*En dicha definición encaja la decisión sobre la concurrencia de algunos de los supuestos de inimpugnabilidad del art. 204.3 LSC, debiendo ventilarse, a falta de una tramitación específica en dicho precepto, en la forma establecida en la LEC (art. 388). Se trataría de cuestiones incidentales de previo pronunciamiento a las que se refiere el art. 390 LEC, esto es, cuestiones que supongan, por su naturaleza, un obstáculo a la continuación del juicio por sus trámites ordinarios, en cuyo caso impone la suspensión del curso de las actuaciones hasta que aquéllas sean resueltas*». Y añade: «*Los casos de cuestiones de previo pronunciamiento se recogen en*

oponemos las siguientes objeciones (dando por sentado que efectivamente la forma prevista por la LSC para efectuar el «cuestionamiento» de la impugnabilidad es la cuestión incidental de previo pronunciamiento, sin más aditamento):

(i) Obsérvese, en primer lugar, que el art. 387 LEC exige que el objeto de la cuestión incidental sea «distinto» (y no dice «parecido», «análogo», o «derivado») de lo que sea el objeto principal del pleito. Pues bien, precisamente aquí ambos objetos son sustancialmente coincidentes. La impugnabilidad del acuerdo social y la denuncia efectiva y tempestiva de la infracción de la regla jurídica relativa -de las imprecisamente señaladas en el art. 204.3.I LSC- son contenidos necesarios de la sentencia que resuelve el fondo del asunto en primera instancia. Lo que sucede, según hemos expuesto anteriormente, es que estos dos elementos -uno estrictamente jurídico y el otro eminentemente fáctico- se desgajan de la decisión final, adelantándose a la fase inicial del proceso, con el fin de evitar que, recorrido este último por todos sus trámites, la resolución final establezca la *inimpugnabilidad* del acuerdo social o la falta de denuncia expresa y oportuna.

(ii) La anterior observación no quita que, por tratarse del mismo objeto -siquiera sea abordado parcialmente en el trámite incidental-, obviamente el contenido de la CIPP guarde relación inmediata con el objeto principal del pleito.

(iii) Por otra parte, el recurso al art. 388 LEC como respaldo argumentativo se nos antoja discutible. El contenido de los arts. 387 y ss. LEC resulta de aplicación a cualquier cuestión incidental que no tenga señalada «*en esta Ley*» otra tramitación. «*Esta Ley*» es indudablemente la LEC. Efectivamente, en la norma procesal civil se recogen numerosos incidentes. La mayoría de ellos cuentan con su propia regulación. Sin embargo, cuando sea el caso de que carezcan de ella, lo que el legislador procesal impone es que se apliquen los

---

el art. 391 LEC y, podríamos considerar que resulta aplicable el caso previsto en el nº 3 que se refiere a "cualquier otra incidencia que ocurra durante el juicio y cuya resolución sea absolutamente necesaria, de hecho o de derecho, para decidir sobre la continuación del juicio por sus trámites ordinarios o su terminación". Resulta patente que es necesario resolver sobre la concurrencia de las causas del art. 204.3 TRLSC que excluyen la impugnación, ya que, de apreciarse, no procedería la continuación del pleito».

arts. 387 y ss. LEC, contenidos en la disciplina general de las cuestiones incidentales (procesales civiles). De lo que se deduce que el art. 388 LEC no autoriza en absoluto para aplicar automáticamente su régimen general de las cuestiones incidentales a cualquier incidente que se encuentre fuera de la Ley civil de ritos y que carezca de regulación, total o parcialmente. De esta manera, se rompe la supuestamente necesaria vinculación entre el 204.3.II LSC y el 388 LEC.

(iv) Añádase que, dentro del género de las cuestiones incidentales de la LEC, se albergan dos especies distintas. Efectivamente, ya se adelanta la existencia de tal diversidad en la definición de cuestiones incidentales -como género- obrante en el art. 387 LEC. Por un lado, hallamos las «cuestiones incidentales de especial pronunciamiento» que coinciden, a nuestro juicio, con las «(…) *que, siendo distintas de las que constituyan el objeto principal del pleito, guardan relación con éste relación inmediata*». Estas, a juzgar por el contenido del enunciado jurídico único del art. 389 LEC, son cuestiones de índole sustantivo o material.

Sin embargo, los partidarios de la tesis que estamos analizando se inclinan por encajar las CCIIPP de la LSC por el cauce del art. 390 LEC, que se ocupa de las «cuestiones incidentales de previo pronunciamiento». Parece obvio que es la mención del «previo pronunciamiento» lo que les empuja a establecer la conexión. Sin embargo, esta segunda especie es, en nuestra opinión, la que es definida en el art. 387 LEC -«concepto de cuestiones incidentales»- como aquella atinente a «(…) presupuestos y requisitos procesales de influencia en el proceso». Así las cosas, la conexión no es posible -por más que ambas (las del art. 204.3.II LSC y las del art. 390 LEC) se denominen de igual forma-, ya que el objeto de las primeras es exclusivamente sustantivo y el de las segundas lo es estrictamente procesal[413]. En este sentido, nos parece claro que la discusión, *prima facie*, sobre el carácter impugnable del acuerdo social (y la denuncia extrajudicial) en modo alguno constituye «(…) *un obstáculo a la continuación del*

[413] En este sentido, GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., «Arts. 389 a 391 (LEC)», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed., F. Cordón, T. Armenta, J. J. Muerza e I. Tapia (coords.), edit. Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 1621.

juicio por sus trámites ordinarios (…)». Es más, basta con asomarse al artículo siguiente -el 391- que se ocupa de los «casos» de cuestiones de previo pronunciamiento para advertir que se trata de incidencias eminentemente procesales, sobrevenidas. Aún cabe decir más. En los dos primeros numerales del mencionado art. 391 LEC se precisa que esas «incidencias procesales sobrevenidas» habrán tenido que surgir con posterioridad a la audiencia previa. Lógico si partimos de la base de que cualquier excepción procesal debe ser esgrimida, inexcusablemente, en el escrito de contestación a la demanda (*ex* art. 405.3 LEC) para luego ser discutidas y resueltas en la audiencia previa (*ex* art. 416.1 LEC).

(v) No compartimos la consideración -esgrimida por los partidarios de la tesis concernida- de que se trate de una «(…) *incidencia que ocurra durante el juicio* (…)», de modo que encajen las CCIIPP de la LSC en las CCIIPP de los arts. 390 y 391 LEC. Nos parece poco dudoso que la *inimpugnabilidad* sea algo que ocurra en absoluto durante el juicio, sino que es indudablemente anterior al inicio del proceso. Es más, se da desde que se adopta el acuerdo, infringiendo un enunciado jurídico de los que constituye causa de impugnación.

Añádase a lo anterior que esa incidencia -si es que se puede llamar así-, en todo caso sustantiva, no demanda indispensablemente una resolución sobre la continuación del juicio por sus trámites ordinarios o su terminación. Que sea lo ideal (por razones de pura economía procesal), no significa que dejar de abordar esta cuestión suponga la infracción de una norma que comporte la nulidad de actuaciones. De hecho, se esgrime un argumento incorrecto: «*Resulta patente que es necesario resolver sobre la concurrencia de las causas del art. 204.3 TRLSC que excluyen la impugnación, ya que de apreciarse, no procedería la continuación del pleito*». Esto, siendo cierto, no implica que la cuestión deba resolverse como condición necesaria para la continuación del pleito hasta sentencia. Dicho de otra forma, no es necesario resolver sobre la *inimpugnabilidad* para que el proceso pueda continuar. Lo que es absolutamente diferente de que, verificada la *inimpugnabilidad*, el proceso deba concluir anticipadamente (incluso esto es dudoso, por la imprecisión legal, de la que hemos dado cuenta anteriormente).

Expresado lo anterior y en nuestra opinión, en cada aspecto de la tramitación de CCIIPP de la LSC habrá que buscar qué concreto enunciado jurídico que disciplina otro caso semejante permite forjar la analogía sin incurrir en errores jurídicos.

2.2. LEGITIMADOS PARA PROMOVER EL INCIDENTE

Recordemos que ya se subrayó lo problemático que resultaba que el legislador utilizase la imprecisa fórmula, absolutamente impersonal, «se planteará»[414]. A nuestro juicio, esta es la primera laguna que sale a nuestro paso. Guarda completo silencio el legislador societario acerca de quién se encuentre legitimado para plantear la cuestión[415].

Una respuesta precipitada es la de responder, sin titubear, que la única legitimada es la sociedad demandada[416]. Quién si no tendrá interés en que el tribunal resuelva la *inimpugnabilidad* del acuerdo social a las primeras de cambio y se ponga punto final ahí al proceso[417] (si es que no hubiera otros motivos de impugnación que hayan de superar el examen de procedibilidad).

Sin embargo, se ha sostenido que el actor también puede promover la incoación del incidente, para su tramitación como pieza separada. No obstante, disentimos del parecer general, pues no nos parece que presente un genuino sentido. Es de suponer que el actor habrá justificado ya el juicio abstracto de subsunción en la demanda, debiendo sostener -por pura diligencia- que el acuerdo social resulta plenamente impugnable[418]. No consideramos razonable que se le permita al

---

[414] Cfr. ORELLANA CANO, N. A., «La cuestión…, ob. cit., p. 1351.

[415] Como advierte CALAZA LÓPEZ, S., «La impugnación…, ob. cit., p. 20.

[416] Como señala ORELLANA CANO -en «La cuestión…, ob. cit., p. 1361-, «(…) *la postura muy mayoritaria* (…) *atribuye la legitimación al demandado* (…)».

[417] Efectivamente, según resalta ORELLANA CANO -en «La cuestión…, ob. cit., p. 1353-, la mera presentación de la demanda ya presupone que el actor considera que el motivo de impugnación es relevante, determinante o esencial y que «(…) *es al demandado al que le interesa negar dicho carácter* (…)». Incluso -p. 1354-, le puede interesar al actor para desincentivar que la demandada ataque por ahí.

[418] Sin perjuicio de que, claro está, el actor haya justificado ampliamente en su demanda por qué razón o razones considera que el acuerdo social resulta de todo punto impugnable. Según CORDÓN MORENO, F., «Acuerdo alcanzado…, ob. cit., se le tendría incluso que exigir al demandante que lo justificara en su demanda, quizás efectuando tal consideración desde la perspectiva de *lege ferenda*.

actor instar una suerte de «prejuicio» de corrección de su calificación jurídica. Lo único que sí reviste pleno sentido es que sea el demandado quien «cuestione» la afirmada impugnabilidad del acuerdo social. Y no compartimos, por ello, las razones, a nuestro juicio accidentales, para fundamentar la legitimación del demandante. Nos referimos al supuesto en que este último albergue dudas acerca de la efectiva impugnabilidad del acuerdo social concernido. Y al objetivo estratégico de que el juez se pronuncie y si este lo hiciera negativamente, se evita llegar a una sentencia absolutoria con imposición de costas[419]. Contribuye a abonar que el actor promueva el incidente, con fines tentativos, el hecho de que el 204.3.II LSC no se diga nada del régimen de costas del incidente, si recurrimos analógicamente al art. 393 LEC -que disciplina la tramitación común de las cuestiones incidentales-, allí también se guarda silencio sobre la espinosa cuestión de las costas (sobre lo que volveremos más adelante, en este mismo epígrafe 2).

También se ha argüido en este sentido que, a tenor de la redacción del art. 204.3.II LSC, parecería que este precepto está específicamente ideado para el demandante[420]. El argumento ofrecido es el sentido positivo del enunciado: la «cuestión» se refiere al «carácter esencial o determinante» de la infracción, lo que sólo será afirmado por el accionante (la sociedad demandada lo enfocaría en un sentido puramente negativo: el «carácter no esencial o no determinante» de la infracción). En nuestra opinión, el argumento es débil, toda vez que el legislador no suele reparar en esta clase de matices. Por otra parte, podría considerarse una expresión sinónima del enunciado jurídico la que se refiriese al «cuestionamiento del carácter esencial o determinante» de la infracción, lo que correspondería a la sociedad demandada, pero en modo alguno al actor.

---

[419] Cfr. PICÓ I JUNOY, J., «Cuestiones procesales de la impugnación de acuerdos de sociedades de capital», en *Reforma de las sociedades de capital y mejora del gobierno corporativo*, J. M. Calavia y D. Vázquez (dirs.), edit. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 98.

[420] En este sentido, ORELLANA CANO, N. A., «La cuestión…, ob. cit., p. 1353, nota a pie de página nº 9.

Por último, se ha defendido que «(…) *no es posible el planteamiento de la cuestión de oficio por el juez, al regir el principio dispositivo* (…)»[421]. La formulación del enunciado jurídico ofrece, entendemos, pocas dudas al respecto. No guarda relación el verbo «presentar» con el tribunal, puesto que este no «presenta», ni «interpone», ni «formula», sino que «resuelve», «decide», «aprecia», o «juzga».

2.3. *DIES A QUO* PARA LA PROMOCIÓN DEL INCIDENTE

La siguiente cuestión de la que cumple ocuparse es la relativa a la fijación del *dies a quo*, del momento procesal a partir del cual se puede plantear la cuestión.

Nos atrevemos a sostener que es el único aspecto en el que la LSC se ha pronunciado claramente: «*presentada la demanda*». Una locución sinónima de la anterior, a nuestro modo de ver, sería «con posterioridad a la presentación de la demanda».

A partir de aquí, sólo surgen inconvenientes interpretativos, que dificultan enormemente la aplicación del precepto.

Aceptando la tesis -como sostiene un sector mayoritario de la doctrina[422]- de que el actor se encuentra legitimado para promover el incidente, opinamos que no es aceptable que el demandante lo solicite en la demanda, por medio de «*otrosí digo*»[423]. El inciso primero del enunciado jurídico concernido es claro cuando dice que «*presentada la demanda, [se planteará]* la cuestión sobre el carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación previstos en este apartado (…)». No se refiere al momento procesal hábil para la incoación del incidente, sino que alude, sin lugar a duda, al tiempo propicio para efectuar el planteamiento de la cuestión. Por consiguiente, aun cuando sea el demandante quien tome la iniciativa en este sentido, lo deberá efectuar por medio de escrito, independiente del de demanda, tras la presentación de la demanda. Lo que, dicho sea de paso, desde una perspectiva de estricta técnica legislativa

---

[421] Por todos, ORELLANA CANO, N. A., «La cuestión…, ob. cit., p. 1356. En idéntico sentido, CALAZA LÓPEZ, S., «La impugnación…, ob. cit., pp. 21-22.

[422] Por todos, CORDÓN MORENO, F., «Acuerdo alcanzado…, ob. cit.

[423] Cfr. PICÓ I JUNOY, J., «Cuestiones..., ob. cit., p. 98.

contradice la más elemental economía procesal, porque para esto debería haberse previsto la posibilidad de que lo instara en la propia demanda.

Si nos regimos por la dicción legal, no haría falta tan siquiera aguardar a que la demanda sea sometida a reparto y menos aún a que se haya dictado la procedente resolución de admisión a trámite.

Si prestamos ahora atención a la sociedad demandada, y lo consideramos desde una perspectiva práctica, lo frecuente será que aquella plantee la cuestión tan pronto como resulta emplazada para personarse y contestar a la demanda[424].

Ahora bien, supongamos, lo que es posible, que la sociedad demandada tome noticia de la interposición de la demanda de impugnación antes de resultar emplazada. De forma directa o indirecta, expresa o tácita, puede tomar conocimiento de dicha circunstancia. Averiguado el paradero de la demanda -una vez repartida-, práctica habitual en la praxis forense, y según el referido contenido del inciso primero del art. 204.3.II LSC, consideramos que es conforme a Derecho que la sociedad demandada comparezca y en unidad de acto inste la incoación del incidente en el que se ventile la CIPP. No se olvide que el *dies a quo* se encuentra fijado inequívocamente en el momento posterior a la presentación de la demanda.

2.4. *DIES AD QUEM* PARA LA PROMOCIÓN DEL INCIDENTE

Hasta aquí hemos reflexionado sobre el cuándo, o mejor sobre el «desde cuándo». No ha resultado una empresa excesivamente difícil. Lo que sí encierra un colosal problema es la determinación del *dies ad quem*, el «hasta cuándo».

En nuestra opinión, lo que establece el legislador, con escaso acierto en cuanto a la formulación, es que, tras la presentación de la demanda, «se planteará»:

> «*Presentada la demanda, la cuestión (…) se planteará (…)*».

Esto es, lo antes posible[425]. Al menos, así lo concebimos nosotros. De forma inmediata.

---

[424] Claramente, GARBERÍ LLOBREGAT, J., «La improcedencia…, ob. cit., p. 407.

[425] Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, J., «La improcedencia…, ob. cit., p. 407.

Si partimos de la base de que lo frecuente -que no lo único posible- es que sea el demandado el que lo plantee, parece intuirse que el legislador quiso que fuera de inmediato. Justo es reconocer que esta interpretación se sustenta en una expresión sumamente imprecisa.

A nuestro juicio, cualquier postergación priva de sentido a la norma, si es que hemos interpretado correctamente la voluntad del legislador. Nos parece innegable la existencia de un propósito de economía procesal que habría inspirado la introducción de este cauce incidental[426]. Cuanto antes se desvele el posible carácter inimpugnable del acuerdo social, tanto mejor, pues se evita desperdiciar esfuerzos humanos y materiales, de los que tan escasa anda la Administración de justicia[427]. Nos permitimos establecer un paralelismo -sin más aspiraciones, porque no permite más- con la formulación de la declinatoria de jurisdicción o de competencia (de los arts. 63 a 65 LEC)[428]. Lo que se persigue es evitar a toda costa que se desarrolle actividad procesal que resulte nula y que pueda suponer un dispendio de energías que nadie se puede permitir.

Pero una cosa es que interpretemos que el legislador ha querido que se plantee, ventile y resuelva de inmediato, antes que nada, y otra bien distinta es que no ha fijado ningún *dies ad quem*.

Reconocida la existencia de una laguna en este último sentido, la dificultad estriba en cómo colmarla.

En este sentido, se ha evidenciado, a nuestro judicio, que el recurso analógico -por vía de analogía *legis*- a las cuestiones incidentales de la LEC resulta sumamente inapropiado. Fundamentalmente porque, ya sean de especial pronunciamiento, ya lo sean de previo, su planteamiento resulta posible en el juicio ordinario -único que es adecuado para ventilar la impugnación de acuerdos sociales *ex* art. 249.1. 3º LEC- hasta el momento inmediatamente anterior al

---

[426] BANACLOCHE PALAO, J., «Algunas reflexiones…, ob. cit., p. 130.

[427] Nos parece apreciar esta idea en CORDÓN MORENO, F., «Acuerdo alcanzado…, ob. cit.

[428] Ya se refiere a la declinatoria, pese a que no aplique su régimen legal para colmar lagunas, ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *Estudios*…, ob. cit., pp. 94-95.

inicio de la vista de juicio[429]. Evidentemente, si la teleología del incidente es evitar la tramitación de un proceso que versa sobre una impugnación improcedente o, si se prefiere, que se ha incoado como consecuencia de una demanda careciendo el demandante de acción, lo que no tiene sentido es consentir que se pueda demorar el examen de la impugnabilidad hasta un momento tan tardío[430]. Súmese, además, que si consideramos el caso específico de las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento -de los arts. 390 y 391 LEC-, aún resulta todavía peor porque sólo podrán suscitarse a resultas de circunstancias acaecidas con posterioridad a la audiencia previa[431].

Otro enfoque que, consideramos, se ha barajado, pero que resulta inapropiado es el que interpreta que el planteamiento de la cuestión lo deberá hacer el demandado -lo que supone preterir al actor a estos efectos- en la contestación a la demanda[432]. Tanto si se apareja la CIPPS a una excepción procesal, como si se trata como una excepción material[433], se fijaría el *dies ad quem*, con carácter preclusivo, en el plazo legal para contestar la demanda[434]. Amén de que nos parezcan discutibles ambos aparejamientos, seguimos insistiendo en que tampoco se compadece esta solución analógica con la teleología del precepto que, apenas se atisba -esto es innegable, según la cual el legislador habría querido que este examen de impugnabilidad se lleve a cabo antes que nada y a la primera de cambio.

Atendido lo anterior, y retomando el caso de la declinatoria de jurisdicción y competencia -arts. 63 a 65 LEC-, pensamos que cabe sentar una adecuada analogía *legis* entre el caso que nos ocupa, afectado de laguna, y lo dispuesto

---

[429] Como se contiene en el art. 393.1 LEC.

[430] Nos parece sumamente acertada la expresión de ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *Estudios*…, ob. cit., p. 73, «(…) *previsión de un proceso para evitar un proceso*».

[431] Esto se desprende con claridad meridiana de los ordinales 1º y 2º del art. 391 LEC.

[432] Lo considera posible ARIZA COLMENAREJO, M. J., «El cauce procesal…, ob. cit., p. 1308. Entendemos que se pronuncian en sentido contrario, CORDÓN MORENO, F., «Acuerdo alcanzado…, ob. cit., y ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *Estudios*…, ob. cit., p. 93.

[433] Cfr. ARIZA COLMENAREJO, M. J., «El cauce procesal…, ob. cit., p. 1310.

[434] Como sostiene BANACLOCHE PALAO, J., «Algunas reflexiones…, ob. cit., p. 135, que representa a un nutrido sector doctrinal.

en el art. 64.1 LEC para aquellos casos que por el demandado se haya advertido la falta de jurisdicción o de competencia funcional, objetiva o territorial -imperativa- del tribunal que está conociendo del caso. Según lo dispuesto en el art. 4.1 CC, para quepa la solución analógica, deberá hallarse un supuesto efectivamente regulado, que resulte semejante, y que quepa apreciar identidad de razón entre ambos supuestos. Podría considerarse en este sentido que lo que tienen ambos casos en común es que falta un presupuesto para la debida constitución de la relación procesal. En un caso, el tribunal carece de competencia -lo que afecta al elemento de la jurisdicción-. En el otro caso, no hay acción. En el primero de los supuestos, el legislador articula un mecanismo tendente a evitar que el proceso prosiga en su desarrollo por carecer de tan fundamental elemento. En el segundo de ellos, todo parece indicar que acontece exactamente lo mismo. Así pues, aplíquese la regulación relativa al plazo para formular la declinatoria al caso que nos ocupa. De esta forma, se podrá tomar como plazo máximo para plantear la cuestión sobre la *inimpugnabilidad* el de los diez primeros días del plazo para comparecer y contestar.

2.5. FORMALIZACIÓN DE LA CUESTIÓN

La cuestión debe contener, de entrada, un relato fáctico, que se corresponda con el supuesto de hecho de la norma infringida y relativo, también, a la denuncia extrajudicial, expresa y tempestiva, de la infracción[435].

A lo anterior le deberá seguir la propuesta de juicio de (no) subsunción de los anteriores hecho en uno de los supuestos típicos de infracción impugnable.

La solicitud del escrito de formalización deberá contraerse a la petición de que el tribunal declare, o bien la *impugnabilidad*, o bien la *inimpugnabilidad* (la improcedencia de la impugnación), con expresa imposición de costas a la parte contraria en el caso de que se oponga y resulte derrotada.

---

[435] Conviene recordar que hemos sostenido anteriormente que el examen de la efectiva y tempestiva denuncia de la infracción legal o de la lesión del derecho de información -que la LSC establece como un presupuesto de la legitimación, *ex* art. 206.5- debería formar parte de ese cuestionamiento que se lleva a cabo a través de la cuestión incidental de previo pronunciamiento.

2.6. SUSPENSIÓN DEL CURSO DE LAS ACTUACIONES

Nos topamos con la enésima laguna. La analogía la pretendemos establecer de nuevo con el régimen de la declinatoria y, en particular, con el art. 64.1 LEC, que sienta, como regla general, la suspensión del curso de las actuaciones, con interrupción del plazo para contestar la demanda, con independencia de quien haya sido el promotor del incidente[436].

En este sentido, conviene efectuar una importante matización. Se ha planteado, con razón en nuestra opinión, que quizás esa suspensión, general, de las actuaciones, no debiera alcanzar a las medidas cautelares[437]. En este sentido, la solución que se ha dado es excluir a las medidas cautelares del efecto suspensivo que se otorga a la incoación del incidente, amparándose, para ello, en una aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 64.2 LEC, que exime de tal efecto a las medidas cautelares que se hubieran podido adoptar en caso de promoverse la declinatoria de jurisdicción y competencia[438].

2.7. EL DEBATE CONTRADICTORIO

Obvio que la parte contraria podrá argumentar en relación con el juicio de (no) subsunción y alegará y pretenderá probar que no hubo tal denuncia extrajudicial o que de haberla, ni fue expresa, ni tampoco tempestiva.

Por los argumentos ya esgrimidos anteriormente, en relación con la controversia doctrinal sobre el *dies ad quem*, ni es el escrito de contestación el cauce adecuado para que el demandado -formule o se oponga a la cuestión incidental-, ni mucho menos un momento posterior -ya sea oral, como la audiencia previa o el inicio del juicio, ya sea escrito, bajo cualquier expediente procesal-.

Desde el punto de vista regulatorio, esta nueva laguna, se puede colmar sencillamente recurriendo a la tramitación que a este respecto se recoge en el

---

[436] Aunque se refiere al art. 392 LEC, menciona el efecto correspondiente en sede de declinatoria, CORDÓN MORENO, F., «Acuerdo alcanzado…, ob. cit.

[437] Por todos, NIETO DELGADO, C., «El incidente …, ob. cit., p. 113.

[438] Cfr. PICÓ i JUNOY, J., «Cuestiones…, ob. cit., pp. 99-100.

art. 65.1 LEC, para la declinatoria, que es, como venimos sosteniendo, la regulación analógica más apropiada a estos efectos.

Tanto en lo que hace al plazo de cinco días, como en cuanto a la forma escrita de la oposición, justo es reconocer que el régimen procedimental de la declinatoria es sumamente parco, razón por la cual no se atisba en colmar a su vez este último con las disposiciones contenidas en el art. 393.3 LEC, en sede de cuestiones incidentales.

Se abre un primer interrogante en absoluto desdeñable. Cabe preguntarse si se podrá alegar - ¿y probar?- que los hechos no son ni por asomo los que aduce la adversa. En nuestra opinión, no. Dos razones aducimos al efecto: primera, si también se pudiera discutir sobre eso, no se dejaría nada para la sentencia. Se efectuaría una anticipación completa del juicio. Segunda, y según se ha defendido anteriormente, es un juicio de subsunción, en abstracto, suponiendo la verdad de las afirmaciones de hecho del demandante.

Un segundo interrogante es el relativo a la celebración de vista. Nos inclinamos por la respuesta afirmativa atendido que la cuestión de la denuncia extrajudicial expresa y tempestiva, es un asunto fáctico. Por tanto, prueba y sin limitación de clase[439].

2.8. RESOLUCIÓN DE LA «CUESTIÓN»

Nos topamos con una nueva laguna. En nuestra opinión, el acto judicial resolutorio debe revestir forma de auto. Así lo impone el art. 206.1.2ª. II LEC, con mención explícita de las cuestiones incidentales.

El contenido de la resolución es sumamente sencillo: se cumplen, o no, los dos presupuestos que la LSC exige para que el proceso se desarrolle hasta sentencia definitiva, esto es, es abstractamente *impugnable* y el motivo de impugnación se manifestó extrajudicialmente, de forma expresa y tempestiva.

---

[439] Es lo que parece desprenderse de autorizadas opiniones doctrinales. Véanse, ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *Estudios*…, ob. cit., p. 97, GONZÁLEZ MOZAS, N., «La cuestión…, ob. cit., p. 311 y BANACLOCHE PALAO, J., «Algunas reflexiones…, ob. cit., p. 137.

La doctrina científica se ha planteado la posibilidad de que pudiera acontecer que, de primeras, el juez resolviese el carácter «esencial o determinante» de la infracción y, posteriormente, en la propia sentencia, cambiase de opinión, a la vista de la prueba practicada, por ejemplo[440]. A este respecto, conviene, en primer lugar, distinguir dos escenarios completamente diferentes. Y, luego, es preciso detenerse a examinar cuidadosamente ambos.

Estos dos distintos escenarios a los que nos acabamos de referir son los siguientes. Por un lado, puede acontecer que la infracción legal cometida en la génesis del acuerdo social sea de las que hacen a este último impugnable y que el actor lo denunció tempestivamente, pero que, posteriormente, no queden probados los hechos cuya subsunción abstracta en el tipo infractor se verificó inicialmente. Por otro lado, se suscita el interrogante de si un pronunciamiento inicial favorable a la subsunción abstracta puede abandonarse en la sentencia y mudarse por un pronunciamiento de signo contrario.

En cuanto al primero de los escenarios, lo juzgamos totalmente posible y no atenta en absoluto a una suerte de coherencia o congruencia interna del juzgador. La razón que aducimos para ello es la siguiente: el examen preliminar sólo se ocupa de la subsunción abstracta de unos hechos que se presumen verdaderos -a estos solos efectos- en alguno de los supuestos típicos de infracción (y, por ende, que se califican *prima facie* impugnables) y de la denuncia extrajudicial, expresa y tempestiva, de la infracción. Lo que no impide que esos hechos que, inicialmente, se presumieron ciertos a los solos efectos de su calificación abstracta como impugnables, posteriormente no resulten probados, de modo que en la sentencia el juez se incline por desestimar la demanda.

El segundo de los escenarios suscita un exigente problema procesal. En este caso lo que sucede es que se produce un cambio de calificación. Donde de primeras se apreció la posible subsunción de los hechos en un supuesto de *impugnabilidad*, por determinadas razones se cambia de parecer. Se nos vienen a la cabeza dos situaciones en las que esto pudiera acaecer. De un lado, en

---

[440] Así lo plantea, entre otros, CALAZA LÓPEZ, S., «La impugnación…, ob. cit., p. 23. También ARIZA COLMENAREJO, M. J., «El cauce procesal…, ob. cit., p. 1311.

aquel supuesto en que, en momentos posteriores del proceso, en primera instancia, se revela información inédita que afecta al juicio de subsunción. De otro lado, que se produzca un cambio en el titular del órgano judicial, de modo que el juzgador que conoció de la cuestión incidental sea distinto del que dicta la sentencia. Sea como fuere, lo decisivo es averiguar si el pronunciamiento inicial despliega alguna suerte de «eficacia prejudicial» con respecto de la sentencia.

Una observación trascendente antes de continuar. Este escenario requiere, forzosamente, que el pronunciamiento incidental sea favorable a la impugnabilidad abstracta del acuerdo social. De tal suerte que el proceso prosigue hasta sentencia definitiva. Pues bien, partimos de la base de que, tal y como hemos señalado antes, la resolución que resuelve el incidente debe revestir forma de auto. Añadimos -adelantando algo que se justificará en el siguiente epígrafe- que, cuando el auto sea de signo favorable a la impugnabilidad del acuerdo social, no cabrá interponer recurso alguno, sin perjuicio de que la parte disconforme pueda cuestionarlo a través del recurso de apelación que se formalice frente a la sentencia definitiva. De esto último se deduce que dicho auto deviene firme (*ex* 207.2 LEC). De lo que se deduce, a su vez, que pasa en autoridad de cosa juzgada (*ex* 207.3 LEC). En virtud de la *cosa juzgada formal,* el mismo juzgador que se ha pronunciado al respecto del «cuestionamiento» en un sentido no puede mudar su criterio posteriormente, porque, aunque se tratara de resolución distinta, infringiría lo dispuesto en el 207.3 LEC (además de afectar a la regla jurídico-procesal de la invariabilidad de las resoluciones judiciales tras su firma, *ex* art. 214.1 LEC). En virtud de la *cosa juzgada material negativa*, si cambiase el titular del órgano judicial, parece que tampoco podría mudar dicha decisión previa, firme, del anterior titular (*ex* art. 222.1 LEC[441]).

Puede darse todavía un paso más en el análisis. Podría sostenerse -si se acepta la extensión de las reglas jurídico-procesales sobre la cosa juzgada de las

[441] Precepto este que, al referirse exclusivamente a las sentencias, evidencia la existencia de una laguna legal con respecto de los autos, lo que, por vía de analogía *legis*, es posible resolver, aplicando el régimen previsto para las primeras a los segundos. Así lo entiende, sin referirse al supuesto de laguna normativa, NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal II. Proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 297-298.

sentencias a los autos- que este auto firme -que resuelve el «cuestionamiento» en sentido favorable a la *impugnabilidad*- prejuzga el juicio de subsunción abstracta y la denuncia extrajudicial, expresa y tempestiva del impugnante. Estos elementos que forman parte ineludiblemente de la decisión final, para la que sólo restaría la prueba de los hechos, deben permanecer invariados en la sentencia. Es más, deben adoptarse como elemento prefijado de la decisión y como tal deben ser incluidos en la motivación de esta última. La respuesta, por tanto, es negativa con respecto del inicial interrogante: no cabe, *secundum legem*, un cambio de criterio -suscitando inevitablemente una contradicción-. A menos que, claro está, se introduzcan en la litis determinadas circunstancias fácticas que justifiquen un diferente juicio de subsunción[442].

Con todo y ser relevante todo lo anterior, hemos dejado para el final el aspecto más espinoso de todos los que presenta este incidente, y no son pocos. Su problema principal radica en la eficacia procesal de la resolución que estime la *inimpugnabilidad* del acuerdo social. Se han barajado diversas posibilidades, que conviene revisar detenidamente.

Se ha hablado de que lo suyo sería la inadmisión de la demanda. Esta solución sería coherente con la idea -ya expuesta anteriormente- de que, según cierta interpretación posible del art. 204.3.I LSC, los supuestos de *inimpugnabilidad* son casos en los que se carece de acción de impugnación. La locución «tampoco procederá la impugnación» -del mencionado precepto- se puede interpretar como un enunciado jurídico cualificatorio, según el cual se califican tales supuestos como privados de acción judicial. La consecuencia jurídica apropiada para ello sería que cupiese la inadmisión a trámite de la demanda de verificarse que se trate de uno de ellos[443]. Sin embargo, y como también se ha razonado en un momento previo, la LSC no ordena al juez, según entendemos nosotros, que rechace de entrada aquella demanda por la que se pretenda la impugnación de un acuerdo social que, en abstracto, resulte *ininmpugnable*. Tampoco ofrece la

---

[442] En este punto, coincidimos plenamente con CALAZA LÓPEZ, S., «La impugnación…, ob. cit., p. 23.

[443] Intuimos la idea en GONZÁLEZ MOZAS, N., «La cuestión incidental…, ob. cit., pp. 289-316.

LEC cobertura alguna en este sentido, toda vez que las causas de inadmisión están tasadas y se reducen -según el art. 403.1 LEC- a una serie de supuestos tasados, contenidos todos ellos en la propia LEC -en este último precepto apostilla claramente que sólo cabrá en los supuestos previstos «en *esta* Ley» (la cursiva es nuestra)-[444]. Por consiguiente, concluimos que, en nuestra opinión, ningún enunciado jurídico, sustantivo o procesal, autoriza al juez a inadmitir la demanda en caso de que se trate de un acuerdo social *inimpugnable*. Añádase que, aun cuando cupiese -que no cabe- esta solución, el problema subsiguiente sería el de hacer efectiva procesalmente la inadmisión. Porque, para cuando se promoviese y todavía más se resolviese el incidente, la demanda ya se encontraría admitida[445]. Por consiguiente, debería operarse una suerte de *inadmisión retroactiva*, huérfana por completo de apoyatura normativa. Sin contar con que una resolución no puede ser modificada fuera de los procedimientos establecidos al efecto -que son, sustancialmente, los recursos legalmente previstos-.

Otra posible solución pasaría porque el juez acordase -como pronunciamiento subsiguiente a la declaración de *inimpugnabilidad* del acuerdo social- la finalización del proceso y su archivo[446], o, quizá, mejor dicho, su sobreseimiento. La dificultad que se presenta es difícilmente superable. No es posible subsumir el supuesto de hecho concreto -la inimpugnabilidad- en el propio de ninguna de las reglas jurídico-procesales cuya consecuencia jurídica es el sobreseimiento o forma análoga de conclusión prematura del procedimiento.

A nuestro parecer, este problema que es un caso de laguna debe colmarse nuevamente por la vía analógica. Persistiendo nosotros en defender que el tipo específico de incidente que mejor encaja con la peculiar idiosincrasia de la cuestión incidental de previo pronunciamiento de la LSC es el propio de la declinatoria de jurisdicción y competencia, proponemos la aplicación de la

---

[444] Compartimos las reflexiones, con matices, de GONZÁLEZ MOZAS, N., «La cuestión…, ob. cit., pp. 292-293.

[445] Esto ya ha sido advertido por GONZÁLEZ MOZAS, N., «La cuestión…, ob. cit., p. 293.

[446] Solución propugnada por GONZÁLEZ MOZAS, N., «La cuestión…, ob. cit., p. 293.

consecuencia jurídica prevista en el art. 65.2.I LEC. O, lo que es lo mismo, la abstención del juez del conocimiento del caso y el sobreseimiento del proceso.

2.9. RECURRIBILIDAD DE LA DECISIÓN

Otra laguna nos sale al paso en este punto. Esta vez nos inclinamos por recurrir al régimen de recursos en materia de jurisdicción y competencia que, a nuestro parecer, enlaza con la regulación de la declinatoria (de hecho, los arts. 66 y 67 LEC, siguen inmediatamente a los propios de la esta última institución).

En general, entendemos que resulta aplicable, analógicamente, el régimen previsto para todo aquel incidente cuyo desenlace sea una resolución que ponga fin al proceso (de forma prematura). En este sentido, nos parece también un supuesto perfectamente aplicable el recogido en el art. 393.5 LEC, relativo a la resolución de las cuestiones incidentales[447].

Obviamente, cuando la decisión sea favorable a la impugnabilidad del acuerdo social, en tanto que el proceso continuará, deberá proseguir por todos sus trámites. En tal caso, la parte insatisfecha con el signo de la resolución -del auto que resuelva el incidente- podrá replantear eventualmente su queja a través del recurso de apelación, si es que la sentencia definitiva es contraria a sus intereses procesales -lo que, por otra parte, recoge el mencionado art. 393.5 LEC-[448].

2.10. RÉGIMEN DE COSTAS

Obviamente, en el art. 204.3.II LSC no se efectúa la menor mención al respecto. Tampoco se contempla nada con respecto de las costas en el incidente previsto para la declinatoria -en los arts. 63 a 65 LEC-, que es el que hemos escogido como regulación para su aplicación analógica a la antedicha laguna. No obstante, tampoco la regulación de las cuestiones incidentales de la LEC contempla nada a este respecto.

Por tal motivo, la laguna la deberemos colmar por medio de la *analogia legis* con el art. 394 LEC, que establece lo procedente sobre la imposición de costas en la primera instancia. La razón para ello es la siguiente. Si, como los autores han

---

[447] Cfr. ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *Estudios*…, ob. cit., pp. 107 y 108.

[448] *Idem*.

expresado -de forma harto gráfica-, un incidente es un «mini-proceso»[449], o «un proceso dentro de otro proceso (principal)», entonces qué mejor regla jurídica que aquella que rige para el proceso principal.

Sin embargo, debemos adoptar una importante precaución. Para la efectiva imposición de costas debe verificarse discrepancia entre las partes. Esto sucederá, o bien cuando sea la sociedad demandada la que promueva la cuestión incidental, o bien sea el actor y aquella se oponga. Por consiguiente, si es el demandante quien instó la incoación del incidente, para que el juez declarase la impugnabilidad del acuerdo social, y la demandada no opusiese ninguna resistencia, no habrá lugar a la imposición de las costas a la parte demandada. Y esto es de todo punto compatible con la previsión del art. 394.1 LEC, porque en la medida en que la demandada no ha formulado ninguna pretensión -desestimatoria-, no podrá ver rechazadas «*todas sus pretensiones*».

III. LA CUESTIÓN INCIDENTAL EN RELACIÓN CON EL ART. 204.2 LSC

En un momento precedente, nos hemos ocupado de analizar la significación del este precepto. Ya nos ocupamos allí de reflexionar por qué en estos casos consideramos que sí se trata, inequívocamente, de un supuesto de inaccionabilidad[450]. Pero no esto lo que ahora nos ocupa.

Lo que concita nuestro interés en este momento es el hecho de que inexplicablemente este caso de *inimpugnabilidad* se ha extraído del ámbito objetivo de las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento de la LSC. Basta con leer el párrafo II del apartado 3º del art. 204 LSC para percatarse de que expresa, de forma nada dudosa, que este incidente sólo servirá para examinar la relevancia o trascendencia de los motivos de impugnación de «este apartado». Es preciso, pues, efectuar una detenida consideración sobre esta circunstancia.

---

[449] Así DE LA OLIVA SANTOS, A., y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2000, p. 559.

[450] Siguiendo a CORDÓN MORENO, F., «Acuerdo alcanzado…, ob. cit., quien habla de «falta de accionabilidad».

Aquí hay acuerdo social como hecho material histórico y como acto jurídico, sólo que ha sido privado de eficacia jurídica por el propio órgano social.

El interrogante, a nuestro parecer natural, es el de si cabría la inadmisión a trámite de la demanda. Partimos de la base de que casi con toda probabilidad el juez no lo sabrá. Lo que sí es poco dudoso es que, según el 403 LEC hay causas tasadas de inadmisión, entre las que no se cuenta la carencia de acción o, *tout court*, la inaccionabilidad. En nuestra opinión, no cabría la inadmisión a trámite de la demanda -suponiendo que el juez (o el LAJ, primero) supiese de la privación voluntaria de efectos del acuerdo social controvertido- porque no cabe dicha inadmisión aunque lo que se solicite sea absurdo, fraudulento, abusivo, etc., pues está en juego el 24.1 CE. La doctrina judicial entiende que su aplicación debe ser excepcional y extraordinaria[451].

Lo que sí parece posible es que, al enterarse la sociedad demandada, al ser emplazada, pudiera recurrir la resolución de admisión a trámite alegando precisamente que es *inimpugnable*. Podría prosperar porque la resolución de admisión no es procesalmente conforme a Derecho procesal en tanto que el 403 dice que sólo cabrá la inadmisión por las causas previstas en esta Ley, esto es la LEC, y no por lo previsto en otras Leyes, pero es en la propia LEC, concretamente en el 247.2 LEC, donde se establece que el tribunal deberá rechazar toda petición que entrañe fraude de ley o procesal. Consideramos que en la mayoría de los casos el actor tiene que saber que se ha privado de eficacia el acuerdo. Por consiguiente, lo prudente sería intentar esta vía, desde la perspectiva de la sociedad demandada.

Si no prosperase el anterior recurso frente a la resolución de admisión, también le cabe a la sociedad demandada reaccionar del siguiente modo:

(i) Sostener, en primer lugar, la existencia de una laguna aparente, pues este caso no está cubierto (regulado) por ningún enunciado jurídico.

---

[451] Merecen atención las reflexiones de GARBERÍ LLOBREGAT, J., «La improcedencia…, ob. cit., pp. 397-398.

(ii) En virtud del art. 4.1 CC, cabe analogía *legis* con el propio art. 204.2.I inciso 2º LSC, y se solicitará (tan pronto como se produzca el emplazamiento) el dictado de un auto de terminación del proceso por carencia originaria de objeto del proceso, ya que existe una identidad de razón evidente: si cabe el archivo cuando el acuerdo social deja de surtir efectos post demanda, con igual razón -o incluso más- si dejó de hacerlo ante demanda.

(iii) Por lo mismo que el anterior, pero la analogía se efectúa con el 204.3.II LSC en el sentido de cuestionar la *inimpugnabilidad* del acuerdo social, porque el 204.2 dice que no procederá la impugnación.

(iv) También puede basarse la sociedad demandada en el 11.1 LOPJ y peticionar con arreglo al 247.2 la inadmisión sobrevenida y el consiguiente archivo del proceso.

Disentimos rotundamente de que quepa aparejarlo a una excepción procesal, por la propia definición del 416.1 LEC y por tanto no se le podrá dispensar tal tratamiento en la audiencia previa por vía del 425 LEC.

Si las defensas anteriores no prosperasen, parece necesario replantear la cuestión en la contestación y asegurarse que esta controversia particular se pueda replantear desde una perspectiva sustantiva en segunda instancia, y no sólo como la infracción de normas procesales, que también.

IV. REFLEXIÓN FINAL

Analizada la regla jurídica contenida en el art. 204.3.II LSC, nos parece provechoso efectuar algunas consideraciones, unas propias de la sociología jurídica, y otras sobre las dos grandes debilidades de la cuestión incidental de previo pronunciamiento de la LSC que la desvirtúan casi por completo.

Desde la perspectiva de sociología jurídica, se pueden efectuar tres importantes consideraciones. La primera es que, de ordinario, según exponen señalados aplicadores jurídicos, la demanda de impugnación va acompañada de una petición de medidas cautelares (usualmente de suspensión de la eficacia del acuerdo). Curiosamente, es ahí, en la pieza de medidas cautelares, donde, indirectamente, se planteará la cuestión de la impugnabilidad, porque evidentemente forma parte del contenido propio de la decisión sobre el *fumus*

boni iuris. Por consiguiente, la sociedad demandada -a priori la más interesada en promover la cuestión incidental- no verá la necesidad de echar mano del expediente procesal que nos ocupa[452].

Todavía en el campo de la sociología jurídica, parece ser que la experiencia enseña dos cosas. Por una parte, que a la sociedad demandada no le suele interesar -si atisba que el acuerdo social es impugnable- recibir un revés judicial a las primeras de cambio, en forma de resolución favorable a la *impugnabilidad*. Por otra parte, que sólo cuando presagia una más que plausible derrota, la sociedad demandada echará mano de este expediente procesal a los solos efectos de ralentizar el proceso, para alejar la llegada de lo inevitable[453].

Expuesto lo anterior, son, a nuestro parecer, dos las principales razones que explican el discreto fracaso de la institución. En primer lugar, y menor en orden de importancia, según creemos, se encuentra la cuestión del objeto, preciso y exacto, de la cuestión incidental. Nosotros hemos efectuado una propuesta de lo que cabría entender por tal, pero debemos reconocer que nos movemos en un terreno sumamente inseguro, pues la imprecisión legal es tal que impide avanzar posturas con seguridad. Esto comporta, en todo caso, que los aplicadores otorguen a dicho objeto el contenido que más apropiado les parezca, lo que va en detrimento de la seguridad jurídica, pues «surgirán» tantas reglas, como aplicadores haya.

En segundo lugar, aunque primera en importancia, entendemos nosotros, se halla el asunto del contenido del pronunciamiento judicial en caso de que declare la *inimpugnabilidad* del acuerdo social. La innegable laguna legal que se advierte en este punto -una más entre las tantas que hay en este segmento específico del ordenamiento jurídico mercantil societario- será colmada por cada uno como mejor considere, admitiéndose, a la postre, casi cualquier opción analógica que

---

[452] Sobre el particular, y por extenso, véase NIETO DELGADO, C., ««El incidente…, ob. cit., p. 114.

[453] También a este respecto, nos remitimos a NIETO DELGADO, C., «El incidente…, ob. cit., p. 115.

se nos pueda pasar por la cabeza, sin perjuicio de que las más de las veces no concurrirá la identidad de razón que reclama el art. 4.1 CC.

CAPÍTULO 9: LA SENTENCIA EN LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE ACUERDOS SOCIALES

I. BREVE PREÁMBULO SOBRE EL PLANTEAMIENTO DEL CAPÍTULO

Por mor de la claridad expositiva, distinguiremos las sentencias desestimatorias de las de signo contrario. Abordaremos su análisis por separado y comenzaremos precisamente por las primeras, porque apenas presentan aspectos problemáticos. Son las estimatorias las que revisten una mayor complejidad.

II. LAS SENTENCIAS DESESTIMATORIAS FIRMES

2.1. SUCINTA NOTA INTRODUCTORIA

Consideramos sentencia desestimatoria, en la materia que nos ocupa, aquella resolución sobre el fondo, de carácter definitivo, que rechaza la pretensión impugnatoria, e indirectamente declara la validez del acuerdo social y su conformidad a Derecho material. Por consiguiente, preserva íntegramente la eficacia jurídica de aquél.

2.2. EFECTOS MATERIALES

No produce en absoluto toda vez que no supone la modificación de la realidad jurídica dada. Como acabamos de afirmar, se limita la sentencia a declarar, implícitamente, la corrección jurídico-material del acuerdo social impugnado.

2.3. EFECTOS PROCESALES

En este sentido, la sentencia (firme) sí comporta ciertos efectos de suma relevancia. Dos concretamente, de los que nos ocuparemos a continuación. Por una parte, la eficacia de cosa juzgada. Por otra parte, la modificación de determinada situación de tutela cautelar.

Efectivamente, la sentencia desestimatoria surte un efecto procesal fundamental cuando deviene firme[454]. Se dice que pasa en eficacia de cosa juzgada. Concretamente, aquella que se denomina material negativa (*ex* arts. 222.1 y 421 LEC) o también conocida como *non bis in idem* procesal[455]. Es decir, no cabe interponer una nueva demanda con el mismo objeto.

En este sentido, la LEC -del año 2000- introdujo una mejora en este aspecto, con respecto a lo dispuesto en el art.122.1 LSA, pues en esta última norma únicamente se aparejaba eficacia de cosa juzgada (material negativa) a las sentencias estimatorias, olvidándose de las desestimatorias[456].

A lo anterior se debe añadir otro mérito atribuible a la LEC en la cuestión que nos ocupa. Nos referimos a la extensión subjetiva de la cosa juzgada. En su art. 222.3.III, establece que dicha eficacia alcanza también a terceros sujetos, distintos a los que han configurado la relación procesal del litigio que culmina con sentencia desestimatoria firme. La aludida norma alude expresamente a los demás socios de la compañía que no hubieran litigado. Siendo lícito entender que incluye a aquellos sujetos que al tiempo de adoptarse el acuerdo social impugnado -sin éxito-, todavía no lo eran[457]. De lo contrario, se abonaría el terreno al fraude. Bastaría, por ejemplo, que un socio que lo era entonces vendiera su participación a otro sujeto que no lo fuera, para poder burlar con ello una interpretación rígida y puramente literal del art. 222.3.III LEC.

Loada la anterior aportación normativa procesal, es turno de revisar sus deficiencias. Nos sale al paso una de notable trascendencia que, quizá, evidencie cierto desconocimiento del detalle de la regulación societaria por parte

---

[454] Según el art. 207.2 LEC, «son resoluciones firmes aquellas contra las que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la Ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado».

[455] Cfr. NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal II. Proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 295-296.

[456] Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, A., «Sentencia», en *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades de capital*, VVAA, Bosch, Barcelona, 2015, pp. 486-487.

[457] Cfr. SANJUAN y MUÑOZ, E., «Art. 208. Sentencia estimatoria de la impugnación», en *Tratado de sociedades de capital. Comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la Ley de sociedades de capital*, P. Prendes, A. Martínez-Echevarría y R. Cabanas (dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 1244.

del legislador procesal civil. Siendo pacífico que no son los socios los únicos legitimados para promover la impugnación de acuerdos sociales, la referida eficacia de cosa juzgada solo alcanza a los primeros, olvidando a estos otros[458]. Desde una perspectiva de *lege ferenda*, convendría modificar el art. 222.3.III LEC en este sentido, pudiendo hacer referencia simplemente a cualquier sujeto legitimado para impugnar los acuerdos sociales (con lo que se cubriría especialmente la amplitud de potenciales legitimados en el caso de los acuerdos sociales contrarios al orden público).

Conviene señalar, por último, que la cosa juzgada se mide por la identidad entre los objetos de dos procesos (el que ya se tramitara y el que se pretende promover posteriormente) -como señala el art. 222.1 *in fine* LEC. La identidad debe verificarse con respecto a los tres elementos que conforman el objeto: los sujetos litigantes, las pretensiones formuladas -en estos casos, la impugnación de determinado acuerdo social- y el fundamento fáctico y normativo de las anteriores[459].

Sin embargo, existe, en la LEC, una regla jurídica complementaria de la anterior y que reviste una colosal importancia a los efectos que ahora nos ocupan. Aludimos al art. 400[460], apartado 1º, según el cual «cuando lo que se pida en la

---

[458] Cfr. ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *Estudios sobre el proceso de impugnación de acuerdos sociales*, edit. Dykinson, Madrid, 2015, pp. 228-229.

[459] Así se contemplaba tradicionalmente, como señala NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal*…, ob. cit., pp. 296-297. Este mismo autor plantea una forma de comparar los objetos procesales más adecuada y sencilla, en pp. 299-301.

[460] La STS 583/2023, de 21 de abril señala en cuanto al art. 400 LEC, citando a su vez una STS 331/2022 (Pleno), de 27 de abril: «(…) *Este tribunal, en su sentencia de pleno 331/2022 de 27 de abril* , compendiado los pronunciamientos más relevantes sobre el alcance de la cosa juzgada y su relación con la regla de la preclusión de alegaciones, rechazo el efecto negativo de la cosa juzgada de un litigio anterior donde se ejercitaba una acción declarativa y el posterior de condena, con base en la sentencia firme estimatoria del primer litigio **,** destacando que "el efecto de la sentencia firme del primer litigio era más positivo o prejudicial respecto del segundo litigio que negativo o excluyente, pues la pretensión de condena del banco al pago de una cantidad tenía como presupuesto la declaración de su responsabilidad en el litigio precedente.", estableciendo como elemento determinante que: "Es cierto que conforme a la citada jurisprudencia sobre los *arts. 400* y *222 LEC* , y más si estos se ponen en relación con el *art. 219 de la misma ley* , citado por el banco demandado en el recurso de apelación interpuesto en su día contra la sentencia de primera instancia, cabría sostener que la pretensión de condena al pago de los anticipos podría haberse formulado en el primer litigio, y desde este punto de vista tendría sentido apreciar la preclusión, pues no es admisible una multiplicación injustificada de litigios sobre cuestiones que puedan solventarse en uno solo ni promover dos pleitos cuando el interés del demandante pueda satisfacerse por completo en uno solo.” 3.- Como dijimos en la sentencia

demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior». Lo anterior cobra especial relevancia cuando se lo pone en relación con el segundo apartado de dicho precepto, que establece que «de conformidad con lo dispuesto en al apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste»[461].

Por consiguiente, cualquier motivo de impugnación que se pudiera plantear en un primer proceso, y que se descartara, no podrá constituir el fundamento de una segunda pretensión impugnatoria del mismo acuerdo social, en un posterior proceso judicial. De esta forma, queda impedida la posibilidad de efectuar varios intentos de impugnación, en aquellos supuestos en que, fracasado un planteamiento, se quiera probar suerte con motivos de impugnación diferentes[462].

---

posterior 772/2022 de 10 de noviembre "De la mencionada *sentencia 331/2022, de 27 de abril* , se desprende, como idea general, que la preclusión se justifica en la medida en que "no es admisible una multiplicación injustificada de litigios sobre cuestiones que puedan solventarse en uno solo". De hecho, afirma que, conforme a los *arts. 400*, *222* y *219 LEC*, en la relación entre una demanda previa de declaración de responsabilidad contractual y una demanda posterior de condena al pago de la indemnización resultante de dicha responsabilidad, "tendría sentido apreciar la preclusión, pues no es admisible [...] promover dos pleitos cuando el interés del demandante pueda satisfacerse por completo en uno solo". Y solo cabría excepcionar dicha regla cuando concurran circunstancias especiales que, por generar una incertidumbre sobre la responsabilidad del demandado, justificaran un interés legítimo en obtener un previo pronunciamiento declarativo en un primer procedimiento." (…)».

[461] Sobre el art. 400 LEC, véase DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., «El problema de los hechos nuevos o de nueva noticia que fundan nuevas causas de pedir», en *Principios y garantías procesales. Liber amicorum en homenaje a la Prof. Mª Victoria Berzosa Francos*, obra colectiva dirigida por J. Picó i Junoy, edit. J. M. Bosch, Barcelona, 2013, pp. 161-175, con un nutrido aparato bibliográfico.

[462] Señala GONZÁLEZ NAVARRO, A., «Sentencia», ob. cit., p. 487, que « quiere decir que incluso en el caso -ahora ya no tan hipotético, al suprimir la LMGC el plazo de cuarenta días de caducidad de la acción de impugnación- de que la sentencia desestimatoria de la pretensión de impugnación de un acuerdo ganase firmeza antes de finalizar el plazo de caducidad que contempla el artículo 205.1 LSC, no podrá incoarse un nuevo proceso de impugnación alegando la existencia de otras causas de anulación si éstas se conocían y pudieron invocarse al tiempo de interponer la primera demanda (…)»

Finalmente, y como segundo gran efecto de la sentencia desestimatoria firme, se alzarán las medidas cautelares otrora acordadas[463].

III. LAS SENTENCIAS ESTIMATORIAS FIRMES

3.1. PLURALIDAD DE EFECTOS

Cuando nos enfrentamos a las sentencias estimatorias firmes nos topamos con un amplio abanico de efectos. Los hay, primeramente, estrictamente procesales, que guardan relación con la eficacia de cosa juzgada, principalmente. Los hay, también de naturaleza sustantiva o material, que consisten sustancialmente en la privación de eficacia al acuerdo social impugnado. A lo que se añade, como una derivada inevitable, las consecuencias de esa ineficacia a cuantos otros acuerdos, actos y contratos se sucedieran en cierto modo pudieran tomar pie en el invalidado. Un efecto material colateral, pero de suma importancia, es el registral, cuando el acuerdo combatido constase inscrito o pendiente de inscripción[464].

En todo caso, para que se produzca esta diversa gama de efectos, procesales y sustantivos, y según ya hemos avanzado anteriormente, es menester que la sentencia estimatoria haya ganado firmeza[465].

3.2. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Lo primero que cumple señalar es que, en materia de efectos de la sentencia estimatoria (firme), la regulación es sumamente escasa[466]. El artículo capital en este sentido es el 208 de la LSC.

---

[463] Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, A., «Sentencia», ob. cit., p. 487.

[464] Cfr. GARNICA MARTÍN, J. F., «Efectos de la sentencia recaída en materia de impugnación de acuerdos sociales», *Boletín de Derecho mercantil*, 1 de febrero de 2013.

[465] Cfr. SANJUAN y MUÑOZ, E., «Art. 208. Sentencia estimatoria de la impugnación», en Tratado de sociedades de capital. Comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la Ley de sociedades de capital, P. Prendes, A. Martínez-Echevarría y R. Cabanas (dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 1243.

[466] Cfr. PÉREZ MILLÁN, D., «Los efectos de la sentencia de impugnación de aumentos de capital (art. 208 LSC)», en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, F. Rodríguez Artigas, I. Farrando y R. Tena (dirs.), edit. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, p. 527.

Curiosamente, este precepto, manifiestamente mejorable[467], habida cuenta la gran controversia que ha generado en cuanto a su interpretación y aplicación, no fue objeto de revisión con ocasión de la reforma de 2014, a través de la Ley 31, por la que se modificó la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo[468].

En muchos de los aspectos de la materia que nos concierne se aprecian evidentes lagunas. Uno de los aspectos donde la laguna presenta peores consecuencias para intérpretes, aplicadores y operadores es el de la propagación de los efectos invalidantes del acuerdo social con respecto de los acuerdos, actos y contratos habidos con posterioridad que, de forma directa o indirecta, guarden relación con el invalidado. En este punto, tanto doctrina, como jurisprudencia, se han visto forzados a tener que alumbrar soluciones eficaces, a la vez que garantistas, teniendo que sentar criterios de forma casuística, lo que genera cierta inseguridad jurídica[469].

En definitiva, la regulación legal de los efectos de las sentencias estimatorias firmes es infeliz, calificándose de materia polémica[470], complicada[471], compleja[472] y problemática[473].

---

[467] Se pronuncia negativamente MARINA COLL, R., «Efectos de la sentencia estimatoria de impugnación de acuerdos sociales», en M. B. González Fernández (dir.), *Los acuerdos sociales*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 1573.

[468] Cfr. SANJUAN y MUÑOZ, E., «Art. 208…, ob. cit., p. 1243.

[469] Véase la crítica de MASSAGUER, J., «La propagación de la ineficacia de los acuerdos de la junta general de las sociedades de capital», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 319, enero-marzo 2021, pp. 25-26.

[470] Así, PÉREZ MILLÁN, D., «Los efectos…, ob. cit., p. 527.

[471] *Idem*.

[472] Así, ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Rafael, «Los efectos materiales de las sentencias firmes estimatorias de la impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital (especial consideración a la ineficacia del acuerdo de aplicación del resultado)», en M. B. González Fernández (dir.), *Los acuerdos sociales*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 1585.

[473] En este sentido, LARA GONZÁLEZ, Rafael, «Impugnación sucesiva de cuentas anuales: el efecto arrastre (204.1 LSC)», en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, F. Rodríguez Artigas, I. Farrando y R. Tena (dirs.), edit. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, p. 300.

3.3. EFECTOS PROCESALES

Por de pronto, sirva lo afirmado antes en relación con la eficacia procesal de la sentencia estimatoria firme en relación con la eficacia de cosa juzgada.

Lo distintivo de las sentencias estimatorias firmes es que adquiere singular relevancia la eficacia material positiva de la cosa juzgada. Surte eficacia prejudicial, como antecedente lógico, en todos aquellos procesos judiciales posteriores que indirectamente guarden relación con el acuerdo social invalidado[474].

3.4. EFECTOS MATERIALES

3.4.1. UNA CUESTIÓN PREVIA: CONTENIDO DEL PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL ESTIMATORIO

Se antoja una cuestión sumamente problemática. De primeras, cabría pensar que la sentencia estimatoria firme de una pretensión impugnatoria -en aquellos casos en que no se funda en ser el acuerdo social contrario al orden público- reviste eficacia constitutiva y, en consecuencia, produce efectos *ex nunc*. Lo que podría entenderse es que lo que hace el juez es manifestar la disconformidad a Derecho del acuerdo social cuestionado. La consecuencia única posible -que es pacífica, como iremos viendo- es que el tribunal priva de eficacia, de efectos jurídicos, al acuerdo social[475]. Pero parecería lógico que este efecto se produjera

---

[474] Cfr., por todos, ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *Estudios*…, ob. cit., p. 228. También SANCHO GARGALLO, I., «Art. 208. Sentencia estimatoria de la impugnación», en *Comentarios de la Ley de sociedades de capital*, J. A. García-Cruces e I. Sancho (dirs.), edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p., 2931.

[475] Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, A., «Sentencia», ob. cit., p. 483. El «resultado» de la ineficacia es reconocido por toda la doctrina: SANCHO GARGALLO, I., «Art. 208. Sentencia estimatoria de la impugnación» , en *Comentarios de la Ley de sociedades de capital*, J. A. García-Cruces e I. Sancho (dirs.), edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 2932; MARINA COLL, R., «Efectos de la sentencia estimatoria de impugnación de acuerdos sociales», en M. B. González Fernández (dir.), *Los acuerdos sociales*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 1576; ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., «Los efectos materiales de las sentencias firmes estimatorias de la impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital (especial consideración a la ineficacia del acuerdo de aplicación del resultado)», en M. B. González Fernández (dir.*), Los acuerdos sociales*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 1602.

en el momento de ganar firmeza la sentencia, esto es, *ex nunc*.[476] Porque es pacífico que si no se registra la impugnación -o no se efectúa tempestivamente- el acuerdo social resulta convalidado[477].

Asimismo, y siguiendo con esta aproximación, en el caso de los acuerdos sociales contrarios al orden público las cosas serían por completo diferentes. La sentencia estimatoria sería de naturaleza meramente declarativa, por lo que produciría efectos desde el momento mismo de la adopción del acuerdo, o sea, *ex tunc*[478].

Ahora bien, y desde otra perspectiva, lo que se sostiene es que el contenido propio de una sentencia estimatoria es una declaración de ineficacia[479]. También se ha defendido, en expresión semejante, que lo que se declara es la nulidad del acuerdo social[480]. Lo que parece entrar en contradicción con aquello primero que expresamos, aunque realmente no es así. Lo que lo explica es la notoria diferencia que existe entre el régimen jurídico de la impugnación de acuerdos sociales anterior a la reforma de 2014 y el subsiguiente. A partir de esta última, ya no rige la tradicional distinción entre *nulidad* y *anulabilidad* de los acuerdos, con la consiguiente traslación mecánica de dichas categorías en el plano del derecho civil contractual[481].

---

[476] Así, CALAZA LÓPEZ, S., «La impugnación de acuerdos sociales irrumpe en un nocivo hábitat procesal de conceptos jurídicos indeterminados», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 57, 2022, p. 27.

[477] ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., «Los efectos materiales de las sentencias firmes estimatorias de la impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital (especial consideración a la ineficacia del acuerdo de aplicación del resultado)», en M. B. González Fernández (dir.), *Los acuerdos sociales*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 1596.

[478] Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, A., «Sentencia», ob. cit., p. 483.

[479] Lo plantean en estos términos PÉREZ MILLÁN, D., -en «Los efectos…, ob. cit., p. 528-, y SANCHO GARGALLO, I., «Art. 208…, ob. cit., p. 2932.

[480] Cfr. SANJUAN y MUÑOZ, E., «Art. 208…, ob. cit., p. 1244, MARINA COLL, R., «Efectos…, ob. cit., p. 1576 y ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., «Los efectos…, ob. cit., p. 1594.

[481] En palabras de SANJUAN y MUÑOZ, E., -en «Art. 208…, ob. cit., p. 1244- «esa declaración tenía su distinción anterior en la eficacia constitutiva en supuestos de anulabilidad y declarativa en supuestos de nulidad.». En igual sentido, SANCHO GARGALLO, I., «Art. 208…, ob. cit., p. 2932.

El régimen actual dota a la impugnación de acuerdos sociales de una serie de singularidades propias[482]. Partiendo de que efectivamente se declara ineficaz el acuerdo, es indiscutible que el mismo dejará de producir efectos jurídicos[483]. El problema radica en dos aspectos que conviene no perder de vista. Por una parte, el acuerdo social invalidado habrá producido efectos, desde su adopción, proyectándose indefectiblemente en acuerdos, actos y contratos posteriores[484]. Por otra parte, y según la teoría clásica de la invalidez de los contratos, habría que asignar eficacia *ex tunc* para los supuestos de nulidad -nulidad radical o de pleno Derecho, si se prefiere- y eficacia *ex nunc* para los supuestos de anulabilidad[485]. El planteamiento novedoso de 2014 radicaba precisamente en distanciarse de esta última estructura, sustentando la nueva construcción en la piedra angular de la ineficacia, que se declara. Lo que permite, a nuestro entender, modular esa ineficacia en los planos temporales (pudiendo retrotraer dicha ineficacia al momento de la adopción del acuerdo -lo que no era posible desde la perspectiva de la anulabilidad-) y subjetivo (en relación con la posible tuición de los terceros de buena fe)[486].

Aunque la ineficacia comporta, *prima facie*, la retroactividad de los efectos de la declaración al momento de adoptarse el acuerdo social -eficacia *ex tunc*- y con respecto a todo sujeto, directa o indirectamente ligado con aquél -eficacia *erga omnes*-, el planteamiento vigente establece que dicha retroactividad, ni es

---

[482] Cfr. SANCHO GARGALLO, I., «Art. 208…, ob. cit., p. 2933 y ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., «Los efectos…, ob. cit., p. 1596.

[483] Cfr. SANJUAN y MUÑOZ, E., -en «Art. 208…, ob. cit., p. 1244

[484] *Idem*.

[485] *Idem.*

[486] SANJUAN y MUÑOZ, E., - en «Art. 208…, ob. cit., p. 1244- lo expresa del siguiente modo: «(…) el régimen (…) que se quiere es un régimen particularizado de la anulabilidad focalizado en los acuerdos societarios partiendo de la necesidad de proteger los mismos frentes a ataques indiscriminados y por razones esenciales de seguridad jurídica. La sentencia en sí conlleva la invalidez del acuerdo sea cual sea la necesidad y posibilidad de remover los efectos producidos por el acuerdo afectado y que habrá que atender en cada caso conforme al nuevo sistema, pero en cualquier caso la eficacia ex tunc de la nulidad declarada del acuerdo sigue siendo válida en cualquier supuesto puesto que lo que se declara es que el mismo, cuando se adoptó, vulneró cualesquiera de los supuestos que permiten su impugnación y por lo tanto no se acordó debidamente en su origen».

automática, ni es absoluta[487]. Esto último comporta que la declaración de ineficacia no elimina todo efecto posible, directo o indirecto[488]. Especialmente, si atendemos a la más que probable existencia de acuerdos, actos y contratos acontecidos con posterioridad a la adopción del acuerdo. Acontece, por tanto, una suerte de modulación del alcance de la declaración de ineficacia en el ámbito societario, dirigida a salvaguardar la seguridad jurídica y el tráfico mercantil[489]. Dicho de otra forma, dicho alcance no resulta de una previa conceptualización jurídica, sino que atiende más bien a las circunstancias del caso[490].

Por tanto, la declaración de ineficacia comporta, con respecto del propio acuerdo social, lo único que estimo que significa es que ni obliga a los socios -y al órgano ejecutivo- a observarlo y cumplirlo, ni es más una ulterior concreción del contrato de sociedad. Luego está la cuestión de si este efecto lo situamos en el mismo momento de la adopción del acuerdo, o no, y si le afecta a todos los sujetos vinculados, directa o indirectamente, con el mismo, o no. Lo que, a su vez, guarda una más que estrecha relación con las implicaciones que ello comporte con los acuerdos, actos y contratos posteriores a la adopción del que haya sido declarado ineficaz.

3.4.2. SOBRE LA ESPINOSA CUESTIÓN DE LA PROPAGACIÓN DE LA INEFICACIA DEL ACUERDO SOCIAL IMPUGNADO

Corresponde abordar esas consecuencias *ad extra* de la declaración de ineficacia que conlleva la sentencia estimatoria de la impugnación del acuerdo social.

---

[487] Cfr. SANCHO GARGALLO, I., «Art. 208…, ob. cit., p. 2932. También MARINA COLL, R., «Efectos…, ob. cit., p. 1577.

[488] Cfr. SANCHO GARGALLO, I., «Art. 208…, ob. cit., p. 2932. ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., «Los efectos…, ob. cit., p. 1600, se refiere a la relatividad de los efectos.

[489] SANCHO GARGALLO, I., «Art. 208…, ob. cit., p. 2933.

[490] SANCHO GARGALLO, I., «Art. 208…, ob. cit., p. 2933-2934. MARINA COLL, R., «Efectos…, ob. cit., p. 1582, expone que el alcance *ex nunc* o *ex tunc* dependerá del caso y del tipo de acuerdo.

Como ya se ha expuesto, la doctrina tradicional dibujaba un panorama en el que la invalidez del acuerdo social, instituida judicialmente, operaba *ex tunc*, *erga omnes* y, por expresarlo gráficamente, «arrastraba todo a su paso»[491].

Actualmente, se piensa más bien en recuperar la situación anterior a la adopción del acuerdo o, incluso, mejor que esto, regularizar la situación actual[492]. Y he aquí que viene haciendo fortuna la «tesis de las medidas de regularización», que son, a todas luces, más conservadoras, o menos drásticas, según se mire[493]. Buena muestra de ello es que la propia DGRN alude, como un ejemplo a seguir, a la tendencia que se va consolidando, en este sentido, en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno[494]. Lo que no quita, por otra parte, que algunos de los elementos teóricos que conforman dicha tesis resulten discutibles[495].

Sea como fuere, lo que hoy en día no hay, o al menos no debiera haberlo, es una suerte de *restitutio in integrum* societaria con ocasión de la invalidación de un acuerdo social impugnado. Y ello porque así lo exige la seguridad jurídica, como preconiza nuestra Constitución, en su art. 9.3[496].

Sentado lo anterior, es momento de acercarnos más al punto más candente de este asunto. Es casi inevitable que encontremos acuerdos, actos y contratos conectados estructuralmente o dependientes, según los casos, con el acuerdo social declarado ineficaz. Incluso, nos podemos topar con actos jurídicos posteriores contradictorios con la propia ineficacia del acuerdo social devastado[497]. Y, además, habrá terceros (sujetos jurídicos completamente ajenos a la sociedad, como puedan ser acreedores, proveedores, etc.[498]) que,

---

[491] Esta idea se encuentra en PÉREZ MILLÁN, D., «Los efectos…, ob. cit., p. 529.

[492] *Idem*.

[493] *Ibidem*, pp. 530-531.

[494] LARA GONZÁLEZ, R., «Impugnación sucesiva de cuentas anuales: el efecto arrastre (204.1 LSC)», en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, F. Rodríguez Artigas, I. Farrando y R. Tena (dirs.), edit. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, p. 304.

[495] PÉREZ MILLÁN, D., «Los efectos…, ob. cit., p. 532.

[496] LARA GONZÁLEZ, R., «Impugnación…, ob. cit., p. 305.

[497] SANJUAN y MUÑOZ, E., «Art. 208…, ob. cit., p. 1244.

[498] MARINA COLL, R., «Efectos…, ob. cit., p. 1578.

por ser considerados de buena fe, no pueden verse inmersos en ese «efecto arrastre», del que venimos hablando[499].

Llegamos, pues, al momento de centrarnos en el análisis de la propagación de la ineficacia de los acuerdos sociales invalidados a otros acuerdos sociales, actos y negocios posteriores[500].

El problema principal radica en que la LSC carece de regla jurídica alguna que regule la propagación, aunque sí alberga reglas que permiten, a través de su interpretación, entresacar posibles reglas, susceptibles de aplicación (por ejemplo, y entre otras, los arts. 278 o 344)[501].

En definitiva, lo interesante es que sí contamos con cierto fundamento normativo para operar la propagación de la ineficacia, pero, desde luego, no de forma automática, ciega y drástica. Por el contrario, debemos abordar el asunto de forma casuística[502].

La noción de «(…) propagación de la ineficacia de un acto o contrato consiste en la extensión de los efectos de su ineficacia a otros actos o contratos, generalmente posteriores, sea porque estos segundos son necesarios para culminar y hacer efectivo en el plano de los hechos y del Derecho el propósito práctico del primero, sea porque los segundos tienen como presupuesto jurídico o condición de utilidad y sentido práctico la existencia y validez de aquel primero»[503].

Reviste especial interés esclarecer cómo se discrimina entre lo que se ve afectado por la propagación, y lo que no. Es menester disponer de ciertos criterios para llevar a cabo la criba al respecto. Y he aquí que resulta sumamente útil aplicar la «tesis de la desvinculación». Lo que debe explorarse la naturaleza,

---

[499] Cfr. SANJUAN y MUÑOZ, E., «Art. 208…, ob. cit., p. 1245.

[500] La terminología y el planteamiento son propios de MASSAGUER, J., «La propagación de la ineficacia de los acuerdos de la junta general de las sociedades de capital», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 319, enero-marzo 2021, pp. 23-52.

[501] *Ibidem*, p. 35.

[502] *Idem*.

[503] MASSAGUER, J., «La propagación…, ob. cit., p. 25.

la calidad, o, quizá, mejor, la intensidad de la conexión entre el acuerdo social declarado ineficaz y todos esos otros actos jurídicos que le siguen[504].

A tal fin, se han elaborado tres parámetros, que, en nuestra opinión, se antojan de una indudable utilidad práctica: los supuestos de *conexión inmediata*, los casos de *condicionalidad lógico-jurídica* y, por último aquellos otros en que unos son *consecuentes* -normalmente temporales- de otro[505].

Con respecto de los primeros (supuestos de conexión inmediata) se trataría de casos en que el acuerdo, acto o contrato posterior trae causa del acuerdo social declarado ineficaz. Un ejemplo muy esclarecedor es el acto jurídico del efectivo abono del dividendo que ha sido previamente acordado a través de un acuerdo social invalidado. Obvio es decir que, sin el segundo, el primero no se habría producido nunca, pues la causa jurídica, el título jurídico que respaldan la traslación dineraria es precisamente el acuerdo social de distribución de dividendos[506].

En lo que hace a los segundos (los que hemos dado en denominar casos de *condicionalidad lógico-jurídica*), se trata de «(…) actos fundados en el acuerdo social impugnado (…) que, a diferencia de los de ejecución [los del grupo precedente], poseen un objeto y causa distintos de los del acuerdo impugnado, pero respecto de los que este es u opera de presupuesto sustantivo»[507]. Ocurre

---

[504] *Ibidem*, p. 37.

[505] Nos basamos en el planteamiento de MASSAGUER, J., «La propagación…, ob. cit., p. 37: «(…) actos que traen causa inmediata del acuerdo impugnado, por medio de los que se ejecuta o da cumplimiento a lo acordado; actos que tienen su fundamento en el acuerdo impugnado, respecto de los que este constituye presupuesto de validez o sentido y utilidad práctica y, en fin, actos consecuentes o solo circunstancialmente relacionados con el acuerdo impugnado, que solo se presenta como un antecedente lógico-fáctico de aquellos».

[506] Más ampliamente, MASSAGUER, J., «La propagación…, ob. cit., p. 37, del que tomamos esta explicación: «los actos que traen causa del acuerdo social impugnado son actos, contratos y acuerdos de ejecución, necesarios para que aquel tenga las consecuencias que, en el plano de los hechos y el Derecho, le son propias, y este es justamente el propósito práctico de su realización y el efecto buscado y alcanzado con ella. Aún más, son actos explícita o implícitamente programados en el acuerdo impugnado, que no solo dan naturaleza material a lo acordado, sino que son propiamente un efecto directo del acuerdo impugnado».

[507] Según MASSAGUER, J., «La propagación…, ob. cit., p. 38, MASSAGUER, J., «La propagación…, ob. cit., pp. 38-39, «Los actos fundados en el acuerdo social impugnado son actos que, a diferencia de los de ejecución, poseen una estructura negocial propia y, en particular, poseen un objeto y causa distintos de los del acuerdo impugnado, pero respecto de los que este es u opera a modo de presupuesto sustantivo. Así sucede con los actos cuya eficacia está

de este modo en aquellos actos cuya eficacia está condiciona a la adopción de un determinado acuerdo social, por exigirlo la Ley, tal como acontece con los acuerdos de reducción y aumento de capital simultáneos, en los que la eficacia de la reducción se encuentra sujeta a la eficacia del aumento de capital social (*ex* art. 344 LSC). Se trataría de supuestos de condicionamientos fuertes, de modo que uno es presupuesto lógico-jurídico de otro[508].

En este último grupo de casos, «(…) la ineficacia del acuerdo social se extiende al acto que tiene como fundamento (…) el acuerdo impugnado, ya que si la existencia del acuerdo (y su validez) es presupuesto -sea legal o voluntario (explícito), sea natural (implícito)- de su realización o, desde otro ángulo, determina la necesidad de concluirlo, la ineficacia del primero deja a los segundos sin razón de ser, sin fundamento sustantivo o práctico. De forma más precisa, la ineficacia del acuerdo social equivale a la verificación de una condición resolutoria de los segundos, puesto que la pervivencia del acuerdo impugnado es precisa para que el acto posterior posea un requisito legal o tenga sentido práctico al menos para la sociedad y, con ello, una condición resolutoria implícita admisible porque la contraparte no podría haber rechazado de buena fe que se incluyera el contrato dependiente o, por extensión, no podría haberse dejado diligentemente de integrar en el acto o acuerdo dependiente»[509].

Por último, toca el turno a los meramente consecuentes: «Los actos consecuentes, en el sentido de coherentes, con el acuerdo impugnado son actos que lo tienen simplemente por antecedente, cuya relación con el acuerdo impugnado se limita a ajustarse formal y materialmente a la reglamentación de la sociedad que estableció el acuerdo impugnado precisamente porque, hasta la sentencia que estima la demanda de impugnación, es obligatorio y ejecutable

---

condicionada a la adopción de un determinado acuerdo social, anterior o posterior, porque así se ha previsto legalmente, como sucede en los acuerdos de reducción y aumento de capital simultáneos, en los que la eficacia de la reducción está sujeta a la eficacia del aumento del capital social (art. 344 LSC), o en el propio acuerdo afectado, que somete su eficacia a la adopción de otro».

[508] Sobre esta categoría, MASSAGUER, J., «La propagación…, ob. cit., pp. 37-38.

[509] MASSAGUER, J., «La propagación…, ob. cit., pp. 39-40.

(…) y sus previsiones deben observarse inexcusablemente para el regular funcionamiento de la sociedad.[510]»

«En este grupo de casos no concurre, como se ve, la clase de conexión que justifica la propagación; en particular, los actos consecuentes con el acuerdo impugnado no comparten su estructura, ni está su validez sujeta a la eficacia del acuerdo que establece el marco de actuación en que ha de desenvolverse la sociedad, ni necesitan de su eficacia para alcanzar el resultado práctico que le es propio. Por consiguiente, debe negarse que la ineficacia del acuerdo impugnado arrastre por sí la de los actos de este grupo de casos. Otra solución sería, a nuestro juicio, del todo contraria a los objetivos institucionales y exigencias normativas de la regla de inmediata obligatoriedad y ejecutabilidad de los acuerdos sociales (…). Así, la declaración de ineficacia del nombramiento del administrador único de la compañía no determina la de los acuerdos de las juntas que se celebren con posterioridad por el solo hecho de que, como era debido, fueran convocadas por ese administrador (…)»[511]. En este sentido se pronuncia la STS 58/2014, de 12 de febrero: «*A efectos de agotar el razonamiento, este tribunal ya se ha pronunciado en el sentido de que la anulación judicial de la junta general en que se nombró el administrador social no produce un "efecto arrastre" que determine la nulidad de los acuerdos*

---

[510] *Ibidem*, p. 40. «En particular, son actos respecto de los que el acuerdo impugnado solo es un antecedente lógico-fáctico que configura la situación jurídica de la que parten y en la que se encuadran, pero no se realizan a causa suya ni requieren su existencia para ser ellos mismos eficaces o simplemente útiles. Se trata, por tanto, de actos cuya relación con el acuerdo impugnado es meramente circunstancial, que, a diferencia de los actos de ejecución, no materializan el cambio de la reglamentación contractual de la sociedad decidido por la junta mediante el acuerdo impugnado, y que, a diferencia de los actos que lo tienen como presupuesto, no necesitan la adopción del acuerdo impugnado (ni su eficacia) para concluirse válidamente o simplemente para tener sentido y utilidad práctica».

[511] *Idem*, p. 40. «Por otra parte, la ineficacia del acuerdo social impugnado no se propaga a los contratos (no societarios) hechos por la sociedad con terceros para los que el acuerdo impugnado solo es un antecedente lógico-fáctico, y ello todavía menos si se tiene presente que el fundamento de la ineficacia del acuerdo social se debe en este ámbito a un exceso en los límites que acotan la capacidad de autorreglamentación por mayoría que se reconoce a la sociedad, lo que no deja de ser un suceso interno a una de las de las partes del contrato cuya eficacia se quiere poner en cuestión. Esto es así, como se ha dicho, incluso en el caso de que la posición de los terceros traiga causa en última instancia de la intervención de la junta general en los asuntos de gestión, puesto que esa intervención (…) se agota en el ámbito interno de la sociedad (…).»

adoptados en las juntas convocadas por dicho administrador (sentencia núm. 37/2012, de 23 de febrero (…)»

A continuación, y, por último, en lo que a este asunto de la «propagación» respecta, corresponde analizar cómo opera: «(…) El título que determina que la ineficacia del acuerdo impugnado se extienda a la posición que socios o terceros ocupan en la relación con la sociedad derivada de actos, contratos o acuerdos afectados por la propagación[512]». Lo que se consigue, según la doctrina, con arreglo a dos bases o fundamentos: «En primer término, la propagación de la ineficacia del acuerdo social impugnado es una consecuencia o efecto sustantivo de la propia ineficacia del acuerdo derivada de su impugnación, y no del defecto estructural o circunstancia que en el plano sistemático explica y funda la extensión de la ineficacia del acuerdo al acto, contrato o acuerdo relacionado. Por ello, la propagación no requiere en rigor un juicio de ineficacia ulterior. En segundo término, si bien es cierto que, en el plano procesal, los efectos de la sentencia que declare la ineficacia del acuerdo impugnado solo afectan a la sociedad y a todos los socios, no lo es menos que, en el plano sustantivo, produce efectos frente a todos, en el sentido de que, salvo que sea de aplicación una regla que excepcionalmente tutele la posición ganada frente a la sociedad, nadie podrá valerse frente a la sociedad de derechos nacidos de actos, contratos y acuerdos que pierdan su eficacia por virtud de la propagación de la ineficacia del acuerdo impugnado.»[513]

3.4.3. UN SUPUESTO DIFÍCIL: LA ESTIMACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN DE LAS CUENTAS ANUALES DE UN EJERCICIO CON RESPECTO DE LAS DE EJERCICIOS POSTERIORES

El problema planteado es bien sencillo en cuanto a su formulación. Dadas unas cuentas anuales, con determinado contenido preciso, que han sido aprobadas y, sucesivamente, impugnadas, lo que cabe preguntarse es qué deba hacerse en relación con la inevitable formulación y aprobación de las cuentas anuales de los

[512] *Ibidem*, p. 49.

[513] *Idem*.

ejercicios sociales siguientes. Y, lo que es más importante, si la impugnación de las primeras prosperase, es razonable pensar que pudiera arrastrar a las siguientes. La razón es obvia: las siguientes habrán debido partir necesariamente, cuanto menos, de algunas magnitudes recogidas en las impugnadas, que por ellas mismas o por conexión con otras, puedan haber sido censuradas[514].

A nuestro juicio, el Tribunal Supremo[515] se ha posicionado tradicionalmente en contra del «efecto arrastre». Pero debemos matizar dicha postura. Lo que sostiene claramente es que no podrán verse arrastradas las aprobaciones de cuentas anuales que se hayan producido durante la tramitación del proceso judicial y antes de que se haya desvelado el resultado del pleito. Y estimada la impugnación, sencillamente se tendrá que tomar en consideración -a la hora de formularlas- lo que resultara en la sentencia, que deberá «aplicarse» a futuro[516]. Por su parte, la jurisprudencia menor sigue la senda trazada por el alto Tribunal[517].

---

[514] Se ocupa de la cuestión de forma monográfica LARA GONZÁLEZ, R., «Impugnación sucesiva de cuentas anuales: el efecto arrastre (204.1 LSC)», en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, F. Rodríguez Artigas, I. Farrando y R. Tena (dirs.), edit. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, Y plantea el problema en p. 300. «La separación temporal de ejercicios económicos de las sociedades de capital exige que las cuentas anuales de cada uno de ellos sean formuladas y aprobadas con la periodicidad requerida por la ley, concibiéndose las misma como el "producto final" de un complejo proceso de actividad contable, siendo además las cuentas generalmente confeccionadas siguiente el principio de "empresa en funcionamiento" [*ex* art. 38 a) Cocom] y debiendo formularse necesariamente pues también a la luz de las precedentes, con independencia de que éstas hayan sido impugnadas»

[515] STS nº 589/2012, de 18 de octubre. Véase al respecto, SANJUAN y MUÑOZ, E., «Art. 208…, ob. cit., pp. 1248-1249. También MARINA COLL, R., «Efectos…, ob. cit., pp. 1581-1582.

[516] Así, LARA GONZÁLEZ, R., «Impugnación…, ob. cit., p. 301, quien afirma que «(…) nuestro Alto Tribunal entendió que la impugnación de las cuentas anuales de un ejercicio anterior no afecta, en principio, a las cuentas de los ejercicios posteriores aprobadas antes de que alcance eficacia la estimación de la impugnación, en cuanto que la nulidad de las cuentas impugnadas no provoca la nulidad de todas las cuentas anuales de los ejercicios posteriores que se basaron en la información contable contenida en las cuentas impugnadas. Ni es necesario, una vez que consta la firmeza de la anulación de las cuentas, que se corrijan todas las demás cuentas de los ejercicios posteriores aprobadas mientras estaba pendiente la impugnación, sin perjuicio de que, en las siguientes cuentas pendientes de aprobación, se tengan en consideración las correspondientes modificaciones».

[517] Así, por ejemplo, la SAP Las Palmas, sec. 4ª, de 22 de julio de 2014, que expresa que las posteriores sólo podrán impugnarse por defectos intrínsecos, pero no como efecto derivado de la impugnación de las cuentas anuales previas. Supuesto tomado de LARA GONZÁLEZ, R., «Impugnación…, ob. cit., pp. 302-304.

Frente a esta postura, que a nuestro modo de ver es la dominante, se alzan voces críticas. Se ha defendido que la nulidad del acuerdo de aprobación de cuentas debe conllevar el aludido «efecto arrastre» y la regla general de los efectos *ex tunc* y *erga omnes* debe conservarse tal cual. «El pronunciamiento judicial conlleva así la desaparición del mundo jurídico del acuerdo anulado y la extinción de los derechos, expectativas y obligaciones que el acuerdo generaba». Se debe explorar dicha excepción a la regla general en el marco de la ejecución forzosa de la sentencia anulatoria. Si la ejecución fuera compatible con el mantenimiento de los derechos adquiridos por terceros de buena fe, en ese caso cabría la ejecución de la sentencia en sus propios términos. De otra forma, las consecuencias no podrían ir más allá del plano indemnizatorio. «Por otra parte, no se debe olvidar que la situación en que quedan las cuentas anuales afectas por posibles irregularidades contables una vez ha finalizado el plazo de impugnación de estas sin haberse ejercitado la correspondiente acción (ex art. 205 LSC -en estos momentos plazo único de un año-) no supone que las mismas, una vez aprobadas y depositadas, han devengado jurídicamente inatacables, convalidando así definitivamente la realidad contable incorrectamente reflejada»[518].

Retomando la tesis dominante, desde un punto de vista práctico, parecen ser dos las normas de prudencia a seguir en relación con este asunto. Por una parte, mientras se encuentre pendiente el litigio impugnatorio y en tanto que deban formularse cuentas, entonces lo recomendable es que se refleje la controversia, judicializada, en las estimaciones que se efectúen y se dé cumplida cuenta de todo ello en la memoria explicativa. Por otra parte, y cuando hubiese ganado firmeza la sentencia estimatoria de la impugnación, no es necesario que se corrijan todas las formulaciones posteriores, pero sí que en las cuentas anuales que se encuentren pendientes de aprobación, se tomen en consideración los ajustes y modificaciones correspondientes[519].

---

[518] LARA GONZÁLEZ, R., «Impugnación…, ob. cit., pp. 305-306.

[519] Cfr. SANCHO GARGALLO, I., «Art. 208…, ob. cit., p. 2935.

En nuestra opinión, si bien parece que hay una respuesta clara para este tipo de supuestos, a todas luces problemático, lo cierto es que carece de fundamento normativo. Por otra parte, no concebimos el sentido de dar por bueno -por ejemplo, una partida de unas cuentas anuales de un imaginario «año 2»- lo que en una sentencia estimatoria firme de la impugnación del acuerdo de aprobación de las cuentas del «año 1». En este sentido, se comparte la postura de la visión crítica de la tesis dominante, porque si determinada partida, magnitud o contenido de unas cuentas anuales es antijurídico porque se ha infringido alguna norma con ello, y se hace pie en esa premisa antijurídica para elaborar las siguientes cuentas anuales, la «antijuridicidad», siquiera sea parcial o puntual de las primeras, se «traslada» o se «contagia» a las segundas. Y, además, a nuestro modo de ver, no reviste sentido que sí deba tenerse en cuenta la modificación o alteración en ese dato-premisa de las cuentas anuales que han recibido el reproche judicial a la hora de formular otras cuentas anuales posteriores (por ejemplo, las del «año 3») y, sin embargo, permanezcan incólumes las del ejercicio que se aprobó pendiente el litigio (el «año 2»).

3.4.4. ALGÚN EFECTO MATERIAL EXACERBADO

Se plantea en materia de acuerdos sociales por los que se acuerda distribuir dividendos, que su estimación judicial comporta, no sólo la declaración de ineficacia del acto jurídico en sí, sino también la reversión material de sus efectos. Dicho de otro modo, no sólo se deja sin efectos, sino que esos efectos se eliminan a través de alguna operación material. En el caso que nos ocupa, mediante la restitución de lo percibido por los socios. Incluso con intereses[520].

Sin embargo, la cuestión no se agota en dicho punto. La restitución pecuniaria no se produce siempre, y sin excepción. Contrariamente, se la hace bascular sobre la buena, o mala, fe del socio. Lo que, de primeras, podría antojarse misión difícil, especialmente por lo que pudiera tener de subjetiva. Sin embargo, se ha señalado que cabe verlo de forma diametralmente distinta. «Este elemento subjetivo está objetivado, en la medida en que concurre con el conocimiento de

---

[520] Lo plantea en estos términos SANCHO GARGALLO, I., «Art. 208…, ob. cit., p. 2937. También, ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., «Los efectos…, ob. cit., p .1605.

la irregularidad en que se fundó la impugnación, y para ello hay que probar que la conocía o, cuando menos, aportar las circunstancias fácticas que permiten concluir que no podía ignorarla. Se entiende que este conocimiento viene referido al momento en que se adopta el acuerdo»[521]. A lo que se añade que «En el caso de las sociedades cerradas (…) es difícil que no conocieran la irregularidad, máxime si fue denunciado o podía advertirse fácilmente. Es en las sociedades abiertas, en que más fácilmente puede darse esta situación de socios que desconocieran las irregularidades y, por las circunstancias concurrentes, no estuvieran en condiciones de poder conocerlas»[522].

3.4.5. LOS EFECTOS MATERIALES *ULTRA VIRES*: LA INTEGRACIÓN JUDICIAL DE LA VOLUNTAD SOCIAL

Continuando en el ámbito del reparto de dividendos, ahora corresponde examinarlo desde la perspectiva opuesta a la anterior (la improcedente distribución). Lo que nos debe ocupar a continuación son los efectos de la sentencia estimatoria firme que establece la ineficacia de un acuerdo social por el que se aprueba el atesoramiento de dividendos[523] (o, formulado en negativo, su no reparto).

Se trata de una cuestión sumamente discutida y polémica, que se debe presentar de forma cautelosa[524]. Lo que está sobre la mesa es la posibilidad de que el juez

---

[521] SANCHO GARGALLO, I., «Art. 208…, ob. cit., p. 2937.

[522] *Idem*. Al respecto, también ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., «Los efectos…, ob. cit., pp. 1605-1606.

[523] Expresión esta que ha hecho fortuna en la doctrina, como muestra ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., «Los efectos…, ob. cit., p. 1607.

[524] A título de ejemplo, la reciente STS 9/2023, de 11 de enero aborda un caso en el que se justifica la integración de la voluntad social para ordenar el reparto de dividendos, a pesar de no haber acuerdo en tal sentido: «*La Audiencia, cuando estima la impugnación de los acuerdos adoptados en sendas juntas generales por las que se destinaba la integridad de los beneficios obtenidos en los ejercicios 2014 y 2015, y declara que resultaba procedente el reparto como dividendos del 75% de esos beneficios, no conculca el art. 93 a) LSC ni el art. 273 LSC . No funda el derecho de crédito al cobro de los dividendos solamente en el derecho abstracto de los socios a participar en el reparto de las ganancias sociales, sino que, sobre la base de este derecho abstracto, entiende concretado el derecho al cobro del dividendo correspondiente a cada uno de esos dos ejercicios sociales porque, en este caso concreto, la estimación de la impugnación del acuerdo de destinar los beneficios a reservas voluntarias conllevaba que se entendiera aprobada la otra alternativa legal, el reparto de dividendos. (…) Y, aunque pudiera parecer que la resolución judicial al acordar el reparto como dividendos del 75% de los beneficios de ambos ejercicios está suplantando la voluntad de los socios, pues parece que hace uso de*

se pronuncie a favor del reparto de los dividendos, como postura antitética del atesoramiento, y supuestamente necesaria por el carácter excluyente del par «reparto/atesoramiento»[525].

El abordaje se va a efectuar de una manera ordenada y progresiva. Primero, se examinará la postura reacia a admitir esta posibilidad. Posteriormente, progresaremos hacia posturas cada vez más favorables, hasta llegar al culmen, con la tesis que sostiene -doctrinal y judicialmente- que, en nuestro sistema legal, es perfectamente admisible que el juez obligue a distribuir las ganancias habidas en el ejercicio social.

(i) *La tesis del rechazo total de la integración judicial de la voluntad social*

El argumento sustancial de esta es que los jueces deben limitarse a examinar la correspondencia del acuerdo social a Derecho societario. Más precisamente, si la decisión de atesorar beneficios en ese caso es conforme a las exigencias

---

un margen de discrecionalidad que tendría la junta en cuanto a qué proporción de los beneficios debían destinarse a dividendos, en realidad no se da tal suplantación. Frente a la pretensión del minoritario de que resultaba improcedente el destino de los beneficios a reservas voluntarias y que, por el contrario, debían destinarse íntegramente a dividendos, la Audiencia entiende que, en atención a las circunstancias de esa sociedad y sus antecedentes, constituía un abuso de la mayoría destinar a reservas voluntarias más del 25% de los beneficios alcanzados en los ejercicios de 2014 y 2015. Razón por la cual, es razonable entender que si solo resultaba pertinente destinar a reservas voluntarias el 25%, el acuerdo procedente era destinar el resto a reparto de dividendos, que es lo que declara la sentencia (…) En casos como el presente, la tutela judicial efectiva del accionista minoritario quedaría afectada negativamente, si el pronunciamiento del tribunal se limitara a estimar la impugnación y dejar sin efecto el acuerdo. Dependería de la junta de socios, controlada por el socio mayoritario, la legítima satisfacción de los derechos del minoritario, reconocidos por la sentencia (…) Cuando la estimación de la impugnación de los acuerdos sociales no deja margen de discrecionalidad a la junta de socios para adoptar el acuerdo procedente, no existe ningún inconveniente en que el tribunal lo declare y a partir de entonces surta efecto». No podemos estar de acuerdo, pues la ponderación no es una obligación, al menos directa, de los jueces, dado que no existe ningún enunciado jurídico que obligue a los jueces a realizar una ponderación en ningún caso. Véase al respecto véanse, tanto HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Teoría general de las decisiones judiciales*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 463-470, como GARCÍA AMADO, J. A., *¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación*, en http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Ponderacio%CC%81n.%20Garci%CC%81a%20Amado.%20Ponencia%20Alicante.pdf (última visita 10.10.2023)

[525] Como expresa, este último, p. 1609, «en esta clase de acuerdos, el contenido de la voluntad social es puramente binario, alternativo. Es decir, la Junta sólo puede, en cuanto a su decisión sobre la aplicación del resultado positivos del ejercicio, adoptar una de dos soluciones, o dotar reservas o repartir dividendos. (…) En el caso de la aplicación del resultado positivo del ejercicio, únicamente existen dos opciones posibles, excluyentes la una de la otra en su esencia, no cuantitativamente (…)».

legales, o no. Incluso más. Si esa postura favorable al atesoramiento comporta un abuso de la mayoría con respecto de la minoría. Nada más. De este modo no se pueden, ni se deben pronunciar, acerca de la conveniencia de que se hubiera adoptado el acuerdo antagónico[526]. La razón para defender esto es que, no sin acierto, desde un punto de vista estrictamente normativo, la competencia legal para tomar esta clase de decisiones es exclusiva de la junta de socios, y en absoluto de los jueces. No en vano, nuestro ordenamiento jurídico carece de una regla que atribuya ese poder de decisión a alguien más, y distinto, a la junta de socios. Por tanto, que lo decidan los jueces carecería por completo de fundamento jurídico-normativo[527]. «Las sentencias dictadas en los procesos de impugnación de acuerdos sociales se circunscribirán (…) a verificar la efectiva incursión, del acuerdo (…) en alguna o algunas de las causas de nulidad y anulación de los acuerdos sociales, pero no, desde luego, a suplantar la voluntad social por otra voluntad jurisdiccional; en consecuencia, el Juez habrá de limitarse a declarar la validez del acuerdo -pues la presunta nulidad y/o anulabilidad denunciada no es más que una discrepancia entre mayorías y minorías-; o, en otro caso, la nulidad o anulabilidad del acuerdo; pero nunca a dotarlo de un contenido diverso»[528].

En definitiva, dos son los argumentos que sustentan esta postura. Por una parte, la falta de autorización normativa para que el juez pueda disponer como lo hace la junta de socios sobre el destino de los beneficios cosechados en el ejercicio. Por otra parte, el tratarse de una competencia exclusiva de la junta de socios. En suma, se podría decir que se trata de la misma razón, solo que percibida desde sus dos vertientes propias[529].

---

[526] Cfr. ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., «Los efectos…, ob. cit., p. 1611.

[527] A este respecto, nos remitimos a las significativas SSAP Girona, sec. 1ª, nº 120/2013, de 21 de marzo y Barcelona, sec. 15ª, nº 878/2020, de 22 de mayo.

[528] CALAZA LÓPEZ, S., «La impugnación…, ob. cit., p. 26.

[529] Defienden esta postura ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «La impugnación de acuerdos», en *Comentario de la Ley de Sociedades de capital*, Rojo, A., y Beltrán, E. (dirs.), t. I, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2011, pp. 1436, 1439 y 1472; GÓMEZ-POMAR, F., FRIGOLA, A., MASÍA, J., y JIMÉNEZ-LA IGLESIA, J., «Problemática de acuerdos negativos y, en general, posibilidad de sustitución de la voluntad social de las sociedades de capital por los tribunales», Diario La Ley, nº 4118, 2014; PULGAR EZQUERRA, J., «Reparto legal mínimo de dividendos:

(ii) *La tesis intermedia: condena a celebrar de nuevo la junta. Variantes*

Otra perspectiva es la que aboga por que el juez vaya más allá del puro examen de juridicidad del acuerdo social y, en su caso, del establecimiento de la ineficacia de este. Según esta postura, el juez podría condenar a la sociedad mercantil a que celebrarse nuevamente junta, con el propósito, según sea tácito, de que en esta ocasión se apruebe el reparto de dividendos. El riesgo de este enfoque radica en que la junta puede empecinarse en votar, de nuevo, el atesoramiento de los beneficios. Lo que provocará un nuevo pleito de impugnación. Y así sucesivamente[530], si es que la mayoría no repara en los perjuicios que le suponga cosechar sucesivas costas judicial, salvo que el socio minoritario se canse antes[531].

Una variante, más ambiciosa que la anterior, y que, en cierta medida, permite superar las limitaciones de la previamente expuesta, es aquella que sostiene que el juez condenará a la sociedad a que se convoque junta y a que en la misma aprueben el reparto de dividendos[532]. Esto sí, en la proporción que los socios decidan soberanamente.

(iii) *La tesis plenamente favorable a la integración judicial de la voluntad social*

«El socio minoritario, ante las situaciones de atesoramiento de beneficios, se encuentra francamente desprotegido. Puede, sí, marchar de la sociedad, ejercitando el derecho de separación, pero no parece que constituya protección suficiente. Y, a lo más, puede que obtenga una sentencia declarativa de la ineficacia del acuerdo»[533]. En cambio, «sólo la petición complementaria a una

---

protección de socios y acreedores (*solvency test*)», Revista de Derecho Bancario y Bursátil, nº 104, 2017, pp. 139 y ss.; GARNICA MARTÍN, J., «Efectos…, ob. cit.

[530] Se ha hablado con acierto del posible «bucle impugnatorio». Emplea la expresión MUÑOZ PAREDES, A., *El derecho al dividendo*, Aranzadi, Pamplona, 2019, p. 28.

[531] Sobre esta debilidad de esta tesis intermedia, en la variante expuesta, ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., «Los efectos…, ob. cit., p. 1616.

[532] Así SAP Álava, sec. 1ª, nº 480/2010, de 19 de octubre.

[533] PÉREZ MORIONES, A., «La integración de la voluntad social: una corrección al dogma de la adopción de acuerdos por los socios en junta general», en M. B. González Fernández (dir.), Los acuerdos sociales, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1627-1628.

condena al reparto de los beneficios tutelará plenamente su derecho a participar en las ganancias sociales»[534].

Se ha sostenido, desde esta perspectiva, que la ineficiencia del principio de la unanimidad de voto ha dado lugar a que se haga bascular la adopción de acuerdos sobre la base de la mayoría. Sin embargo, esto último deviene disfuncional si, a la hora de emitir su voto, el sector mayoritario de la sociedad, en lugar de regirse por el interés común, prioriza sus intereses individuales y egoístas. El caso que nos ocupa -cuando realmente se da una situación abusiva porque nada justifica el atesoramiento- constituye un buen ejemplo de cómo el régimen de mayorías debe, de alguna forma, limitarse o controlarse cuando obedece a intereses espurios. En este sentido, las fórmulas normativamente contempladas a tal efecto se quedan cortas[535].

«El dividendo es el medio a través del que el socio recibe el retorno de su inversión en la empresa, lo que justifica la consideración del reparto de las ganancias sociales como uno de los derechos del socio». Y entre los derechos del socio, enumerados en el art. 93 LSC, destaca el derecho a participar en el reparto de las ganancias[536]. Ahora bien, este derecho, abstracto o genérico, sólo se concreta en un derecho a percibir efectivamente el dividendo si media un acuerdo social en tal sentido[537].

Es cierto que el remedio de la impugnación del acuerdo social, favorable al atesoramiento, le supone al socio una protección directa del referido derecho, en sentido abstracto o genérico. Sin embargo, tiene un vuelo relativamente corto. La ineficacia, por sí sola, no le aporta gran cosa. Y, peor aún, le devuelve a un escenario previo, donde se deberá precisar de un nuevo acuerdo para asignar destino a esos beneficios obtenidos por la compañía[538].

---

[534] *Ibidem*, p. 1628.

[535] Resultan sumamente esclarecedoras las reflexiones de PÉREZ MORIONES, A., «La integración…, ob. cit., pp. 1629-1635 y 1639-1643.

[536] Así, PÉREZ MORIONES, A., «La integración…, ob. cit., pp. 1635-1636.

[537] *Ibidem*, pp. 1637-1638.

[538] *Ibidem*, p. 1644.

Frente a lo anterior, «(…) se vislumbra que la única vía que proporciona una tutela completa del derecho al dividendo del socio es la condena a la sociedad a un reparto concreto de beneficios, es decir, la integración de la voluntad social por parte de los tribunales». No en vano, «esta solución fue adoptada hace años por el Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de mayo de 2005, si bien omitiendo todo desarrollo argumental en el que sustentar su decisión»[539].

Obsérvese que se habla de condenar a la sociedad a repartir dividendos. Lo que va más allá de forzar a la sociedad a que celebre nueva junta, sino que de alguna manera parece dar a entender que la compañía debe directamente proceder a la entrega del numerario, como efecto directo de la sentencia, que constituye título jurídico, en lugar de acuerdo social alguno.

Parece que los defensores de esta tercera tesis dan por descontado que es indispensable que el impugnante solicite en el suplico de su demanda, de forma clara y expresa, la pretensión de condena a la sociedad a que reparta dividendos[540].

Asimismo, no se concibe un obstáculo el que el legislador no haya previsto expresamente este mecanismo de integración, pues «(…) no implica que no pueda adoptarse, si así ha sido solicitado por el demandante. Es más, solo de este modo la impugnación del acuerdo de aplicación del resultado será verdaderamente eficaz en la tutela del derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales»[541].

«De otra parte, no podemos obviar que, aprobadas las cuentas anuales, la adopción de un acuerdo sobre la aplicación del resultado es preceptiva -art. 273.1 LSC-. Por tanto, su anulación forzosamente debe ir seguida de una nueva decisión al respecto. En realidad, no solo es un acuerdo obligado, sino, además, en situaciones como la descrita, reglado en todo su contenido. En efecto, la junta general no disfruta de libertad en relación con el objeto de la decisión. (…) No

---

[539] *Ibidem*, pp. 1645-1646.

[540] *Ibidem*, pp. 1647-1648.

[541] *Ibidem*, p. 1649.

puede decidir repartir o no repartir beneficios. No hay alternativa, ya que, si el acuerdo de no reparto o de reparto insuficiente de beneficios ha sido declarado ineficaz, la única decisión posible es el reparto o un reparto mayor»[542].

En nuestra opinión, esta tesis presenta algunas debilidades que se nos antojan difícilmente superables, por más que su intención sea de todo punto loable. La principal es la falta de respaldo normativo para operar dicha integración de la voluntad social. Si la norma sólo reconoce tal competencia a la junta general, es *contra legem* el conceder tal poder al juez.

Una segunda objeción que nos parece sumamente seria -y en la que, en nuestra opinión, no se ha profundizado lo suficiente- es la relativa al contenido del pronunciamiento judicial «integrador». Según interpretamos nosotros, lo que hace el juez es condenar a la sociedad a repartir dividendos[543]. Iría más allá de una condena a celebrar nueva junta en la que se vote a favor del reparto. En este sentido, nos parece curioso lo sucedido con el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona. Se pronuncia sucesivamente sobre la materia, por tres veces. La primera rechaza la integración. La segunda estima la petición del actor y ordena «(…) la sustitución de dicho acuerdo (…) por otro acuerdo por el que la compañía demandada habrá de destinar a dividendos el 100% del resultado del 2015 (…)». Ignoramos cómo se debiera materializar esto último, es decir, cómo hubiese que proceder para efectuar dicha «sustitución». En su tercera sentencia, habría ordenado el reparto del 100% de los beneficios[544]. De esta suerte, se evidencia hasta qué punto existe una severa carencia de fundamentación teórico-normativa en relación con el contenido concreto y preciso de la «decisión integradora» del juez mercantil.

---

[542] *Ibidem*, pp. 1650-1651.

[543] Así, MADRUGA DE LA CALLE, C., y ROLDÁN DESSY, J., «Reflexiones sobre los límites de la facultad jurisdiccional para revisar las decisiones adoptadas por los órganos sociales», en M. B. González Fernández (dir.), *Los acuerdos sociales*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1659-1660.

[544] Véase MADRUGA DE LA CALLE, C., y ROLDÁN DESSY, J., «Reflexiones…, ob. cit., pp. 1660-1661.

Finalmente, resta una cuestión por abordar, de la que se ha adueñado la más amplia casuística. Se trata de la decisión -del juez- acerca de ordenar la distribución de dividendos en la totalidad del beneficio cosechado o de solo una porción de este. Lo más frecuente es que los tribunales ordenen el reparto del 100% del resultado final del ejercicio[545]. No obstante, también se cuentan excepciones, que se sustentan en considerar cuál haya sido la costumbre social de ejercicios anteriores, o que atienden a las previsiones estatutarias[546].

En suma, un aspecto tan relevante como este, dentro de la eficacia material de las sentencias estimatorias firmes de impugnación de acuerdos sociales, se encuentra en el momento presente completamente abierto, sin visos de una solución sólida, que, a nuestro parecer, sólo podría venir de la Ley.

3.5. EFECTOS REGISTRALES

En este punto, sí podemos arrancar de la Ley. Singularmente relevante es en este aspecto el art. 208 LSC. Su exégesis no es, en principio, difícil, aunque un análisis detenido nos mostrará que es justamente lo contrario.

3.5.1. EFECTOS REGISTRALES CON RESPECTO DEL PROPIO ACUERDO SOCIAL INEFICAZ

Si atendemos al primer apartado del art. 208 LSC, nos topamos con el mandato legal según el cual «la sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. El «Boletín Oficial del Registro Mercantil» publicará un extracto».

Interpretamos tal regla jurídica en el sentido de que sólo cabe para los acuerdos sociales inscribibles. Intuimos que en este caso el legislador ha dado por sentada dicha distinción -entre inscribibles y no inscribibles- y ha formulado el enunciado

---

[545] Cfr. PÉREZ MORIONES, A., «La integración…, ob. cit., pp. 1651-1652.

[546] Cfr. MADRUGA DE LA CALLE, C., y ROLDÁN DESSY, J., «Reflexiones…, ob. cit., p. 1660

jurídico anterior suponiendo tal diferencia y que sólo es aplicable su mandato para los primeros[547].

Por lo que hace a los acuerdos sociales inscribibles, y como parece obvio, deberá inscribirse la sentencia estimatoria firme. «Si el acuerdo constase ya inscrito, el acceso al Registro de la sentencia firme que declare la nulidad de aquél no sólo no plantea problemas, sino que, antes al contrario, el propio precepto determina la necesidad de que se proceda a su inscripción, siendo suficiente la certificación y, en su caso, el mandamiento judicial oportuno, sin que para ello sea necesario que se despache ejecución (art. 521 LEC)»[548].

Respecto de esta segunda categoría, se suscita el problema de los acuerdos sociales inscribibles que nunca llegaron a inscribirse, encontrándonos ahora con una sentencia estimatoria firme que, *secundum legem*, debe inscribirse. De primeras, parece que la solución pasaría por inscribir primero el acuerdo anulado. «De ser esto cierto, la inscripción del acuerdo tendría como única finalidad la necesidad dar cumplimiento al tracto sucesivo (…)»[549].

No obstante, existen dos objeciones frente a dicha solución. Por una parte, la interpretación a sensu contrario del apartado 2º del art. 208, nos conduce a que la sentencia estimatoria no debe acordar la cancelación de ningún asiento, pues este no existe. Sería un contrasentido ordenar la inscripción para, sin solución de continuidad, procederse a su cancelación. Por otra parte, el artículo 94.1 RRM, relativo al contenido de la hoja registral de la sociedad, impone en su numeral décimo que en la hoja abierta a cada sociedad se inscribirán obligatoriamente las resoluciones judiciales en los términos establecidos en las

---

[547] Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, A., «Sentencia», en *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades de capital*, VV. AA., edit. Bosch, Barcelona, 2015, p. 485. «En el caso de los no inscribibles, la sentencia que declare la nulidad del acuerdo social impugnado, como es lógico, no tendrá acceso al Registro Mercantil, debido, por un lado, a que el propio acuerdo no era apto para acceder al Registro y, por otro lado, o mejor, como consecuencia de lo anterior, debido a la vigencia del principio de tracto sucesivo que consagra el artículo 11.2 RRM, según el cual, "*para inscribir actos o contratos modificativos o extintivos de otros otorgados con anterioridad será precisa la previa inscripción de éstos*"».

[548] *Idem*.

[549] *Idem*.

leyes y en el propio reglamento. De esta forma, la sentencia debe ser inscrita en todo caso[550].

3.5.2. EFECTOS REGISTRALES CON RESPECTO DE ASIENTOS POSTERIORES CONTRADICTORIOS

De esto se ocupa el apartado 2º del art. 208 LSC. Y es aquí donde podemos decir, sin temor a equivocarnos, que se suscita la vasta problemática relativa a la eficacia registral.

Son dos los interrogantes que se abren a partir de la escueta dicción legal. Por orden de creciente dificultad: (i) la cancelación de los asientos posteriores debe instarlos la parte demandante o es una decisión que el tribunal debe adoptar de oficio; (ii) la asignación de la competencia para determinar qué asientos posteriores se cancelan, o bien al juez, o bien al registrador mercantil[551]. A continuación, nos ocuparemos de responder estos dos interrogantes por su orden y de forma detenida.

(i) Cancelación de oficio o a instancia de parte.

El sector doctrinal mayoritario se inclina por el primer término de la alternativa, optando por la cancelación de oficio. Esto es, el juez deberá pronunciarse en la sentencia sobre este particular, sin necesidad de que previamente se lo haya solicitado el demandante. Lo que sustenta en la dicción literal del art. 208.2 LSC. «Carecería de sentido que una disposición legal ordenase al Juez pronunciarse sobre aspectos oportunamente deducidos por las partes en el petitum de la demanda»[552].

Existe una razón de peso para que el legislador haya exceptuado, en este caso, el principio de justicia rogada. Existe un evidente interés público en preservar la seguridad jurídica en el tráfico mercantil. Es indispensable que el Registro

---

[550] *Ibidem*, pp. 485-486.

[551] Lo plantea con toda su crudeza, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «La sentencia estimatoria de la impugnación de acuerdos sociales y la cancelación de asientos contradictorios. Un intento de aclarar los arcanos del art. 208.2 LSC», en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, F. Rodríguez Artigas, I. Farrando y R. Tena (dirs.), edit. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, pp. 609-610.

[552] *Ibidem*, p. 612.

mercantil ofrezca una imagen correspondiente con la realidad jurídica, debiéndose evitar a toda costa las contradicciones[553].

En definitiva, si la demanda guarda silencio, en el suplico, sobre este particular, «(…) la sentencia estimatoria de nulidad (…) habrá de realizar un mandamiento genérico de cancelación de asientos incompatibles con la nulidad decretada»[554].

(ii) Competencia para decidir la criba de los asientos posteriores incompatibles: juez o registrador

Esta es una cuestión sumamente problemática, pues existe una diversidad de posturas de la DGRN que hace difícil alcanzar una conclusión definitiva y rotunda[555].

Por una parte, se encuentra la RDGRN de 4 de febrero de 2011 que entendió -de una forma un tanto simplista, a decir de algún autor[556] (NP)- que el art. 208.2 LSC «contiene un mandato dirigido directamente al registrador para que, a la vista de esta, practique la cancelación que proceda». Esto sí, siempre que a la vista de la documentación judicial y del contenido del registro no quepa duda alguna del carácter contradictorio de los acuerdos posteriores.

En resoluciones posteriores, se aprecia un cambio progresivo de postura, a través de sucesivas matizaciones, que traslada el peso de semejante decisión del registrador al juez.

Un primer paso lo constituye la RDGRN de 18 de mayo de 2013 en la que existe, para que el registrador lleve a cabo la cancelación, que el juez la haya ordenado en la sentencia, aunque dispensa a este último de la obligación de concretar los asientos posteriores afectados por la declaración de ineficacia del acuerdo. Así

---

[553] *Idem*.

[554] *Idem*.

[555] Un estudio sumamente minucioso de la evolución del parecer de la DGRN se encuentra en ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «La sentencia…, ob. cit., pp. 616-626.

[556] Así, SANCHO GARGALLO, I., «Art. 208…, ob. cit., p. 2942.

pues, únicamente requiere que el juez ordene, ni que sea de forma genérica, la cancelación de los posteriores contradictorios[557].

En una siguiente etapa (RDGRN de 30 de mayo de 2013), se alinea con la doctrina jurisprudencial (principalmente de las SSTS 37/2012, de 23 de febrero, y 58/2014, de 12 de febrero), y sostiene que no cabe una suerte de anulación automática y genérica de los asientos posteriores. En este punto, debe tomarse en consideración que se trataba de casos en que, impugnado el acuerdo social de nombramiento de un administrador, existían otros acuerdos sociales posteriores en cuya génesis se encuentra ese administrador, pero que, a resultas de la tesis de la limitación de la propagación de la ineficacia, no podía suponer la anulación en bloque de todo lo sucesivo, por más que hubiese intervenido ese administrador cuyo nombramiento se anuló[558].

En una tercera etapa (RDGRN de 30 de junio de 2014), insiste en que es indispensable una declaración judicial acerca de qué asientos se deben cancelar o, cuanto menos, que facilite el juez en la sentencia su identificación. De no existir tal cosa, el registrador debe recurrir al mecanismo procesal de la aclaración de sentencia (arts. 214 y 215 LEC), pues no le incumbe a este último decidir el alcance de una sentencia que no ha dictado él[559].

Finalmente (RDGRN de 6 de junio de 2019), sienta su postura definitiva sobre una serie de postulados. El primero es que «si con la presentación del documento judicial se pretende la cancelación de asientos vigentes en el Registro debe especificarse en el mismo, en vía de principios, qué asiento o asientos han de ser objeto de cancelación porque como repetidamente ha afirmado esta Dirección General no incumbe al registrador determinar cuál es el alcance de los efectos producidos por la sentencia presentada, cuando el mismo no resulte totalmente incontrovertible, determinación que en los casos de oscuridades, omisiones o indeterminaciones de la propia resolución judicial,

---

[557] *Ibidem*, pp. 2942-2943.

[558] *Ibidem*, p. 2943.

[559] *Idem*.

como las que pueden afectar a la inconcreción de los asientos posteriores contradictorios, pudiera afectar al principio de la invariabilidad de las resoluciones judiciales, que sólo pueden ser alteradas, complementadas o concretadas en los limitados términos, y con arreglo a los plazos y trámites legalmente previstos, dentro del propio ámbito judicial (arts. 214 y 215 LEC), especialmente en los casos en que por haberse omitido la práctica de la anotación preventiva de la demanda de nulidad del art. 155 del RRM, no se haya podido evitar el desconocimiento por terceros de la existencia de una impugnación de acuerdos sociales que podrían afectarles, teniendo en cuenta que la declaración de inexactitud o nulidad de los asientos del Registro Mercantil no perjudicará los derechos de terceros de buena fe adquiridos conforme a Derecho (cfr. art. 8 RRM)». A lo que añade que «no debe caerse en un rigor formalista injustificado si no cabe albergar duda sobre el alcance cancelatorio de la sentencia», en cuyo caso el registrador efectuará las cancelaciones que juzgue imprescindibles.

En suma, consideramos que no cabe una purga espontánea del registrador[560]. No cabe duda de que incurre en un exceso competencial el registrador si entra a enjuiciar la validez de los acuerdos sociales posteriores. En todos aquellos casos de evidente propagación de la ineficacia, podrá operar libremente, pese a que el tribunal sentenciador haya omitido la menor concreción con respecto de los asientos registrales posteriores incompatibles. Lo que parece resultar inviable es la fijación de criterios que permitan discriminar cuándo sí puede el registrador actuar espontáneamente, y en cuando no[561]. «(…) Si la sentencia no especifica los concretos asientos posteriores que deben ser cancelados porque el demandado no formuló ni concretó en su demanda dichos asientos, realizar dicha cancelación requiere que se haya dictado una resolución judicial posterior a la sentencia que así lo ordene»[562].

---

[560] Como sostiene ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «La sentencia…, ob. cit., p. 626.

[561] I*dem*.

[562] *Idem*.

La dificultad estriba, más bien, en nuestra opinión, en la mecánica procesal que deba seguir el registrador cuando la cancelación de asientos posteriores no sea clara. En este sentido, se ha defendido que sea el registrador quien ponga sobre aviso al juez sobre posibles asientos contradictorios. Recibida la sentencia por el registrador, además de cancelar el asiento correspondiente al acuerdo anulado, comprobará si existen otros asientos posteriores afectados por la sentencia. Si los hay, se lo comunicará al juez. «El tribunal, previa audiencia de las partes, habría de resolver mediante auto sobre la extensión o no de los efectos de la nulidad a dichos asientos y ordenar en consecuencia las consabidas cancelaciones». Si hay terceros afectados, se les tendría que escuchar. Para ello se propone la aplicación analógica del 538.3 LEC[563].

Si bien debe reconocerse que esta ejecución impropia o práctica de actuaciones judiciales complementarias no están expresamente previstas en la Ley, resulta sugerente considerarla una suerte de «actividad de clarificación». El auto que se dicte será susceptible de reposición y apelación, pues se trataría de un caso en que el tribunal provee de forma discrepante con respeto a lo dispuesto en el título ejecutivo[564].

---

[563] *Ibidem*, pp. 627-628.

[564] *Ibidem*, pp. 628-629.

CONCLUSIONES

Las conclusiones de esta tesis doctoral en Derecho representan el punto culminante de un exhaustivo análisis en el ámbito jurídico, concretamente en torno a la impugnación de acuerdos de junta de las sociedades no cotizadas y que, en su conjunto, consideramos que nos permite afirmar que la regulación prevista en el artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital, no es idónea.

En las siguientes conclusiones vamos a exponer los resultados más relevantes de la investigación realizada y a presentar recomendaciones de *lege ferenda*. Estas conclusiones pretenden contribuir al conocimiento jurídico y brindar una base sólida para el debate continuo sobre en torno al proceso de impugnación de acuerdos, enriqueciendo así el discurso legal y aportando perspectivas que puedan guiar políticas legislativas futuras.

Dividimos las conclusiones en cuatro grupos, tal como presentamos a continuación:

El **primero** recogemos las principales alcanzadas en torno análisis exegético realizado del art. 204 LSC, antinomias que presenta con los demás enunciados jurídicos y algunas propuestas de *lege ferenda* para corregirlas (**conclusiones I a V**)

En el **segundo** presentamos el análisis de la reforma efectuada en 2014, la vulneración del derecho de información, la exceptio doli como motivo de oposición por la sociedad demandada frente a impugnaciones de mala fe realizadas por el socio minoritario y los acuerdos contrarios al orden público (**conclusiones VI a IX**).

El **tercer** grupo exponemos en dos conclusiones la «*cuestión incidental de previo pronunciamiento*» que actualmente se encuentra en el art. 204.3.II LSC (**conclusiones X y XI**).

El **cuarto y último** grupo engloba las relativas a la «*sentencia*» en cuanto a la espinosa cuestión de la propagación de sus efectos y los principales problemas registrales que presentan. (**conclusiones XII a XIII**).

Establecido lo anterior, las conclusiones son las que se presentan a continuación:

I. Del sentido de la palabra «impugnar» y sus variantes (y del pronunciamiento judicial en la resolución que debe poner fin al proceso), se desprende que la reforma de 2014 no puso fin al binomio «acuerdos nulos» y «acuerdos anulables».

Nuestro trabajo se ha basado en un análisis exegético del artículo 204 de la LSC. Para ello, nos ha parecido esencial analizar la palabra «*impugnar»* y hemos concluido que es polisémica, es decir, que tiene varios significados. Todos ellos son muy próximos y sólo cambian en función del contexto en que se use la expresión.

«*Impugnar*» encierra la idea de atacar o combatir algo para dejarlo sin efecto y guarda relación con la noción de «validez», comprendida en sentido vulgar. Sin perjuicio de lo anterior, a nuestro entender, «*impugnar»* significa «*privar de eficacia jurídica»* y, en términos estrictamente jurídicos, «*anular»*, «*anulación»* que sólo la puede apreciar el tribunal civil dentro de sus facultades, a las que muy indirectamente alude el art. 5 LEC. Y si anular solo lo puede hacer el tribunal -por ser el único competente a tal efecto-, podríamos interpretar el primer párrafo del apartado primero del art. 204 en el sentido siguiente: los acuerdos sociales *impugnables* son aquellos que el juez puede *anular*. Son acuerdos sociales *anulables*, en el sentido de que lo son potencialmente, a expensas de que algún legitimado le solicite al juez que los *anule* y, hasta ese día, siguen desplegando efectos.

También se puede enfocar la cuestión desde otra perspectiva al decir que son «*impugnables»*, ya que podría entenderse que son susceptibles de *impugnación*. Dicho de otra forma, que se pueden *impugnar* -con carácter de permisión-. Significaría, por tanto, *promover* la *anulación* del acuerdo social.

Se trata, en definitiva, del reconocimiento, por parte del legislador, a favor del legitimado, de un derecho potestativo de instar al juez a que *anule* el acuerdo, si así lo desea el legitimado, que perfectamente puede permanecer pasivo, en cuyo caso el acuerdo será plenamente eficaz.

Nosotros nos decantamos por interpretar que *impugnar* significa *anular*, de modo que podríamos leer el art. 204.1. I LSC en los siguientes términos: son *anulables* los *«acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros»*.

Por otra parte, encontramos variaciones de la palabra «*impugnar»* en los ordinales 2º y 3º del art. 204 LSC, concretamente en las expresiones «*no será procedente la impugnación*» y «*tampoco procederá la impugnación*», y ambas adolecen de ambigüedad.

En el supuesto del ordinal 2º cuando dice: «*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*», parece que la improcedencia de la impugnación se atribuye a que el acuerdo social ha sido invalidado de forma privada y, por tanto, ha devenido *inimpugnable*, pero también puede haber querido significar el legislador que las demandas interpuestas contra acuerdos sociales ya invalidados de forma privada no deberían admitirse a trámite, por *no ser procedente* la impugnación de esos acuerdos (*inimpugnables*). También podemos interpretar que, si el acuerdo social ha sido *invalidado* por el propio órgano social -de forma válida-, se puede sostener que la privación de efectos se ha operado «privadamente» y el acuerdo deviene *inimpugnable*, prohibiéndose así al juez que lo anule.

El ordinal 3º presenta mayor complejidad en cuanto a la interpretación que deba darse a la expresión «*tampoco procederá la impugnación*», pues de entrada contiene una vertiente negativa de *no procedencia* (*inimpugnabilidad*), que puede ser excepcionada si concurre algún motivo de los que se indican en las letras a) a d) del art. 204.3 LSC, ya que *procedería la impugnación*. En el art. 204.3 LSC, a diferencia del ordinal 2º, la procedencia o no de la impugnación se podrá debatir en el incidente que el legislador ha previsto expresamente: la cuestión incidental de previo pronunciamiento, por lo que la duda sobre si el juez debería inadmitir a trámite la demanda que nos surge en el ordinal 2º, no se puede plantear en este caso.

Por tanto, el análisis de la palabra impugnar en las variantes que presenta el art. 204 LSC, lo interpretamos en el sentido de que los *acuerdos impugnables* serán anulables y las expresiones «*no será procedente la impugnación*» y «*tampoco procederá la impugnación*» son propias de los *acuerdos inimpugnables*, es decir, de los que no serán anulables.

Por otra parte, tenemos los acuerdos contrarios al orden público, que constituyen (más por obra de la doctrina científica que por lo que haya expresado el legislador) una categoría aparte del resto de acuerdos sociales que resultan *impugnables*, sin más, a tenor de lo dispuesto en el art. 204.1.I LSC. Si bien son *impugnables*, no serán *anulables* (por excepción de lo que hemos expuesto hasta ahora), sino *nulos*. Tenemos, por tanto, tres grandes grupos: los anulables (*impugnables*), los no anulables (*inimpugnables*) y los nulos.

La existencia de estos tres grupos de acuerdos resulta esencial para abordar el tipo de pronunciamiento que dictará el juez en cada caso. En el supuesto de los acuerdos *anulables,* el pronunciamiento no será *declarativo* sino *constitutivo*, pues mientras no hayan sido anulados son potencialmente anulables y despliegan efectos, hasta el punto de que transcurrido el plazo de caducidad del art. 205.1 LSC los efectos se habrán consolidado. De lo que se trata, mediante la impugnación, es de eliminar los frutos de esa eficacia, materializados en diversos posibles actos jurídicos, que a su vez han podido surtir efectos. Esta consideración, para nosotros tan importante, es lo que explica que el pronunciamiento del juez, al estimar la impugnación, no sea mero declarativo -no se limita a constatar que es nulo-, sino que, por el contrario, sea *constitutivo*. El juez lo invalida, *lo priva de efectos*, desde que se pronuncia en tal sentido en su sentencia y otra cosa será la modulación temporal en la declaración de ineficacia. En cuanto a los acuerdos contrarios al orden público, estos son *nulos* y no *anulables*, por tanto, ajenos al plazo de caducidad del art. 205.1 LSC, lo que justifica que el pronunciamiento judicial sea *declarativo*, en la medida que la ineficacia se retrotrae al momento de adopción del acuerdo.

Como consecuencia de lo expuesto, consideramos que la reforma legal de 2014 quiso apartarse del régimen común de nulidad de los actos y negocios jurídicos establecida en el Código civil y tratar de abandonar el binomio *nulos-anulables*.

Para ello, el legislador optó por incluir en el art. 204 LSC los «*acuerdos impugnables»*, tal como reza la rúbrica del citado precepto. A nuestro juicio, la pretensión era acertada, pues la naturaleza jurídica de los acuerdos sociales es ciertamente singular, si la comparamos con la propia del negocio jurídico que puede encontrase en el Código Civil. Sin embargo, el binomio de «*acuerdos nulos* y *acuerdos anulables»* sigue vivo. El grupo de los «*nulos»* lo forman los acuerdos contrarios al orden público y el grupo de los «*anulables»* está formado por el los de los artículos 204.1 y 204.3 LSC, si bien este último precepto contempla un régimen reforzado de impugnabilidad, pues de entrada no serán anulables, salvo que se trate de alguna de las excepciones que se contienen en las letras a) a d).

II. Existe una antinomia en la redacción de los artículos 204.1.I y 203.4.a) LSC en torno a las deficiencias de la constitución de la junta y la única vía de solución posible es realizar una reforma legal que permita identificar aquello que es «esencial».

El art. 204.1.I LSC califica como *impugnables* los acuerdos sociales que «(…) *sean contrarios a la Ley*, *se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros*» y lo hace de una forma clara, pues no admite excepciones: todo aquel acuerdo que contravenga la ley es *impugnable*, y, por tanto, *anulable*. Esto permite sostener que cualquier acuerdo social que, en su génesis, sea contrario, porque lo infringe, cualquier enunciado jurídico contenido en los arts. 191 a 194 LSC, esto es, las reglas relativas a la conformación de la Mesa de la junta, a la confección de la lista de asistentes o a la observancia de los *quorum* mínimos, jurídicamente exigidos, para la válida constitución de la junta, debe ser reputado *impugnable*.

Sin embargo, esto último -lo que implica el art. 204.1.I LSC, en relación con la contravención de la Ley- es parcialmente contradictorio con lo que estable el art. 204.3.a) LSC, cuando establece que procederá la impugnación de acuerdos sociales únicamente cuando la infracción sea de «*requisitos meramente*

procedimentales», de «*la forma y plazo previo de la convocatoria*», de las «*reglas esenciales*» de la «*constitución del órgano», de las «mayorías necesarias para la adopción de acuerdos»* o de «*cualquier otra que tenga carácter relevante*», a lo que se añade un problema y es que el legislador no define que debe entenderse por «*requisitos meramente procedimentales*» o «*cualquier otra que tenga carácter relevante*» y llevamos la vaguedad que presentan estas expresiones, a los efectos de esta conclusión, a agruparlo en torno a las «*reglas esenciales*» de la convocatoria.

Si en el primer precepto se califica como impugnables aquellos acuerdos sociales que «(…) *sean contrarios a la Ley* (…)», y, por ende, cualquiera de los que forman parte de los arts. 191 a 194 LSC, ambos incluidos, en el segundo de los mencionados se restringe la impugnabilidad relacionada con la convocatoria de la junta, ya que sólo se considera que la infracción de cualquiera de las reglas que califica el legislador de «*esenciales*», comportaría la *impugnabilidad* del acuerdo social en cuya génesis se hubiese cometido aquella. Por consiguiente, consideramos que la interpretación más plausible, a nuestro entender, es que algunos de los enunciados jurídicos contenidos en los arts. 191 a 194 LSC son «*esenciales*» y otros no lo son y el legislador no define, hasta donde se sabe, lo que sea un enunciado jurídico «*esencial*», ni tampoco consta que la dogmática jurídico-mercantil haya ofrecido una descripción acabada y bien fundada de este tipo de enunciados jurídicos, «*esenciales*».

Con todo y ser capital disponer de una definición de «*esenciales*», al menos, cabría, a nuestro parecer, que el legislador hubiese discernido casuísticamente los supuestos que cupiese asignar al conjunto de los enunciados jurídicos «*esenciales*» del art. 204.3, de modo tal que los no incluidos en esta última agrupación podrían ser tenidos por «*no esenciales*» o, mejor, por «*accidentales*». En lo que se nos alcanza, tampoco el legislador ha hecho esto, pues no sienta ninguna discriminación ni existe distinción alguna en el cuerpo jurídico concernido. Ni tan siquiera se ha podido dar con un enunciado jurídico que indirectamente lo establezca, susceptible de explicitación. Por consiguiente, cualquier intento, ya sea de los tribunales, en general, ya sea de la doctrina, en

este sentido, será, en nuestra opinión, discutible, pues no se puede sustentar en la Ley.

De lo indicado anteriormente extraemos una consecuencia directa y es que, de haber previsto el legislador que se debe entender por «*esencial»* se habría superado la antinomia porque ya no existiría en este punto -relativo a la infracción de reglas jurídicas relativas a la constitución de la Junta- contradicción alguna entre el 204.1.I LSC y el 204.3.a. LSC.

Existe, por tanto, una clara contradicción entre los enunciados jurídicos que se contienen en los artículos 204.1.I y el 204.3.a) de la LSC y cabe interpretar que el segundo de ellos excepciona parcialmente al primero, pero esto no elimina la contradicción, de imposible remoción, salvo modificación legal.

III. La previsión en torno al quorum de constitución y adopción de mayorías exigibles que contienen en las letras c) y d) del art. 204.3 LSC es innecesaria al tener cabida dentro de las infracciones relativas a la constitución de la junta que recoge la letra a) del mismo precepto.

El art. 204.3 LSC se inicia del siguiente modo: «*Tampoco procederá la impugnación de acuerdos basada en los siguientes motivos (…)*» y a continuación encontramos los 4 supuestos, letras a) a d) en los cuales no procede la impugnación, salvo que se den las condiciones que en cada caso excepciona a la regla general. Abordamos únicamente las letras c) y d) pues son las que consideramos que presentan la problemática que queremos tratar, si bien necesitamos presentar en enunciado jurídico de la letra a) para poder realizar nuestra argumentación.

La letra a) prevé como motivo de impugnación la:

> «(…) *infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías*

> *necesarias para la adopción de los acuerdos, así como cualquier otra que tenga carácter relevante*»

Es decir, la infracción que se pueda producir desde el acto del llamamiento, en cuanto a forma y contenido, hasta la adopción del acuerdo.

Sentado lo anterior, observemos lo que establecen las letras c) y d) del mismo ordinal 3º.

Empezamos con la letra c):

> «*La participación en la reunión de personas no legitimadas, salvo que esa participación hubiera sido determinante para la constitución del* órgano».

El vocablo «*participar*» debe entenderse como expresión sinónima de «*asistir*» (como participación -activa-, no como la mera presencia) y, si se acepta esto, entonces hubiera sido preferible emplear esta última expresión y no la que se recoge en el enunciado jurídico que nos ocupa.

No identificamos que ha querido significar el legislador con la redacción de la letra c), ya que si las personas que participan son suficientes para la constitución del órgano no resultará relevante que asistan terceros como el Notario-no socio, el abogado-no socio, etc. No vemos la relevancia que tendrá de cara al quorum de constitución el hecho de que estas personas asistan, ya que el hecho de que haya personas gravitando alrededor, en nada afecta.

Lo único relevante es, para las SA, por ejemplo, es que haya un *quorum* mínimo (art. 193 LSC), de modo que, si no hay *quorum*, no hay válida constitución de junta y si no hay válida constitución de junta, no hay acuerdos. Aun así, los acuerdos que hubieran podido adoptarse son, como mínimo, *impugnables*, pues habrían sido adoptados en una junta cuya constitución no ha sido válida.

Una vez aprobado, claro está, que ese acuerdo puede ser contrario al orden público, abusivo, etc, pero eso nos lleva al escenario del art. 204.1 LSC, el cual ahora no estamos analizando. Estamos en la génesis.

Con independencia de lo expuesto anteriormente, la previsión que recoge la letra c) ya está resuelta normativamente, pues el supuesto que se presenta se puede subsumir dentro de la letra a) del propio ordinal 3º, ya que formaría parte de las «*reglas esenciales de constitución del órgano».*

Continuamos con la letra d), que establece:

> «*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*».

Interpretamos el anterior enunciado jurídico en el siguiente sentido:

> No procederá la impugnación cuando, a pesar de existir votos inválidos o haya existido error de cómputo, se haya conseguido la mayoría exigible.

Dicho de otro modo:

> No será anulable el acuerdo -aunque haya votos inválidos o error de cómputo- cuando se haya alcanzado la mayoría exigible.

El resto de las premisas, son superfluas, ya que no importa si ha habido errores de cómputo o votos inválidos, pues si aplicando el recálculo necesario sigue habiendo mayoría, el acuerdo será *inimpugnable* (por este motivo de infracción) y si se ha alcanzado la mayoría y no debiera ser así, el acuerdo será *impugnable* por infracción de *las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos* que prevé el art. 204.3 LSC.

Concluimos que los enunciados jurídicos que contienen las letras c) y d) del art. 204.3 LSC son superfluos y los supuestos que prevén son perfectamente subsumibles en el art. 204.3.a) LSC. Apostamos, por tanto, por su derogación. Si se optase por esta, se podría llevar el contenido de las letras c) y d) a la exposición de motivos con una clara función pedagógica que explique la finalidad que se persigue con la regulación de la impugnación de acuerdos sociales.

IV. La expresión polisémica «forma» de la convocatoria como excepción a la inimpugnabilidad que se contiene en el art. 204.3.a) LSC presenta una ambigüedad problemática. No puede ser infringida, ni tampoco el «plazo previo», pues sólo se pueden infringir los enunciados jurídicos que regulan ambas cuestiones.

El artículo 204.3.a) contiene el primer motivo de *inimpugnabilidad*:

«3. Tampoco procederá la impugnación de acuerdos basada en los siguientes motivos:
a) La infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, *«**salvo que se trate de una infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria»,*** a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos, así como cualquier otra que tenga carácter relevante.» [***El destacado es nuestro***]

El enunciado destacado, del que se parte para el desarrollo de la presente conclusión, alude, como únicos aspectos relevantes de la convocatoria, a la «forma» y al «plazo previo» de esta. El primero de los términos resulta problemático ya que, si al referirse el legislador a la «forma» la vincula con la convocatoria, y esta se puede considerar un sinónimo de «llamamiento», entonces se sigue que la locución sinónima más adecuada sería la de «forma del llamamiento». O, lo que consideramos equivalente, aunque más desarrollado, la «forma en la que se lleva a cabo el llamamiento». Sostenemos esto tomando en consideración, en primer lugar, una de las principales acepciones del término «forma», que significa «modo o manera en que se hace o en que ocurre algo».

A este respecto, efectivamente, existen en la LSC una serie de reglas que establecen cómo debe efectuarse tal llamamiento (el art. 172 LSC es, según entendemos, la norma jurídica principal en relación con este asunto). Se ha tomado en consideración, en segundo lugar, la rúbrica del art. 173 LSC: «forma

de la convocatoria». El contenido exclusivo del precepto es la disciplina del modo, de la manera, en la que se procederá a llevar a cabo el llamamiento. Si se prefiere, los cauces a través de los cuales la sociedad pondrá en conocimiento de sus socios el propósito de que se celebre una reunión en un determinado momento del futuro. Examinado desde esta perspectiva, bien podría pensarse que únicamente es causa de impugnación -además de la observancia de las reglas sobre la antelación de la convocatoria- el incumplimiento de las reglas relativas a la forma de cursarse el llamamiento (especialmente el aludido art. 172 LSC, aunque no solo).

Sin embargo, entendemos que pretender restringir el ámbito de sinonimia del término «forma» al aludido en las líneas anteriores no nos parece acertado. Debe repararse en que se trata de una expresión polisémica, lo que abona la posibilidad de incurrir en ambigüedad semántica.

Otro significado que se considera sumamente relevante del vocablo «forma» es el siguiente: «*Configuración externa de algo*». Atendido este último sentido, cobra relevancia cómo esté configurado el orden del día, lo que, no tratándose de una cuestión estética, todo apunta a que guarde relación con su contenido, es decir, con el mensaje que incorpora. Por tanto, creemos contar con razones semánticas bastantes como para atribuir al legislador la voluntad de emplear un término polisémico, cuyo uso le permite hacer referencia a, cuanto menos, dos aspectos distintos del propio llamamiento: su contenido y el modo de cursarlo.

Por tanto, defendemos que de lo anterior se sigue que cuando se alude a las causas de impugnación de acuerdos sociales relativas a la convocatoria, el legislador tuvo en mente la infracción de las reglas jurídicas (de corte prescriptivo) que disciplinan el contenido del llamamiento, la forma de llevarlo a cabo y la antelación que se requiere con respecto de esto último, ya que no parece posible la infracción de la forma o del plazo previo de la convocatoria.

La forma de algo o el plazo disponible para llevar a cabo una determinada conducta no parece poder ser infringido. Ese algo tendrá una forma, la que sea. Al igual que sucede con el plazo que, en este caso, puede ser de distinta extensión, según sea la que fije, en este caso, por la Ley. Las cosas son las que

son o como son. Cuestión distinta es que *el ser* de las cosas se ajuste, o no, a un determinado *deber ser*, que establezca una determinada regla y son precisamente estas las que pueden ser obedecidas o desobedecidas, cumplidas o incumplidas, o, lo que es lo mismo, eficaces o ineficaces. Así, en el caso de que la norma jurídica -que establece una forma o sienta un plazo para desarrollar una determinada conducta- se desobedezca, incumpla, o resulte ineficaz, podremos afirmar rigurosamente que se ha infringido. Sobre la base de este razonamiento, consideramos que constituyen «infracciones relevantes» (a efectos de su impugnación) las que tengan por objeto reglas jurídicas sobre los siguientes dos concretos aspectos de la «forma» de convocatoria de junta: el contenido de esta y la forma de publicitarla, pues sobre la expresión «forma», como sostenemos, polisémica, se da cabida a ambas opciones en el actual redactado del art. 204.3.a) LSC.

Concluimos que la expresión «forma» no se puede infringir y resulta defectuosa por inexacta. Hemos considerado la posibilidad de que el legislador haya empleado una fórmula abreviada, pero es la que es, y con motivo de su polisemia le podemos atribuir un doble significado: En primer lugar, el contenido de la convocatoria de la junta y, en segundo lugar, la forma de publicitarla.

Por su parte, la expresión «plazo previo» tampoco puede infringirse, por el mismo motivo que la primera y que justificamos de forma conjunta, pues sólo pueden ser infringidos los enunciados jurídicos como son el caso de los artículos 173 y 174 LSC para el supuesto de la «forma de la convocatoria» y «contenido de la convocatoria», respectivamente, y el 176 LSC para el supuesto del «plazo previo de la convocatoria».

Como solución a la problemática que se plantea, consideramos que el artículo 204.3.a) LSC podría ser reformulado en el siguiente sentido: *«(…)salvo que se trate de una infracción de los enunciados jurídicos que regulan la forma y plazo previo de la convocatoria (…)»* y si se quisiera precisar más, *«(…)salvo que se trate de una infracción de los enunciados jurídicos que disciplinan el llamamiento de la convocatoria, en cuanto a su forma, contenido y plazo, previstos en el capítulo IV, título V de esta ley (…)»*.

V. En la redacción del artículo 173.1 in fine LSC resulta necesario sustituir la palabra «provincia» por «población» para evitar la mala fe que, eventualmente, puede concurrir en el órgano convocante. Se podría haber realizado con la reforma de 2014 y el legislador no optó por ello.

Hemos abordado en la anterior conclusión la problemática que gira en torno al vocablo «forma» que se contiene en el artículo 204.3.a) LSC. Una vez fijado, abordado y propuesta una solución al mismo, hemos localizado un nuevo problema en la fase que disciplina el llamamiento de la convocatoria. Se encuentra concretamente en la génesis, en los actos preparatorios previos -y de obligado cumplimiento para el órgano convocante- cuya ejecución en sí, a pesar de que se cumpla con la ley *stricto sensu*, detrás de ese acto previo existe una finalidad torcida, cargada de mala fe.

Para explicar el problema y llegar a la conclusión, debemos traer a colación la redacción actual del art. 173.1 *in fine* LSC. Podemos observar que, el último inciso exige que, junto a la publicación en el BORME, se dé difusión al llamamiento a través de uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social. Citamos literalmente: «*la convocatoria se publicará en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil" y en uno de los diarios de mayor circulación en la* ***provincia*** *en que esté situado el domicilio social*» [***El destacado es nuestro***]. Destacamos la palabra «provincia» ya que esta es precisamente sobre la que basamos nuestra conclusión.

Debemos situarla en torno a la problemática que analizó el Tribunal Supremo en la STS 171/2006 y a la que el legislador no ha puesto remedio por vía de su positivización en la LSC. El caso versó sobre una sociedad de capital domiciliada en la isla de Ibiza. El anuncio se publicó, además de en el BORME, en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia de las Islas Baleares, el «Diario de Mallorca» más concretamente, que, por lo visto, apenas se lee -por lo menos en aquél entonces- en la isla de Ibiza. También hay que señalar, para situar al lector en el contexto más preciso, que detrás de esa junta existía un conflicto

societario y que, según la reseña de hechos probados, lo que se pretendía en esa reunión era arrinconar a uno de los socios en liza.

Tras la celebración del juicio en primera instancia, el pronunciamiento que recogió la sentencia entendemos que resulta acorde a la legalidad vigente por aquél entonces (arts. 93, 97, 100, 144, 152 y concordantes del TRLSA). El tribunal afirmó lo siguiente: «*sin que sea exigible otra formalidad de localización personal, careciendo de relevancia la costumbre que invoca la parte actora*».

Sin embargo, la Sala de Apelación, dejando a un lado las normas jurídicas que resultaban de aplicación, consideró que el administrador convocante «[había] *defraudado con su gestión el espíritu de la norma* (…) *con objeto de obtener un interés personal*». Y he aquí que, en esta ocasión, se recurrió al art. 3 CC -apartado 1º- y estimó la demanda impugnatoria (*rectius*; recurso de apelación).

El Tribunal Supremo, en la citada resolución considera que no se encuentra autorizado para modificar el criterio de la Audiencia provincial, pues se encuentra vedado para abordar cualquier cuestión que suponga una revisión de la interpretación de los hechos y de conductas personales. Y, a grandes trazos, aplaude el parecer del órgano judicial de apelación: «*La Sentencia recurrida basa su convicción sobre la carencia de una información suficiente respecto de la convocatoria de la Junta en la omisión del aviso personalizado, que «todo parece indicar» se practicó otras veces. Y tal omisión no puede ser justificada por el hecho de haber publicado la convocatoria en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia, como exige el artículo 97 de la LSA, cuando se trata de una provincia formada por varias islas y se da la circunstancia de que el citado medio tiene escasa difusión en la isla en la que tiene la sede la sociedad y en la que se ha de celebrar la Junta, y más cuando ha habido una ruptura entre los dos socios que venían a dominar la compañía y uno de ellos aprovecha la ocasión para dominar ampliamente en el capital social mediante una inversión que, en relación con los activos que pasan a quedar bajo su control, es realmente de escasa entidad*». El supuesto -real- expuesto puso de relieve una situación que aprovechó el órgano convocante para, con mala fe y propósito fraudulento, tratar de eludir la ley a través de su exacto cumplimiento, pues el órgano convocante había respetado la ley aplicable, entre ellos, el artículo 97.1 del

TRLSA, que decía -literalmente- «(…) *y en uno de los diarios de mayor circulación en la* ***provincia*** *(…)*» [***El destacado es nuestro***]

En casos como este, en los que la dificultad consideramos que surge de una deficiente formulación de las normas jurídicas, la solución pasa por reformular los enunciados jurídicos, tantas veces como resulte necesario, actualizándolos con los avances de la sociedad. Hasta que no se lleve a cabo la modificación esperada por quien es competente al efecto, se deberá observar la Ley. En efecto, mientras se mantenga el *statu quo* en el actual redactado del art. 173.1 *in fine* LSC el único competente para la interpretación de la Ley será el órgano judicial, y eso nos lleva al inseguro escenario de tener que resolver *ad casum*. Se abre, una vez más, la puerta a la inseguridad jurídica. Sin embargo, el legislador no reaccionó ante la situación abordada por el Tribunal Supremo en 2006.

Cuatro años más tarde, con la refundición efectuada en 2010, la redacción del artículo 173.1 *in fine* de la LSC recogió parte de la que contenía el artículo 97.1 del TRLSA, pero no operó un cambio de fondo -hablamos de la refundición en concreto de los artículos 97.1 TRLSA a 173.1 LSC y no de los demás-. El legislador optó por una interpretación estricta de la STC 166/2007, de 4 de julio en la que señaló que la función de refundición «*habilita* [al Gobierno] *para llevar a cabo una depuración técnica de los textos legales a refundir, aclarando y armonizando preceptos y eliminando discordancias y antinomias detectadas en la regulación precedente, para lograr así que el texto refundido resulte coherente y sistemático*».

El artículo 173 LSC sufrió tres modificaciones con posterioridad a la refundición -en 2010, 2011 y 2012-, sin que se modificase el vocablo «provincia», sin que el problema fuera subsanado.

Dos años después de la última modificación, en 2014, se aprobó 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, y fue una -nueva- oportunidad perdida para poner solución a la problemática abordada por el Tribunal Supremo en 2006. Queremos pensar que quizá no fue un olvido -la cuarta oportunidad de reforma-, que el legislador consideró que el Alto Tribunal complementa el ordenamiento

jurídico «*con la doctrina que, de modo reiterado, establezca*», tal como recoge el art. 1.6 del CC. Sin embargo, no nos parece un motivo suficiente, dicho sea con el máximo respeto, como para no poner coto a una situación de abuso del órgano convocante por medio de la expresa regulación en la LSC.

De conformidad con lo expuesto, concluimos que es necesaria la reformulación del artículo 173.1 *in fine* de la LSC, que disciplina el acto del llamamiento que recoge el art. 204.3.a) de la LSC y a tal efecto, proponemos el siguiente redactado -como uno de los quizá múltiples posibles que pueda haber, pero el más sencillo que concebimos- para el inciso final del precitado artículo, que consiste en sustituir el vocablo «**provincia**» por «**población**», tal como sigue:

> «(…), la convocatoria se publicará en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en uno de los diarios de mayor circulación en la ***población*** en que esté situado el domicilio social.» [***El destacado es nuestro***]

VI. La reforma de 2014 reguló de forma insuficiente cuando la vulneración del derecho de información es o no causa de impugnación, y aunque consideramos que resulta posible separar los supuestos «inimpugnables» de los «impugnables», es necesario incluirlos de forma detallada para evitar que se deba decidir cada cuestión ad casum como consecuencia de la ambigüedad que presentan las expresiones «esencial para el ejercicio razonable» o «accionista o socio medio».

Con la reforma de 2014 se trasladó el centro de atención a los excesos de las minorías y al ejercicio abusivo de esta vía procesal de impugnación. Debemos destacar la introducción de la *inimpugnabilidad* como regla general que se indica en el art. 204.3 LSC, si bien excepcionada por la letra b) *in fine*: «*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». El legislador no define que ha querido decir con «*esencial para el ejercicio razonable» o «accionista o socio medio*» y nuevamente habrá que estar *ad casum*.

La nueva redacción que se le dio al art. 204.3.b) LSC, que de entrada no permite la impugnación de esos acuerdos, estableció como causa de *inimpugnabilidad*, la «*inconcreción o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta*» y esa es la regla general. Así, de la interpretación del art. 204.3.b) LSC, y de sus normas concordantes, como de la jurisprudencia -en sentido impropio- y de la literatura científica, parece posible sostener que la regla general es la *inimpugnabilidad* de los acuerdos sociales sobre la base de la lesión del derecho de información.

Atendiendo a lo anterior y como consecuencia de la labor de investigación realizada, creemos que es posible aislar dos clases de supuestos-tipo de acuerdos. Una de ellas estaría formada por aquellos que serían inimpugnables y la otra comprendería a los impugnables.

En la primera clase (inimpugnables), en relación con la satisfacción del ejercicio del derecho de información, hemos localizado:

En primer lugar, cuando la información haya sido correctamente denegada. De lo que aquí se trata es de discernir cuándo el rechazo es correcto, es decir, cuando este es conforme a Derecho (societario). De aquí que deba echarse mano de los preceptos que contemplan tal derecho de rehúse y nos estamos refiriendo a los artículos 197.3 y 4 y 196.2 y 3 LSC. Así, las causas de denegación son muy reducidas en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada en comparación con las anónimas, si bien resulta críptico cuando en las primeras se habla de perjudicar el interés social -ex art. 196.2 LSC- o en las segundas se aluda a la innecesariedad de la información para la tutela de los derechos del socio -ex. art. 197.3 LSC-, expresiones plenas de ambigüedad. Si bien la Ley no exige al órgano de administración que justifique su decisión, parece aconsejable que lo haga, para cubrirse frente a futuras impugnaciones, tratando así de fundamentar el rechazo.

En segundo lugar, encontramos el supuesto que recoge el art. 197.5 LSC, esto es, cuando la solicitud haya sido realizada durante la celebración de la junta en la sociedad anónima. Sin embargo, esto que la norma considera de una forma tan imprecisa, admite muchas variantes. Desde la pura negativa a ofrecer las informaciones o aclaraciones requeridas, hasta el hecho de que la respuesta no resulte objetivamente satisfactoria o, sencillamente, no satisfaga al socio. El interrogante que se abre es evidente: ¿todos los anteriores escenarios deben recibir la misma respuesta en el sentido de considerar a todos ellos supuestos de inimpugnabilidad? Opinamos que no, pues ante un escenario de falta de suministro de información, por ejemplo, habría que calibrar las posibilidades reales -razonables- de proporcionar la información completa, o correcta, sobre la marcha.

En tercer lugar, respecto a los acuerdos dejados sin efecto o sustituidos válidamente por otros, la norma discrimina dos escenarios, según sea el momento de la anulación o de la sustitución previo o posterior a la interposición de la demanda. Si tales circunstancias acontecen con posterioridad a la iniciación del proceso, lo que procederá es la terminación anormal de aquel por pérdida sobrevenida de su objeto, ex art. 22 LEC.

Finalmente, y en cuarto lugar, la falta de entrega total de información, ya que una cosa es que la información proporcionada se repute «insuficiente» y otra completamente diferente es que «no se haya facilitado». Es una cuestión de medida, si se quiere, pero con efectos relevantes. En el primer caso se ha proporcionado, pero no de forma completa o exhaustiva, pero en el segundo caso, en cambio, se habla de una falta completa de entrega de la información requerida. La interpretación más apropiada, a nuestro entender, es aquella que permita superar esta inconsistencia. Y, en este sentido, abogamos por equiparar, a los solos efectos interpretativos, ambas expresiones, en el sentido de que el legislador se ha querido referir por igual al fenómeno de la carencia de información, con independencia de que sea total o parcial.

En la segunda clase (impugnables), en relación con la satisfacción del ejercicio del derecho de información, hemos localizado:

En primer lugar, la falta total de respuesta. Esto es, el rechazo, expreso o tácito, pero total, de una solicitud de información formulada por un accionista o un socio, lesiona el derecho de información de estos y, en consecuencia, le otorga acción para promover su anulación judicial.

En segundo lugar, la denegación *contra legem*: La propia Ley autoriza al órgano de administración de la compañía a denegar información que se le haya solicitado. En el caso de las sociedades anónimas se cuenta con una pluralidad de motivos (art. 197.3 LSC), mientras que en el caso de las limitadas sólo se contempla, como supuesto de negativa lícita, que la publicidad perjudique el interés social (art. 196.2 i. f. LSC). A esto último debe adicionarse una contra-excepción: aun cuando concurran dichas circunstancias, si el solicitante o los solicitantes ostentan una titularidad sobre el capital social como mínimo igual al 25%, entonces no cabrá la denegación (art. 196.3 LSC). Consideramos -desde una perspectiva de lege ferenda- que la fórmula normativa podía haber sido más genérica y, por tanto, más amplia, de modo que pudieran quedar comprendidas otras conductas semejantes en cuanto a su resultancia lesiva para con la sociedad. En este sentido, se estima más oportuna una redacción que sencillamente permitiera denegar la información peticionada cuando, a juicio del órgano de administración, que deberá, esto sí, trasladar al solicitante de forma motivada, la información solicitada no resulte pertinente -en relación con la toma de postura en cuanto al ejercicio del derecho de voto o de los demás derechos de participación- o bien entrañe un riesgo objetivo de que resulte perjudicado el interés social a causa de un mal uso de la información. Incluso un tercer motivo, cuando el hecho de facilitar la información contravenga una norma jurídica diferente a la LSC, como podrían ser cuestiones en materia laboral o de protección de datos.

En tercer lugar, resultan *impugnables* aquellos acuerdos con respecto de los que se haya proporcionado información errónea o insuficiente que quepa reputarla esencial para el ejercicio razonable, para un accionista o socio medio, del derecho de voto o bien de cualquier otro derecho de participación. Tratándose de información errónea, ya sea involuntariamente, ya sea de forma premeditada,

o de información insuficiente, lo relevante es que los datos deseados resulten eficaces en el proceso de formación de la voluntad del accionista o socio.

Y en cuarto lugar, juzgamos impugnable aquel acuerdo con respecto del que se formularon preguntas o se interesaron aclaraciones en el transcurso de una junta en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada y estas no se dieron.

Podemos concluir con que, si bien el art. 204.3.b) *in fine* LSC, presenta varias expresiones que adolecen de ambigüedad, como «*esencial para el ejercicio razonable» o «accionista o socio medio*», hemos conseguido identificar supuestos de acuerdos *impugnables* e *inimpugnables* y el legislador debería considerar presentar esas categorías para arrojar luz en cuanto a la interpretación del precepto mediante la inclusión en el cuerpo de la LSC.

VII. Técnicamente, no es posible aceptar la «Exceptio doli» como motivo de oposición ante la pretensión de un socio que, habiendo actuado de mala fe, impugna un acuerdo social por vulneración del derecho de información, si bien acaba aceptándose como consecuencia de la derrotabilidad de las normas jurídicas.

El art. 204.3.b) LSC dispone que no procederá la impugnación con motivo de «*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*»

Cuando se trata, sobre todo, de sociedades cerradas, resulta importante poner el foco sobre el ejercicio de este derecho, pues no es poco frecuente que cuando existe un conflicto societario la salida de los disidentes sólo se vislumbre al final de una actitud beligerante, mediante la que el socio tiende a buscar una salida para la venta de sus acciones o participaciones sociales. Como todos los conflictos, societarios o no, el ejercicio del derecho a solicitar información se

encuentra sujeto a las exigencias de la buena fe. Y he aquí que, en este punto, consideramos que la Ley falla, toda vez que no ha puesto el acento sobre este aspecto como causa de *inimpugnabilidad*.

Si centramos el análisis desde la perspectiva de la sociedad demandada, resulta comprensible que ante una impugnación que presente un socio con una finalidad torcida, aquélla pretenda defenderse alegando la inexistencia de buena fe por parte de este. Sin embargo, más allá de lo que pueda ser ecuánime, justo o ético, lo que debe considerarse es la corrección jurídica de la alegación que realice la sociedad demandada, que estará basada en la excepción material de dolo, o más sencillamente *exceptio doli* que contiene el art. 7.2 *in fine* del CC. Consideramos que tal excepción no debería prosperar desde una perspectiva de *lege lata* y la razón estriba en la ausencia de fundamento normativo de tal excepción, pues no existe, según nuestro punto de vista, en la LSC, ningún enunciado jurídico que conceda a la sociedad demandada semejante defensa procesal de fondo. Por otra parte, la alusión genérica a la *exceptio doli* no es tal, sino que, en nuestro ordenamiento jurídico, escasean los supuestos en que se permite que el demandado esgrima tal suerte de defensa. Principalmente, nos referimos al art. 20 *in fine* Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque. De manera velada, y en nuestra opinión de forma dudosa, se considera latente la *exceptio doli* en el art. 10.I Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de seguro.

Debe añadirse que no resulta en absoluto clara la posibilidad de interpretar el art. 7.2 *in fine* CC, en el sentido de que se trate de una norma de permisión a favor del demandado de modo tal que este siempre, y en todo caso, pueda esgrimir en un proceso judicial civil la *exceptio doli*. Podría considerarse que el aludido precepto contempla la desestimación de la demanda como manifestación concreta de esas indeterminadas «*medidas judiciales*» que se pueden adoptar frente a «*todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero*».

Sin embargo, consideramos que las excepciones materiales -como la *exceptio doli* del art. 7.2 *in fine* CC- son enunciados jurídicos que colisionan con otros enunciados jurídicos al aplicarse ambos sobre los mismos hechos. En definitiva, provocan claras antinomias y eso deriva en el problema de qué deba hacer el juez frente a ellas si se propone cumplir con sus obligaciones legales, entre las que se encuentra resolver los conflictos jurídicos aplicando el Derecho positivo.

El juez deberá dictar sentencia, y esta podrá ser estimatoria o desestimatoria. Respecto a la primera de ellas, el juez aplicaría un enunciado jurídico material, el art. 204.3.b) LSC, y el derecho material en última instancia. En definitiva, esta resolución judicial estimatoria sería conforme al derecho material. En cambio, consideramos que, si el juez dictara una decisión desestimatoria que rechazase la pretensión del demandante de anular el acuerdo social, semejante decisión no sería materialmente conforme al derecho y basamos nuestra posición en dos motivos.

El primero de ellos, porque la decisión que fundase la desestimación no aplicaría el art. 7.2 *in fine* CC, ya que no es equivalente una decisión desestimatoria a una decisión que califica la pretensión impugnatoria como abusiva, que pudiera apreciarse en un proceso declarativo independiente que promueva la sociedad demandada.

El segundo, porque la decisión desestimatoria no aplica norma alguna -ni el 7.2 *in fine* CC LSC, ni tampoco el 204.3.a LSC-, de modo que, sólo por ello, no es materialmente conforme a Derecho. Dicho de otro modo, el juez estaría desestimando y resolviendo conforme al Derecho, pero sin aplicar ninguna norma material contenida en el cuerpo de la LSC ya el legislador no ha previsto que la *exceptio doli* sea motivo de oposición a la impugnación. Dicho de otro modo, la LSC no ha previsto, *lege lata*, que el abuso de derecho sea motivo de defensa -oposición- para sostener la *inimpugnabilidad* de los acuerdos sociales por vulneración del derecho de información y, por tanto, el Juez debería estimar la demanda del socio.

Esto nos lleva a la posibilidad de que el demandante impugne el acuerdo social por la vía del art. 204.3.b) LSC, por haberse producido una infracción que permita

estimar el acuerdo como *impugnable,* y la sociedad demandada se oponga por considerar que el acuerdo es *inimpugnable* -por el motivo que sea- y, además, presente demanda reconvencional en la que, alegando la mala fe del socio *ex* art. 7.2 *in fine* CC, le pida al juez que emita un pronunciamiento declarativo. El juez se encontraría entonces ante un escenario en el que tendría que estimar ambas pretensiones y se desembocaría en el indeseable resultado de que se emitieran dos pronunciamientos de todo punto incompatibles, pues no puede ser que, al mismo tiempo, un mismo acuerdo social sea y no sea impugnable. Ahora bien, que ambos pronunciamientos sean conjuntamente considerados irracionales, no quita que en ese supuesto el juez esté cumpliendo rigurosamente las obligaciones que la propia Ley le impone de resolver asuntos o pretensiones de forma motivada, tal como recoge el art. 120.3 CE en relación con el art. 1.7 CC y el 11.3 de la LOPJ, pues no se le impone que pondere en sus resoluciones judiciales, ya que no hay ningún enunciado jurídico que así lo exija. Sin embargo, nos damos de bruces con la derrotabilidad de las normas jurídicas, que sólo podría ser vencida si nuestro sistema jurídico estuviera formado por normas que regulasen todas las situaciones posibles en su aplicación, sin excepción alguna.

La situación descrita abre la vía a la peligrosa ponderación en los casos de conflicto, en donde si el juez entra, es posible que esté incumpliendo su obligación jurisdiccional, motivo por el cual si bien de *lege lata* se considera sumamente arriesgado defender que el abuso del derecho por parte del socio impugnante, esgrimido como *exceptio doli*, pudiera prosperar hasta el punto de que en su virtud se llegase a desestimar la demanda, sí que estimamos recomendable que se considere, desde una perspectiva de *lege ferenda*, la inclusión de una regla como la siguiente en la LSC, a los efectos de positivizar, como motivo de oposición a la impugnación, la concurrencia de mala fe en el actor:

> «Las pretensiones impugnatorias deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.
>
> El juez estará obligado a desestimar la demanda cuando quede probado que en la impugnación del demandante ha mediado abuso de derecho. Se considerará que ha existido abuso de derecho

> cuando, atendiendo a la intención del actor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, este ha sobrepasado los límites normales del ejercicio de su derecho».

VIII. Respecto a la lesión del interés social por la imposición de acuerdos de forma abusiva por parte de la mayoría, apostamos porque el legislador incluya categorías, supuestos de abusividad y medidas ad cautelam para evitar el voto de los socios que contribuyan a la adopción del acuerdo abusivo.

Los acuerdos sociales abusivos no encontraron reconocimiento en la normativa societaria hasta la reforma de 2014. Sin embargo, no significa que no los hubiera, pues los había. Los asuntos más frecuentes versaban, en primer lugar, acerca del atesoramiento persistente de beneficios y, por tanto, el no reparto de dividendos. En segundo lugar, los acuerdos de aumento de capital con el propósito de diluir a una minoría incómoda. En ambos supuestos, estos acuerdos abusivos se atacaban por la vía general prevista en el art. 7.2 CC, que da cabida a las situaciones de abuso de derecho

Tras la reforma de 2014, el artículo 204.1.II LSC recoge que el supuesto de lesión del interés social se dará -también- cuando se impone el acuerdo por la mayoría de manera abusiva. No con este tenor literal, pero es la idea que consideramos que subyace. La segunda parte del párrafo contiene una presunción de *abusividad* y consideramos que, alguna de sus expresiones, adolece de vaguedad y debe ser tenida en consideración.

Nuestra labor exegética nos ha obligado a detenernos en la expresión «*razonable*», claramente imprecisa y, más exactamente, vaga. «*Razonabilidad*» que no tiene por qué ser exclusivamente jurídica y que lo más usual sea que se trate de «*razonabilidad*» patrimonial, o financiera, o económica o empresarial, lo que coloca al aplicador en cierta postura delicada pues le resultará difícil su determinación. Con todo y ser posible la valoración judicial de la prueba en el

proceso, es llano que no se encuentra exenta de dificultades y de un notable riesgo de error. Por ello, consideramos necesario definir o reformular lo que el legislador entiende que deba significar la expresión «*razonable*» a los efectos de lo previsto en el art. 204.1.II LSC.

Consideramos, por otra parte, que la interpretación correcta de «*razonable*» es la que reputa un *acuerdo social abusivo* aquel que, sin causar daño alguno al patrimonio social, y sin existir una necesidad -ni jurídica, ni patrimonial, ni empresarial-, favorece un interés particular de la mayoría -y, por ende, perfectamente diferenciable del interés general de la sociedad- y causa un perjuicio injustificado -objetivamente- para la minoría, que se ha opuesto al mismo.

Dicho lo anterior, no queremos quedarnos con una conclusión semántica en torno a lo que significa o pudiera significar la expresión «*razonable*».

Así, hemos identificado los elementos característicos de la «*abusividad*» en los acuerdos, que son (i) la existencia de coaliciones o agrupaciones de interés entre los integrantes de la mayoría social (ii) la falta de justificación de la existencia de una necesidad objetiva de la sociedad -de carácter jurídico, financiero o empresarial- (iii) la existencia de una ganancia patrimonial de la mayoría, directa o indirecta (iv) el hundimiento de las legítimas expectativas de los socios minoritarios (v) la existencia de un conflicto entre la parte mayoritaria y no mayoritaria de la sociedad, todas ellas cuestiones no positivizadas y consideramos que el legislador debería incluirlas, de uno u otro modo, en el cuerpo de la LSC.

Somos igualmente partidarios de que el legislador positivice los principales supuestos de acuerdos sociales que se imponen de manera abusiva, que son: (i) atesoramiento persistente de beneficios -sin perjuicio del derecho de separación *ex.* art. 348.bis LSC- sin que exista una razón para ello (ii) las modificaciones estructurales del capital que tienen como resultado último que tienen como resultado último, o bien la dilución de la participación de la minoría en aquel, o bien, incluso, su eliminación total, como sucede, por ejemplo, en los supuestos de «operación acordeón» que reduce el capital social a cero previo a

su aumento (iii) La *disolución de la compañía* con el propósito de distribuir el activo remanente y a partir de este constituir una nueva sociedad, de la que sólo participa la mayoría, que se aprovechará, probablemente, del fondo de comercio y de las coincidencias identificativas de ambas empresas (iv) La *modificación del objeto social*, con objeto de reducirlo, de modo que una actividad que antes formaba parte del mismo -y resultaba lucrativa-, deje de hacerlo, con el objetivo mediato, del mayoritario, de llevarla a cabo de forma individual, o con otras personas (v) cuando la mayoría aprueba asignarse en exclusiva el resultado favorable o positivo de la liquidación en un *proceso de disolución y liquidación* (vi) Las *retribuciones «tóxicas»* que lo pueden ser, bien por excesivas, bien por injustificadas, bien por carecer de razonabilidad o (vii) El abuso fundado en el empleo de estructuras sociales sofisticadas para reducir todo lo posible el reparto de *cash flow* y de los dividendos entre los socios.

Finalmente, nos parece oportuno que el legislador incluya a los socios que hayan votado a favor en la legitimación pasiva en este tipo de impugnaciones de acuerdos sociales que lesionan el interés social por ser abusivos, en la medida que -de estimarse la acción impugnatoria- su participación habrá sido necesaria. En este sentido, apostamos por incluir en la LSC la expresa posibilidad de que, en este tipo de impugnaciones, se pudiera acumular la acción de impugnación con la de indemnización por daños y perjuicios contra el socio o los socios que hubieran votado a favor de la aprobación del acuerdo impugnado.

Concluimos por tanto, en que el legislador debería dotar a la LSC de una definición de «*necesidad razonable*», así como incluir los elementos característicos de la abusividad y los principales supuestos e incluir al socio que haya votado a favor como legitimado pasivo para la interposición de la acción de impugnación del acuerdo social en ejercicio acumulado de una indemnización por daños y perjuicios que opere a modo de cautela -que deberá tener en cuenta en el momento de la emisión del voto- o bien resarcitoria.

IX. Los acuerdos sociales contrarios al orden público necesitan una regulación propia, separada y autónoma, pues constituyen una categoría separada de los previstos en el art. 204.1 LSC y consideramos necesario su desarrollo normativo.

Los acuerdos sociales contrarios al orden público -más como consecuencia de la doctrina que por el legislador- constituyen una categoría separada del resto de acuerdos sociales de los denominados *impugnables* que se recogen en el art. 204.1.I LSC.

La doctrina aborda esta cuestión con sumo cuidado y concluye que nos encontramos ante una tipología de acuerdos especialmente difícil, como consecuencia de la delgada línea roja que existe entre los que sí son contrarios al orden público y los que no lo son.

Ante el escenario de inseguridad que ya dejamos entrever, se suma el hecho de que no ayuda que no haya -*lege lata*- unos criterios claros, concretos y precisos que permitan de una forma objetiva separar los que son de los que no lo son. Los Tribunales se han visto abocados a resolver *ad casum* y los resultados alcanzados por la doctrina no consideramos que puedan calificarse como completamente satisfactorios. Todo ello, alimenta la inseguridad jurídica con la que se encontrará el justiciable que decida acudir a la jurisdicción ordinaria para tratar de recabar el legítimo auxilio judicial a su favor.

La principal singularidad que presenta esta categoría de acuerdos es que, siendo nulos de pleno derecho, la acción -procesal- mero declarativa no se encontrará sujeta a caducidad ni a prescripción, tal como recoge el art. 205.1 LSC. El principal problema que plantea es que el justiciable estará convencido de que esa «no prescripción» significa que el plazo de caducidad de 1 año no le aplicará. Todo ello, por un problema claro de técnica legislativa, que no está resuelto.

Dada la excepcionalidad de la contravención del orden público y la primacía que tiene la seguridad del tráfico, constituye un riesgo enorme confiar la suerte de

una impugnación a la acción de nulidad y obviar el plazo de caducidad, ya que la ley no concreta qué casos son contrarios al orden público.

A pesar de que nuestro trabajo es un análisis exegético, al analizar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera (pleno), de 20 de diciembre de 2022, nos ha dejado una sensación de clara desazón, como una oportunidad perdida ante la laguna que existe en esta materia, ya que no podemos obviar, que el contenido del art. 1.6 del CC sigue produciendo efecto. Sin embargo, lo que queremos destacar es el riesgo que corre el justiciable de confiar su suerte a la *imprescriptibilidad* de su acción basándose en el firme convencimiento de que el acuerdo que va a impugnar es contrario al orden público.

Echando la mirada al futuro, parece que se impone un replanteamiento de la cuestión. En este sentido, se considera oportuno subrayar la posible línea de actuación: apostar por un catálogo concreto de *lege lata* que otorgue claridad y seguridad jurídica, pues no podemos olvidar que la Constitución garantiza esta última (*ex* art. 9.3).

Concluimos, por tanto, que el legislador debería prever un elenco de acuerdos nulos (o «impugnables» de mantenerse la actual regulación) por ser contrarios al orden público, que debería ser normativizado, por vía de su inclusión en la LSC, razonablemente en el art. 204, que tendría que recoger taxativamente los supuestos de hecho de acuerdos que tendrían la consideración de contrarios al orden público para dotar, ahora sí, de la seguridad jurídica que es necesaria ofrecer no solo al justiciable, sino también a los operadores jurídicos que actualmente vienen resolviendo *ad casum*. Así, esbozamos una relación de los que, en nuestra opinión, podrían constar. Los acuerdos:

1. Cuyo contenido, directa o indirectamente (porque lo propicien, favorezcan o promuevan), sea delictivo.
2. Que establezcan discriminaciones por cualquier razón entre sus socios que no obedezcan a diferencias legítimas admitidas por la Ley.
3. Adoptados en juntas pretendidamente universales, pero que no lo sean con arreglo a las exigencias legales para las mismas, siempre y cuando

los socios preteridos no conocieran, por causas ajenas a su voluntad, de su existencia.

4. Que priven a los socios de su cuota de liquidación, de forma absoluta, o bien los que la reduzcan a un valor económico que no responda a su valor real o valor de mercado.
5. Que priven a los socios del ejercicio del derecho de adquisición preferente o de otros derechos de naturaleza análoga, cuando les corresponda según Ley.
6. Que impidan, limiten o cercenen los derechos de asistencia y voto de los socios en las juntas, al margen de lo que prevea la Ley al respecto.

De optar el legislador por dar entrada a estos casos, consideramos que no debería hacerlo bajo la expresión «son impugnables…» sino con la de «son nulos…» de conformidad con el resumen a modo análisis exegético que hemos realizado en la conclusión primera acerca del actual artículo 204 LSC

X. En cuanto a la cuestión incidental de previo pronunciamiento prevista en la LSC, consideramos que ninguna de las diferentes tesis de la «remisión» a la LEC que sostiene la doctrina resultan aplicables, pues el legislador ha optado por la tesis de la «regulación propia» en la LSC.

Hemos comprobado que un considerable sector de la doctrina sostiene que se trataría de una remisión (legal, aunque esto los autores no lo precisan) a los arts. 387 a 393 LEC -suponemos que, en bloque, porque esto tampoco lo especifican, preceptos estos que regulan las cuestiones incidentales. Algunos autores son más precisos y delimitan la remisión a las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento del art. 390 LEC. Existe así una doble vertiente de autores que apuestan por la tesis de la remisión.

Sin embargo, no compartimos la «tesis de la remisión» expuesta por las siguientes consideraciones:

El primer motivo lo basamos en que no existe remisión legal alguna. A nuestro juicio, no hay tal. Ni explícita -basta con leer el art. 204.3.II LSC; no aparece la expresión «remisión», ni ninguna otra con la misma raíz-, ni tampoco tácita -pues no se sobreentiende de la dicción legal-. Un enunciado jurídico es una remisión legal exclusivamente cuando, o bien su supuesto de hecho, o bien su consecuencia jurídica, se remiten a otra cosa. Aquí, opinamos, no sucede ninguna de las dos cosas. No hay ningún envío a la LEC, ni a ningún otro cuerpo jurídico, ya sea sustantivo o procesal.

Sentado lo anterior, adelantamos una posible objeción que se nos puede formular. Siendo cierto que el art. 204.3. II LEC carece de remisión legal expresa alguna, podría entenderse efectuada la misma a través de lo dispuesto en el art. 207.1 LSC. Sin embargo, este último artículo de la LEC sienta, por una parte, que el cauce procesal apropiado para tramitar las demandas de impugnación de acuerdos sociales (no se refiere a las cuestiones incidentales) será el juicio civil declarativo ordinario cuyo apelativo es precisamente «ordinario». Por otra parte, si bien el legislador se *remite* a las disposiciones contenidas en la LEC, lo hace de forma genérica y ello no puede llevar a realizar la analogía *legis* atendiendo a la rúbrica del precepto, sino que debe realizarse mediante el criterio que fija el art. 4.1 del CC, esto es, la identidad de razón.

El segundo motivo lo basamos en la disparidad del objeto que presenta la cuestión incidental del 204.3.II LSC y la del 390 LEC. El objeto de la prevista en LSC es sustantivo. Se trata de adelantar, al compás inicial del proceso de impugnación de acuerdos sociales, el juicio de subsunción de unos hechos en alguno de los supuestos típicos de *impugnabilidad*, ya sea por infracción de determinados enunciados jurídicos relativos a la génesis del acuerdo, ya sea por la lesión del derecho de información en unas concretas circunstancias legales, todo ello delimitado en las letras «a» a «d» del apartado 3º del art. 204 LSC. Se trata de determinar la «procedencia» de la impugnación.

En cambio, las cuestiones que se abordan por la vía del art. 390 LEC son exclusivamente adjetivas o procesales que impiden la continuación del juicio,

concepción que viene reforzada por los supuestos enunciados en el siguiente artículo, el 391 de la LEC. Y si se nos objeta que en ambos casos -204.3. II LSC y 390 LEC- lo que acaba resultando es lo mismo, en definitiva, en referencia a la apreciación de un obstáculo que impide la continuación del juicio, consideramos que, siendo esto cierto, aún lo es más que la naturaleza de dicho obstáculo es completamente distinta. En un primer caso, es sustantiva o material; en el segundo, exclusivamente procesal. Esto es precisamente lo que explica las numerosas dificultades que han encontrado los autores a su paso cuando pretenden aplicar el régimen legal previsto para las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento de la LEC a las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento de la LSC, en materia estricta de impugnación de acuerdos sociales.

Consideramos que es aplicable un tercer argumento para rebatir la tesis de la remisión. El efecto de la suspensión de la tramitación del proceso principal no sólo se encuentra en el régimen general de las cuestiones incidentales. Aunque es cierto que el art. 390 -y de forma genérica el art. 392.1- LEC contempla esta concreta eficacia procesal suspensiva de las cuestiones incidentales, nos parece discutible que todo el sostén de la remisión a las cuestiones incidentales de la LEC -además de porque guardan semejanza en su denominación- sea porque estas últimas contemplan la posibilidad de que se acuerde la suspensión de las actuaciones. En el caso de la declinatoria, por ejemplo, sucede exactamente lo mismo, a tenor de lo dispuesto en el art. 64.1 LEC.

Nosotros defendemos, por tanto, que la LSC ha regulado un incidente en el art. 204.3.II con el objeto de que se pueda cuestionar («plantear cuestiones») la impugnabilidad del acuerdo social sobre el motivo escogido por el actor como fundamento de su demanda. Según esta interpretación, la regulación del incidente del 204.3.II LSC es propio de este cuerpo jurídico y plenamente autónomo. No obstante, aceptamos que dicha regulación sea sumamente escueta y que se encuentre plagada de lagunas, sin embargo estas sí que deben ser colmadas por vía analógica, echando mano de la LEC, aunque discrepamos fundadamente de que las cuestiones incidentales reguladas en esta última sea el expediente legal más apropiado.

Adicionalmente, defendemos la tesis de la regulación propia con la base de los siguientes argumentos:

(a) No existe ninguna restricción normativa para que una ley contenga enunciados jurídicos de orden sustantivo y procesal, en una determinada proporción.

(b) La LSC no efectúa una remisión legal alguna, cuando el legislador podría haber optado por ello.

(c) El art. 204.3.II LSC contiene incidente del que no se puede hallar ningún equivalente, ni tan siquiera remotamente, en la LEC, ni en otro cuerpo jurídico procesal. Se ha pretendido instaurar un «filtro» de procedencia sustantiva de la demanda, lo que dista sustancialmente de los «filtros» que la LEC contiene para impedir que una relación procesal defectuosa pueda pervivir y consolidarse.

Sin embargo, esta tesis interpretativa suscita numerosos problemas, pues qué será lo que deba resolver el juez mercantil cuando aprecie la *inimpugnabilidad* del acuerdo social. Laguna que deberá colmarse a nuestro juicio echando mano de la analogía con los supuestos de inadmisión de la demanda que es lo más coherente con la locución «*tampoco procederá la impugnación*» del art. 204.3.I, inciso primero.

Concluimos, por tanto, que el legislador ha decidido establecer un mecanismo propio y autónomo de cuestión incidental de previo pronunciamiento en la LSC, siendo una cuestión aparte será cuan ágil y funcional resulta en la práctica este mecanismo el cual debe pasar, necesariamente, por su reformulación y desarrollo.

XI. En la regulación de la cuestión incidental de previo pronunciamiento, el legislador ha optado por una normativa autónoma contenida en la LSC, al margen de la LEC, si bien es técnicamente deficiente, en especial, en lo que respecta al tratamiento del dies a quo, de la legitimación y del dies ad quem.

En la regulación de la cuestión incidental de previo pronunciamiento el legislador no realiza remisión legal alguna. Basta con leer el art. 204.3.II LSC para comprobar que no se contiene ningún envío a la LEC, ni a ningún otro cuerpo jurídico, ya sea sustantivo o procesal. El legislador se decanta por una regulación autónoma, contenida en la LSC, aunque, a nuestro juicio, mejorable.

A continuación, abordamos las tres cuestiones cuya regulación legal merece mayor critica. Nos referimos concretamente al *dies a quo* -desde cuándo-, a la legitimación -quien la ostentará- y al *dies ad quem* -hasta cuándo-, estando esta última carente de regulación.

La primera regla que destacamos es el *dies a quo* para la presentación del incidente, es decir, el momento a partir del cual se puede plantear la cuestión. No tenemos dudas de que la LSC se ha pronunciado claramente en cuanto a su regulación, ya que el *dies a quo* se sitúa una vez «*presentada la demanda*», sin más detalles, que consideramos que es equivalente a «*con posterioridad a la presentación de la demanda*». Si analizamos esta regla desde una perspectiva práctica en torno a la posición de la sociedad demandada, parece tener sentido que lo frecuente será que aquella plantee la cuestión tan pronto como resulte emplazada para personarse y contestar a la demanda, pues estará interesada en que los acuerdos impugnados sean considerados *inimpugnables* lo antes posible, de tal forma que se ponga fin al proceso impugnatorio a través del cauce incidental.

Sin embargo, es posible que la demandada tenga conocimiento de la presentación, por vía directa o indirecta, antes de haber sido ni siquiera admitida a trámite y, podría darse el supuesto que ésta plantease la cuestión incidental antes de tener un conocimiento formal de la demanda, esto es, el emplazamiento. No podemos obviar que el *dies a quo* se encuentra fijado inequívocamente en el momento posterior a la presentación de la demanda, pero no desde su «*admisión a trámite*». En este sentido, sería conveniente sustituir la actual redacción de «*presentada la demanda*» por una expresión en el sentido de «*admitida a trámite la demanda*», aclarando así una regulación borrosa, que, como decimos, es compatible con que se interpongan cuestiones incidentales antes de que la demanda haya sido admitida a trámite. A tal efecto, somos

partidarios de darle más claridad a la cuestión del *dies a quo* y una posible redacción podría ser:

> «*La cuestión incidental de previo pronunciamiento se podrá plantear a partir de la fecha de la resolución que admita a trámite la demanda de impugnación (…)*»

La segunda regla aborda la legitimación para presentar la cuestión incidental de previo pronunciamiento. El legislador optó por no individualizar quien la ostentará y nos han asaltado las dudas al tratar de concretarla, pues eligió la fórmula ambigua e impersonal de «*se planteará*» y estimamos posible que la pueda plantear cualquier sujeto de los implicados en el conflicto jurídico, tanto el demandante como la demandada, incluso el juez de oficio. Sin embargo, lo único que nos parece que reviste pleno sentido es que sea el demandado quien «cuestione» la impugnabilidad del acuerdo social -por alguno o todos los motivos que recogen las letras a) a d) del art. 204.3 LSC- y por tanto sea éste quien tenga la legitimación activa. No obstante, eso no descarta la opción de que el demandante pueda plantear la cuestión incidental, ya que la LSC no se lo prohíbe, y el planteamiento ciertamente impersonal que ha elegido el legislador, pleno de ambigüedad, parece haber abierto plenamente las puertas a terreno abonado a la inseguridad jurídica.

Parte de la doctrina sostiene que el actor sí se encuentra legitimado para promover el incidente y, además, por medio de «*otrosí digo*» en la demanda, pero tenemos dos motivos para no estar de acuerdo. El primer motivo se sustenta sobre la base de que, de tener legitimación el actor, podría presentarse la cuestión incidental de forma coetánea a la demanda y el art. 204.3.II LSC dice, claramente, que se podrá interponer una vez «*presentada la demanda*», lo que excluye, en nuestra opinión, que pueda formar parte del escrito rector. En segundo lugar, porque consideramos que el actor carece de legitimación ya que el esfuerzo argumentativo debe realizarlo en su escrito rector y no en una segunda etapa, ya que lo contrario supone utilizar la cuestión incidental de previo pronunciamiento como una prueba gratuita para someter a controversia la viabilidad de la acción al margen del procedimiento principal, escapando así al

castigo que se establece en forma de condena en costas en el art. 394 de la LEC.

Una vez descartado el actor -y al juez-, traemos a colación al tercero, pues tampoco dice nada en este aspecto la LSC y puede tener interés legítimo en el sostenimiento del acuerdo social impugnado. Dicho de otro modo, que el acuerdo social sea considerado *impugnable* puede afectar a sus intereses. Se nos puede objetar que esta cuestión no presenta dudas, pues el art. 13.1 de la LEC ya permite la entrada al tercero en el proceso cuando señala «*quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito*», sin embargo, consideramos que el legislador debería regular esta cuestión de forma expresa en la LSC y solventar así un problema palmario. Para ello, proponemos una redacción en el siguiente sentido:

> «*Se otorga legitimación activa exclusivamente a la sociedad demandada y, en su caso, a los terceros a los que la LEC les permita la intervención en el proceso*».

Finalmente, y como tercera cuestión problemática abordamos el *dies ad quem*. El legislador no ha previsto en la LSC ningún tratamiento a esta cuestión, pues no la ha regulado y nos hallamos, por tanto, en presencia de una laguna que creemos que es posible colmarla. Para ello el recurso de la analogía *-legis-* a las cuestiones incidentales de la LEC resulta inapropiado, fundamentalmente porque, ya sean de especial pronunciamiento, ya lo sean de previo, su planteamiento resulta posible en el juicio ordinario -único que es adecuado para ventilar la impugnación de acuerdos sociales (art. 249.1.3º LEC)- hasta el momento inmediatamente anterior al inicio de la vista de juicio. Si la teleología del incidente es evitar la tramitación de un proceso que versa sobre una impugnación improcedente o, si se prefiere, que se ha incoado como consecuencia de una demanda careciendo el demandante de acción, lo que consideramos que no tiene sentido es consentir que se pueda demorar el examen de la impugnabilidad hasta un momento tan tardío como es la vista del juicio. Súmese, además, que si consideramos el caso específico de las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento -de los arts. 390 y 391 LEC-, aún resulta todavía peor ya que únicamente podrán suscitarse a resultas de

circunstancias acaecidas con posterioridad a la audiencia previa. Otro enfoque que, consideramos, se ha barajado, pero que consideramos que resulta también inapropiado es el que interpreta que el planteamiento de la cuestión lo deberá hacer el demandado en la contestación a la demanda. De estar de acuerdo con eso, supondría aceptar que el *dies ad quem* queda fijado con carácter preclusivo en el plazo legal para contestarla. Sin embargo, la opción más plausible nos parece que la laguna que ha dejado el legislador en torno al *dies ad quem* se puede colmar acudiendo a la declinatoria, que regula el art. 63 y siguientes de la LEC, en la medida que consideramos que existe la necesaria identidad de razón que requiere el art. 4.1 CC. Acudiendo a la ley procesal, concretamente al art. 64.1 LEC, observamos que dispone: «*La declinatoria se habrá de proponer dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda*» y es precisamente ese plazo el que consideramos que, mediante aplicación analógica, debe ser trasladado al *dies ad quem* de la cuestión incidental de previo pronunciamiento. Para ello, proponemos una redacción que complete la propuesta que ya hemos realizado en relación con el *dies a quo* en el sentido siguiente:

> «(…) *y se deberá plantear dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda».*

XII. El art. 208 LSC no recoge los efectos de la sentencia -firme- y la propagación de los efectos de la declaración de ineficacia, por lo que presenta serios problemas de aplicación práctica.

Los efectos que dimanan de las sentencias desestimatorias -firmes- no revisten especial complejidad y los podemos resumir en, esencialmente, dos. El primero de ellos, de carácter material, en el que se limitaría a declarar -implícitamente- que el acuerdo impugnado no es contrario al ordenamiento jurídico, es decir, que es conforme a Derecho. El segundo, sin embargo, tiene carácter procesal y se concreta en la eficacia de cosa juzgada y en la modificación de una determinada

situación cautelar que haya podido acordarse durante la sustanciación del proceso, como las medidas cautelares, que quedarán alzadas.

El efecto procesal de cosa juzgada sí que reviste algo más de complejidad en torno a su extensión subjetiva, pues la LEC, en su artículo 222.3.III, establece que dicha eficacia alcanzará también a terceros sujetos, distintos a los que hayan configurado la relación procesal del litigio y parece lícito entender que incluye a aquellos sujetos que, al tiempo de adoptarse el acuerdo social impugnado -sin éxito- todavía no lo eran, pues de lo contrario se estaría abonando el terreno a la picaresca y al fraude, para tratar de evadir la extensión subjetiva que recoge el citado artículo procesal.

Sin embargo, los mayores problemas los presentan las sentencias estimatorias -firmes-, pues desplegarán una pluralidad de efectos, procesales, materiales, de ineficacia o de carácter registral, que no han sido regulados con acierto en el art. 208 de la LSC. Nos ocupamos en esta conclusión de los problemas de propagación de la ineficacia, salvo en el acceso al registro, que lo abordaremos en la siguiente.

Tras la reforma del art. 204 LSC en 2014, se ha abandonado el binomio de efectos *ex nunc* y *ex tunc* que era propio de los acuerdos anulables y acuerdos nulos. El planteamiento novedoso que trajo la reforma se asentaba precisamente en distanciarse de esta estructura y en sustentar la nueva construcción -acuerdos impugnables o no impugnables- en la piedra angular de la ineficacia que se declara, si bien no ha servido para poner punto final al debate en torno a la controversia suscitada en la práctica, sino todo lo contrario, lo ha aumentado.

El principal problema detectado como consecuencia de la investigación realizada se encuentra, a nuestro juicio, en la redacción actual del artículo 208 LSC, que no fue objeto de revisión con ocasión de la reforma de 2014, a través de la Ley 31, por la que se modificó la LSC para la mejora del gobierno corporativo. Como consecuencia de ello, se presentan importantes lagunas, siendo la más problemática la propagación de los efectos invalidantes del acuerdo social con respecto de los acuerdos, actos y contratos habidos con posterioridad que, de forma directa o indirecta, guarden relación con el invalidado. Esto ha abocado,

necesariamente, a que la doctrina y jurisprudencia se hayan visto forzadas a alumbrar soluciones eficaces -a la vez que garantistas- para sentar criterios de forma casuística, lo que genera una verdadera inseguridad jurídica al justiciable que persigue la tutela judicial.

En este escenario que se presenta y como consecuencia de la ineficacia de la redacción actual del artículo 208 de la LSC -y con apoyo en la doctrina- consideramos sumamente útil aplicar la «tesis de la desvinculación» y lo que debe analizarse es la naturaleza, calidad y/o intensidad de la conexión entre el acuerdo social que se ha declarado ineficaz y los actos jurídicos que le suceden.

Por medio de esta tesis, consideramos que existen tres parámetros de gran utilidad práctica. El primero de ellos, los supuestos de *conexión inmediata* que recogería aquellos casos en el que el acuerdo, acto o contrato posterior trae causa del acuerdo social declarado ineficaz. El segundo de ellos, los supuestos de *condicionalidad lógico-jurídica* que recogería aquellos casos en el que el acuerdo, acto o contrato posterior está condicionado por la adopción de una acuerdo social previo -sería el ejemplo de una operación acordeón, en donde no puede haber ampliación sin previa reducción-. En último lugar, quedarían los *meramente consecuentes* que recogería aquellos casos en el que el acuerdo, acto o contrato posterior que tiene el acuerdo impugnado como un simple antecedente -sería el ejemplo de declaración de ineficacia de nombramiento de un administrador, que no propagaría la ineficacia a las convocatorias de junta que haya realizado con posterioridad por el mero hecho de que hubieran sido convocadas por ese administrador-.

Sin embargo, la anterior tesis no se muestra suficiente para completar el artículo 208 de la LSC y los tribunales se hacen eco de ello en la integración judicial de la voluntad social. Estos efectos materiales *ultra vires* encuentran, a su vez, debate en la doctrina, existiendo principalmente tres tesis al respecto. La primera de ellas presenta su total rechazo a la integración judicial de la voluntad social, es decir, desde un punto de vista *lege lata*, la competencia legal para tomar esta clase de decisiones es exclusiva de la junta de socios (v. gr. Art. 160 LSC) y en absoluto de los jueces. La segunda de ellas tiene un carácter intermedio y parte de la conveniencia de que el juez condene a celebrar de nuevo la junta, sin

embargo, de abogar por esta tesis, nos podríamos ver inmersos en el bucle *aprobación-impugnación-condena-*. La última de ellas se muestra plenamente favorable a la integración judicial de la voluntad social pensando en la protección del socio minoritario, sin embargo, siendo del todo loable la finalidad perseguida, el principal escollo que se encuentra es la falta de respaldo normativo para que dicha integración judicial de la voluntad social pueda producirse.

Concluimos, por tanto, que el legislador no ha optado por corregir el contenido del art. 208 LSC en la reforma de 2014 y eso es un error, pues siguen existiendo grandes problemas de aplicación práctica en cuanto a la extensión de los efectos de la declaración de ineficacia que se está paliando por medio de la integración judicial de la voluntad social o por medio de la «tesis de la desvinculación» y cualquiera de estas dos opciones resulta del todo inadecuada desde una concepción exegética. Apostamos, por tanto, por una reforma del art. 208 LSC en el sentido de que recoja de forma clara y estructurada, como operará la propagación de efectos de la sentencia que declare la ineficacia de un acuerdo.

XIII. Los problemas de aplicación práctica que plantea la cancelación en el Registro Mercantil de la inscripción de los asientos posteriores al impugnado que resulten contradictorios con la sentencia.

El presupuesto objetivo que debe reunir la sentencia -firme- para que tenga acceso al Registro Mercantil lo deja claro el art. 208.1 LSC: debe tratarse de un «acuerdo inscribible», con independencia de que esté o no inscrito. Si el acuerdo está inscrito, no presentará mayor problema, pues el propio juzgado expedirá mandamiento de cancelación como consecuencia de lo que dispone el art. 208.2 LSC. Lo que verdaderamente plantea problemas es el art. 208.2 *in fine* LSC, esto es, «*así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella*», pues ¿Quién y cómo decide acerca de cuándo el asiento posterior es o no contradictorio con la sentencia?

Hemos identificado dos corrientes al respecto:

La primera, aboga por la cancelación de oficio o a instancia de parte. El sector doctrinal mayoritario se inclina por la primera alternativa, es decir, por la cancelación de oficio. Esto supone que el juez deberá pronunciarse en la sentencia sobre este particular, sin necesidad de que previamente se lo haya solicitado el demandante, sustentándose en la dicción literal del art. 208.2 LSC. Se basan, creemos que, con razón, en que es una excepción al principio de justicia rogada, pues existe un evidente interés público en preservar la seguridad jurídica en el tráfico mercantil.

La segunda, debate acerca de la competencia para realizar la criba de los asientos posteriores incompatibles: juez o registrador. Esta cuestión se antoja verdaderamente problemática. Hemos analizado diferentes resoluciones de la DGRN al respecto y la evolución ha ido de más a menos radical. La RDGRN de 4 de febrero de 2011 entendió que el art. 208.2 LSC «*contiene un mandato dirigido directamente al registrador para que, a la vista de esta, practique la cancelación que proceda*». Esto sí, siempre que a la vista de la documentación judicial y del contenido del registro no quepa duda alguna del carácter contradictorio de los acuerdos posteriores. Posteriormente, la RDGRN de 18 de mayo de 2013, que insiste en que para que el Registrador proceda a la cancelación el juez debe haberlo ordenado en la propia sentencia, aunque dispensa al órgano judicial de la obligación de concretar los asientos posteriores afectados por la declaración de ineficacia del acuerdo. La RDGRN de 30 de mayo de 2013 se alinea con la doctrina jurisprudencial (principalmente de las SSTS 37/2012, de 23 de febrero, y 58/2014, de 12 de febrero), y sostiene que no cabe la anulación automática y genérica de los asientos posteriores –en un caso en el que se impugnó el acuerdo de nombramiento de un administrador, pero existían otros acuerdos sociales posteriores cuya génesis residía en ese nombramiento, pero que, a resultas de la tesis de la limitación de la propagación de la ineficacia, no podía suponer la anulación en bloque de todo lo sucesivo, por más que hubiese intervenido ese administrador cuyo nombramiento se anuló. La RDGRN de 30 de junio de 2014 insiste en que es indispensable una declaración judicial acerca de qué asientos se deben cancelar o, cuanto menos, que facilite el juez en la sentencia su identificación. Finalmente, la RDGRN de 6 de junio de 2019 se torna más restrictiva «si con la presentación del documento

judicial se pretende la cancelación de asientos vigentes en el Registro debe especificarse en el mismo, en vía de principios, qué asiento o asientos han de ser objeto de cancelación porque como repetidamente ha afirmado esta Dirección General no incumbe al registrador determinar cuál es el alcance de los efectos producidos por la sentencia presentada, cuando el mismo no resulte totalmente incontrovertible, determinación que en los casos de oscuridades, omisiones o indeterminaciones de la propia resolución judicial, como las que pueden afectar a la inconcreción de los asientos posteriores contradictorios, pudiera afectar al principio de la invariabilidad de las resoluciones judiciales, que sólo pueden ser alteradas, complementadas o concretadas en los limitados términos, y con arreglo a los plazos y trámites legalmente previstos, dentro del propio ámbito judicial (arts. 214 y 215 LEC), especialmente en los casos en que por haberse omitido la práctica de la anotación preventiva de la demanda de nulidad del art. 155 del RRM, no se haya podido evitar el desconocimiento por terceros de la existencia de una impugnación de acuerdos sociales que podrían afectarles, teniendo en cuenta que la declaración de inexactitud o nulidad de los asientos del Registro Mercantil no perjudicará los derechos de terceros de buena fe adquiridos conforme a Derecho (cfr. art. 8 RRM)».

La práctica jurídica tomó la deriva hacia la imposibilidad de que el registrador realice una purga automática de cargas, lo cual presenta una situación de conflicto entre dos órganos (juez-registrador) difícilmente salvable; principalmente, a nivel procesal cuando la cancelación de asientos posteriores que deba efectuar el registrador no sea clara.

Concluimos, por tanto, que el inciso «*así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella*» que contiene el art. 208.2 LSC es insuficiente y el legislador debería incluir, en el propio artículo 208 LSC o bien en la LEC, un mecanismo procesal que permita resolver las posibles controversias respecto a la propagación de la declaración de ineficacia a los asientos posteriores. A tal efecto, mecanismo más sensato nos parece que sea que el registrador ponga en conocimiento del juez la existencia de asientos posteriores afectados por la sentencia para que éste, previa audiencia de las partes resuelva sobre la extensión de los efectos de la nulidad a dichos asientos, entrando en esa audiencia terceros afectados, en aplicación analógica del art. 538.3 LEC. En la

medida en que puede generar controversia, el auto debería poder ser recurrible en reposición y apelación.

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL, A., «La impugnación de acuerdos sociales», en *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, M. B. González Fernández y A. Cohen (dirs.), edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

- «La naturaleza jurídica de los acuerdos sociales», en https://almacendederecho.org/la-naturaleza-juridica-los-acuerdos-sociales (última visita 25.2.2023).
- «Las acciones de impugnación de acuerdos sociales son acciones de cumplimiento, no acciones de nulidad», en https://derechomercantilespana.blogspot.com/2014/11/las-acciones-de-impugnacion-de-acuerdos.html (última visita 25.2.2023).
- «Deber fiduciario y exigencias de la buena fe en la conducta del socio mayoritario», en https://almacendederecho.org/deber-fiduciario-y-exigencias-de-la-buena-fe-en-la-conducta-del-socio-mayoritario (última visita 21.6.2023).
- «La impugnación de acuerdos», en *La Junta General de las sociedades de capital. Comentario de los artículos 159 a 208 LSC*, J. Juste y A. Recalde (coords.), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2022.
- «Artículo 204. Acuerdos impugnables», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, J. Juste (coord.), Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., y MASSAGUER, J., «Artículo 204. Acuerdos impugnables», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014) -Sociedades no cotizadas-*, J. Juste (coord.), edit. Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015.

ALMOGUERA GARCÍA, J., y GONZÁLEZ PULIDO, C., «El abuso del socio minoritario en particular, a través de estructuras sociales sofisticadas», en *Los acuerdos sociales*, M. B. González (dir.), t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *Estudios sobre el proceso de impugnación de acuerdos sociales*, edit. Dykinson, Madrid, 2015.

ARIZA COLMENAREJO, M. J., «El cauce procesal del incidente de previo pronunciamiento para determinar la no impugnabilidad del acuerdo», en *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, M. B. González Fernández y A. Cohen (dirs.), edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

AUGOUSTATOS ZARCO, N., «La convocatoria de la junta general de socios mediante el correo electrónico», en *Derecho patrimonial y tecnología: revisión de la contratación electrónica con motivo del Convenio de las Naciones Unidas sobre Contratación electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas*, A. Madrid y M. J. Guerrero (coords.), edit. Marcial Pons, Madrid, 2007.

CABA TENA, A., «Algunos aspectos procesales controvertidos de la lesión del derecho de información como motivo de impugnación de los acuerdos sociales», en *Derecho de Sociedades. Los derechos del socio*, M. B. González y A. C. Cohen (dirs.), edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 567-582.

CALAZA LÓPEZ, S., «La impugnación de acuerdos sociales irrumpe en un nocivo hábitat procesal de conceptos jurídicos indeterminados», *Revista General de Derecho Procesal*, 57 (2022), pp. 20-27.

CASTAÑER CODINA, J., «Acuerdos sociales contrarios al orden público (arts. 205.1 y 206.2 LSC)», en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, F. Rodríguez Artigas, I. Farrando y R. Tena (dirs.), Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015.

CORBERA MARTÍNEZ, J. M., «Convocatoria, asistencia y votación del socio en la junta a través de medios telemáticos», en *Derecho de sociedades. Los derechos del socio*, M. B. González y A. Cohen (dirs.), edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

CORDÓN MORENO, F., «Acuerdo alcanzado por los jueces y secretarios judiciales de Barcelona sobre aspectos procesales introducidos por la Ley

31/2014 en materia de impugnación de acuerdos sociales y, en concreto, sobre la tramitación de las cuestiones de previo pronunciamiento (17 de marzo del 2015)», *Análisis GA&P*, abril 2015, disponible en https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/acuerdo-alcanzado-por-los-jueces-y-secretarios-judiciales-de-barcelona-sobre-aspectos-procesales-introducidos-por-la-ley-31-2014.pdf (última visita 10.6.2023).

CURTO POLO, M. M., *La protección del socio minoritario. Especial referencia a la protección frente al atesoramiento abusivo de los beneficios sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

DE LA OLIVA SANTOS, A., y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2000.

DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., «A vueltas con el relato de hechos probados en la sentencia civil», *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 2015 (1).

DE VIVERO DE PORRAS, C., «Impugnación de acuerdos sociales: abuso de derecho por infracción de ley», en *Los acuerdos sociales*, M. B. González (dir.), t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

DEL RIO GALEOTE, A., y PUJOLAS, M., «La impugnación de acuerdos sociales por adoptarse con abuso de la mayoría», *Diario La Ley*, nº 10272, 2023 (versión digital Smarteca [última visita 21.6.2023]).

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 6ª ed., edit. Tecnos, Madrid 1989.

FARRANDO, I., «Impugnación de acuerdos y prueba de resistencia», en *Estudios de Derecho mercantil: Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Cuñat Edo (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- «La excepción de orden público a la caducidad de la acción de impugnación de acuerdos sociales», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor José María Muñoz Planas*, L. M. Piloñeta y M. Iribarren (coords.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 185-209.

GALLEGO CÓRCOLES, A., *La impugnación de acuerdos de la junta general por abuso de mayoría*, Revista de Derecho Mercantil, nº 308, abril-junio 2018 (consultada en Thomson Reuters Proview [última visita 21.6.2023]).

GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades de capital*, con A. González y L. Melero, edit. Bosch, L'Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2015.

GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., «Arts. 389 a 391 (LEC)», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed., F. Cordón, T. Armenta, J. J. Muerza e I. Tapia (coords.), edit. Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

GARCIA AMADO, J. A., *Razonamiento jurídico y argumentación. Nociones introductorias*, 2ª ed., edit. Eolas, León, 2020.

- *Argumentación jurídica. Fundamentos teóricos y elementos prácticos,* edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- *¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación*, en http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Ponderacio%CC%81n.%20Garci%CC%81a%20Amado.%20Ponencia%20Alicante.pdf (última visita 1.6.2023).
- GARCÍA AMADO, J. A., «¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación», Revista iberoamericana de argumentación, nº 13, 2016.
- «Razón práctica y teoría de la Legislación», *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, vol. 9, julio-diciembre 2000, pp. 299-317.

GARCÍA CRUCES, J. A., *La convocatoria de la Junta general de las sociedades de capital*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

- *Constitución de la junta y adopción de acuerdos*, en «Comentario de la Ley de Sociedades de capital», J. A. García-Cruces y I. Sancho (dirs.), t. III, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

GÓMEZ TRINIDAD, S., «Revisión del derecho de información en las sociedades de capital: Derecho del socio versus deber social», *Revista de Derecho Mercantil* 281 /Julio-septiembre 2011, pp. 213-249.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B., «Sobre la posibilidad de impugnar los acuerdos negativos de la junta general», en *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, M. B. González y A. Cohen (dirs.), edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

GONZÁLEZ GARCÍA, A., «Los acuerdos sociales negativos y su impugnabilidad. Especial referencia a los acuerdos de no reparto de dividendos y la integración judicial de la voluntad social», en *Los acuerdos sociales*, M. B. González (dir.), t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

GONZÁLEZ MOZAS, N., «La cuestión incidental de previo pronunciamiento en los procedimientos de impugnación de acuerdos sociales (art. 204.3 LSC)», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 48, septiembre-diciembre 2016.

GUIMARAES RIBEIRO, D., *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva. Hacia una teoría procesal del Derecho*, edit. J. M. Bosch, Barcelona, 2004.

HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, J., *El test de resistencia de los acuerdos impugnables: límites en su aplicabilidad*, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 40 (2019-II), en https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/rjuam2020_40_002/13864 (última visita 7.6.2023).

HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Teoría general de las decisiones judiciales*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2021.

- «¿Por qué ponderar?», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 41, 2018, pp. 15-34
- *Razonamientos en la sentencia judicial*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2013.
- *Compendio de Filosofía del Derecho*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2012.
- *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, 2ª ed., edit. Marcial Pons, Madrid, 2002.

HERNANDO CEBRIÁ, L., «La protección de los socios mediante la impugnación de los acuerdos sociales contrarios al orden público por su contenido», en *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, M. B. González Fernández y A. Cohen (dirs.), edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

IRIBARREN, M., «Las acciones de daños como alternativa para la tutela de los socios en la junta general», en *Los acuerdos sociales*, M. B. González (dir.), t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

ITURRALDE SESMA, V., *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

LATORRE CHINER, N., *La impugnación de acuerdos por infracción de requisitos procedimentales [art. 204.3.a)]*, en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, F. Rodríguez Artigas, I. Farrando y R. Tena (dirs.), edit. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015.

LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., «La invocación de acuerdo abusivo como medio de tutela de los socios disconformes ante determinadas modificaciones de la estructura organizativa societaria», en *Los acuerdos sociales*, M. B. González (dir.), t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

MARÍN DE LA BÁRCENA, F., «La impugnación de acuerdos negativos (art. 204.1 LSC)», en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, F. Rodríguez Artigas, I. Farrando y R. Tena (dirs.), edit. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015.

MARTINEZ-MACHUCA GIJÓN, P., «Algunas cuestiones sobre el derecho de información del socio tras las reformas introducidas por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre», *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 47, julio-diciembre 2016, pp. 67-108.

MARTÍNEZ ARESO, A., «El control judicial de los acuerdos sociales. Los acuerdos abusivos», en *La gobernanza de las sociedades no cotizadas*, J. A. García-Cruces (dir.), I. Moralejo (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., «Nuevas causas de impugnabilidad: defectos informativos (arts. 197.5 y 204.3.b LSC), en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, F. Rodríguez Artigas, I. Farrando y R. Tena (dirs.), edit. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015.

- *Los acuerdos adoptados con abuso de mayoría en perjuicio de los socios minoritarios: caracterización y casuística*, Revista de Derecho Mercantil, nº 310, 2018 (consultada en Thomson Reuters Proview [última visita 21.6.2023]).

MIQUEL, J., «Acuerdos sociales: prueba de resistencia y cómputo de votos [art. 204.3 c) y d) LSC]», en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, F. Rodríguez Artigas, I. Farrando y R. Tena (dirs.), edit. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015.

MORALES BARCELÓ, J., *El derecho de información en las sociedades mercantiles capitalistas*, edit. J. M. Bosch, Barcelona, 2019.

MUÑOZ PAREDES, M. L., «Los acuerdos impugnables en el nuevo régimen de impugnación de acuerdos sociales (art. 204.1 LSC)», en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, F. Rodríguez Artigas, I. Farrando y R. Tena (dirs.), edit. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015.

NAVARRO MORALES A., «La imposición de manera abusiva por la mayoría como causa de impugnación de los acuerdos sociales (artículo 204.1.II de la LSC)», en *Derecho de sociedades. Los derechos del socio*, M. B. González y A. Cohen (dirs.), edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

NIETO DELGADO, C., «El incidente de previo pronunciamiento sobre la relevancia del motivo de nulidad en la impugnación de acuerdos sociales», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 147, julio-septiembre 2017.

NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal II. Proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

ORELLANA CANO, N. A., «La cuestión incidental de previo pronunciamiento: legitimación, requisitos para su formulación, momento procesal en que debe suscitarse y resolverse, efectos de la resolución», en *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, M. B. González y A. Cohen (dirs.), edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

OTERO COBOS, M. T., «¿Restricción o denegación de información?: Un análisis comparado de los ordenamientos español e italiano», en *Derecho de*

Sociedades. Los derechos del socio, M. B. González y A. C. Cohen (dirs.), edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 603-624.

PAZ ARES, C., «¿Cómo entendemos y cómo hacemos el derecho de sociedades?», en *Tratado de la sociedad limitada*, C. Paz Ares (coord.), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997.

PÉREZ HUALDE, F., «Consideraciones sobre la responsabilidad de los socios que votan favorablemente acuerdos nulos», en *Los acuerdos sociales*, M. B. González (dir.), t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

PÉREZ MORIONES, A., «La página web de la sociedad o página web corporativa: luces y sombras», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 4, 2017, pp. 87-101.

PICÓ I JUNOY, J., «Cuestiones procesales de la impugnación de acuerdos de sociedades de capital», en *Reforma de las sociedades de capital y mejora del gobierno corporativo*, J. M. Calavia y D. Vázquez (dirs.), edit. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

RAMSAY, Richar B. «Griego y exégesis». *Un manual práctico que enseña los fundamentos del griego y la exégesis incluyendo el uso de programas computacionales.* Editorial Clie, Barcelona, 2006.

RICO CARRILLO, M., «El uso de medios electrónicos en la convocatoria de la Junta General de accionistas», *Revista de la contratación electrónica*, núm. 75, 2006, pp. 77-91.

SANJUAN y MUÑOZ, E., «Orden público e impugnación de acuerdos sociales», *Revista xurídica galega*, nº 54, 2007, pp. 13-22.

SANCHO GARGALLO, I., *Artículo 204. Acuerdos impugnables*, en «Comentario de la Ley de Sociedades de capital», J. A. García-Cruces y I. Sancho (dirs.), t. III, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

«Art. 206. Legitimación para impugnar», en *Comentarios de la Ley de Sociedades de Capital*, J. A. García-Cruces e I. Sancho (dirs.), t. III, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

- *Art. 190. Conflicto de intereses*, en «Comentarios de la Ley de sociedades de capital», J. A. García-Cruces y I. Sancho (dirs.), t. III, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

SOLER BELTRÁN, I., «La tutela del socio minoritario en la impugnación de acuerdos abusivos», en *Los acuerdos sociales*, M. B. González (dir.), t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

THOMÀS PUIG, P., «Separación del socio. Valoración y reembolso», en *Derecho de sociedades. Los derechos del socio*, M. B. González Fernández y A. Cohen Benchetrit (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

USANDIZAGA USANDIZAGA, P., «Conflicto de intereses y derecho de voto en la junta general», en *Reforma de las sociedades de capital y mejora del gobierno corporativo*, D. Vázquez y J. M. Calavia (dirs.), Revista jurídica de Catalunya número monográfico, edit. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 43-46.

VELA TORRES, P.-J., «La valoración por la sociedad de las participaciones sociales del socio excluido no constituye una vulneración del orden público societario», *Diario La Ley*, nº 10256, 27 de marzo de 2023.

- *Tratamiento jurisprudencial de los derechos del socio*, en «Derecho de sociedades. Los derechos del socio», M. B. González y A. Cohen (dirs.), edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

VIVES RUIZ, F., *La impugnación de acuerdos sociales en la reforma de la legislación mercantil*, Conferencia leída el 4 de noviembre de 2014 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (separata), edit. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2014.

VV. AA., *Diccionario combinatorio práctico del español contemporáneo*, ed. SM, Madrid, 2011.