

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2019/2020
Convocatoria: Junio

**LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES, CON
ESPECIAL ATENCIÓN EN LOS ACUERDOS NEGATIVOS**

**CHALLENGING OF CORPORATE AGREEMENTS, WITH
SPECIAL ATTENTION TO NEGATIVE AGREEMENTS**

Realizado por el alumno: D. Nicolás Barajas Martí

Tutorizado por el Profesora: Dña. Lourdes Verónica Melero Bosch

Departamento: Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa

Área de conocimiento: Derecho Mercantil

RESUMEN

En este trabajo se va a proceder a realizar un estudio del régimen de impugnación de los acuerdos sociales, que se constituye como un mecanismo de protección que ostentan determinados sujetos, ante unas decisiones que pueden ocasionar un perjuicio grave, tanto a ellos como a la sociedad. Para esto, se debe analizar la Ley de Sociedades de Capital y la significativa reforma introducida por la Ley 31/2014 para la mejora del gobierno corporativo que incluye varias modificaciones que vienen a afectar, sobre todo, a la legitimación y la caducidad de la acción de impugnación. Igualmente, se examina la posibilidad de acudir a la institución arbitral como medio para resolver el conflicto.

Además, la mitad del trabajo tiene como objetivo conceptuar los llamados « acuerdos negativos », y determinar aquellos que son susceptibles de impugnación. Con respecto a este tipo de acuerdos, se analiza especialmente la jurisprudencia que ha sido la que a lo largo del tiempo ha delimitado su admisibilidad.

Palabras clave: acuerdos sociales, impugnación.

ABSTRACT

Along this work we will carry out a study about the challenge regime of corporate agreements, which is defined as a means of protection that hold certain subjects who are faced with decisions that can create a grave damage to themselves as well as to society. For doing so, we must analyze the Corporate Enterprises Act and the significant reform introduced by the Corporate Governance Improvement Law, which includes several modifications affecting, mainly, the legitimation and the expiration of the challenge action. Also, we will study the possibility of resorting to the arbitration institution as a means to resolve the conflict.

Furthermore, half of our research has as an objective the conceptualization of the so-called "negative agreements" and the determination of those which are likely to challenge. Regarding this type of agreements, we will especially analyze the case-law that has established its admissibility over time.

Key Words: corporate agreements, challenging of company resolutions.

ÍNDICE:

I. Introducción	5
II. Impugnación de los acuerdos sociales	6
1. Acuerdos impugnables.....	8
1.1. Acuerdos contrarios a la Ley.....	8
1.2. Acuerdos contrarios a los estatutos sociales.....	13
1.3. Acuerdos contrarios al reglamento de la junta general.....	14
1.4. Acuerdos contrarios al reglamento del consejo de administración.....	16
1.5. Acuerdos lesivos para el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.....	17
1.6. Acuerdos contrarios al orden público.....	19
2. Caducidad en la impugnación.....	21
3. Legitimación.....	24
4. Arbitraje societario.....	28
III. Los acuerdos negativos	31
1. Concepto y relevancia jurídica.....	31
2. Impugnación.....	32
2.1. Propuestas aceptadas o que con seguridad lo habrían sido de no haber existido vicio.....	33
2.2. Propuestas cuyo rechazo produce efectos jurídicos.....	34
2.3. Propuestas cuya aceptación era obligatoria.....	37
3. Legitimación.....	38
4. Caducidad de la acción de impugnación.....	38
IV. Acuerdos negativos no impugnables	39
V. Conclusiones	41
VI. Bibliografía	43

I. Introducción.

Las sociedades de capital, que son mercantiles por la forma, pueden ejercer cualquier tipo de actividad lícita, con independencia que ésta sea de tipo empresarial o de otra naturaleza (art. 2 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC)). A la hora de llevar a cabo sus actuaciones, las sociedades deben respetar lo establecido en la Ley, cumpliendo lo que en ella se ordena y prohíbe, y adoptando sus acuerdos por medio de los procedimientos señalados en la misma. Esta circunstancia, se justifica en el hecho de que al tratarse de entidades que actúan en el mercado económico, el respetar ciertas reglas permite obtener la seguridad necesaria para operar en dicho mercado, y que el destino de muchas inversiones depende de las decisiones que adopten las sociedades, no pudiendo permitir la ley que se lleguen a adoptar determinados acuerdos por medio de actuaciones arbitrarias de socios mayoritarios o administradores¹.

El régimen de impugnación de los acuerdos sociales halla, de igual modo, su existencia en la protección de los socios minoritarios, pues los socios que posean la mayoría de los votos pueden utilizar esa suma para favorecer sus propios intereses en detrimento injustificado de los demás socios o ir en contra de las propias normas aprobadas por los socios (estatutos sociales).

Para poder obtener la invalidez de un acuerdo social se requiere que se presente la acción de impugnación por las personas legitimadas y dentro de los plazos señalados por la ley ante los órganos jurisdiccionales, sin que quepa que declare la propia sociedad su nulidad.

Especial interés plantea la posibilidad de impugnar los llamados acuerdos negativos. Esta clase de acuerdos hace referencia a aquellas propuestas que una vez han sido sometidas a votación por la Junta General no consiguen las mayorías necesarias para su

¹ ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, Á., « *Impugnación de acuerdos sociales* », Bosch, Barcelona, 2007, pp. 23- 30.

adopción. Al no existir regulación que prevea este tipo de acuerdos, su validez se ha dejado en manos de los tribunales, los que en los últimos años han delimitado su determinación como verdaderos acuerdos, permitiendo su impugnación en determinados casos.

II- Impugnación de los acuerdos sociales.

Los acuerdos que ha adoptado la Junta General, el Consejo de Administración u otro órgano colegiado de administración son impugnables conforme a la Ley. Estos acuerdos son resultado de un proceso de deliberación y votación, que vienen a reflejar la voluntad de la sociedad. En este sentido, cabe destacar que no son impugnables las decisiones que hubiesen adoptado los órganos sociales unipersonales, a pesar de la opinión de una parte de la doctrina².

Exclusivamente se permite impugnar aquellos acuerdos que han sido aprobados en el ámbito de un órgano colegiado, que es entendido por la Real Academia Española como aquel « órgano compuesto por una pluralidad de personas que para adoptar acuerdos válidos es preciso que se ajuste a las normas generales de funcionamiento de este tipo de órganos establecidas en la ley ». De igual modo, se debe indicar que el objeto de esta impugnación es un acuerdo social, es decir, la propuesta presentada a la Junta General, que se somete a un proceso de deliberación y acuerdo, y que se adopta una vez conseguidas las correspondientes mayorías exigidas en la Ley, y que viene a reflejar la voluntad social.

Para la impugnación de los acuerdos sociales es de utilidad realizar la siguiente diferenciación³. Por un lado, se presentan los acuerdos existentes que son aquellos que

² Véase NEILA NEILA, J.M. « Impugnación de acuerdos del Consejo de Administración », en RPD, enero 1991, pp. 418 y ss.

³ PULGAR EZQUERRA, J., « Impugnación de acuerdos sociales: en particular abusos de mayoría », en *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada*, Roncero Sánchez, A (coord). Aranzadi (SA), Pamplona, 2016, tomo I, pp. 306- 307.

una vez se han sometido a votación han conseguido o no las mayorías legales o estatutarias requeridas, es decir, que se considera igualmente que hay acuerdo a pesar de ser rechazada la propuesta. Esta circunstancia se observa, por ejemplo, en la STS de 27 de marzo de 2001 [RJ 2001\4767] al establecer que « *es evidente que en la Junta ha existido el acuerdo de no cambiar el domicilio social* », por ello se prevé como acuerdo existente uno que tiene carácter negativo.

Por otro lado, nos encontramos con los acuerdos inexistentes, entendiendo como tales aquellos que no han llegado a ser adoptados por la sociedad por diferentes razones, como puede ser el que no apareciese en el orden del día.

Sobre los acuerdos positivos no existe debate alguno sobre su impugnabilidad ante los Tribunales. Sin embargo, existe cierta controversia en determinar si los acuerdos negativos y los inexistentes también pueden ser objeto de impugnación. En este trabajo, se va a estudiar con profundidad las diferentes posturas doctrinales e interpretaciones jurisprudenciales que se producen en cuanto a los acuerdos negativos.

El artículo 204.1 de la LSC establece que « *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* ». Esta redacción entró en vigor con la modificación que se produjo tras la Ley 31/2014. Con anterioridad a ella, se venía distinguiendo entre acuerdos nulos y anulables. Conforme a esta anterior regulación, se consideraba que eran nulos los acuerdos contrarios a la Ley, siendo anulables los que se opusieran a los estatutos o lesionasen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. Esta distinción era relevante, por un lado, en cuanto a la caducidad de la acción de impugnación, puesto que se preveía que si se tratase de un acuerdo nulo el plazo para impugnar el mismo sería de un año. En cambio, los acuerdos anulables tenían un plazo para ser impugnados de cuarenta días. Por otro lado, la importancia de esta

diferenciación radicaba también en la legitimación, ya que estaban legitimados para impugnar un acuerdo nulo todos los socios, los administradores y cualquier tercero que acreditara interés legítimo. Sin embargo, solamente podían impugnar un acuerdo anulable los socios asistentes a la junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los administradores, los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto y los ausentes.

La modificación introducida por la Ley 31/2014 viene en consonancia con la propuesta llevada a cabo por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo creada por Consejo de Ministros, de 10 de mayo de 2013 ⁴.

Por tanto, el cambio que se introduce viene a eliminar la distinción entre acuerdos nulos y anulables para englobarlos en una misma categoría « acuerdos impugnables », que trae como consecuencia la unificación del régimen de legitimación y caducidad, el cual es objeto de estudio más adelante.

1.- Acuerdos impugnables

1.1 - Acuerdos contrarios a la Ley.

La primera causa de impugnación que menciona la LSC es la de aquellos acuerdos que son contrarios a la ley (acuerdos ilegales), entendiendo como tales los que vulneren el ordenamiento jurídico. La referencia que se realiza a la « Ley » ha sido objeto de debate, existiendo diversas opiniones acerca de qué alcance tiene la misma.

Por un lado, se puede plantear que la palabra « Ley » hace referencia únicamente a la LSC. Por otro lado, que se refiera también a cualquier disposición que tenga el carácter de « Ley ». Asimismo, puede hacer referencia a aquellas disposiciones que no tienen la

⁴ Comisión creada por Acuerdo, publicado por Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo. Puede consultarse en https://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/cegc_estmodif_20131014.pdf.

condición de « Ley », como son, por ejemplo, los Reglamentos, Decretos-Leyes, Órdenes Ministeriales.

La posibilidad de que únicamente se haga referencia a la LSC carece de sentido, puesto que existen otras normas con rango de ley que afectan a las sociedades y, por tanto, se deben respetar y aplicar en cuanto a los acuerdos societarios. De igual modo, defender que no se hace referencia al resto de disposiciones que no tienen carácter de « Ley », carece también de sentido, pues estas normas presentan normativas que han de ser cumplidas por las sociedades.

Por todo ello, se concluye que serán impugnables aquellos acuerdos que contraríen el ordenamiento jurídico, al margen del rango de la norma infringida⁵.

En este sentido, se va a distinguir dos tipos de acuerdos⁶: por un lado, aquellos que vulneren normas procedimentales, y, por otro, los que infrinjan normas de carácter material.

Con respecto al primer grupo, debe hacerse mención en primer lugar al supuesto en el que se produzca la infracción de normas en materia de convocatoria de la Junta General. Indica el art. 204.3. a) LSC que únicamente cabe la impugnación de un acuerdo por motivos meramente procedimentales en cuanto a la convocatoria si la infracción es relativa a la forma y plazo previo de la misma. Es posible, por ello, impugnar si se ha vulnerado lo establecido en cuanto al régimen de publicidad (art. 173 LSC), en el que se prevé que la junta debe ser convocada mediante un anuncio en la página web de la sociedad o, en el caso que no tuviera página web corporativa, se deberá publicar en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia del domicilio

⁵ PULGAR EZQUERRA, J., « Impugnación de acuerdos sociales: en particular abusos de mayoría », op. cit., p. 310.

⁶ GARBERÍ LLOBREGAT, J, GONZÁLEZ NAVARRO, A y MELERO BOSCH. L., « *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades de capital* », Bosch, Barcelona, 2015, p. 220.

social. De igual manera, el apartado dos permite que los estatutos establezcan una forma de notificación individual a cada socio. Por otro lado, se admite la posibilidad de impugnar si se incumplen los plazos previos de convocatoria, esto es, que no se haya cumplido el plazo de un mes en las sociedades anónimas y quince en las sociedades de responsabilidad limitada desde la convocatoria hasta la fecha de la reunión (art. 176.1 LSC).

En segundo lugar, en el grupo de acuerdos que vulneren las normas procedimentales, entrarían aquellos en los que se ha producido infracción de normas relativas a la constitución de la junta, es decir, que vulnere lo establecido en los arts. 191 a 195 LSC. Se debe destacar que solamente se permite la impugnación si se produce una infracción de las reglas esenciales de constitución del órgano (art. 204.3. a) LSC), y, una vez presentada la demanda, la cuestión sobre el carácter esencial del motivo de impugnación se planteará como cuestión incidental de previo pronunciamiento.

Es regla esencial de constitución, según la opinión de ciertos autores, el alcanzar el quórum que establece la ley, que en el caso de las sociedades anónimas será cuando se encuentre representado en la junta, al menos, el veinticinco por ciento del capital con derecho a voto, salvo que los estatutos fijen un quórum superior (art. 193 LSC). Esto sin olvidar que en determinados casos, como es el de modificar los estatutos sociales, se requiere un quórum reforzado, quedando válidamente constituida la junta cuando esté presente o representado, al menos, el cincuenta por ciento del capital con derecho a voto (art. 194 LSC). Por otro lado, dentro de este grupo se presenta a su vez la infracción de normas relativas a la adopción de acuerdos, así se entiende que se produce vulneración en aquellos casos en los que la ley impone que determinados asuntos deben votarse de manera separada (art. 197 bis LSC), pero en la Junta General se unifican para ser sometidos a una sola votación (p.ej. el nombramiento de dos administradores conjuntamente). En estos casos, se entiende que se permite su impugnación siempre que el socio que impugna el acuerdo hubiese manifestado con anterioridad a su celebración

este extremo y acredite que habría votado en un sentido distinto de haberse producido la votación separadamente y que ello hubiera sido determinante para adoptar el acuerdo ⁷. Esto es lo que se conoce como la doctrina de la relevancia que utiliza la Comisión de expertos redactora de la ponencia que fue base de la Ley 31/2014⁸ al establecer la « ... *adopción de ciertas cautelas en materia de vicios formales o de legitimación cuyo propósito es evitar el uso estratégico y puramente oportunista de la acción de impugnación por socios desaprensivos* ». Otra cuestión se suscita cuando se produce la privación ilegítima del derecho a voto de algún socio, pudiendo impugnarse el acuerdo adoptado salvo que la privación del voto tuviera causa justificada (p.ej. el accionista que se halle en mora en el pago de desembolsos pendientes (art. 83 LSC)), puesto que estaríamos ante una infracción de una norma procedimental de carácter relevante (art. 204.3 a) LSC). Es así lo que defiende la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 16 de mayo de 2007 [AC 2007/1566] que viene a establecer que una privación al socio de su derecho de asistencia y voto en la Junta General sin motivo evidencia la contrariedad a la Ley del acuerdo adoptado.

En tercer lugar, dentro del primer grupo entran igualmente aquellos acuerdos en los que se presenta un vicio en cuanto al régimen de mayorías (arts. 198 a 201 LSC), es así, por ejemplo, el caso en el que la Junta General de una sociedad de responsabilidad limitada adopta un acuerdo de aumento del capital social sin conseguir la mayoría reforzada que establece el art. 199 de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social. En estos casos, se permite la impugnación de los mismos. Sin embargo, nunca puede sustentarse el mismo en base a la invalidez de votos o el cómputo erróneo de los emitidos, a no ser que el mismo fuera determinante para su adopción.

⁷ ALCALÁ DÍAZ, M.A., « La delimitación de supuestos de infracción de requisitos procedimentales en los que se excluye la impugnación de los acuerdos sociales (art.204.3 a) LSC) » en *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada*, Roncero Sánchez, A (coord). Aranzadi (SA), Pamplona, 2016, tomo I, p. 372.

⁸ Comisión creada por Acuerdo, publicado por Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo. Puede consultarse en https://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/cegc_estmodif_20131014.pdf.

En cuarto lugar, se presentan aquellos acuerdos en los que se ha producido la vulneración del derecho de información. La LMGC vino a limitar el régimen de impugnación de los acuerdos sociales en este aspecto con la introducción de una serie de modificaciones. La primera de ellas, aparece en el art. 197.5 LSC en la que se establece que en el caso de que se vulnere el derecho de información del accionista que prevé el apartado 2 de ese artículo, es decir, el de « *solicitar verbalmente las informaciones o aclaraciones que consideren convenientes acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día* », y en el caso de que no se pueda satisfacer el derecho del accionista en ese momento, el de serle facilitado por escrito por los administradores en el plazo de siete días a la terminación de la junta; se impide sustentar la impugnación del acuerdo social en base a esta infracción. La segunda modificación viene a aparecer en el art. 204.3 b) LSC que prevé que no procederá la impugnación de los acuerdos por « *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 facilitada por 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* ». Se diferencia esta norma del derecho de información del accionista en la propia junta, en que ésta se aplica tanto a sociedades de responsabilidad limitada como sociedades anónimas, y el del art. 197.5 LSC se aplica únicamente a sociedades anónimas.

Presenta cierta complejidad la procedencia de la demanda por este extremo⁹, pues corresponde al juez realizar la valoración sobre el carácter esencial de esa información a la hora de determinar el derecho de voto o demás derechos de participación (los de asistencia y representación fundamentalmente).

Del art. 197 LSC se desprende también la inimpugnabilidad en los casos en los que los administradores nieguen la información solicitada por accionistas cuando éstos

⁹ 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*, Castañer, J (coord). Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, p. 254-255.

superen el veinticinco por ciento del capital social, pues a pesar de que en dicho precepto se viene a establecer el carácter vinculante de esta solicitud cuando se represente al menos el porcentaje mencionado, en el punto siguiente se indica que el accionista podrá exigir el cumplimiento de la obligación de información y los daños y perjuicios ocasionados, pero no podrá impugnar el acuerdo social.

El segundo tipo de acuerdo es el que infringe las normas materiales, es decir, que el vicio del acuerdo no recae en el procedimiento sino en el contenido del propio acuerdo. Como ejemplo, se presenta la STS de 20 de marzo de 2009 [RJ 2009/1658] en el que la parte actora impugna un acuerdo adoptado en la Junta General Extraordinaria por la que se aprueban las cuentas de la sociedad alegando que las mismas no reflejan la situación contable y patrimonial de la sociedad, este acuerdo puede ser impugnado ya que se vulneraría lo establecido en el art. 172.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) (actual 254.2 LSC) que indica que las cuentas anuales deben mostrar la imagen fiel del patrimonio, y, al no cumplirse este precepto, se está aprobando una cuenta contraria a la Ley que es impugnable conforme al 204.1 LSC.

1.2.- Acuerdos contrarios a los estatutos sociales.

Los estatutos sociales hacen referencia a la norma fundamental que establece la sociedad para regular su funcionamiento, y a la que se supeditan los socios. En los estatutos se debe hacer constar la denominación de la sociedad, el objeto social, el modo de organizar la administración de la misma, y, de deliberar y adoptar sus acuerdos, entre otros (art. 23 LSC).

Los acuerdos a los que llegue la sociedad deben respetar lo que se establece en los estatutos sociales, así prevé el art. 204.1 LSC la posibilidad de impugnar un acuerdo social que se oponga a los mismos.

Un acuerdo contrario a los estatutos es, por ejemplo, aquél que se ha adoptado sin conseguir el quórum mínimo fijado para que quedase válidamente constituida la junta, pues prevé el art.193 LSC que « *los estatutos podrán fijar un quórum superior* » al que se establece en dicho artículo. En este caso, se trataría de la infracción de un requisito procedimental establecido en los estatutos que es impugnabile al tratarse de una norma esencial de constitución del órgano (art. 204.3 a) LSC).

De igual modo, se permite impugnar el acuerdo si se vulneran normas materiales de los estatutos, así es el caso de que los estatutos prevean un tiempo máximo para el cargo de administrador y se acuerde que el mismo tenga carácter indefinido.

Como ejemplo, se cita la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 22 de marzo de 2005 [JUR 2005/115315] en la que se considera que el acuerdo de retribución de los administradores adoptado por el consejo de administración es contrario a los estatutos, ya que el artículo 15 de los estatutos de la sociedad en cuestión prevé el carácter gratuito de dicho cargo.

1.3.- Acuerdos contrarios al reglamento de la junta general.

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 (LMGC) viene a incluir una nueva causa de impugnación de acuerdos sociales que es la de los que se opongan al reglamento de la junta de la sociedad. Este reforma viene en consonancia con lo establecido por la Comisión de Expertos de Gobierno Corporativo, que defiende la introducción de esta causa dada la importancia que van adquiriendo los reglamentos en las sociedades, y, en particular, en las cotizadas, puesto que su utilización es obligatoria (art. 512 LSC).

A continuación, se procede a señalar una serie de ejemplos en los que se podría

sustentar la impugnación de acuerdos sociales por infracción del reglamento¹⁰.

Una sociedad puede introducir en su reglamento unas prescripciones acerca del contenido del anuncio de la convocatoria y la información general previa a la junta, que aunque habitualmente refleje lo establecido por la ley y los estatutos, se puede incluir alguna cláusula que facilite los derechos de los accionistas. Como ejemplo, se puede hacer referencia al art. 7 del Reglamento del banco BBVA¹¹ que señala el procedimiento para obtener las tarjetas de asistencia a la junta. En el caso de que se vulnere lo establecido en el Reglamento para ejercitar el derecho de asistencia, ello dará lugar a la posibilidad de que se declare la invalidez de los acuerdos adoptados en la junta. Además, se prevé que el Reglamento de la junta pueda extender la información que es exigible en la página web corporativa, como dispone el art. 14.2 del Reglamento de Iberdrola¹² que indica que se contendrá la información que exige la ley, y la que sea necesaria para facilitar y promover la asistencia y participación de los accionistas a la junta.

De igual manera, el Reglamento puede extender el plazo previo de la convocatoria más allá del establecido por el art. 176 LSC de, al menos, un mes para las sociedades anónimas y quince días para las sociedades de responsabilidad limitada, en este caso para la primera convocatoria. Por ello, su vulneración podría servir de fundamento para impugnar el acuerdo social que se hubiese adoptado por invalidez de los acuerdos adoptados en la junta.

Un punto importante será el de las menciones en cuanto a la constitución y desarrollo de la junta, pues la ley y los estatutos hacen poca referencia a este asunto,

¹⁰ ALONSO LEDESMA, C., « La naturaleza del reglamento de la junta y su infracción como causa de impugnación de los acuerdos sociales », en *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada*, Roncero Sánchez, A (coord). Aranzadi (SA), Pamplona, 2016, tomo I, pp. 401- 411.

¹¹ https://accionistaseinversores.bbva.com/wp-content/uploads/2016/12/Reglamento_Junta_-FINAL_WEB_Junta_2015_tcm926-347962-1.pdf

¹² https://www.iberdrola.com/wcorp/gc/prod/es_ES/corporativos/docs/jga16_ReglamentoJGA16.pdf

posibilitándose que se proceda a su redacción en el reglamento. Como ejemplo, y tomando como referencia el Reglamento del banco BBVA, se puede observar en su art. 13 como se señalan las medidas que se han de adoptar para preservar el buen orden en el desarrollo del acto de la junta, o la previsión de poder celebrar la reunión en salas separadas, siempre que se disponga de medios audiovisuales que permitan la intercomunicación entre ellas en tiempo real (art. 11 párrafo quinto). Estas cuestiones carecen de relevancia suficiente para que sirvan de fundamento a la hora de su impugnación¹³. En cambio, sí es destacable el conjunto de atribuciones que se le pueden encomendar al Presidente, como en el art. 16 del Reglamento de dicho banco que prevé que « *corresponderá al Presidente de la Junta declarar si están o no cumplidos los requisitos exigidos para la válida celebración de la Junta, resolver las dudas, aclaraciones y reclamaciones que se susciten en relación a la lista de asistentes, delegaciones o representaciones: examinar, aceptar o rechazar nuevas propuestas en relación a los asuntos comprendidos en el orden del día, dirigir las deliberaciones, sistematizando, ordenando, limitando y poniendo término a las intervenciones y, en general, todas las facultades que sean necesarias para la mejor organización y funcionamiento de la Junta, incluyendo las de la resolución de las incidencias que pudieran producirse* ». En el supuesto de que el Presidente, llevara a cabo estas facultades saltándose la diligencia que le es debida, podría ello servir de base para sustentar la impugnación.

El art. 521 LSC indica que los estatutos pueden facultar al reglamento para que regule el ejercicio de los derechos de participación y voto a distancia, y, en tanto en cuanto se infrinja lo regulado por la norma reglamentaria, se podrá impugnar el acuerdo adoptado.

1.4.- Acuerdos contrarios al reglamento del consejo de administración.

Los acuerdos a los que llegue el consejo de administración se pueden impugnar por

¹³ ALONSO LEDESMA, C., « La naturaleza del reglamento de la junta y su infracción como causa de impugnación de los acuerdos sociales », op. cit, p. 409.

las mismas causas que se regulan para la impugnación de los acuerdos de la junta general, es decir, que sería de aplicación lo establecido en el art. 204 LSC. Se posibilita, además, la impugnación del acuerdo por infringir el reglamento del consejo (art. 251.2 LSC). La importancia de esta última causa se presenta sobre todo con respecto a la sociedades anónimas cotizadas, las cuales tienen la obligación de aprobar un reglamento de régimen interno y funcionamiento del propio consejo (art. 528 LSC).

Existe para esta clase de acuerdos la particularidad de que los administradores estarán legitimados para impugnarlos en el plazo de treinta días desde su adopción y los socios en igual plazo, pero antes de que transcurra un año desde su adopción (art. 251.1 LSC).

1.5.- Acuerdos lesivos al interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

El concepto de « interés social » ha sido objeto de debate en la doctrina, pues se constituye como un concepto jurídico indeterminado, que se ha interpretado de diferentes maneras. De un lado, se presenta la teoría contractualista que es seguida por la mayoría de la doctrina , y que viene a considerar el interés social como « *la suma de los intereses particulares de los socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social* » (STS de 19 de febrero de 1991 [RJ 1991/1512]). De otro lado, aparece la teoría institucionalista que se aclara también en dicha sentencia, y que entiende el interés social como un interés distinto del de los socios, y que sintoniza con los intereses de los componentes de la empresa (trabajadores, inversores, ...).

La lesión al interés social del acuerdo se produce cuando ocasione o pueda causar un daño a la sociedad, no sólo en el ámbito patrimonial, sino también de otra naturaleza

(como es a la competencia)¹⁴.

A la hora de impugnar estos acuerdos, se resalta que basta que exista un peligro potencial, aunque no se haya producido el daño para poder ejercitar la acción (STS de 19 de febrero de 1991 [RJ 1991\1512]).

Del art. 204.1 LSC se desprende que para poder impugnar el acuerdo se exige que se beneficie a uno o varios socios o a terceros. Por tanto, si se trata de un acuerdo que se adopta perjudicando a la sociedad pero que no beneficia a nadie, éste no podría ser objeto de impugnación. Asimismo, se exige que la lesión o posibilidad de que se derive del acuerdo sea probada para poder ejercer la acción (STS de 1 de junio de 1984 [RJ 1984/3208]).

El beneficio que obtiene el o los socios o el tercero no tiene que ser exclusivamente entendido en el sentido de interés económico, sino también puede consistir en cualquier otra ventaja « *de carácter político- social o profesional* » (STS de 18 de noviembre de 2002 [RJ 2002/9768]).

Además de la lesión al interés social y del beneficio de socios o terceros, es requisito necesario que exista relación de causalidad entre ambos. Esta circunstancia lo refleja, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de noviembre de 2010 [AC 2010/2329], que viene a indicar que se requiere que a consecuencia de la lesión del interés social se beneficie a los socios o a un tercero, debiendo probar esta circunstancia quien procede a la impugnación del acuerdo correspondiente.

Dentro de esta categoría de acuerdos impugnables, entrarían tras la reforma introducida por la LMGC, aquellos que se imponen de manera abusiva por la mayoría. Esta modificación es defendida por la Comisión de Expertos, que señala que ampliando

¹⁴ PULGAR EZQUERRA, J., « Impugnación de acuerdos sociales: en particular abusos de mayoría », op. cit., p. 312.

el concepto de interés social a estos casos, se estarían eliminando los impedimentos que dificultaban la impugnación de los acuerdos que, aun cuando no afectaran al interés social, resultasen lesivos para los socios minoritarios sin justificación.

Prevé el art. 204.1 párrafo segundo LSC que no es necesario que se dañe el patrimonio social, siendo suficiente que el acuerdo se adopte por la mayoría en interés propio y perjudicando de manera injustificada a los demás socios, y que no responda a una *necesidad razonable* de la sociedad, para poder ejercitar la acción de impugnación. Lo decisivo para poder determinar si un acuerdo es abusivo o no es determinar la « razonabilidad » del mismo, este extremo se viene a constituir como un concepto jurídico indeterminado que complica la determinación de un criterio aplicable de manera general ¹⁵. El legislador quiso al establecer este matiz que quedase claro que el poder demostrar que el acuerdo responde a una razón necesaria para la sociedad es suficiente para excluir la consideración de su carácter abusivo, a pesar de que suponga un perjuicio para la minoría. Así, por ejemplo, en el caso de que exista un acuerdo de aumento de capital y se pruebe que el mismo respondía a necesidades específicas para el desarrollo social, justificando que su adopción era la forma de responder a la « necesidad razonable » que menos perjuicios podía ocasionar a la minoría, supondrá que el acuerdo no se considere como abusivo.

Del tenor del art. 204.1 párrafo 2º LSC se viene a concluir que para impugnar acuerdos como abusivos deben concurrir tres requisitos: que el acuerdo se tome en interés propio por la mayoría; que cause un detrimento injustificado en los demás socios (perjuicio de la minoría); y que no responda a una necesidad razonable de la sociedad.

1.6. Acuerdos contrarios al orden público.

¹⁵ VILLENA CORTÉS, F., « Acuerdos lesivos para el interés social. El abuso de mayoría », en Tratado de conflictos societarios, García- Villarrubia, M., Enciso, M., Ortega, E., y García, J. (coords.). Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 183-269.

Los acuerdos que « *por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público* » pueden ser objeto de impugnación, ya que pese a no aparecer en el art. 204.1 LSC, se vienen a mencionar en el art. 205.1 LSC. En la regulación anterior se preveía la impugnación del acuerdo cuando por « su causa o contenido » resultare contrario al orden público, introduciéndose en la LMGC los que por « sus circunstancias » lo contraríen.

La ampliación de los supuestos de acuerdos contrarios al orden público, viene en consonancia con lo expuesto por la Comisión de Expertos que defiende « *ampliar el supuesto de los acuerdos radicalmente nulos por contrariedad al orden público, incluidos no solo aquellos que lo son por su causa o contenido, sino también por las circunstancias en que se adoptan; el caso ejemplar es el de aquellos acuerdos que simplemente no se han tomado porque no se ha celebrado o, ni siquiera se ha convocado, la junta general. Los acuerdos inexistentes no pueden sobrevivir con el paso del tiempo* ». De esta manera, se evidencia la intención de incluir en el ámbito del orden público los defectos formales que se pueden producir en la adopción del acuerdo.

El « orden público » se constituye como un concepto jurídico indeterminado, cuya determinación depende de la realidad social que existe en el momento de aplicarse, y que está relacionado con el conjunto de principios que constituyen el fundamento de un ordenamiento jurídico concreto¹⁶.

Se procede a realizar una clasificación de acuerdos que se considerarían contrarios al orden público. En primer lugar, se presentarían aquellos acuerdos que vulneran los derechos que recoge la Constitución Española (CE), existiendo diversas interpretaciones a este respecto, ya que ciertos autores entienden que solamente se produce la vulneración cuando afecta el acuerdo a derechos fundamentales, y otros que entienden que no siempre que haya vulneración de derechos constitucionales ello supone su

¹⁶ ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, Á., « *Impugnación de acuerdos sociales* », Bosch, Barcelona, 2007, p. 56.

contrariedad al orden público. En segundo lugar, se entiende que un acuerdo que es constitutivo de delito por el Código Penal (CP) se encuadra en esta clase de acuerdos, y en especial si se trata de un delito societario regulado en los arts. 290 a 297 CP. En tercer y último lugar, contraría el orden público aquel acuerdo que contraviene los principios básicos de la sociedad¹⁷.

Como ejemplo, se alude a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 9 de octubre de 2000 [JUR 2001/21879], en la que se concluye que el acuerdo que tomó la sociedad en cuestión es contraria al orden público al ir en contra de « *los principios jurídicos imprescindibles para la conservación del orden social y económico* ». El fundamento se halla en que el acuerdo tiene como objetivo no sólo « *privar al socio minoritario de su condición de administrador mancomunado, sino además de privarle de su condición de socio* », y ello, igualmente, incumpliendo la Ley, ya que no se respetan las mayorías que se exigen para la exclusión del socio, que es de dos tercios, y no la de tres quintos que tomó la sociedad (art. 199 b) LSC). Asimismo, viene a indicar que el acuerdo podría incluirse en un tipo penal, que es el del art. 291 CP que viene a sancionar aquellas conductas que imponen un acuerdo abusivo para los otros socios, en perjuicio de estos y en beneficio de la mayoría, sin que ello suponga beneficio alguno para la sociedad. En este caso, no se puede aplicar en base al principio de irretroactividad penal, pues este delito se vino a introducir con posterioridad a la adopción del acuerdo.

2. Caducidad en la impugnación.

Con anterioridad a la reforma LMGC, la caducidad de la acción de impugnación variaba en función de si se trataba de un acuerdo nulo (contrario a la ley) o anulable (opuesto a los estatutos, o lesivo para el interés social en beneficio de uno o varios

¹⁷ 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*, Castañer, J (coord). Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, pp. 151- 160.

socios o de terceros). En el caso de que se presentara un acuerdo nulo, el plazo para impugnarlo caducaba en un año, salvo que fuesen contrarios al orden público. En cambio, para los acuerdos anulables, se preveía un plazo de cuarenta días.

La Comisión de Expertos sugirió que se ampliara el plazo para impugnar los acuerdos anulables a través de la instauración de un régimen simplificado en el que se eliminase la distinción entre acuerdos nulos y anulables para englobarlos en un mismo grupo que son los « acuerdos impugnables ». De esta manera, se vendría a unificar el plazo de caducidad de la acción de impugnación de cualquier clase de acuerdo social a un año, excepto los que son contrarios al orden público en los que no se impone ningún límite temporal. Esta sugerencia es tenida en cuenta por el legislador, acordando su aprobación con la reforma LMGC. El cambio se encuentra regulado en el art. 205.1 LSC que efectivamente prevé el plazo de un año para impugnar los acuerdos sociales, aunque debe matizarse que este plazo se reduce a tres meses en el caso de las sociedades cotizadas (art. 495.2. c) LSC). Por tanto, se viene a distinguir únicamente entre acuerdos impugnables no contrarios al orden público (plazo de caducidad de un año) y los acuerdos impugnables contrarios al orden público que no están sujetos a plazo alguno de caducidad.

El plazo de caducidad se computa desde la fecha de adopción del acuerdo si se hubiese adoptado en junta de socios o en reunión del consejo de administración, y desde la fecha de recepción de la copia del acta si el acuerdo se adoptó por escrito (art. 205.2 LSC). Este último caso sólo se puede aplicar a los acuerdos del consejo de administración siempre que ningún consejero se oponga a que la votación se haga por escrito y sin sesión (art. 248.2 LSC). Los acuerdos a los que llegue la Junta General deben alcanzarse una vez se han reunido y votado los socios, previendo la LSC la posibilidad de que se asista por medios telemáticos (art. 182 LSC). En el caso, de que la totalidad de los socios asistan de manera telemática se entenderá adoptado el acuerdo una vez se proclame el resultado a favor de la propuesta tras el recuento de votos,

siendo suficiente la constatación del resultado, sin necesidad de esperar a que finalice la Junta General ¹⁸. La impugnabilidad del mismo se produce desde su adopción, al margen de que todavía no surta efectos o no se pueda ejecutar por alguna circunstancia.

A este respecto, se debe prestar atención a la coetilla que se establece en el art. 205.2 LSC que señala que si el acuerdo se hubiera inscrito, el plazo de caducidad se computa desde la fecha de oponibilidad de la inscripción. Se interpreta esta mención de « acuerdo inscrito » en el sentido de que se ha de esperar a la inscripción en el Registro Mercantil para comenzar a computar el plazo de caducidad pero pudiendo impugnarse desde que se tuvo conocimiento del mismo. Es cuestión interesante¹⁹ el saber qué ocurre si una vez ha transcurrido el plazo de un año desde la adopción del acuerdo, éste no se ha inscrito todavía. Durante el trámite de reforma LMGC, se presentó una enmienda en el Congreso de los Diputados²⁰, núm. 71, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en la que se pretendía que renaciera la acción si se inscribía el acuerdo una vez pasase un año desde su adopción. En cambio, ésta no se aprobó y se viene a concluir que se entiende abierto el plazo hasta que se proceda a la inscripción, aunque haya transcurrido más de un año desde su adopción. La referencia que se hace a la oponibilidad de la inscripción hace entender que con respecto a los administradores y socios que estuvieron presentes en la adopción del acuerdo, el cómputo del plazo comienza desde dicho momento en el que conocieron el acuerdo, y no desde su inscripción en el asiento registral.

Una vez ha transcurrido el plazo que señala la ley para impugnar un acuerdo social, no se traduce ello en que se considere totalmente eficaz el mismo, pues el administrador

¹⁸ CABANAS TREJO, R., « Nuevo régimen de plazos y cómputo de la caducidad de la acción de impugnación (art. 205.1 y 2 LSC) », en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Castañer, J (coord). Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, p. 391.

¹⁹ CABANAS TREJO, R., « Nuevo régimen de plazos y cómputo de la caducidad de la acción de impugnación (art. 205.1 y 2 LSC) », op. cit., p. 393.

²⁰ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, de 23 de septiembre de 2014, núm. 97-2.

que debe ejecutarlo puede no hacerlo en el caso de que se entienda lesivo o contrario a la ley o a los estatutos sociales. En relación a esto, se debe indicar que el art. 236.2 LSC dispone que el hecho de que el acuerdo haya sido adoptado, autorizado y ratificado por la junta general no exonera al administrador de responsabilidad, siempre que el mismo sea lesivo. Por consiguiente, se deberá realizar cualquier actuación tendente a dejar sin efecto el acuerdo correspondiente, como puede ser el convocar a la junta para que lo anule, o abstenerse de su ejecución.

3. Legitimación.

Con carácter previo a la reforma LMGC, la legitimación para impugnar acuerdos dependía de la causa de impugnación del mismo. Si se quería impugnar un acuerdo nulo, las personas que estaban legitimadas eran los socios, los administradores y cualquier tercero que acreditara interés legítimo. En cambio, en el caso de que se estuviera ante un acuerdo anulable, la legitimación se otorgaba a los socios asistentes a la junta que hubieran hecho constar su oposición al acuerdo en acta, los ausentes, los que de manera ilegítima fuesen privados del voto, y los administradores.

Con la entrada en vigor de LMGC, tras la eliminación de la diferenciación entre acuerdos nulos y anulables se unificó el régimen de legitimación para toda clase de acuerdos, salvo los que son contrarios al orden público cuya especialidad se verá más adelante.

Las personas que están legitimadas para la impugnación de los acuerdos sociales conforme al art. 206.1 LSC se van a clasificar en tres grupos que se van a analizar a continuación.

En primer lugar, están legitimados « *cualquiera de los administradores* ». La fundamentación de esta legitimación se halla en el hecho de que una vez se produce la

aceptación del cargo, los administradores están sujetos a una serie de deberes, entre los que destaca el de velar por el interés social, esto es, asegurar la legalidad de los acuerdos sociales y de los actos que desarrollan²¹, así como en el hecho de que si ejecuta un acuerdo lesivo, se incurriría en responsabilidades, y, por ello, otorgarle la legitimación para impugnar les permitiría eludir dicha responsabilidad.

Los administradores están legitimados por el mero hecho de ostentar dicho cargo, no siendo necesario que acrediten ninguna otra condición, como tener una antigüedad concreta. Además, se entiende que únicamente pueden impugnar aquellos acuerdos que se hubieran adoptado en el ejercicio de su cargo²², salvo que se asuma dicho puesto con posterioridad a su adopción, y se vea en la posición de tener que ejecutarlo, ya que al tener que asumir responsabilidades si el acuerdo es lesivo no se le puede negar la legitimación.

En segundo lugar, se otorga legitimación a « *terceros que acrediten un interés legítimo* ». De esta redacción, se concluye que podrá impugnar cualquier persona que se pueda ver afectada por el acuerdo objeto de impugnación, y demuestre el interés legítimo. Se afirma que se tiene interés legítimo cuando se posea un interés individual o personal en la impugnación del acuerdo, al poder verse afectado en sus derechos personales, sociales o patrimoniales²³.

En tercer y último lugar, están legitimados para impugnar « *los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos, el uno por ciento del capital* ». Previendo,

²¹ ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, Á., « *Impugnación de acuerdos sociales* », op. cit, pp. 395- 398.

²² FARRANDO MIGUEL, I., « El nuevo régimen de legitimación en la impugnación de acuerdos sociales (art. 206.1 a 4 LSC) », en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Castañer, J. (coord)., Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, pp. 423- 426.

²³ BAENA BAENA, P.J., « Legitimación activa y pasiva para la impugnación de acuerdos sociales (arts. 206.1,2 y 3, 251.1 y 495.2.b) LSC) » en *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada*, Roncero Sánchez, A (coord). Aranzadi (SA), Pamplona, 2016, tomo I, p. 557.

además, la posibilidad de que los estatutos reduzcan ese porcentaje, y siempre, ofreciendo la opción a los socios que no lo alcancen de su derecho al resarcimiento del daño que produzca el acuerdo impugnado. Esta restricción de la legitimación a los casos en los que se ostente dicho porcentaje, sigue la recomendación de la Comisión de Expertos de adopción de esta medida para evitar el abuso del derecho de impugnación y su empleo para fines poco confesables.

En este caso, la legitimación se dispone frente a quien ostente la condición de socio, y la tendrán aquellas personas que posean la titularidad de acciones o de participaciones sociales (art. 91 LSC). Esta condición, señala la reforma LMGC, se debe haber adquirido antes de la adopción del acuerdo que se impugna, y, por tanto, se sobreentiende que se debe mantener en el momento de ejercitar la acción²⁴. Sin embargo, en el caso de que no pueda acreditarse la condición de socio, el acuerdo podría impugnarse en base a la legitimación que otorga la LSC a los terceros que acrediten interés legítimo, con el matiz de que debe efectivamente demostrar la concurrencia de dicho interés.

Otra novedad introducida por la LMGC es la pendencia de la legitimación del socio a la necesidad de representar, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital en el caso de encontrarnos con una sociedad no cotizada (art. 206.1 LSC), y del uno por mil en las sociedades cotizadas (art. 495.2.b) LSC). La inclusión de este requisito viene en consonancia con lo señalado por la Comisión de Expertos como medio para « minimizar el riesgo del uso estratégico y oportunista del derecho », pues hasta la reforma legislativa cualquier accionista que tuviera una sola acción podía impugnar los acuerdos sociales. Es reseñable lo que se viene a establecerse en el párrafo segundo del art. 206.1 LSC que posibilita a las sociedades a reducir los porcentajes legales en los estatutos, no permitiéndose el incremento de los mismos ya que supondría

²⁴ BAENA BAENA, P.J., « Legitimación activa y pasiva para la impugnación de acuerdos sociales (arts. 206.1,2 y 3, 251.1 y 495.2.b) LSC) », op. cit., p. 543.

una restricción excesiva.

Por otro lado, se suprime la exigibilidad que se preveía en la regulación anterior de asistencia a la junta y constancia de la oposición en acta del acuerdo, y de la acreditación de la ilegítima privación del derecho a voto.

A continuación, se procede a hacer mención a la particularidad en el régimen de legitimación de acuerdos que procede respecto de los acuerdos contrarios al orden público. Indica el art. 206.2 LSC que están legitimados para impugnar estos acuerdos, los « socios » (sin limitación alguna sobre la concurrencia de un determinado porcentaje del capital social ni exigiendo la adquisición de la condición de socio antes de la adopción del acuerdo), « los administradores », que no quedan limitados por ningún arco temporal (pueden impugnar los acuerdos adoptados antes de aceptar el cargo²⁵) y « terceros » (se elimina la exigencia de la ostentación de un interés legítimo).

Todo lo anterior se refiere a la legitimación activa para ejercitar la acción, debiendo ahora hacerse mención a la legitimación pasiva, que corresponde a la sociedad que adoptó el acuerdo en junta o consejo (art. 206.3 LSC). Los socios nunca podrán ser considerados como parte pasiva ante la acción de impugnación de un acuerdo social. A este respecto, señala la STS de 20 de noviembre de 1996 [RJ 1996/8214] que « los socios no son parte pasiva en el proceso, ni éste puede iniciarse contra ellos; pueden intervenir, en efecto, durante el desarrollo del proceso, pero sólo para adherirse a las pretensiones de la parte principal, sin que la cosa juzgada les alcance, ni, en consecuencia, la sentencia firme extienda sus efectos a ellos ».

Podría ocurrir que el impugnante tuviera la representación exclusiva de la sociedad (p.ej. si es administrador único), en cuyo caso, si la junta no tuviese designado a nadie a tal efecto, el juez que conozca de la impugnación nombrará a la persona que debe representarla, de entre los socios que hubieran votado a favor del acuerdo impugnado

²⁵ FARRANDO MIGUEL, I., « El nuevo régimen de legitimación en la impugnación de acuerdos sociales (art. 206.1 a 4 LSC) », op.cit., p. 445.

(art. 206.3 LSC). Además, se prevé la posibilidad de que el socio que hubiera votado a favor del acuerdo que se impugna pueda intervenir en el proceso para mantener su validez (art. 206.4 LSC), encontrándonos con un supuesto de intervención procesal voluntaria de terceros no legitimados pasivamente, que tiene como propósito el de ayudar a la sociedad demandada a conseguir un pronunciamiento favorable del tribunal²⁶.

4. Arbitraje societario.

La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA) prevé en su art. 11 bis la posibilidad de someter a arbitraje la impugnación de los acuerdos sociales, pues indica que « *los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral* ». Esta circunstancia viene a plantear si es posible someter a arbitraje cualquier tipo de acuerdo social, cuestión debatida por la doctrina²⁷, y que presenta diversas posturas en cuanto a su ámbito de aplicación.

Por un lado, ciertos autores consideran que se entiende que cualquier clase de acuerdo, es decir, los 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* », e incluido los que sean contrarios al orden público pueden someterse a la institución arbitral. Entre los defensores de esta postura aparece

²⁶ GARBERÍ LLOBREGAT, J, GONZÁLEZ NAVARRO, A y MELERO BOSCH. L., « *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades de capital* », op. cit., p. 287.

²⁷ GOMÁ LANZÓN, I., « Algunos problemas de la impugnación de acuerdos sociales por vía arbitral (art. 204.1 LSC y 11 bis LA) » en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Castañer, J. (coord.), Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, pp. 368-374.

OLAVARRÍA IGLESIA²⁸ que señala que al no establecer el legislador ninguna limitación sobre la clase de acuerdo que se puede someter a arbitraje, se deduce la posibilidad de impugnar por esta vía cualquier acuerdo.

Por otro lado, otro sector de opinión defiende que el art. 11 bis LA únicamente permite la impugnación cuando se trata de materias de libre disposición, pues se entiende que se tendría que aplicar lo establecido en el art. 2.1 LA que señala que serán « *susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición* », concluyendo, por tanto, que se excluyen los acuerdos contrarios a la ley o al orden público.

Finalmente, otros autores mantienen que no podrán someterse a arbitraje aquellos acuerdos que sean contrarios al orden público. Esta tesis es defendida por RODRÍGUEZ ROBLERO²⁹ que entiende que el objeto del arbitraje debe ser sobre derechos disponibles, entendiendo como tales los que traten cuestiones reducibles a términos pecuniarios, y por ello, quedan excluidos los contrarios al orden público.

Es esencial que la sociedad tenga introducido en sus estatutos sociales el convenio arbitral para poder acudir a esta institución, y, para ello, deberá proceder a la votación de la incorporación de la cláusula de sumisión a arbitraje que requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos de las acciones o las participaciones en que se divida el capital social (art. 11 bis LA). A este respecto, se debe señalar que el Anteproyecto de Ley de reforma del Arbitraje establecía para la introducción de este convenio arbitral el voto favorable de todos los socios, aunque finalmente no se aprobó

²⁸ OLAVARRÍA IGLESIA, J., « Arbitraje estatutario intrasocietario: Su reconocimiento legal » en *Estudios de Derecho Mercantil. Liber amicorum profesor Francisco Vicent Chuliá*, Cuñat Edo, V., Massaguer, J., Alonso Espinosa, F.J., Gallego Sánchez, E. (dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 471-472.

²⁹ RODRÍGUEZ ROBLERO, M.I., « El Arbitraje Societario en la nueva Ley de Arbitraje 11/2011, de 20 de mayo, de reforma a la ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado », en *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, 2011, pp.103-118.

este extremo. Sin embargo, se destaca que se impone una mayoría reforzada (dos tercios), y no la mayoría que se regula para la modificación de los estatutos sociales de más de la mitad de las participaciones en que se divida el capital social para las sociedades de responsabilidad limitada (art. 199 a) LSC), y de mayoría absoluta en las sociedades anónimas cuando esté representado más del cincuenta por ciento del capital, aunque sí se requiere el voto de dos tercios del capital presente o representado cuando en segunda convocatoria concurren accionistas que representen el veinticinco por ciento o más del capital suscrito con derecho a voto sin alcanzar el cincuenta por ciento (art. 201.2 LSC).

Es cuestión debatida, el saber qué ocurre con los socios disidentes o que no hayan participado en la votación sobre la inclusión del convenio arbitral, pues el derecho a la tutela judicial efectiva que regula el art. 24 CE puede ser objeto de renuncia cuando se hubiese expresado esa voluntad de manera clara, explícita e inequívoca. A este respecto, se defiende el argumento de que se ven afectados por dicha renuncia todos los socios, pues el art. 159.2 LSC indica que « *todos los socios, incluido los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general* », argumento que comparto, pues al entrar a formar parte de la sociedad, el socio acepta lo que establecen los estatutos sociales, y garantiza el respeto a lo señalado por la ley, que es clara en este sentido. Sin embargo, no se puede dejar de mencionar que existen determinados autores³⁰ que cuestionan la constitucionalidad del art. 11.2 bis LA, pues defienden la inoponibilidad de esta cláusula a aquellos socios ausentes o disidentes porque consideran que no se ha producido la renuncia al derecho fundamental a la tutela judicial, y el hecho de obligarlos a someterse a la decisión de un árbitro supondría su vulneración.

³⁰ GONZÁLEZ NAVARRO, A., « El arbitraje como método de resolución de conflictos derivados de la aprobación de acuerdos sociales » en *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades de capital*, Bosch, Barcelona, 2015, pp. 649-655.

En cuanto al laudo arbitral, indica la LA que si el mismo declara la nulidad de un acuerdo inscribible, debe procederse a la inscripción del laudo en el Registro Mercantil, procediendo el Boletín Oficial del Registro Mercantil a publicar un extracto. Además, si ya estuviese inscrito el acuerdo impugnado, el laudo supondrá la cancelación de su inscripción, y de los asientos posteriores que resultasen contradictorios con ella (art. 11 ter LA).

III. - Los acuerdos negativos.

1.- Concepto y relevancia jurídica.

Los acuerdos negativos son aquellas propuestas de acuerdos que una vez han sido sometidas a la deliberación y votación por parte de la Junta General, no han conseguido la mayoría de votos necesarios para su aprobación, y, por lo tanto, han sido rechazadas. En palabras del profesor Ángel Rojo³¹ los « acuerdos negativos » son, pues, « no acuerdos », es decir, propuestas -de los administradores o de los socios- frustradas, por cuanto que, aunque sometidas a votación, no han conseguido la mayoría exigida.

Se entiende que una propuesta que no ha sido sometida a votación no puede ser considerada como acuerdo negativo, puesto que no se ha manifestado la voluntad de los socios, y se trataría en definitiva de un acuerdo inexistente.

Por ello, se considera que los acuerdos negativos se constituyen como auténticos acuerdos en los que se viene a reflejar la voluntad social por medio del sistema de adopción de los mismos. Tal como se recoge en la STS de 2 de junio de 2015 [RJ 2015/2733]: « *no puede negarse que se trate de un acuerdo, pues se decide que la sociedad no ejercite la acción social de responsabilidad contra los administradores por haberse cobrado unas retribuciones que no les correspondían, al haber quedado sin*

³¹ ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., « La impugnación de acuerdos. Artículo 204 », en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Rojo, A. y Beltrán, E. (dir.), Civitas, Madrid, 2011, vol. I, p. 1438.

efecto el acuerdo social que las acordó. Es un acuerdo contemplado por la Ley ».

La existencia de acuerdo no se hace depender de si el resultado de su votación es positivo o negativo, sino de la plasmación de la voluntad de los socios. La circunstancia de que el acuerdo al que se llegue tenga carácter negativo, como puede ser el de no excluir a un socio cuando existe causa legal de exclusión, es irrelevante para valorar si hay acuerdo o no.

A diferencia de un acuerdo positivo que es considerado como un negocio jurídico³², pues viene a expresar la voluntad de la sociedad y está dirigida a producir unos efectos jurídicos, los acuerdos negativos (los conocidos por la doctrina alemana como: *Negativebeschluss*) no tienen la condición de negocio jurídico, por lo que se debate si éstos realmente adquieren relevancia jurídica.

Presentan una clara relevancia aquellos acuerdos « negativos » que realmente son positivos, de no haber sido por la concurrencia de algún vicio del procedimiento que produjo su rechazo por los órganos sociales. En estos casos, se otorga a los socios una serie de acciones que permitan adoptar el acuerdo.

2. - Impugnación.

La admisión de la impugnabilidad de un acuerdo negativo se permite en determinados supuestos. Como se ha mencionado anteriormente, al observar que determinados acuerdos negativos producen unas consecuencias jurídicas, no es posible negar el derecho a los socios de plantear ante los tribunales las pretensiones correspondientes.

A este respecto, es reseñable la SAP Pontevedra de 3 de junio de 2015 [JUR 2015/165393], cuando establece en cuanto a la posibilidad de impugnar los acuerdos

³² Alfaro « La naturaleza jurídica de los acuerdos sociales », 2016. Puede consultarse en <https://almacenederecho.org/la-naturaleza-juridica-los-acuerdos-sociales/>

negativos que « *en cualquier caso, nos encontramos ante un "acuerdo impugnabile", o, dicho de otra manera, la nota de "impugnabilidad" no estriba tanto en el sentido de la decisión como en su contenido y adecuación a la ley y a los estatutos de la sociedad* ». Por tanto, y como resalta la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 16 de mayo de 2018 [JUR 2018/165369] el poder impugnar un acuerdo negativo estriba en el hecho de que el no haber conseguido la mayoría necesaria para su adopción se deba a una actuación contraria a la Ley, opuesta a los estatutos sociales, al reglamento de la junta de la sociedad o lesiva al interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

2.1- Propuestas aceptadas o que con seguridad lo habrían sido de no haber existido vicio.

El primer grupo de acuerdos negativos lo componen aquellas propuestas que se consideran que realmente han sido aceptadas, pues el carácter negativo de los mismos se produce ante una declaración defectuosa de la votación. Tal como defiende el profesor Ángel Rojo³³ « *en algunos casos es posible solicitar y obtener la declaración judicial de que el acuerdo -un acuerdo positivo- ha existido, aunque el acta refleje lo contrario. Y es que la causa de la falta de adopción del acuerdo puede ser muy variada* », como lo es el caso en el que la falta de adopción del acuerdo se deba a la emisión del voto de un socio que no podía participar en la votación por encontrarse en conflicto de intereses (art. 190 LSC), o por encontrarnos con el voto determinante de un socio que carecía del derecho a votar por ser titular de participaciones o de acciones sin voto (art. 98 LSC), o cuando se presenta vicio en la voluntad del socio (intimidación), o cuando se produce una privación ilegítima del derecho de voto a un socio sin justificación.

La acción de impugnación se va a poder producir contra este tipo de acuerdo negativo en el caso de que exista la certeza de que de no haberse producido el vicio, la propuesta

³³ ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., « La impugnación de acuerdos. Artículo 204 », op.cit., p. 1438.

habría sido aprobada. Para poder determinar esta circunstancia, se debe superar la denominada « *prueba de resistencia* » que se regula en el artículo 204.3 apartado d) LSC, que viene a establecer que sólo se permite la impugnación en cuanto a la invalidez de votos siempre que dicho voto inválido sea determinante para alcanzar la mayoría exigible. Este punto se analizará como una cuestión incidental de previo pronunciamiento.

Junto con la acción de impugnación del acuerdo negativo habría de acumularse una acción constitutiva que, tal como señala la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 20 de octubre de 2013 [AC 2013\2043]: « *se enderezaría así a lograr el resultado que se habría producido ausente el comportamiento ilícito.... A la anterior acción, puede unírsele la acción de remoción de efectos, si es que hubiera producido alguno el acuerdo inexistente* ». Carecería de sentido, acumular una acción declarativa, puesto que tal como se mantiene en dicha sentencia, « *el acuerdo social no preexiste al pronunciamiento judicial* ». En este caso, se debe considerar que el acuerdo tiene eficacia constitutiva, y, por lo tanto, sus efectos se producen ex nunc.

2.2. - Propuestas cuyo rechazo produce efectos jurídicos.

La impugnación de un acuerdo negativo se posibilita cuando el mismo tiene consecuencias jurídicas, pues no todos los acuerdos llevan aparejados estos efectos.

Por un lado, se va a proceder a analizar la posibilidad de impugnación de un acuerdo negativo que tiene como objeto el no reparto de dividendos entre los socios.

El derecho de reparto de dividendos no es, como indica Sánchez-Calero³⁴, un derecho del socio sino que el mismo precisa de un acuerdo previo de la Junta General. Sin embargo, en base al art. 1665 del Código Civil (en adelante CC) que indica que « *la*

³⁴ Sánchez-Calero « Sequía de dividendos y abuso de la mayoría » Madrid, publicado en <http://jsanchezcalero.com/sequia-de-dividendos-y-abuso-de-la-mayoria/>

sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias », se concluye que lo más frecuente será que se acuerde el reparto y excepcionalmente se apruebe la retención de los beneficios por la sociedad, encontrándonos con un acuerdo negativo de no repartir dividendos aprobado por los socios en la junta.

El acuerdo de no repartir dividendos produce la consecuencia jurídica de constituir el nacimiento del derecho de separación del socio siempre que hubiere hecho constar su protesta en el acta (art. 348 bis LSC). Esta circunstancia hace concluir³⁵ que es lógico que se ponga a disposición de los socios la acción de impugnación de este tipo de acuerdo, y que tiene como base la de solicitar al juez que obligue a adoptar el reparto de los beneficios a socios y administradores. En la jurisprudencia esta posibilidad está asentada, y, como ejemplo, se cita la STS de 26 de mayo de 2005 [RJ 2005/5761], que resuelve indicando que el acuerdo de no repartir beneficios que adoptó la sociedad en cuestión es abusivo, ordenando el reparto entre los socios de los beneficios en función a sus participaciones. Como fundamento se viene a establecer que *« privar al socio minoritario sin causa acreditada alguna de sus derechos a percibir los beneficios sociales obtenidos y proceder a su retención sistemática, ..., se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener el amparo de los Tribunales, pues se trata de actitud impeditiva afectada de notoria ilicitud, que justifica la impugnación promovida y estimada del acuerdo de aplicación del resultado* ». La base legislativa del abuso se sustentaba en el artículo 7 del CC que establece la exigencia de la buena fe y determina que la Ley no ampara el abuso del derecho, y, actualmente, prevista en el art. 204 LSC que prevé como acuerdo lesivo el que se adoptase de manera abusiva por la mayoría.

Reiterando lo expuesto, se debe poner énfasis en el hecho de que el poder impugnar estos acuerdos de no reparto de dividendos no supone que se exima al impugnante del

³⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL/CAMPINS VARGAS, « El abuso de la mayoría en la política de dividendos. Un repaso por la jurisprudencia », en Otrosí, núm. 5, enero-marzo 2011, pp. 19-26.

deber de probar que el mismo tiene carácter abusivo, pues en determinadas ocasiones la circunstancia de que se produzca esta retención de los beneficios por la sociedad puede deberse a una decisión empresarial totalmente lícita (por ejemplo, la reserva para financiar una posible operación futura).

En todo caso³⁶, el demandante (socio) debe demostrar que el acuerdo adoptado no responde a otro propósito que el de materializar un abuso, y la sociedad tendrá que argumentar que concurría causa que justificaba dicho acuerdo, a efectos de desvirtuar la alegación de abuso de derecho.

Por otro lado, es posible que la Junta General rechace una propuesta de recapitalización, que podría producir la consecuencia jurídica de que se llegue a calificar el concurso posterior de la sociedad como culpable, al indicar el art. 165.2 de la Ley Concursal (en adelante LC) que « *el concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando los socios o administradores se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles y ello hubiera frustrado la consecución de un acuerdo de refinanciación* ». Esta declaración afectaría a aquellos socios que se hubieran negado sin razón justificada a la recapitalización (art.172.2.1º LC). En consecuencia, al producir el acuerdo negativo estos efectos no puede negarse la posibilidad de impugnar el mismo.

De igual modo, tal como indica Iribarren³⁷, se debe mencionar que en determinadas ocasiones se hace depender la actuación de los administradores a su aprobación por la Junta General, como ocurre en materia de gestión (art. 161 LSC). Por ello, en el caso de que dicho órgano social no vote a favor de la propuesta formulada por el administrador, se produce la consecuencia jurídica de que se impide realizar la correspondiente operación, que conlleva a concluir como lógico el poder impugnar dicho acuerdo, pues

³⁶ FRÍAS. I. y CASTRO ARAGONÉS. J.M (2018) « *Impugnación de acuerdos sociales. Abuso de derecho y reparto de dividendos* ». ORTEGA BURGOS (coord.). Actualidad mercantil 2018. Tirant.

³⁷ IRIBARREN BLANCO, M. « *La impugnación de los acuerdos negativos de la junta general* ». Revista de derecho mercantil. 2017, nº 304, pp. 165-205.

su ineficacia supondría permitir al administrador realizar la oportuna actuación.

2.3. Propuestas cuya aceptación era obligatoria.

Es habitual en la jurisprudencia considerar como acuerdos impugnables aquellas propuestas que una vez sometidas a la deliberación y votación de la junta han resultado desestimadas, aún cuando su aprobación cumpliera con un deber legal o estatutario³⁸. Esto ocurre, p.ej., en los casos en los que se plantea una propuesta de cese del administrador cuando concurre una prohibición legal (p.ej. haber sido incapacitado judicialmente) o de disolución de la sociedad cuando existe causa legal o estatutaria y la misma es rechazada por la junta general. A este respecto, se puede citar la STS de 4 de julio de 2007 [RJ 2007/3873] en la que viene a imponer a la sociedad la obligación de cesar a los administradores por considerar nulo el acuerdo que lo rechazó, pues éstos tenían intereses contrapuestos con la sociedad. Sin embargo, es opinión de algunos autores como Iribarren³⁹ la no impugnabilidad de esa clase de acuerdos, al considerar que con su impugnación no se obtiene resultado alguno, y a la circunstancia de que existen otros mecanismos que se ponen a disposición de los socios para adoptar el acuerdo. En este sentido, se podría mencionar el supuesto en el que una sociedad debe disolverse por concurrir alguna de las circunstancias previstas en el art. 363 LSC de disolución. Según indica la ley, esta disolución debe ser adoptada mediante acuerdo de la junta general (art. 364 LSC), la cual debe ser convocada por los administradores en el plazo de dos meses (art. 365 LSC). En el caso de que la junta no apruebe la disolución, se prevé que cualquier interesado pueda instar la disolución ante el juez de lo mercantil del domicilio social (art. 366 LSC), y, por ello, no se requiere que se impugne el acuerdo negativo, pudiendo imponerse la propuesta rechazada por esta vía, y en todo

³⁸ IRIBARREN BLANCO, M. « *La impugnación de los acuerdos negativos de la junta general de la sociedad anónima: Rechazo de la propuesta de ejercer acciones contra los administradores. Comentario a la Sentencia de 2 de junio de 2015 (RJ 2015. 2733)* ». Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. 2016, nº101, pp. 131-150.

³⁹ IRIBARREN BLANCO, M. « *La impugnación de los acuerdos negativos de la junta general* », op. cit., pp. 165-205.

caso al margen de los defectos del acuerdo negativo.

3. Legitimación.

El régimen de legitimación de esta clase de acuerdos viene a coincidir con el general que regula el art. 206.1 LSC, es decir, podrán impugnar « *los administradores, los terceros que acrediten un interés legítimo y los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital* ».

Es relevante el hecho de que el silencio de un socio ante una defectuosa proclamación del resultado de la votación puede provocar que se proteja al resto de socios, pues si se permite el ejercicio de una acción de impugnación por este motivo, ello podría conllevar una actuación oportunista⁴⁰.

Con respecto a la legitimación pasiva, es titular de la misma la sociedad, puesto que es a la que le atañe el pronunciamiento declarativo de la votación.

4. Caducidad de la acción de impugnación.

El plazo de caducidad de los acuerdos negativos es el mismo que el de los acuerdos en general, es decir, de un año, salvo los que son contrarios al orden público que no están sujetos a caducidad alguna.

Una vez cumplido el plazo establecido, no será posible refutar el acuerdo, aún cuando se considere defectuoso. Únicamente, será posible impugnarlo si es contrario al orden público, entendiéndolo como tal en el caso que se produzca la proclamación dolosa de

⁴⁰ 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*, Castañer, J. (coord)., Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, págs. 292.

un resultado incorrecto⁴¹.

IV. Acuerdos negativos no impugnables.

En este apartado se va a proceder a citar algunos ejemplos de acuerdos negativos no impugnables.

El primer grupo de acuerdos negativos no impugnables hace referencia a las propuestas rechazadas por la junta cuya aceptación era una alternativa para cumplir un deber legal o estatutario. Esta posibilidad aparece, p.ej., en el caso de que se produzcan pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, siendo ello un presupuesto por el que se debe disolver la sociedad, aunque se ofrece la alternativa de aumentar o reducir el capital en la medida de lo posible, y siempre que no proceda solicitar la declaración de concurso (art. 363.1 e) LSC), o el caso de que el valor nominal de las participaciones sociales sin voto o acciones sin voto supere la mitad del capital social desembolsado, posibilitándose restablecer esa proporción, aunque siempre antes de los dos años (art. 363.1 g) LSC).

Ante esta clase de acuerdos se viene a entender el carácter inimpugnable de los mismos, debido a que el legislador permite que se utilice cualquiera de las alternativas previstas para cumplir lo que viene impuesto legal o estatutariamente, no pudiendo el juez atribuirse la legitimación para escoger la alternativa que se considere correcta (Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 18 de diciembre de 2014 [JUR 2015/17354]. Sin embargo, se establece como una excepción a esta regla el caso de que la opción elegida haya sido adoptada por abuso de mayoría conforme a lo establecido en el art. 204.1 párrafo segundo LSC, posibilitándose su impugnación en este supuesto.

El segundo grupo lo componen aquellas propuestas rechazadas cuya aceptación

⁴¹ MARÍN DE LA BÁRCENA, F., « La impugnación de acuerdos negativos (art. 204.1 LSC) », op. cit., p. 294.

supondría un beneficio para el interés social. La jurisprudencia viene a establecer que dichas propuestas no son impugnables, por el mero hecho de que la ley no obliga a adoptar acuerdos favorables para el interés social⁴².

El acuerdo de la junta general rechazando ejercer acciones contra los administradores no deja de ser impugnable por el mero hecho de tener carácter negativo, pues siempre que el mismo produzca efectos jurídicos o que adolezca de algún vicio se podría impugnar. En cambio, al no concurrir ninguno de estos requisitos, no se podría impugnar el mismo, aunque sí que se prevé la manera de hacer efectiva la propuesta rechazada, que sería a través de lo señalado por el art. 239 LSC que permite a los socios entablar acción de responsabilidad en defensa del interés social. Esta fundamentación se sostiene en base a lo que se establece en la STS de 2 de junio de 2015 [RJ 2015/2733] que señala que *« no puede negarse que se trate de un acuerdo, pues se decide que la sociedad no ejercite la acción social de responsabilidad contra los administradores por haberse cobrado unas retribuciones que no les correspondían »* y que *« la improcedencia de la impugnación de este acuerdo radica en que la Ley ya prevé cómo se puede recabar el auxilio judicial para contradecir lo acordado y hacer efectivo lo pretendido con el acuerdo »*.

El tercer y último ejemplo, lo vienen a constituir las propuestas de revocación de un acuerdo en el que se aprobase la retribución del liquidador. A este respecto se debe mencionar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de julio de 2014 [JUR 2014/257166] , que vino a entender la imposibilidad de poder impugnar estos « acuerdos », ya que no se está produciendo con su rechazo ningún efecto jurídico, ni existe vicio alguno que fuera determinante para aprobar la propuesta. Se debe reiterar que, aunque la aceptación de la propuesta fuese beneficiosa para el interés social, la ley no obliga a las sociedades a adoptar estos acuerdos.

⁴² IRIBARREN BLANCO, M. *« La impugnación de los acuerdos negativos de la junta general »*, op. cit., pp. 165-205.

V. Conclusiones.

Una vez estudiado el régimen de impugnación de los acuerdos sociales, se pone de manifiesto la voluntad del legislador de asegurar a través de éste la protección de los socios minoritarios y la salvaguarda del interés social. A este respecto, la reforma LMGC viene a regular una causa de impugnación de los acuerdos sociales que se venía aceptando por la jurisprudencia, y que es el de prever la posibilidad de impugnar los acuerdos adoptados por « abuso de mayoría », consiguiendo de esta manera fortalecer la protección de las minorías. Además, gracias a esta reforma se produce la simplificación del procedimiento para impugnar, pues al eliminar la distinción entre acuerdos nulos y anulables para encuadrarlos en una misma categoría, se consigue, igualmente, la defensa de los derechos de los accionistas minoritarios. Sin embargo, una de las novedades presentada por la reforma es la de imponer cierto porcentaje del capital social para poder ostentar la legitimación, lo cual me parece excesivo, ya que para las sociedades cotizadas se exige tener una fracción del capital social de uno por mil, suponiendo que para estas grandes sociedades, el accionista que quiera impugnar un acuerdo debe tener invertido en la sociedad unas cantidades muy altas de capital.

En cuanto a los acuerdos negativos, la jurisprudencia ha venido a considerar la validez de los mismos, siempre que el acuerdo supere la llamada doctrina de la relevancia, que tiene como finalidad la de permitir la impugnación únicamente en aquellos casos en los que la infracción cometida fuera concluyente para establecer el sentido de la votación. La determinación de estas propuestas frustradas como verdaderos acuerdos la considero correcta, pues en ellas se viene a reflejar la voluntad social, abriéndose de esta manera la puerta a su impugnación.

La impugnación se prevé para esta clase de acuerdos en aquellos casos en los que exista un vicio que hubiese determinado el carácter negativo del mismo. La nota de la impugnabilidad es lógica pues ante una actuación contraria a derecho, poner a

disposición de los socios este mecanismo de protección supone una garantía, tanto para ellos como para terceros. Asimismo, es posible impugnar un acuerdo cuyo rechazo produce efectos jurídicos, pues se pueden ocasionar determinadas consecuencias jurídicas relevantes, como es el de provocar una posterior declaración de concurso de la sociedad y su calificación como culpable, que provocan la necesidad de permitir su impugnación como instrumento para conseguir su transformación en positivo, y evitar precisamente esos efectos. Finalmente, como acuerdo negativo impugnabile se constituyen aquellos acuerdos que con su aceptación cumplían un deber legal, y ante la falta de su cumplimiento por parte de la Junta General, es razonable permitir esta vía para cumplir con las previsiones legales o estatutarias.

En este trabajo, se estudió también algunos supuestos en los que el acuerdo negativo no se puede impugnar, así ocurre en el caso en el que aceptar la propuesta presentada se constituye como alternativa para cumplir con el deber legal o estatutario, no pudiendo en estos casos obligar al juez que imponga una de ellas, pues no tiene legitimación para escoger la que considere más correcta, esta elección le corresponde a la sociedad. De igual manera, no es posible impugnar aquél acuerdo rechazado que con su aceptación se obtuviera un beneficio para la sociedad, ello se debe al hecho de que la ley no obliga al juez a adoptar estas decisiones. En último lugar, aquellas propuestas que tengan como objeto revocar un acuerdo de retribución al liquidador, tampoco se pueden impugnar pues se entiende de la misma manera que la ley no obliga al juez a adoptar estos acuerdos aunque fuese beneficioso para el interés social.

Finalmente, y no menos importante, se debe mencionar que esta materia puede ser objeto de arbitraje desde la introducción en la LA del art. 11 bis que regula el denominado « arbitraje estatutario », y que tiene como fundamento el de reforzar el papel de las instituciones arbitrales tal como aconseja la experiencia internacional plenamente asentada, y la importancia que van adquiriendo a lo largo de los años estos métodos alternativos de resolución de conflictos.

- Bibliografía.

ALCALÁ DÍAZ, M.A., « La delimitación de supuestos de infracción de requisitos procedimentales en los que se excluye la impugnación de los acuerdos sociales (art. 204.3 a) LSC) » en *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada*, Roncero Sánchez, A (coord). Aranzadi (SA), Pamplona, 2016, tomo I, p. 372.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., « La naturaleza jurídica de los acuerdos sociales ». Disponible en <https://almacenederecho.org/la-naturaleza-juridica-los-acuerdos-sociales/> [Consulta: 26 de marzo de 2020].

ALONSO LEDESMA, C., « La naturaleza del reglamento de la junta y su infracción como causa de impugnación de los acuerdos sociales », en *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada*, Roncero Sánchez, A (coord). Aranzadi (SA), Pamplona, 2016, tomo I, pp. 401- 411.

BOQUERA MATADERRONA, J., « Legitimación para impugnar acuerdos sociales », en *Derecho Mercantil. Estudios in memoriam del profesor Manuel Broseta Pont*, Martí Miravalls, J. y Olavarría Iglesia, J. (coords.). Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, capítulo 16.

CABANAS TREJO, R., « Nuevo régimen de plazos y cómputo de la caducidad de la acción de impugnación (art. 205.1 y 2 LSC) », en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Castañer, J (coord). Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, p. 391.

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*, Castañer, J (coord). Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015,

pp. 151- 160.

ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, Á., « *Impugnación de acuerdos sociales* », Bosch, Barcelona, 2007, pp. 395- 398.

FARRANDO MIGUEL, I., « El nuevo régimen de legitimación en la impugnación de acuerdos sociales (art. 206.1 a 4 LSC) », en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Castañer, J. (coord)., Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, pp.. 423- 426.

GARBERÍ LLOBREGAT, J, GONZÁLEZ NAVARRO, A y MELERO BOSCH. L., « *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades de capital* », Bosch, Barcelona, 2015, pp. 209- 269.

GOMÁ LANZÓN, I., « Algunos problemas de la impugnación de acuerdos sociales por vía arbitral (art. 204.1 LSC y 11 bis LA) » en *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Castañer, J. (coord)., Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, pp. 368-374.

GONZÁLEZ NAVARRO, A., « El arbitraje como método de resolución de conflictos derivados de la aprobación de acuerdos sociales » en *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades de capital*, Bosch, Barcelona, 2015, pp. 649-655.

IRIBARREN BLANCO, M., « *La impugnación de los acuerdos negativos de la junta general* ». Revista de derecho mercantil, núm. 304, 2017, pp. 165-205.

IRIBARREN BLANCO, M. « *La impugnación de los acuerdos negativos de la junta general de la sociedad anónima: Rechazo de la propuesta de ejercer acciones contra los administradores. Comentario a la Sentencia de 2 de junio de 2015 (RJ 2015.*

2733) ». *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. 2016, nº101, pp. 131-150.

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*, Castañer, J (coord). Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, pp. 277-294.

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*, Castañer, J (coord). Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, pp. 241- 260.

OLAVARRÍA IGLESIA, J., « Arbitraje estatutario intrasocietario: Su reconocimiento legal » en *Estudios de Derecho Mercantil. Liber amicorum profesor Francisco Vicent Chuliá*, Cuñat Edo, V., Massaguer, J., Alonso Espinosa, F.J., Gallego Sánchez, E. (dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 471-472.

PULGAR EZQUERRA, J., « Impugnación de acuerdos sociales: en particular abusos de mayoría », en *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada*, Roncero Sánchez, A (coord). Aranzadi (SA), Pamplona, 2016, tomo I, pp. 303- 329.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., « Acuerdos nulos y anulables » en *Órganos de la sociedad de capital*, Gimeno-Bayón Cobo. R, y Garrido Espa. L (dir.). Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008 tomo I, pp. 403- 421.

RODRÍGUEZ ROBLERO, M.I., « El Arbitraje Societario en la nueva Ley de Arbitraje 11/2011, de 20 de mayo, de reforma a la ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado », en *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, 2011, pp.103-118.

ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., « La impugnación de acuerdos. Artículo 204 », en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Rojo, A. y Beltrán, E. (dir.), Civitas, Madrid, 2011, vol. I, p. 1438.