

# SEMINARIO SOBRE CRITERIOS INTERPRETATIVOS DE LA REFORMA DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL POR LA LEY 31/2014 (SE16004)

Cuestionario y respuestas elaborado por el coordinador del curso Juan F. Garnica Martín, con la colaboración de:

- Bárbara María Córdoba Ardao
- María del Mar Hernández Rodríguez

## CUESTIONARIO

### A) Cuestiones generales sobre responsabilidad de administradores

#### a) Presupuestos de la responsabilidad

##### 1) Sobre el alcance de la presunción de culpa del art. 236.1, 2.º LSC.

En el art. 236.1, 1.º LSC se dice que los administradores responden por sus actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño de su cargo.

¿Deben considerarse como actos favorecidos por la presunción legal de culpa del párrafo siguiente los actos del administrador que conculquen los deberes legales inherentes al cargo (v. gr. el deber de lealtad), a pesar de que no están designados en el texto de la presunción legal?

Se produjeron dos posturas acerca del alcance de la presunción:

#### A) De acuerdo con la primera:

Esa novedad legislativa no aporta nada novedoso, esto es, distinto a lo que la jurisprudencia ha venido entendiendo. Al menos, no lo aporta con claridad. La separación entre unas y otras conductas obedece a la distinción entre lo que pueden considerarse como obligaciones de resultado y de medios. Si el acto del administrador es contrario a la ley o los estatutos (resultado), en ello está implícita la culpa, de forma que la misma queda presumida; si el acto del administrador no resulta evidente que sea ilícito, la culpa no puede ser presumida.

#### B) De acuerdo con la segunda:

La presunción afecta a todos los actos de los administradores realizados incumpliendo los deberes propios del cargo.

El texto originario, procedente de la Comisión de Expertos, era más claro, al establecer que “la culpabilidad se presumirá una vez que se haya probado la ilicitud de la conducta”.

La razón de ser de la introducción de esta novedad legislativa puede estar relacionada con la nueva regulación del deber de lealtad y el legislador pretende dar un instrumento que permita afrontar adecuadamente las defensas que pueda hacer el administrador al amparo de esa regulación (ars. 227 a 229 LSC). Si se acredita la violación de un deber de secreto o la percepción de retribuciones de terceros, o la falta de abstención en el órgano de administración en supuestos de conflicto de interés, o la realización de cualesquiera de los actos del art. 229 LSC sin haber obtenido la preceptiva dispensa, la culpabilidad debe presumirse y serán los administradores quienes deban enervar la presunción de culpa probando las circunstancias que permitan exonerarles de responsabilidad.

**2) Cuando el art. 236.1 2.º LSC dispone que “la culpabilidad se presumirá...” ¿qué debe entenderse favorecido por la presunción, solo la “culpabilidad” o bien la “responsabilidad”? ¿Alcanza la presunción a la relación causal?**

También se discutió sobre el alcance de la presunción, esto es, si se trata de una simple presunción de culpa o es una presunción de responsabilidad que incluye el nexo causal. También sobre esta cuestión se produjeron dos posturas distintas e irreconciliables, cada una de las cuales defendía una de esas opciones.

De acuerdo con la primera de esas posturas, la presunción es únicamente de culpabilidad. Por lo tanto, de ella no se deriva necesariamente la responsabilidad. El demandante no solo debe probar el hecho ilícito, indispensable para que actúe la presunción, sino que también es preciso que acredite:

- i) El daño.
- ii) El nexo causal.

Ello con independencia de que tanto el daño como el nexo puedan verse a su vez favorecidos por otra suerte de presunciones, si bien en este caso no se trataría de presunciones legales sino de las llamadas presunciones *ex homini*. Esto es, tanto uno como otro requisito pueden estar implícitos en la naturaleza de la infracción, pero ello habrá que analizarlo en cada caso. De la presunción legal de culpa no nace esa extensión sino que es independiente de ella.

Los defensores de la segunda entendían que lo que había pretendido el legislador había sido extender la presunción también al nexo causal en todo caso.

**3) ¿Puede ser originador de responsabilidad la ejecución por parte del administrador de un acuerdo de la junta? ¿Y la no ejecución? Por ejemplo, la junta acuerda con el voto favorable de la mayoría el traspaso de la totalidad o de una parte de la actividad a otra sociedad del grupo.**

Sobre esta cuestión existió unanimidad, está obligado a cumplir los acuerdos adoptados por la junta salvo que el acuerdo sea manifiestamente ilegal.

Tanto la ejecución como la inexecución de un acuerdo de la junta pueden ser en abstracto generadores de la responsabilidad del administrador. Como punto de

partida, el órgano de administración debe velar por el respeto y ejecución de los acuerdos adoptados en la junta general en el ámbito de su competencia.

No obstante, de ello no se sigue que el hecho de que el administrador haya decidido consultar a los socios un acto de gestión, facultad que es innegable y que constituye lo que la doctrina considera como “competencia implícita” de la junta, prevista y regulada en el art. 161 LSC (precepto que habilita a la junta para impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción de decisiones sobre gestión), le exonere de responsabilidad. Así resulta de lo establecido de forma explícita en el art. 236.2 LSC. Por tanto, el cargo de administrador se ejerce con libertad de criterio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones con terceros y con sumisión al principio de responsabilidad personal (art. 228 d. LSC).

Esta aparente contradicción entre el hecho de que la junta tenga la posibilidad de impartir instrucciones al órgano de administración y que éste pueda resultar responsable por su ejecución se resuelve en el siguiente sentido: los administradores están obligados como regla para seguir esas instrucciones, con el límite de que los administradores consideren que el acto es lesivo para terceros o bien para la propia sociedad. En este supuesto deberán negarse a la ejecución. Por tanto, solo cuando el acto que proponga la junta sea antijurídico o dañoso para la sociedad el administrador podrá negarse a la ejecución.

Por consiguiente, lo que la junta puede hacer es restringir el ámbito de la discrecionalidad que corresponde al administrador en otro caso, pero nada más. Y cuando lo hace el administrador queda obligado.

**4) La norma del artículo 236.5 LSC, en cuanto que se ubica en un precepto general sobre presupuestos de la responsabilidad de los administradores, ¿debe ser también de aplicación en el ámbito concursal, donde en ocasiones hemos decidido asignando la condición de persona afectada por la calificación a la persona jurídica administradora, y no a su representante persona física?**

La cuestión no tiene una respuesta sencilla. Lo más razonable es estimar que sí porque la responsabilidad concursal de los administradores sociales no es más que una forma más de responsabilidad de los administradores. Por tanto, aunque en la Ley Concursal se regulan algunas notas particulares de esa forma de responsabilidad de los administradores sociales, esa regulación parte de un tronco común que es la regulación contenida en la legislación societaria. Por tanto, en la medida en la que las normas que se encuentran dentro de ese tronco común no resulten incompatibles con la particular acción de responsabilidad regulada en normas distintas, resultarán de aplicación.

Desde esa perspectiva parece que lo más razonable es entender que el legislador ha introducido una modificación en una norma de carácter troncal, de manera que parece que en principio no debería existir ninguna dificultad para interpretar que ese cambio afecta a todo el sistema de responsabilidad de los administradores.

A ello es preciso añadir la idea de que no parece existir ninguna incompatibilidad para aplicarla que pueda resultar de la naturaleza de ninguna de las dos acciones de responsabilidad concursal.

No obstante, esa idea no fue aceptada de forma unánime por los asistentes. Una segunda posición se decantó por la idea de que se trata de una responsabilidad distinta y especial al menos en cuanto a quienes son las personas afectadas.

**b) Sujetos de los que se puede exigir**

**5) ¿Puede tener la consideración de administrador de hecho el socio mayoritario o de control que impone un acuerdo social que imparte instrucciones al órgano de administración precisamente para la realización del acto o negocio del que se deriva un daño?**

Por unanimidad se consideró que, en principio, podría serle atribuida esa condición siempre que ejerza funciones de gestión de forma habitual y con autonomía. No obstante, no se puede confundir las decisiones adoptadas por el socio mayoritario como tal en la junta, dentro de sus competencias, como la de injerencia del socio de control en la administración.

El concepto de administrador de hecho se encuentra regulado en el art. 236.3 LSC, que considera como tal a la persona que en la realidad del tráfico desempeñe las funciones propias del administrador sin título para ello (o con título nulo) y la persona bajo cuyas instrucciones actúen los administradores. Por tanto, el supuesto al que se refiere la pregunta parece incidir de lleno en el concepto de administrador de hecho que establece la norma. No obstante, aunque la norma legal no se refiera, a otras notas adicionales, la jurisprudencia sí que lo ha hecho anteriormente y esas notas deben entenderse que integran y completan el concepto legal. Entre esas notas se encuentra la habitualidad en la administración, de maneja que será preciso examinar si esas instrucciones son habituales o han sido meramente puntuales. Solo en el primer caso existirá una situación de administrador de hecho.

**6) En un grupo de sociedades, ¿tiene la condición de administrador de hecho la matriz que tiene el control y dominio de todas las filiales?**

Idem que lo anterior, puede que sí si no respeta la autonomía del órgano de administración. Igual que hemos visto en el apartado anterior, la situación descrita en la pregunta constituye una situación de riesgo de que pueda existir un administrador de hecho, que puede ser tanto la matriz o el socio de control o el administrador que tiene el control. Pero no necesariamente ha de existir administrador de hecho por ello sino que habrá que examinar en cada caso si concurren todas las características de definen la existencia de esa figura. En este caso, la más determinante es la autonomía e independencia en la toma de decisiones. Debe quedar acreditado que la toma de decisiones la ha adoptado la matriz sin que los administradores de hecho hayan podido o querido interferir en ella. También es preciso examinar si la interferencia externa, de la matriz o de su órgano de administración, ha llegado hasta tal punto de llevar a cabo las funciones propias del órgano de administración, esto es, el ejercicio de las facultades de gestión y representación de la sociedad.

**7) ¿Qué condiciones deberían darse para que la matriz pudiera ser considerada administrador de hecho o bien para que lo fuera el socio de dominio?**

(Vistas en respuesta a la pregunta anterior)

**8) ¿El director general puede ser considerado como administrador de hecho? ¿En todo caso o solo bajo algunas condiciones?**

Ostentar el cargo de director general también constituye una situación de riesgo en la que no resulta infrecuente que se oculte un verdadero administrador de hecho, atendido que el director general es la persona que se ocupa de los asuntos más relevante de la gestión. Si bien, no es suficiente con ello sino que será preciso analizar en cada caso el grado de autonomía que se ha concedido al alto ejecutivo y determinar si cuenta con independencia en la toma de decisiones. Si lo que hace el director general es reportar periódicamente (v. gr. diaria o semanalmente, al socio de control) y las decisiones requieren la aprobación de un tercero, sea el administrador de derecho o no, en tal caso no concurre la nota de autonomía en la gestión que constituye un presupuesto para considerar que concurre la figura de administrador de hecho.

El legislador, al regular este supuesto como un supuesto especial de administrador de hecho, en el art. 236.4 LSC, consagra un supuesto especial en el que puede afirmarse que se presume legalmente la situación del director general como administrador de hecho, siempre que se cumplan estos requisitos:

- a) Que el órgano de administración sea colegiado, un consejo de administración.
- b) Que no haya existido delegación permanente de facultades en un consejero delegado.

Si se cumplen esos requisitos, se aplicarán al director general las normas propias del administrador a efectos de responsabilidad.

También nos planteamos, aunque no está en el enunciado de la pregunta, si la eventual responsabilidad del director general podría excluir la del consejo de administración y la respuesta unánime fue que no, si bien admitiendo la posibilidad de que pudiera exonerarse de responsabilidad probando el desconocimiento del acto ilícito generador de la responsabilidad.

**9) ¿Y un apoderado general, puede por ese hecho ser considerado administrador de hecho?**

La respuesta unánime fue que, si actúa como tal, sí, pero no en todo caso.

Lo mismo que hemos visto en la respuesta a las preguntas anteriores, la existencia de un poder general es una situación de riesgo, ya que constituye un indicio que permite pensar en que tras el poder general se encuentra una situación de administrador de hecho. Ahora bien, no basta con ese indicio sino que es preciso determinar si también concurren otros que muestren que ese apoderado general es quien de verdad toma las decisiones de gestión con autonomía y de forma habitual.

**10) ¿La existencia de un administrador de hecho, exonera de responsabilidad al de derecho?**

No. El administrador de derecho que no administra, esto es, que permite que otro lleve a cabo las funciones que legalmente le están reservadas responde por ese solo hecho. Cuestión distinta es que el administrador de derecho pueda resultar exonerado porque haya conseguido acreditar la concurrencia de circunstancias personales que justifiquen su exoneración (por ejemplo, su incapacidad).

**11) ¿Puede aplicarse la regla de la inversión de la carga de la prueba al enjuiciamiento de la condición de administrador de hecho?**

Es necesario que el actor aporte varios indicios de que el demandado es un administrador de hecho, no basta un mero indicio para invertir la carga de la prueba.

El hecho de que concurra un indicio de la existencia de un administrador de hecho (una situación de riesgo) no es suficiente para estimar que concurre esta figura. Cuestión distinta es si constituye un indicio privilegiado que permita presumir la existencia de esa figura determinando la existencia de una suerte de inversión de la carga de la prueba.

Lo más razonable es considerar que la acreditación de esas situaciones de riesgo ni siquiera determinan una presunción *ex homini* favorable a la consideración de que existe un administrador de hecho sino que deberá ser el demandante quien soporte la carga de la acreditación.

Cuestión distinta es la relativa al grado de certeza que sea exigible para considerar que concurre una situación de administrador de hecho. No podemos ignorar el hecho de que se trata de una situación de difícil prueba porque se trata de prácticas internas a la sociedad y que con frecuencia se ocultan hacia fuera. Por esa razón no es exigible una prueba directa, ni tampoco una convicción “plena” sino que debe bastar una probabilidad razonable deducida de los medios de prueba indirectos que se hayan practicado.

**12) En el caso de consejo de administración, ¿deben responder los simples consejeros de los actos en los que no intervinieron personalmente? ¿Y, particularmente, deben responder de los actos del consejero delegado?**

Aunque la responsabilidad es personal, como punto de partida, la responsabilidad de todos los administradores que integran el consejo es solidaria. No obstante, ello no impide que puedan resultar exonerados aquellos miembros que acreditaran que no hubieran tenido intervención personal en el acto y que no lo han podido impedir. No puede ignorarse que se responde tanto por acción como por omisión, de manera que no es suficiente que el acto se haya llevado a cabo por otro administrador.

En cuanto a los actos del consejero delegado, será preciso analizar si se trata de actos estrictamente imputables al mismo con carácter exclusivo o bien si se deben imputar al consejo de administración como órgano colegiado.

El art. 237 LSC parte del principio de la responsabilidad solidaria de todos los integrantes del consejo de administración y permite la exoneración siempre que el administrador cumpla los siguientes requisitos alternativos:

- a) No haber tenido intervención en la adopción o ejecución del acto.
- b) Desconocer su existencia.
- c) Conocer su existencia pero haber hecho todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, haberse opuesto expresamente al acto dañoso.

**c) Forma en la que es exigible**

**13) ¿Cómo responde el administrador en un caso en el que también responde la sociedad: de forma principal o subsidiaria (caso de insolvencia de la sociedad)?**

La responsabilidad del administrador cuando responde junto con la sociedad es siempre solidaria. El hecho de que la responsabilidad del administrador pueda proceder, en algún caso, de la incapacidad patrimonial de la sociedad no convierte esta responsabilidad en subsidiaria. Se responderá si concurren los presupuestos legales para ello y, caso de existir responsabilidad frente a terceros que unir a la de la sociedad, se tratará de una responsabilidad principal y solidaria, aunque no exista una norma legal que expresamente imponga esta solidaridad. Su fundamento se encuentra en que es lo acorde a la naturaleza de la obligación, ya que se trata de una solidaridad de garantía.

**14) ¿La responsabilidad, caso de responder también la sociedad, es solidaria o bien mancomunada?**

Ya se ha expuesto en la respuesta a la pregunta anterior.

**15) ¿Cómo responden entre sí los diversos administradores, de forma solidaria o mancomunada?**

En este caso sí que hay norma expresa que impone la solidaridad, concretamente, el art. 237 LSC. En otros casos, esa solidaridad se establece en el art. 236.5 LSC.

**16) ¿Son iguales las cosas en la responsabilidad concursal?**

Por unanimidad se consideró que cuando ambos contribuyen de manera conjunta a la producción del mismo daño, responden solidariamente. Cuando estamos ante varios hechos, cada uno responde por lo suyo, por la causa que le es atribuible.

En el caso de la responsabilidad concursal las cosas pueden parecer algo distintas, al menos en el caso de la responsabilidad por déficit concursal del art. 172-bis LC, al exigirse que, caso de ser una pluralidad los condenados, la responsabilidad debe ser individualizada respecto de cada uno de ellos, de acuerdo con su participación en los hechos. Esa idea parece más compatible con la idea de mancomunidad que con la de solidaridad.

No obstante, incluso en este caso no se puede descartar la solidaridad, al menos en aquellos casos en los que no resulte posible individualizar la conducta de cada uno de los administradores, lo que es muy frecuente en la práctica.

Y tampoco puede descartarse la solidaridad como regla general (que resulta del art. 237 LSC), entendiéndose que lo que hace la norma es imponer una distribución de cuotas entre cada uno de los responsables que pretende regular el ámbito interno de las relaciones entre ellos. Esa idea no resulta incompatible con la responsabilidad solidaria frente a terceros. Frente a los acreedores, responden solidariamente pero luego, a nivel interno, se divide en cuotas, cuando no es posible imputar a cada uno una cuota.

**d) Posibilidad de exoneración**

**17) ¿Podría el administrador exonerarse de responsabilidad a título personal probando que el acto dañoso no le es personalmente imputable? ¿Por ejemplo, el hecho de haber estado enfermo durante un largo periodo permite exonerarse al administrador único?**

La posibilidad de exoneración es consecuencia directa del carácter personal de la responsabilidad de los administradores. Esa posibilidad está implícita en el art. 236.2 LSC y también en el art. 237 LSC.

**18) ¿Se podría exonerar de responsabilidad el miembro del consejo de administración que hubiera acreditado que votó en contra del acuerdo?**

Por unanimidad se consideró que no es suficiente con haber votado en contra sino que es necesario algo más, que hubiera hecho todo lo que esté en tu mano.

Expresamente contempla esa posibilidad de exoneración el art. 237 LSC. Ahora bien, la cuestión está en si basta la acreditación de haber votado en contra del acuerdo. Lo que exige la norma es que se acredite que “se hubieran opuesto expresamente al acuerdo” del que resulte el daño. Por tanto, habrá que analizar en cada caso qué actos de oposición podrían haber llevado a cabo legítimamente y cuáles fueron los que ejecutaron.

**e) Prescripción**

**19) ¿El plazo prescriptivo del artículo 241 bis es de aplicación a todos los supuestos de responsabilidad del administrador? ¿También en la responsabilidad por deudas? ¿Y a la responsabilidad del liquidador?**

Sobre esta cuestión no hubo un criterio unánime, particularmente en punto a la extensión a la responsabilidad por deudas. Mientras para algunos la norma del art. 241-bis se extiende a todos los supuestos de responsabilidad, otros abogaron por excluir al responsabilidad por deudas entendiendo que a la misma (no incluida en la literalidad del precepto) se debía seguir aplicando el art. 949 del Código de Comercio.

El propio art. 241-bis precisa que su ámbito de aplicación afecta tanto a la acción individual como a la social. Más allá de esa mención no nos dice si también debe ser de aplicación a otras acciones de responsabilidad frente a los administradores que no están reguladas dentro de este capítulo de la LSC, dedicado a la responsabilidad de los administradores, como sucede en el caso de la responsabilidad por deudas, regulada en el art. 367 LSC.

En justificación de la postura de extender el plazo prescriptivo a la responsabilidad por deudas se pueden ofrecer las siguientes razones:

- A) Tras las dudas sobre el régimen de prescripción entre la acción de responsabilidad por deudas, a la que se aplicaba el régimen del art. 949 del Código de Comercio, y la acción individual de responsabilidad del art. 135 TRLSA, a la que frecuentemente se aplicaba el plazo de un año establecido en el art. 1968 CC para la responsabilidad extracontractual, las dudas se abren de nuevo, al no haber sido el legislador suficientemente claro sobre el particular. No obstante, la experiencia anterior, felizmente cerrada por la jurisprudencia (STS de 20 de julio de 2001 -RJ 2001, 6863- y otras muchas que la secundaron) en favor de la tesis de la unificación de régimen nos debe llevar ahora a imponer la misma solución.

- B) Conceptualmente, no resulta difícil justificarla, pues las normas de este capítulo deben ser consideradas como el tronco común de la responsabilidad de los administradores, a las que hay que entender que se remiten los demás regímenes, en la medida en que no resulten incompatibles con ellas. A pesar de que la responsabilidad por deudas no sea una estricta acción de responsabilidad por daños, tampoco deja de ser una forma de responsabilidad *sui generis* por daños que no es incompatible con la aplicación del plazo de prescripción que establece el art. 241-bis, ni tampoco con la forma de computarla.

En el caso del liquidador la cuestión es más simple, atendido que el art. 375 LSC reenvía al régimen en materia de administradores.

**20) ¿Desde cuándo se debe computar en el caso de la responsabilidad por deudas? ¿Desde que concurre la causa de disolución o bien desde que surge la deuda? ¿Qué ocurriría en el caso de que el conocimiento de la concurrencia de la causa de disolución para el acreedor ha sido posterior al nacimiento de la deuda? ¿Debe exigirse al acreedor un especial deber de diligencia en conocer la concurrencia de la causa de disolución?**

El legislador ha acogido el sistema de cómputo establecido en el art. 1969 CC, conocido como el sistema de la *actio nata*. El plazo se comenzará a computar desde que la acción hubiera podido ejercitarse. Eso puede plantear algunas dudas en la aplicación práctica de este precepto, que habrá que resolver caso a caso en atención, en primer lugar, al hecho originador del daño; en segundo lugar, a la producción efectiva del daño; y en tercer lugar, al conocimiento de esos hechos por quien lo ha sufrido.

El problema fundamental que será preciso afrontar respecto de esta última circunstancia es el grado de diligencia que le puede ser exigible a quien ha sufrido el daño para conocer el hecho antijurídico que lo ha generado o bien sus consecuencias, particularmente en los casos en los que se trate de alguien ajeno a la sociedad.

En el caso particular de la responsabilidad por deudas del art. 367 LSC, el inicio del cómputo exige que el acreedor conozca la concurrencia de la causa de disolución (pérdidas), que debe ser anterior a la fecha de la deuda. Las cuestiones que se pueden plantear son las siguientes:

- a) ¿Bastará que se hayan aportado al RM las cuentas anuales de las que se derive que existencia de la causa de disolución para que pueda presumirse el conocimiento?
- b) ¿Bastará que no se hayan aportado las cuentas un año para que pueda presumirse el conocimiento?

La respuesta a esas cuestiones es dudosa porque no creemos que sea exigible a un acreedor una especial diligencia en conocer la situación patrimonial de la sociedad que no le ha pagado una deuda. No obstante, si el impago es significativo, por su importancia o porque se haya frustrado la acción de reclamación, lo razonable es fijar en una fecha relativamente próxima al nacimiento de la deuda el conocimiento de la causa de disolución. Con todo, las situaciones de incerteza sobre cuándo fijar el *dies a quo* serán numerosas.

## **B) La acción social de responsabilidad**

**21) La previsión del artículo 227.2 del LSC –la infracción del deber de lealtad determinará no sólo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador-, aunque se proyectará normalmente sobre supuestos en que concurren los dos tipos de efectos patrimoniales –el daño y el enriquecimiento injusto- admite también hipótesis en las que, como consecuencia de la infracción del deber de lealtad, se genere un enriquecimiento pero no un daño para la sociedad.**

***A) ¿Cabe, por lo tanto, el ejercicio autónomo de una acción de enriquecimiento injusto, aunque no esté expresamente previsto en el artículo 232 del TRLSC o debe considerarse como parte integrante del daño?***

Sobre esta cuestión se produjeron dos opiniones enfrentadas e irreconciliables:

a) De acuerdo con la primera:

El art. 227.2 LSC (en su texto procedente de la reforma de 2014) contempla la posibilidad de que la acción de enriquecimiento injusto se ejercite como una acción autónoma, distinta a la de responsabilidad. Aunque no faltan en nuestro ordenamiento abundantes supuestos en los que el enriquecimiento es un parámetro para medir el daño, no es este el caso. Aquí se trata de permitir a la sociedad que reclame, además del daño que ha sufrido (y que incluiría tanto el daño emergente como el lucro cesante), el enriquecimiento injusto del que se hubiera lucrado el administrador como consecuencia de la conducta infractora del deber de lealtad.

Es cierto que habrá supuestos, tales como el de aprovechamiento por el administrador de las oportunidades de negocio (art. 229.1 d/) en los que se produzca una coincidencia entre el enriquecimiento injusto y el lucro cesante de la sociedad. En tales supuestos lo razonable es que la reclamación deba entenderse incluida dentro de la acción de responsabilidad. La cuestión está en que existen otros casos en los que no existe una correlación entre el enriquecimiento del administrador y la producción de un daño para la sociedad, como ocurriría, por ejemplo, en los supuestos en los que el administrador hubiera percibido remuneraciones de terceros (art. 229.1 e/). Este es el caso típico de acción de enriquecimiento injusto, acción que es completamente autónoma de la acción de responsabilidad.

b) De acuerdo con la segunda:

No se trata de una acción de carácter autónomo sino que se integra dentro de la acción social de responsabilidad como parte integrante del daño cuyo concepto se amplía, añadiendo al clásico perjuicio producido al patrimonio social, el enriquecimiento indebidamente obtenido por el administrador desleal. Se entendió igualmente que la opinión contraria generaría indudables problemas en materias tales como legitimación (que tendría con carácter exclusivo los propios administradores sociales sin poder otorgar la legitimación a la minoría del art. 239 LSC ni la subsidiaria de los acreedores del art. 240 LSC) o la prescripción (no aplicándose el art. 241 bis LSC)

Aunque normalmente irán de la mano, es posible que no exista un daño directo al patrimonio social pero sí se haya producido un enriquecimiento injusto del administrador que infringió su deber de lealtad (supuesto de soborno que no ha supuesto un daño directo al patrimonio social). Esta infracción del deber de lealtad conlleva un daño indirecto a la sociedad y el legislador opta por indemnizarlo mediante la entrega de lo indebidamente obtenido por el administrador. En estos casos, la acción social de responsabilidad puede ir destinada solamente a la devolución a la sociedad del enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.

Coincide esta segunda opinión con la alcanzada en el Encuentro de Magistrados Especialistas en Mercantil celebrado en Pamplona en noviembre de 2015 donde se concluyó “Se entendió por mayoría que la acción de enriquecimiento no es una acción autónoma, sino que se trata de un efecto o de una penalidad, mediante la que se trata de reforzar la virtualidad del deber de lealtad, adicional a la estricta obligación de reparar el daño causado a la sociedad cuando se ejercite la acción social de responsabilidad, sometiéndose por lo tanto a los requisitos de legitimación y de prescripción de ésta”.

**B) ¿Supone un obstáculo para admitir la posibilidad de un ejercicio autónomo de la acción de enriquecimiento injusto el significado propio del verbo devolver que emplea el precepto? ¿Acota los supuestos de enriquecimiento injusto a los casos en que el administrador ha percibido ventajas que corresponderían o que podría haber obtenido la sociedad? O, en otros términos, ¿en el verbo devolver está implícita la tradicional exigencia del empobrecimiento del actor, la sociedad en este caso?**

En los casos en los que el administrador hubiera percibido ventajas que le hubieran correspondido a la sociedad no tiene demasiado sentido acudir a esta acción sino que se trataría de un caso incluido en la acción de responsabilidad, ya que se trataría de supuestos de lucro cesante.

El legislador no se está refiriendo a la figura tradicional del enriquecimiento injusto que va acompañado de un empobrecimiento. En este caso, no resulta necesario que se haya producido el paralelo empobrecimiento de la sociedad. Basta con que el administrador se haya enriquecido con su comportamiento antijurídico infringiendo el deber de lealtad.

**C) Promovida la acción social de responsabilidad, no queda demostrado el daño al patrimonio social (por ejemplo, porque no se demuestra que los precios de los suministros sean superiores a otros de la competencia); ¿podría pese a ello estimarse parcialmente la demanda para condenar al administrador a devolver -es decir, a pagar a la sociedad- lo que con infracción de su deber de lealtad obtuvo del tercero?**

También sobre esta cuestión existió discrepancia, como consecuencia de la que se produjo respecto de la cuestión del apartado A).

- a) Así, mientras para algunos, dado que se trata de dos acciones distintas (la de responsabilidad y la de enriquecimiento) y obedecen a principios completamente distintos, no pueden mezclarse, como resultaría en el caso de contestar afirmativamente a esta pregunta. Si no se demuestra que

exista daño (esto es, ni daño emergente ni lucro cesante) la acción de responsabilidad no podrá prosperar. Y, si a pesar de no existir daño hubiera un enriquecimiento del administrador, habrá que comenzar analizando si la acción de enriquecimiento se ha ejercitado. Si se hubiera ejercitado, la segunda cuestión a analizar es si realmente ha existido un enriquecimiento para el administrador (deducidos sus costos).

- b) En cambio, para otros, si se ha ejercitado dicha petición sí. La acción de responsabilidad social ampara tras la reforma operada por la Ley 31/2014 tanto la reclamación del daño directo causado al patrimonio social como de lo injustamente recibido por el administrador.

**D) Si cabe el ejercicio autónomo de la acción de enriquecimiento injusto ¿la legitimación corresponde a la sociedad por medio de su órgano de representación, o cabría admitir también una legitimación subsidiaria de los socios?**

En este caso solamente cabría la legitimación de la sociedad por medio de su órgano de representación al no estar prevista la legitimación subsidiaria más que para el ejercicio de la acción social de responsabilidad. Por ello no cabría reconocer la legitimación a la minoría del art. 239 LSC ni la subsidiaria de los acreedores del art. 240 LSC al tratarse de una legitimación extraordinaria que exigen que una norma expresa así lo establezca, la que sí existe en relación a la acción social pero no respecto a esta hipotética acción autónoma de enriquecimiento injusto. En otro caso, únicamente el titular del derecho, en este caso la sociedad, ostentaría legitimación.

No obstante, según quienes entienden que no cabe su ejercicio autónomo sino que se integra dentro de la acción social de responsabilidad, sí se aplicarían estas especiales reglas de legitimación que en cambio no tendrían cabida en el supuesto al que se refiere la pregunta.

**22) Si concluimos que son dos acciones autónomas, ¿qué plazo PRESCRIPTIVO se aplicaría, el artículo 241 bis, esto es, cuatro años a contar desde el día en que pudo ejercitarse?**

De considerar que se trata de una acción autónoma, no resultaría aplicable el art. 241 bis LSC sino el general de 5 años del art. 1964.5 CC.

No obstante, siguiendo la tesis de que no se trata de una acción autónoma, que no coincide con la formulación de la pregunta, sino que se trata de un *petitum* integrado dentro de la acción social de responsabilidad, las reglas sobre plazo y *dies a quo* sería la recogida en el art. 241 bis LSC.

**23) Acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad (artículo 232): El ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en los artículos 236 y siguientes no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad.**

**A) ¿Cabrá admitir el ejercicio subsidiario de la acción por parte de la minoría?**

La opinión prácticamente unánime fue que no. De manera exclusiva la legitimación subsidiaria se refiere a la acción social de responsabilidad. En realidad, cuando el legislador se refiere a estas otras acciones lo único que hace es recordar que además de la posible responsabilidad del administrador, la infracción del deber de lealtad puede ser atacada por estas acciones generales de nuestro derecho si se reúnen los requisitos para ello, no configurando con ello acciones nuevas.

**C) ¿Cómo se resuelve la confluencia de normas y de remedios en el caso de que la conducta infractora del deber de lealtad sea también un ilícito de la Ley de competencia desleal (por ejemplo, hacer uso de la información confidencial de la compañía con fines privados, artículo 229 1 letra c, y la revelación de secretos del artículo 13 de la LCD)? ¿Cabría el ejercicio simultáneo o duplicado de las dos acciones, con distinto régimen de legitimación activa y de alcance de soluciones, por ejemplo, en materia de enriquecimiento injusto?**

En estos casos se entendió mayoritariamente que la conducta sería atacable a través de la legislación de competencia desleal y de la acción social de responsabilidad y que nos encontraríamos ante un concurso de normas por lo que cabría el ejercicio de ambas acciones de manera acumulada o subsidiaria. Sin embargo, los legitimados para su ejercicio serían diferentes aplicándose las reglas especiales del art. 239 y 240 LSC con carácter exclusivo a la acción social.

**D) La acción de anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad, supuesto que no es materialmente distinto de la que acoge el artículo 1300 del CC respecto de contratos con causa ilícita o torpe (artículo 1305 y 1306) ¿es de la competencia del Juzgado de Primera Instancia no especializado, o el hecho de fundarse en la infracción de normas societarias, las que definen el deber de lealtad, determina la competencia del Juzgado de lo mercantil conforme a la letra a) del artículo 86 ter. 2 de la LOPJ?**

No fue posible alcanzar una respuesta de carácter mayoritario. Una parte entendía que la competencia era del Juzgado de Primera Instancia por tratarse de acciones estrictamente civiles no incluidas en el art. 86 ter 2 LOPJ al no basarse en la normativa reguladora de sociedades sino en la regulación de nulidad contractual. En cambio, otra consideraba que tendrían cabida dentro del art. 86 ter LOPJ por tener su fundamento, además de la normativa civil, en la normativa reguladora de las sociedades mercantiles porque la causa ilícita que constituye el fundamento de la acción deriva de la infracción de una norma societaria que regula los deberes del administrador, tratándose de una acción con un fundamento mixto (civil y societario).

No obstante, se entendió que cuando se ejercitase de manera conjunta con la acción social de responsabilidad, la competencia sería del Juzgado de lo Mercantil.

**E) ¿Cabe sostener una acción de nulidad de un contrato en la deslealtad de la actuación del administrador que en nombre de la sociedad lo concertó, sin demandarlo? Supuesto que la acción de anulación sea de la competencia del Juzgado de lo mercantil, ¿cabría acumular a ella otra de enriquecimiento injusto dirigida contra el administrador?**

En cuanto a la primera pregunta, se entendió que no sería necesario demandar al administrador y que el juzgado se podría pronunciar sobre la deslealtad de dicho administrador a efectos meramente prejudiciales. En todo caso, respecto a la acción de nulidad, no bastaría con apreciar el carácter desleal de la actuación del administrador sino que sería necesario además apreciar un vicio de consentimiento o causa ilícita o torpe sin que la simple infracción del deber de lealtad suponga la nulidad del contrato.

Una cuestión es que la deslealtad con la que actuara el consumidor pueda ser causa que determine la nulidad del contrato y otra que lo deba ser necesariamente. No podemos olvidar que el contrato se puede haber llevado a cabo con un tercero que sea desconocedor de la actuación desleal, lo que no puede ser irrelevante a la hora de enjuiciar la validez del contrato.

La legitimación pasiva de esta la de nulidad le corresponderá a quien hubiera contratado con la sociedad. Por tanto, no la ostenta en ningún caso el administrador, que solo actuó como representante paraorgánico de la sociedad. Por ello no resulta preciso demandarle.

Por otro lado, se entendió que sí sería posible acumular a la acción de nulidad otra acción social de responsabilidad para reclamar el daño directo a la sociedad y el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador desleal, sin perjuicio de las diferentes reglas de legitimación y de prescripción. Todo ello puesto que no parece existir duda que entre esa acción y la posible acción social de responsabilidad frente al administrador puede existir conexión objetiva, lo que permitiría acumular en un mismo proceso ambas pretensiones.

**24) El artículo 226 dispone lo siguiente: en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado (*business judgment rule*).**

**A) ¿Tiene interés personal en el asunto el administrador que espera beneficios particulares de una operación que es considerada beneficiosa para la sociedad o, puesto que no existe en tal caso propiamente conflicto de interés, se puede entender cumplido el requisito legal de actuar sin interés personal en el asunto?**

La simple espera de beneficios indirectos como pueden ser los derivados de la marcha de la sociedad no suponen propiamente un interés personal que conlleve un conflicto de interés y, por lo tanto, se supera el riesgo que quiere ampararse en el art. 226 al exigir que el administrador no tenga interés personal en el asunto, refiriéndose a los supuestos en los que tenga un interés personal propio e independiente del interés de la sociedad. Por lo tanto, la simple espera de beneficios particulares reflejo de una operación beneficiosa para la sociedad no supone que incurra en la prohibición de actuación sin interés personal en el asunto.

En cambio, cuando el administrador tiene un interés en obtener un beneficio propio e independiente del beneficio de la sociedad sí incumpliría ese requisito.

**25) ¿Incurriría en violación del deber de lealtad por incurrir en la prohibición del art. 229.1 f) el administrador de una sociedad cuya actividad social consiste en la explotación de un bar de copas cuando a su vez es administrador de otra sociedad que explota una cafetería en la misma ciudad y no muy lejos del establecimiento de la anterior?**

La diferencia de clientela y tipo de establecimiento impide considerara que exista una competencia efectiva entre los dos negocios, tanto real como potencial, que suponga un conflicto permanente de intereses entre las dos sociedades.

En cambio, la Sentencia de la Sec. 15.<sup>a</sup> de la AP de Barcelona de 9 de diciembre de 2014 (ROJ: SAP B 11171/2014), con un voto particular discrepante, entendió que había competencia efectiva y estimó la acción de cese del administrador. Si bien no lo hizo aplicando el derecho ahora vigente sino el derogado por la reforma de 2014. No obstante, los términos de la discusión en la sala se produjeron en los mismos términos en los que hoy se produciría, como pone de manifiesto el voto particular acompañado a la misma y la propia doctrina jurisprudencial en los que la mayoría sustentó su criterio.

### **C) La acción individual de responsabilidad**

**26) ¿Cabría el ejercicio de la acción individual de responsabilidad tras haber concluido el concurso de la sociedad y con fundamento en los mismos hechos que en el concurso no determinaron la calificación culpable? Por ejemplo, ¿una irregularidad contable que no determinó la calificación culpable, podría justificar la apreciación de responsabilidad al amparo del art. 241 LSC?**

Es el caso que resuelve la STS de 22 de diciembre de 2014 (ROJ: STS 5721/2014), en el asunto Red Elite, procedente de la Audiencia de Barcelona. Ante el juez del concurso se había pretendido la calificación culpable con fundamento en irregularidades contables por cuanto la partida de existencia se había ido engrosando durante diversos años de forma muy considerable y resultaba acreditado que el auditor no había presenciado nunca el recuento de las mismas. El juzgado calificó no culpable el concurso y esa resolución devino firme. Más tarde unos acreedores ejercitaron una acción individual de responsabilidad contra todos los miembros del consejo de administración con fundamento en esos mismos hechos, acción que prosperó en segunda instancia y en el TS.

El TS tuvo la ocasión de pronunciarse sobre la inexistencia de cosa juzgada entre lo resuelto en el previo proceso concursal en el posterior juicio declarativo.

**27) ¿Y al contrario, cabría exigir responsabilidad al amparo del art. 241 LSC por los mismos hechos que la han determinado en el concurso?**

El problema, como hemos visto en la pregunta anterior, no es propiamente de cosa juzgada. No obstante, no estimamos admisible que unas mismas salidas fraudulentas determinen la responsabilidad concursal y la extraconcursal (la acción social, en este caso) porque en tal caso el administrador estaría teniendo que responder dos veces por un mismo daño a las arcas sociales. Y lo mismo cabría decir en supuestos que se puedan imbricar en la acción individual de responsabilidad, como

el referido en la pregunta anterior. Debería considerarse que el éxito de la acción de responsabilidad concursal consume toda posibilidad de ejercicio de una posterior acción de responsabilidad. No obstante, la cuestión plantea muchas dudas porque no se encuentra regulada por el legislador, como sería necesario que ocurriera.

**28) ¿Podría prosperar la acción del art. 241 LSC a instancias de un socio que alega como fundamento que el administrador ha dilapidado el patrimonio social y ha privado de valor a sus participaciones sociales?**

No. Ese es un caso claro de acción social, nunca de individual. El daño al socio no es directo sino indirecto (primero lo sufre la sociedad).

**29) ¿Podría justificar el éxito de la acción de responsabilidad ejercitada por un acreedor que el administrador hubiera decidido el incumplimiento injustificado de un contrato por parte de la sociedad con el referido acreedor?**

No, porque ese no es un acto del administrador sino un acto de la sociedad.

**30) ¿Y el incumplimiento de un deber legal por parte de la sociedad, como, por ejemplo, no haber afianzado a través de una entidad bancaria la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio por el comprador de una vivienda en construcción?**

También en este caso es dudoso si estamos ante un acto de la sociedad o bien del administrador. Más bien parece lo primero. No obstante, no ha sido ése el parecer del TS, que en su Sentencia de 23 de mayo de 2014 (ROJ: STS 2037/2014), que ha considerado que es un acto del administrador a efectos de fundar su responsabilidad.

El problema que este criterio plantea es que abre una brecha muy peligrosa porque permite considerar que todo incumplimiento legal puede fundar la responsabilidad del administrador.

**31) ¿No haber aportado las cuentas al Registro Mercantil puede justificar esta responsabilidad?**

No es fácil que pueda ocurrir así si se considera que es muy difícil poder fundar en ese acto la existencia de una relación causal con el daño.

**32) ¿Y no haber disuelto y haber procedido a la liquidación de hecho? ¿Debería acreditarse en este caso la relación causal o bien la misma podría presumirse?**

En este caso sí que estamos ante el incumplimiento por parte del administrador de una obligación legal propia (no de la sociedad), de manera que no existe inconveniente en poder fundar en el mismo su responsabilidad. La cuestión está en sí

basta con el impago de la deuda para estimar acreditada la relación causal, que parece que no sea suficiente. Deberá acreditarse la relación causal.

No obstante, sobre este último particular no existió unanimidad. Para algunos la relación causal debía presumirse.

**33) ¿Cuál sería la respuesta a las cuestiones anteriores en el caso de que la acción se dirija contra el liquidador en un caso en el que existe acuerdo de disolución pero no constan actos de liquidación?**

En el caso del liquidador resulta más fácil presumir la relación causal siempre que el mismo no haya elaborado siquiera el balance inicial de liquidación o que, habiéndolo elaborado y existiendo bienes luego no se acredite el destino dado a los activos.

## **D) La acción de responsabilidad por deudas**

**34) ¿Quién debe acreditar la concurrencia de la causa de disolución de pérdidas? ¿Cómo debe acreditarse? ¿Tiene trascendencia a estos efectos que las cuentas sociales se hubieran aportado al RM?**

Lógicamente, la acreditación corresponde en principio a quien ejercita la acción, al demandante, que deberá aportar cuando menos las cuentas anuales de la sociedad, en el caso de que las hubiera aportado y fundar a partir de ellas la concurrencia de la causa. Si las cuentas no se han aportado debemos considerar presumida la concurrencia de la causa, razón por la que bastará con una certificación negativa de la aportación. A partir de ese dato le corresponderá al administrador enervar la presunción acreditando que la sociedad no está incurso en causa de disolución, lo que puede hacer aportando las cuentas aprobadas (aunque no aportadas al RM).

Es dudoso que esa acreditación se pueda hacer con otros medios distintos a las propias cuentas anuales, como, por ejemplo, la declaración el Impuesto de Sociedades.

**35) ¿Es exigible que concorra nexo causal entre la causa de disolución y el impago de la deuda por parte de la sociedad?**

No. Ese requisito es completamente ajeno a este tipo de responsabilidad.

**36) ¿De facto, qué concretas causas de disolución son susceptibles de originar esta responsabilidad?**

Solo la de pérdidas porque las demás establecidas en la Ley son incompatibles con la exigencia de que la deuda deba ser posterior.

**37) ¿Cuál debe considerarse la fecha de la deuda a estos efectos: i) la del pedido; ii) la factura; o iii) la fecha de vencimiento de la deuda?**

Sobre esta cuestión no hubo unanimidad en las respuestas.

Mientras, según una opinión, la fecha debía ser la más próxima a la decisión del administrador de originar la deuda porque el fundamento de esta responsabilidad (desde su reforma en 2007) se haya en que el administrador no tiene derecho a seguir endeudando a la sociedad cuando la misma se encuentra incurso en causa legal de disolución y ha transcurrido el plazo de dos meses sin enervarla, para otros debía estarse a la fecha efectiva de la obligación en cada caso.

Como supuestos discutibles se mencionaron los siguientes:

- a) La obligación de los avalistas, que estimamos que debía fijarse en la fecha del contrato no en la fecha en que el acreedor se dirige contra el avalista.
- b) Vicios ruinógenos, supuesto que entendimos discutible con dos tesis: (i) fecha del vicio y (ii) la de la sentencia que lo declara.

\*\* Es preciso añadir que con posterioridad se ha conocido la STS de núm. 151/2016, de 10 de marzo de 2016, que ha descartado de forma explícita el argumento que liga la fecha de la obligación con la decisión del administrador de continuar contratando y atiende a la fecha de la obligación, esto es, a cuando la misma existe propiamente. Tampoco exige el TS certeza de la obligación sino exclusivamente que hubiera acaecido el hecho que justifica la resolución. Extendiendo el criterio a obligaciones nacidas de la culpa extracontractual parece que lo razonable será estimar que la obligación surge cuando se produce el hecho generador del daño.

**38) ¿Cuál es la fecha de la deuda en el caso de que su origen se encuentre en el incumplimiento de un contrato de compra de una vivienda aún no construida? ¿La del propio contrato, la del incumplimiento del plazo establecido en el mismo o la del acto resolutorio (público o privado)?**

No existió unanimidad en las respuestas.

De acuerdo con lo dicho en la pregunta anterior respecto al criterio que expresa la STS de 10 de marzo de 2016, parece que lo más razonable sea situarla no en la propia firma del contrato sino cuando ocurrió el hecho del incumplimiento.

**39) ¿Cabría que esta responsabilidad pudiera ser exigida por un socio? ¿Y en el caso de ser el socio mayoritario?**

Aunque en principio parece que no debiera existir problema, en el caso de que ese socio sea además acreedor, la razón de ser de este tipo de responsabilidad choca con la posibilidad que la ejercite un socio, al menos en el caso de que ese socio tuviera la oportunidad de instar la disolución o al menos al administrador para que lo hiciera. Cuando es el socio mayoritario se comprende mejor aún ese contrasentido.

Se puede acudir a la doctrina del ejercicio de mala fe o en abuso de derecho para rechazarla aunque concurren todos los requisitos.

**40) ¿Cabe la acumulación ante el juzgado mercantil o con competencias mercantiles de la acción de reclamación de la deuda a la sociedad?**

Finalmente, después de que esa cuestión fuera discutida durante años, la doctrina jurisprudencial así lo admite. El límite puede estar, una vez más, en el abuso de derecho, esto es, en que se invocara una norma o una acción propia de la especialidad con el exclusivo propósito de fundar la competencia del órgano especializado.

Es de aplicación el art. 46 LEC para resolver los conflictos entre órganos especializados y los no especializados, de forma que se resuelven como cuestiones de competencia, esto es, siguiendo los principios y reglas de la competencia territorial. Eso permite fundar la competencia para acciones no incluidas en la especialidad pues, como ocurre en el ámbito de la competencia territorial, basta que exista conexión para que la competencia sobre una de las acciones atraiga la de otras conexas.

**41) ¿Desde cuándo se debe computar el plazo de prescripción?  
¿Desde que concurre la causa de disolución o desde el nacimiento de la deuda?**

(Nos remitimos a lo dicho en la pregunta 20)

En el caso particular de la responsabilidad por deudas del art. 367 LSC, el inicio del cómputo exige que el acreedor conozca la concurrencia de la causa de disolución (pérdidas), que debe ser anterior a la fecha de la deuda. Las cuestiones que se pueden plantear son las siguientes:

- a) ¿Bastará que se hayan aportado al RM las cuentas anuales de las que se derive que existencia de la causa de disolución para que pueda presumirse el conocimiento?
- b) ¿Bastará que no se hayan aportado las cuentas un año para que pueda presumirse el conocimiento?

La respuesta a esas cuestiones es dudosa porque no creemos que sea exigible a un acreedor una especial diligencia en conocer la situación patrimonial de la sociedad que no le ha pagado una deuda. No obstante, si el impago es significativo, por su importancia o porque se haya frustrado la acción de reclamación, lo razonable es fijar en una fecha relativamente próxima al nacimiento de la deuda el conocimiento de la causa de disolución. Con todo, las situaciones de incerteza sobre cuándo fijar el *dies a quo* serán numerosas.

## **E) La impugnación de acuerdos sociales**

**a) Acuerdos impugnables**

**42) ¿Cabe impugnar la junta o lo que se han de impugnar son los acuerdos?**

Por unanimidad se aprobó, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 93 y 204 LSC, que la acción de impugnación es un remedio que el ordenamiento jurídico pone a disposición de los socios minoritarios para combatir aquellos acuerdos sociales, válidamente aprobados por la mayoría del capital social reunido en junta general, que sean contrarios a la ley, a los estatutos, al reglamento de la junta o al interés social. En consecuencia, la acción del art. 204 LSC debe limitarse a la impugnación de los acuerdos sociales, no así a la impugnación de la propia junta sin perjuicio que de los defectos de convocatoria o de constitución de la misma puedan comportar, en consecuencia, la posterior ineficacia de los acuerdos que se adopten durante la misma. Por tanto, lo primero que deberá examinar el juez a la hora de dictar sentencia es constatar si efectivamente, durante la junta impugnada, se adoptaron acuerdos susceptibles de impugnación.

A continuación se citan algunas Sentencias de Audiencias Provinciales que sostienen esa idea:

**SAP Valencia, sección 5ª, de 30 de junio de 2015 (ROJ: SAP V 2703/2015)**

*"La Sala ha de indicar, tajantemente, que nunca puede prosperar un procedimiento de "impugnación de acuerdos sociales " si no existe un acuerdo social adoptado, por lo que resulta incongruente la petición de la demanda -después de indicar, como se ha expuesto que no se adoptó acuerdo alguno, aunque ello se exprese en forma condicionada o dubitativa- relativa a que se "declare la nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta....", incongruencia que, por inercia, se traslada a la parte dispositiva de la sentencia, recogiendo una contradicción interna al expresar, al mismo tiempo, que se "declara la nulidad de los acuerdos tomados..." y proseguir indicando que "no resultaron aprobados (sic) las cuentas anuales del ejercicio 2005" , siendo que el orden del día se limitaba a "Aprobación de cuentas del ejercicio 2005" y "Ruegos y preguntas" , por lo que, evidentemente, si la finalidad de la Junta era la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior y estas no resultaron aprobadas, realmente el procedimiento queda sin contenido alguno, y, de hecho, así se desprende del contenido de la audiencia previa.*

*Cabe indicar, tal y como expresa la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de 20 de Mayo de 2.002 , en forma incidental, que para la "impugnación de acuerdos sociales ...se exige un punto de partida imprescindible a saber: la existencia del acuerdo... y que en tal caso no existe acuerdo social alguno... pues en autos consta que la Junta se celebró, pero que, por empate de votos, no pudo tomarse acuerdo sobre ello...y no puede impugnarse un acuerdo que no exista".*

*Por tanto, punto de partida es la consideración de si existió, o no, acuerdo, pues, si éste no existió resulta absurdo plantear un procedimiento condicionado a tal circunstancia, y, por tanto, improcedente analizar la infracción del derecho de información, o de la falta de presencia de Notario o de incumplimiento de formalidades exigibles, no delimitadas, pero que conducen, en definitiva, a que se "desconoce" (hecho undécimo de la demanda) el contenido y el número de acuerdos adoptados en la Junta de 20-12-06 solicitando se declare su nulidad y de la misma Junta por ser contrarios a Ley.*

**SAP de Valladolid, de sección 3 del 29 de junio de 2015 ( ROJ: SAP VA 661/2015)**

*"La lógica consecuencia del relevante defecto en la convocatoria de la junta general debe provocar, irremediabilmente, la nulidad de la junta general de socios celebrada el día 28 de febrero de 2014 y de los acuerdos en ella adoptados, sin que sea preciso*

*entrar a valorar el resto de los motivos de impugnación planteados por los recurrentes en su recurso de apelación".*

**SAP de Guipúzcoa, sección 2 del 06 de noviembre de 2014 (ROJ: SAP SS 1030/2014)**

**"CUARTO. - EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD**

*La parte apelante cuestiona el pronunciamiento de la sentencia de instancia relativo a la declaración de nulidad de la convocatoria, la invalidez de la Junta y la de todos los acuerdos en ella adoptados y alega que dicha decisión en modo alguno aparece justificada en la sentencia de referencia.*

*La Sentencia de instancia aborda esta cuestión cuando declara : "la sanción que procede para ser congruente con la solicitud de la demanda, es que la nulidad de la convocatoria suponga la de los acuerdos adoptados, y por ello se estimará la demanda en el modo que se solicita, ya que el defecto de la convocatoria que denuncia la demanda acarrea la invalidez de la junta, por consiguiente, de todos los acuerdos que pretende la parte demandante, aunque sea innecesaria la publicación de la sentencia en el borme, porque lo sustancial es la cancelación de las anotaciones a que hayan dado lugar los acuerdos adoptados en la junta válidamente".*

*El Tribunal comparte el criterio del juzgador de instancia en la medida que aún cuando la L.S.C. no reconoce expresamente la " nulidad de la junta" refiriéndose a los acuerdos sociales y su impugnación lo cierto es que la jurisprudencia ( STS 13 de junio de 2012 , STS 145 ....enero de 2014) viene admitiendo la posibilidad de que pueda declararse la nulidad de la propia convocatoria a junta por defectos en su constitución ,y no solo de los acuerdos que en la misma se hubieran adoptado, y como quiera que en el caso que nos ocupa así se interesa por la parte actora cuestionando en definitiva ,la propia convocatoria, es por lo que deberá confirmarse en su integridad el contenido de la sentencia de instancia*

**SAP de Madrid, sección 28ª, de 24 de enero de 2012:**

*"Con carácter previo, hemos de comenzar aclarando, como ya ha puesto de relieve esta misma Sala en anteriores ocasiones (por todas, sentencia de 10 de enero de 2008 y 30 de diciembre de 2008 ) que las leyes societarias, y en concreto la Ley de Sociedades Anónimas, no prevén, con carácter general, la posibilidad de impugnar, como tal, una junta general o un consejo de administración. Si se examinan los preceptos reguladores de estas acciones impugnatorias, concretamente los arts. 115 y siguientes y 143 de la Ley de Sociedades Anónimas y 70 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada , en los mismos se regula la impugnación de acuerdos "de las juntas" ( art. 115 ) o acuerdos "del Consejo de administración " ( art. 143 de la Ley de Sociedades Anónimas y 70 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada ). Tal impugnación ha de fundarse en determinadas causas, bien de nulidad, bien de anulabilidad ( arts. 115.2 y 143 de la Ley de Sociedades Anónimas ). Son nulos los acuerdos de los órganos colegiados de la sociedad cuando son "contrarios a la ley" (art. 115.2). Esta infracción legal determinante de la nulidad del acuerdo puede producirse respecto de normas sustantivas que regulan el contenido de los acuerdos sociales (por ejemplo, un acuerdo de una junta general que acuerde nombrar como auditor de cuentas de una sociedad obligada legalmente a auditarlas a una persona no inscrita en el ROAC y por un periodo inferior al establecido imperativamente en los arts. 204.1 de la Ley de Sociedades Anónimas y 8.4 de la Ley de Auditoría de Cuentas ), y en tal caso será nulo exclusivamente el acuerdo que infrinja la norma legal, por*

defectos intrínsecos, pero no los demás adoptados en esa junta general o en ese consejo de administración. Pero la infracción legal puede también producirse respecto de las normas que regulan la convocatoria, constitución o celebración de las juntas o de los consejos de administración. En tal caso, puede que se trate también de un motivo de nulidad que afecte exclusivamente a determinados acuerdos, por ejemplo, la no indicación en la convocatoria del derecho que tienen los socios a examinar los documentos contables que van a ser sometidos a aprobación de la junta bajo el punto de "aprobación de las cuentas anuales" en una junta en la que se van a tratar también otros extremos no relacionados con las cuentas anuales, como es el caso de autos. Los demás acuerdos aprobados en la junta que no estén relacionados con esa infracción del derecho de información no están afectados por el motivo de nulidad. En otras ocasiones, la infracción legal de las normas reguladoras de la convocatoria, constitución o celebración de la junta general o del consejo de administración afecta de forma general a la totalidad de los acuerdos adoptados, por cuanto que vicia de raíz la propia celebración de la junta o del consejo en sí. Así ocurre, por ejemplo, cuando la convocatoria no se ha publicado con la publicidad y con los plazos de antelación exigidos en la ley, o cuando no se ha convocado personalmente a alguno de los socios cuando así lo prevén los estatutos sociales (en este último caso, el defecto vicia también la totalidad de los acuerdos sociales, si bien en tal caso se trata de un vicio que determina la anulabilidad y no la nulidad de los acuerdos, art. 115.2 de la Ley de Sociedades Anónimas ).

Se trata en todo caso de defectos extrínsecos, que afectan a la validez del acuerdo no por el contenido del mismo, sino por las circunstancias en que tal acuerdo ha sido adoptado. Es en estos supuestos de vicios en la convocatoria, constitución o celebración de la junta general o del consejo de administración determinantes de la nulidad o la anulabilidad de todos los acuerdos de la junta o del consejo cuando se habla de la nulidad o anulabilidad "de la junta general" o "del consejo de administración", como también en ocasiones se solicita o incluso se acuerda en la sentencia la nulidad "de la convocatoria" de tal junta o consejo. Pero en puridad, lo que es nulo o anulable, lo que la ley prevé que puede impugnarse no es "la junta" o "el consejo", ni tampoco la "convocatoria", sino los acuerdos adoptados en tal junta o consejo a los que se refiere la convocatoria realizada sin observar las exigencias legales o estatutarias. Lo que es impugnable respecto de la junta general o el consejo de administración es lo que tiene trascendencia jurídica. La simple celebración de la junta o del consejo, si no se adoptara acuerdo alguno, carecería, en lo que aquí interesa, de trascendencia jurídica, y no podría ser objeto de impugnación. Es únicamente cuando se adoptan acuerdos cuando puede ejercitarse la acción de impugnación. En tales casos, si se impugna la validez del consejo o de la junta en realidad lo que se está haciendo es impugnar la validez de todos y cada uno de los acuerdos adoptados en dicho consejo o junta por la concurrencia de defectos extrínsecos relativos a la convocatoria, constitución o celebración de tal consejo o junta, y que afecta a todos los acuerdos adoptados. Es por eso que en la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2002 , relativa a una demanda en la que se solicitaba se dictara sentencia en la que se declararan "impugnadas y nulas" una serie de juntas generales de accionistas por concurrir defectos de convocatoria, el alto tribunal, en su fundamento primero, de un modo pedagógico comienza explicando que "se ejercita la acción de impugnación de acuerdos sociales por nulidad de la junta general ordinaria de 29 de junio de 1992 y de la extraordinaria de 16 de octubre de 1992, por: primero: no haber sido convocados por el órgano competente; segundo: no haberse publicado los anuncios de la convocatoria de la junta ordinaria con quince días de antelación". Es decir, que en estos casos en los que se pide que se declare la nulidad de la junta general o del consejo de administración lo que se ejercita realmente es una acción de impugnación de todos los acuerdos

*sociales adoptados en la junta o en el consejo, por nulidad de tal junta o consejo en que fueron adoptados, al concurrir defectos de convocatoria.*

*Por lo tanto, en ese sentido y con ese limitado alcance hemos de interpretar el primero de los pedimentos de la demanda a través del cual se solicita la declaración de nulidad de la junta en sí misma con carácter aparentemente previo o antecedente en relación con la pretensión impugnatoria de los acuerdos por ella adoptados”.*

**43) ¿Qué se entiende por acuerdo a efectos de impugnación? ¿Cabe la impugnación de un acuerdo de contenido negativo, por ejemplo, el acuerdo de no ejercitar la acción de responsabilidad contra los administradores?**

El artículo 204.1 LSC en concordancia con el art. 93 LSC letra c) legitima al socio a impugnar los "acuerdos sociales" adoptados por la junta general pudiendo entender por tales, los "actos de formación de la voluntad de los socios", pudiendo ser tanto positivos como negativos ("aquellos que imponen una obligación de no hacer"), siendo ambos susceptibles de impugnación. Por el contrario, no serán impugnables los acuerdos inexistentes entendiendo por tales aquellos en los que no se adopta ninguna decisión, por ejemplo, cuando el administrador se limita simplemente a rendir cuentas de su actuación, a informar a los socios de algún aspecto determinado, cuando la junta decide posponer la votación del acuerdo para un momento posterior, etc., con independencia de los efectos que la impugnación del acuerdo pueda luego tener. Y no son impugnables porque el juez no puede sustituir la formación de la voluntad de los socios, en una economía de mercado, donde prima la libertad de empresa. Habrá que estar a las circunstancias concretas del caso.

En este sentido, cabe citar la **SAP de Barcelona, sección 15ª de 25 de julio de 2014 (ROJ: SAP B 8614/2014 )**:

*6.- Conviene distinguir entre el "acuerdo contrario", el "acuerdo inexistente" y el "acuerdo negativo". Se habla de acuerdo contrario cuando el acuerdo se adopta válidamente y, lo que es más importante, contiene una obligación de no hacer. Diversamente, se entiende por acuerdo inexistente el que no ha sido propuesto o el que, una vez propuesto, no ha sido adoptado. Aquí no llega a expresarse la voluntad social a través del órgano de representación. Finalmente, el acuerdo negativo o no- acuerdo es una modalidad de acuerdo inexistente que, propuesto a votación, no consigue las mayorías legal o estatutariamente establecidas.*

*7.- El art. 204 LSC literalmente establece que «son impugnables los acuerdos sociales » por lo que no se discute la impugnabilidad de los acuerdos contrarios, porque existe acuerdo, aun desfavorable para el proponente. En sentido contrario, no existe interés legítimo en impugnar un acuerdo inexistente por no haber sido propuesto y tampoco existe interés en impugnar un acuerdo no adoptado. En nuestro caso se trata, como ya hemos dicho, de un acuerdo no adoptado, de un acuerdo negativo y en la demanda tan solo se contiene una pretensión de impugnación del acuerdo negativo pero no de que se tenga por existente el acuerdo frustrado, esto es, es la mera impugnación de un acuerdo inexistente, suplicándose una tutela vacía de contenido, por lo que la demanda no puede estimarse.*

**SAP de Pontevedra de 18 de diciembre de 2014: “acuerdo de no ampliar capital social cuando la sociedad está incurso en pérdidas”.**

**“SEGUNDO.- La impugnación de los acuerdos de la junta general. Acuerdos impugnables. Los acuerdos no adoptados.**

*El art. 204.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por RD Legislativo 1/2010, de 2 de julio, dispone que “[S]on impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros”.*

*La constatación de que lo que inicialmente se planteó como un instrumento para evitar los abusos en que pudiera incurrir la mayoría ha dado lugar, cada vez con más frecuencia, a un uso excesivo, cuando no abusivo, que termina entorpeciendo el desenvolvimiento de la actividad social, ha provocado una tendencia restrictiva que, en algunos ordenamientos, se ha traducido en la elaboración de un elenco tasado de defectos que permiten la impugnación.*

*Sin embargo, el citado art. 204.1, lejos de descender a la pormenorización de los defectos que puede presentar el acuerdo, mantiene las categorías clásicas de acuerdos “contrarios a la ley”, “que se opongan a los estatutos” o “lesionen el interés social”, a las que el art. 205.1 del mismo texto legal, al abordar la caducidad de la acción, añade “los acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público”.*

*El problema surge a la hora de valorar qué se entiende por “acuerdo”. La doctrina distingue entre los acuerdos propiamente dichos y la falta de adopción de un acuerdo o acuerdos “no adoptados”, es decir, aquellos supuestos en los que el órgano societario rechaza adoptar un acuerdo, dentro de los cuales existe otra subdivisión entre los casos en que la junta general rechaza la adopción de un acuerdo que, conforme a la ley o a los estatutos, debía de haber adoptado, de modo que la impugnación irá dirigida precisamente a obtener el resultado querido por la Ley o por los estatutos (cfr. cese de administradores por incurrir en prohibición legal o conflicto de intereses, disolución por concurrencia de causa legítima...), en los que el Juez podrá, en el mismo proceso de impugnación, adoptar el “acuerdo” que no aprobó la junta (así la STS de 4 de julio de 2007, ponente Sr. Corbal), y los casos en que el acuerdo no venga exigido legal o estatutariamente o acuerdos “negativos” propiamente dichos, en los que el Juez podrá, si concurren los requisitos, anular la decisión pero en modo alguno suplir la voluntad de la sociedad no expresada en determinado sentido.*

*Por su parte, la sentencia de la AP Barcelona, sec. 15ª, de 25 de julio de 2014, diferencia entre “acuerdo contrario”, “acuerdo inexistente” y “acuerdo negativo” como variedad de este último, al enjuiciar la impugnación del rechazo de un acuerdo que pretendía la renovación de la retribución del liquidador, en los siguientes términos:*

*“... La sentencia apelada consideró que al tratarse de un acuerdo no adoptado no resultaba posible su impugnación ya que lo que realmente se pretendía por la actora era sustituir la voluntad social e imponer el contenido del acuerdo impugnado.*

6. Conviene distinguir entre el "acuerdo contrario", el "acuerdo inexistente" y el "acuerdo negativo". Se habla de acuerdo contrario cuando el acuerdo se adopta válidamente y, lo que es más importante, contiene una obligación de no hacer. Diversamente, se entiende por acuerdo inexistente el que no ha sido propuesto o el que, una vez propuesto, no ha sido adoptado. Aquí no llega a expresarse la voluntad social a través del órgano de representación. Finalmente, el acuerdo negativo o no-acuerdo es una modalidad de acuerdo inexistente que, propuesto a votación, no consigue las mayorías legal o estatutariamente establecidas.

7. El art. 204 LSC literalmente establece que «son impugnables los acuerdos sociales» por lo que no se discute la impugnabilidad de los acuerdos contrarios, porque existe acuerdo, aun desfavorable para el proponente. En sentido contrario, no existe interés legítimo en impugnar un acuerdo inexistente por no haber sido propuesto y tampoco existe interés en impugnar un acuerdo no adoptado. En nuestro caso se trata, como ya hemos dicho, de un acuerdo no adoptado, de un acuerdo negativo y en la demanda tan solo se contiene una pretensión de impugnación del acuerdo negativo pero no de que se tenga por existente el acuerdo frustrado, esto es, es la mera impugnación de un acuerdo inexistente, suplicándose una tutela vacía de contenido, por lo que la demanda no puede estimarse.

8. Ahora bien, por excepción, los tribunales pueden constituir el acuerdo frente a la sociedad. Tal sucede en los acuerdos negativos cuando la falta de adopción del acuerdo (por oposición mayoritaria) se deba, decisivamente, al voto contrario de un socio que hubo de abstenerse por notorio conflicto de intereses, ya que habría votado quien no debía. En nuestro caso resulta claro que quien votó por la no revocación de la retribución fue el socio liquidador interesado en su percibo. De ahí que, no obstante tratarse de un acuerdo social negativo, en nuestro caso el hecho de haberse votado en contra por parte del único socio favorecido por la retribución combatida obligue al tribunal a entrar en la acción de impugnación ejercitada”.

En todo caso, al margen de la concreta denominación o “nomen iuris”, lo cierto es que, desde el punto de vista de su tipología, los acuerdos pueden clasificarse en dos grupos: aquellos en los que se adopta una decisión, sea positiva o negativa, y aquellos en los que no se adopta ninguna, bien porque expresamente se resuelve no pronunciarse, bien porque, sometido a votación, no alcanza las mayoría legal o estatutariamente exigidas, es decir, no se aprueban, lo que no por ello deja de constituir la plasmación de la voluntad de la sociedad.

La distinción no es baladí porque, por una parte, va incidir en si son potencialmente impugnables al amparo del art. 204 LSC, y, por otra parte, en la extensión de las facultades del Juez, ya limitadas a declarar la nulidad o anulabilidad del acuerdo, ya a sustituirlo por el que legalmente procediera.

### **TERCERO.- La aplicación de la doctrina expuesta al supuesto enjuiciado.**

En el supuesto litigioso, el actor, socio titular del 50% del capital social, impugna el hecho de que no se llegara a adoptar un acuerdo aprobando la propuesta, contenida en el punto 4º del orden del día, de ampliar el capital en la cantidad de 400.000 euros. Dicha situación obedeció a que mientras el

*demandante votó a favor, el otro socio, titular del 50% restante, se opuso, lo que impidió la aprobación del acuerdo.*

*Tanto si se interpreta que no hubo acuerdo en sí mismo considerado (acuerdo no adoptado o acuerdo inexistente negativo), como que la no consecución de la voluntad mayoritaria supone un acuerdo contrario a la propuesta, la Sala considera que entra en el concepto de “acuerdo impugnabile” al que se refiere el art. 204 LSC, o, dicho de otra manera, la nota de “impugnabilidad” no estriba tanto en el sentido de la decisión como en su contenido y adecuación a la ley y a los estatutos de la sociedad, de forma que, tratándose de un acuerdo que venía impuesto legal o estatutariamente, su rechazo explícito o por falta de obtención de la mayoría necesaria abre la puerta a la impugnación, estando el juez legitimado para sustituir la falta o insuficiencia de la voluntad social por la voluntad del legislador o del órgano constituyente de la sociedad, plasmadas en la ley o en los estatutos y demás normas de organización y gobierno de aquella, mientras que, por el contrario, en el caso de cuestiones “abiertas” a varias alternativas, cualquiera de ellas admisible desde la perspectiva legal o estatutaria, si bien en abstracto cabe admitir la impugnación, es necesario reconocer que carecería de sentido porque, no existiendo un acuerdo en determinado sentido, el Juez no podría sustituirlo o crear ex novo otro al carecer de legitimidad para optar por una de las alternativas viables en lugar por sustitución de los socios.*

*En relación a este último punto, el Tribunal Supremo viene reiterando, desde la antigua sentencia de 4 de octubre de 1956, que los tribunales han de procurar no invadir la esfera de acción reservada por la ley o por los estatutos a los órganos de la sociedad, sin perjuicio, claro es, de que puedan y deban revisar los acuerdos de aquéllas si el proceso ofrece demostración suficientemente razonable de que el organismo social se ha extralimitado por exceso o por defecto en el ejercicio de sus facultades legales o estatutarias o ha causado lesión a la entidad en beneficio de un socio. Esfera de acción de la junta que, en última instancia, también ha de ser respetada, además de porque dimana de un ente con personalidad jurídica propia, por razones de seguridad jurídica.*

*El rechazo a la propuesta de ampliación de capital es, pues, impugnabile a la vista de la conjunción de dos elementos: primero, la situación económica de la sociedad, que al finalizar el ejercicio 2001 presentaba pérdidas que determinaron un patrimonio neto negativo y que se incrementaron a lo largo del ejercicio 2012; y, segundo, el rechazo a la propuesta que figuraba en el siguiente punto del orden del día de solicitar el concurso de la sociedad.*

*Ahora bien, una cosa es que la decisión sea impugnabile y otra muy distinta que, para que prospere la impugnación de un acuerdo negativo o no adoptado, es necesario que el Juez pueda adoptar un acuerdo, supliendo la falta de mayoría suficiente en el seno de la junta, lo que exige, como ya se expuso, que el acuerdo venga impuesto, en su contenido y oportunidad, por la ley o por los estatutos.*

*Y esta exigencia es, precisamente, la que no concurre en el caso de autos, puesto que el art. 363.1 LSC, al regular las causas de disolución de la sociedad, alude en la letra e) a la existencia de “pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso”.*

*La constatación de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social aboca a la sociedad a optar por una de tres posibilidades: ampliar o reducir el capital en la medida suficiente, solicitar la declaración de concurso o acordar la disolución.*

*Los administradores deberán convocar la junta en el plazo de dos meses (art. 365 LSC) y, si la junta no fuera convocada, no se celebrara, o no adoptara alguno de los acuerdos previstos en el artículo anterior, cualquier interesado podrá instar la disolución de la sociedad ante el juez de lo mercantil del domicilio social (art. 366.1 LSC).*

*Asimismo, la ley impone a los administradores la obligación de solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o no se hubiera adoptado (art. 366.2 LSC).*

*En la medida que la junta general no adoptó ningún acuerdo, a saber, ni decidió ampliar el capital, solicitar el concurso o proceder a la disolución de la sociedad, caben dos opciones: o bien se entiende que el Juez tiene ante sí una pluralidad de alternativas, o bien que, de conformidad con el art. 366.2 LSC, solo puede acordar la disolución. Pero, en cualquier caso, la solución es la misma porque, si hay varias posibilidades igualmente asumibles, el Juez carece de legitimidad para elegir e imponer una concreta por encima de la voluntad de la sociedad, mientras que sí solo era factible la disolución, la demanda de impugnación carecería de sentido porque el demandante, sea como administrador o como interesado, podía instar la disolución de la sociedad ante el Juez de lo Mercantil.*

*Lo que no puede hacer el Juez es adoptar el acuerdo de ampliación de capital que postula el demandante, ya que estaría invadiendo la esfera de actuación de la sociedad.*

*En estas condiciones, el recurso no puede prosperar”.*

### **Supuestos especiales:**

a) Reparto de dividendos: se trata de un acuerdo contrario, favorable a una obligación de no hacer, "no repartir dividendos", por tanto, susceptible de impugnación. Ahora bien, lo que no es posible es que el actor pretenda acumular, además, una acción de condena al pago de una cantidad atendiendo al importe que según él, sería susceptible de ser repartido entre los socios. Y no es posible porque la facultad del juez se debe limitar a la impugnación del acuerdo, a dejarlo sin eficacia, no a sustituir la voluntad del órgano soberano. Por tanto, declarada la ineficacia del acuerdo, el órgano de administración vendrá obligado a convocar nueva junta para acordar el reparto de dividendos en el importe que determine la junta. Lógicamente, ese nuevo acuerdo lo que no puede hacer es burlar o tratar de dejar sin efecto, la resolución judicial firme anterior aprobando un reparto irrisorio de beneficios pues ello podría motivar la impugnación de ese segundo acuerdo. **SAP de BCN, de 7 de mayo de 2014.**

b) Aumento de capital social: **SAP BCN 28 mayo 2015** (Aumento y derecho de información: cabe anular si no se dan suficientes explicaciones).

c) Acuerdo contrario al ejercicio de una acción social de responsabilidad: se trata de un acuerdo negativo (inexistente) y, como tal, no susceptible de impugnación tal como ha dispuesto el **TS, en su sentencia de 2 de junio de 2015**, máxime cuando el art. 239 y el art. 240 LSC disponen que en este caso, los socios y los terceros, estarían legitimados directamente para ejercitar dicha acción social.

d) Sociedades unipersonales: otro problema que se suscita en este tipo social es si el administrador podría impugnar, por ejemplo, los acuerdos adoptados por el socio único durante la junta. A priori, como el artículo 204 LSC no distingue, parece que la respuesta debiera ser en sentido afirmativo, siempre que entendamos "acuerdo" como "resolución o manifestación de la voluntad de una o varias personas". Ahora bien, si por "acuerdo entendemos el convenio alcanzado entre dos o más partes", entonces, ese acuerdo no sería susceptible de impugnación, pues no dimana de ningún consenso ni mayoría, sin perjuicio del deber del administrador de negarse a ejecutar ese acuerdo si lo considera contrario a la ley, a los estatutos, al reglamento de la junta, al interés social (discutible) o al orden público.

**44) ¿Es admisible la impugnación de un acuerdo que ya ha sido sustituido por otro, en el caso de que también este segundo se considere viciado y la parte hubiera hecho reserva de impugnarlo también en una demanda posterior? ¿Y si el nuevo acuerdo es de ratificación del anterior, es decir, un acuerdo de convalidación?**

La conclusión alcanzada es que el acuerdo sustituido válidamente por otro posterior, sería motivo de inadmisibilidad de la demanda porque estaríamos ante un acuerdo inexistente siempre, claro está, que fuera conocida por el juzgado. En caso contrario, esto es, si lo alegara la demandada en virtud de art. 405.3 LEC, se podría apreciar y resolver en el acto de la audiencia previa, todo ello, sin perjuicio de la acción de daños y perjuicios que el socio minoritario pudiera interponer y de la acción de impugnación de ese segundo acuerdo, sustitutorio del anterior.

En cuanto a los acuerdos de convalidación, la conclusión alcanzada es que los acuerdos son válidos y eficaces mientras no sean sustituidos válidamente por la junta por otros posteriores, con efectos ex nunc, o bien, se declaren ineficaces por resolución judicial, en este caso, con efectos ex tunc. Lo que no sería admisible es la junta apruebe sustituir un acuerdo por otro posterior con efectos retroactivos, pues ello solo compete al juez.

Entre las resoluciones que permiten ilustrar esas ideas podemos citar **la SJM nº 9 de Barcelona, de 21 de julio de 2015**:

**«SEGUNDO. “Anulación” de un acuerdo válidamente adoptado en una junta anterior**

*En cuanto al acuerdo primero relativo a la “anulación” de los acuerdos adoptados en la junta general de socios celebrada el día 15 de noviembre de 2012, la cuestión jurídica que se suscita es si una junta general tiene competencias no solo para ratificar, rectificar, sustituir o dejar sin efecto un acuerdo, o sustituirlo por otro (ex arts. 204.3 y 2097 LSC) sino también, para “anular” o “deshacer” acuerdos anteriores válidamente aprobados sin el consenso de todos los socios, con efectos ex tunc.*

*En aplicación de los preceptos antes indicados, la respuesta a dicha pregunta debe ser en sentido negativo.*

*Cierto es que la junta general de socios es soberana para aprobar aquellos acuerdos que sean más beneficiosos para la compañía, teniendo como único límite que no sean contrarios a la ley, a los estatutos ni vayan en contra del interés social. Pero una vez aprobados, esos acuerdos son ejecutivos y eficaces (art. 202.3 LSC) y se reputarán válidos hasta que no sean anulados por sentencia firme (art. 204 LSC) o suspendidos por decisión judicial, según el art. 727.10 LEC (STS de 23 de febrero de 2012). Si la junta general observa que un acuerdo adolece de algún defecto o, simplemente, lo quiere dejar sin efecto lo que tiene que hacer es convocar nueva junta y aprobar otro acuerdo que deje sin efecto el anterior, acuerdo que es autónomo e independiente y, como tal, solo “desplegará sus efectos desde el momento en que hubiese sido válidamente adoptado, sin retrotraerse a la fecha de los anteriores” (STS, Sala 1ª, de 17 de marzo de 1992, 23 de enero de 2006 y 3 de octubre de 2008, SAP de Madrid, de 29 de mayo de 2015, sección 28ª, o la Resolución de la Dirección General de los Registros de 1 de diciembre de 1994, 3 de abril de 1997 y de 2 de septiembre de 1998 o la SAP de Alicante, de 20 de marzo de 2013 (sección 8ª).*

*En resumen concreto, dice la SAP de Madrid, sección 28ª, de 17 de octubre de 2014 o la de 11 de julio de 2014: “(...) la sociedad puede ratificar, rectificar, sustituir o revocar **ad nutum** acuerdos anteriores, antes de ser objeto de impugnación, durante la pendency del proceso de impugnación o concluido el mismo por sentencia definitiva”. A sensu contrario, fuera de estos supuestos, la junta general carece de competencia para ello como sería la facultad de “anular o sustituir un acuerdo válidamente adoptado por otro posterior y con efectos retroactivos” pues ello solo es posible mediante resolución judicial.*

*Por último y a mayor abundamiento, el TS, en sus sentencias de 21 de febrero de 2014 y 30 de septiembre de 2011, en relación a los acuerdos denominados de ratificación o de convalidación, dispuso lo siguiente: “por más que el contenido del acuerdo adoptado en la junta posterior se integre de modo referencial, es decir, por remisión o reenvío al contenido del acuerdo pretérito objeto de ratificación, lo cierto es que la decisión de ratificar es una decisión autónoma que da lugar a un acuerdo nuevo cuyo contenido coincide con el del acuerdo ratificado, el cual desaparece de la vida jurídica.*

*Aplicando cuanto antecede al caso que ahora nos ocupa, en la medida en que el acuerdo primero aprobado en la junta general de socios celebrada el día 9 de enero de 2014 pretendía “deshacer” los efectos de los acuerdos 1º, 2º, 3º y 5º adoptados válidamente en la junta anterior de 15 de noviembre de 2012 (el acuerdo 4º no es objeto de litigio) y con efectos retroactivos, es por lo que procede declarar la nulidad del mismo al contravenir lo dispuesto en el art. 202 y 204 LSC. Si la junta lo que quería es volver al antiguo sistema de administración anterior a la junta de 15 de noviembre de 2012, lo que tendría que haber hecho es convocar junta a tal fin, en lugar de dejar sin efecto la validez de esos acuerdos adoptados en el año 2012.*

*En cuanto a la manifestación realizada por la parte demandada de que los acuerdos de la junta general de 15 de noviembre de 2012 no habían desplegado sus efectos al no haberse elevado a escritura pública en el plazo de un mes, en especial, en lo que se refiere al nombramiento y cese de*

*administrador, tal como se habían comprometido los socios, procede su desestimación. Tal como señala la STS de 23 de febrero de 2012, entre otras, los acuerdos se reputan válidos y despliegan sus efectos desde el mismo momento de su aprobación, inclusive cuando se trata del cese o nombramiento de un administrador en el ejercicio del cargo, teniendo la escritura pública y su posterior inscripción del cargo en el registro mercantil, naturaleza declarativa y no constitutiva. Dicho en otras palabras, el nombramiento surte efectos a nivel interno desde el mismo momento de la aceptación del cargo, siendo este nuevo administrador el competente para dirigir la compañía y convocar nuevas juntas. Cosa distinta es de cara a terceros, para quienes el responsable seguirá siendo aquel administrador que figure como tal, en el registro mercantil. Y en cuanto al compromiso de los socios de no haber elevado a escritura pública el acuerdo de resolución del contrato de permuta, ello no determina la “nulidad” de los acuerdos ni afecta a su validez y eficacia.*

*Por todo ello, procede estimar la acción de nulidad del acuerdo 1º adoptado en la junta general de socios celebrada el día 9 de enero de 2014 por infracción del ex art. 204.3 LSC en relación con el art. 202 LSC, en la medida en que la junta general sólo es soberana para ratificar, rectificar, convalidar, sustituir o dejar sin efecto un acuerdo anterior por otro posterior pero no anularlo o deshacerlo, desplegar sus efectos ex tunc pues los acuerdos se reputarán eficaces y válidos hasta que una resolución judicial declare lo contrario».*

#### **b) Enervación de la acción**

**45) Cuando el art. 204.2 LSC dispone que el acuerdo social tomado en sustitución de otro anterior hubiera sido válidamente adoptado, ¿a qué se está refiriendo, a que se hubiera subsanado el defecto del anterior o también comprende cualquier otro defecto distinto y nuevo? ¿Y comprende tanto los defectos evidentes como los no tan evidentes?**

La conclusión alcanzada, por unanimidad, es que cuando el art. 204.2 LEC utiliza el término de “válidamente” solo se está refiriendo a un control judicial somero, de mera formalidad de ese segundo acuerdo por lo que el pronunciamiento judicial en modo alguno prejuzga ni condiciona el fallo de una posterior sentencia en caso de que se presente nueva demanda contra ese segundo acuerdo sustitutivo. Lo que sí no podrá el juez es aplicar las consecuencias previstas en el citado precepto cuando aprecie que, en ese segundo acuerdo, se ha podido cometer fraude de ley o abuso de derecho.

Por último, en caso de que el acuerdo segundo sea declarado nulo, no por ello renace el acuerdo anterior.

#### **AAP de Barcelona, sección 15 del 21 de enero de 2008 (ROJ: AAP B 993/2008)**

*“Y así es, en efecto, porque el motivo que opone el apelante incide en la validez de la nueva junta por un presunto defecto de convocatoria, al no estar debidamente conformado el órgano convocante, y esta es una causa de impugnación que afecta a la junta general ulterior, celebrada el 19 de junio de 2006, no a la originaria impugnada, de modo que el supuesto vicio invalidante por contravenir disposiciones legales podrá ser hecho valer en el correspondiente proceso de impugnación de la nueva junta, como de hecho lo*

*ha sido, pues el actor la ha impugnado mediante nueva demanda, que ha dado lugar a un proceso aparte.*

*El motivo que se opone, en fin, no impide aplicar el efecto previsto por el art. 22 LEC ya que el litigio, ciertamente, ha perdido su objeto pues los acuerdos impugnados han sido dejados sin efecto, siendo sustituidos por otros, que devienen autónomos y son susceptibles de ser impugnados por, entre otros, vicios de convocatoria, y se ha de recordar que el art. 115.3 TRLSA impide la impugnación de un acuerdo social cuando ha sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro. Otra solución, contraria a la acogida en la primera instancia, implicaría el examen judicial, en este litigio, de una causa de impugnación que no es referida a la junta aquí impugnada, por afectar a otra distinta, y que está siendo conocida en otro proceso. Basta aquí constatar, a los efectos del art. 22 LEC, que la nueva junta que motiva la pérdida de objeto está dotada de una apariencia de regularidad en lo que respecta a su convocatoria, por haber sido convocada por el consejo de administración, sin perjuicio de la decisión que recaiga en el proceso que tiene por objeto su impugnación, y en aquel otro en el que se impugna la reunión del consejo que acordó la nueva convocatoria.*

**47) ¿Qué infracciones son susceptibles de remoción y cuáles no a efectos de lo dispuesto en el art. 207.2 LSC? ¿Cuál sería la consecuencia de la remoción? Y, caso de ser la terminación del proceso al amparo de lo previsto en el art. 22 LEC, ¿quién debería soportar las costas?**

En primer lugar, el consenso mayoritario es que para la aplicación del art. 207.2 LEC no es necesario el allanamiento por parte del demandado. No es irrazonable pensar que este puede sostener la validez de ese acuerdo pero que pese a ello prefiera convocar nueva junta, subsanando el defecto invocado, simplemente, por mantener la paz social.

En segundo lugar, en principio, cualquier infracción es susceptible de remoción, inclusive, aunque para ello sea necesario convocar nueva junta, salvo fraude de ley o abuso de derecho (por unanimidad).

En tercer lugar, se planteó si el ejercicio de ese derecho del art. 207.2 LEC tiene algún límite temporal para su ejercicio. La tesis minoritaria era favorable a que solo se podía ejercitar hasta el mismo momento de la audiencia previa. Sin embargo, no fue esa la tendencia mayoritaria, partidaria de permitir su ejercicio en cualquier momento, hasta el propio juicio e inclusive, en la segunda instancia.

En cuarto lugar, otro problema que se suscita respecto a la carencia sobrevenida de objeto por falta de interés legítimo, es el tema de las costas procesales debido a la rigidez del art. 22 LEC según el cual, en caso de oposición, debe imponerse su pago a quien se hubiera opuesto si el juez acuerda el archivo. La conclusión unánime alcanzada es que si bien debe atenderse en materia de costas a lo dispuesto en el citado precepto, ese principio de vencimiento objetivo puede ser moderado en atención a las circunstancias concretas, pues de lo contrario, puede comportar situaciones francamente injustas. Por ello, se concluyó que dicho precepto se puede integrar con los arts. 394 y 395 LEC, de tal manera que el juez pueda apartarse del principio de vencimiento objetivo si aprecia, por ejemplo, serias dudas de hecho o de derecho o mala fe o temeridad en la actuación de alguna de las partes.

### c) Examen de la relevancia del defecto invocado

**48) ¿Cuándo y cómo debe examinarse la relevancia del vicio de forma para la validez del acuerdo? ¿Puede examinarse de oficio al admitir a trámite la demanda? ¿Debe entenderse que la cuestión debe ser en todo caso planteada por la sociedad demandada? Y, caso de respuesta afirmativa a la pregunta anterior: ¿en qué forma, mediante demanda o al contestar? ¿Cuándo debe resolverse sobre esta cuestión?**

Se trató de una de las cuestiones más controvertidas, sin que ninguna de las tesis alcanzara un consenso mayoritario. Las posiciones fueron las siguientes:

A.- Tesis minoritaria: cuando el art. 204.3 *in fine* dice “presentada la demanda”, se refiere al “admitir la demanda” de tal manera que sería el actor el obligado a promover la cuestión de previo pronunciamiento, como requisito previo de admisibilidad.

B.- Tesis integradora: pese a la dicción literal del precepto, el carácter relevante o esencial de los vicios o defectos alegados, debe resolverse en el acto de la audiencia previa y sólo se tramitará como cuestión de previo pronunciamiento, cuando se trate de hechos nuevos o de nueva noticia ocurridos después de la audiencia previa, todo ello, en virtud de una interpretación integradora del art. 204.3 *in fine* con el art. 390 LEC.

C. Tesis literal: el art. 204.3 LEC no deja duda alguna en cuanto al trámite procesal a seguir, debiendo el carácter esencial o relevante del vicio o defecto alegado tramitarse por la vía del art. 390 a 392 LEC. Como excepción, no se debería dar trámite a ese incidente si el proceso va igualmente a proseguir, con independencia de lo que se decida en el mismo, al haberse acumulado en la demanda, otros motivos de impugnación, no contemplados en el art. 204.3 LC, por ejemplo, que el acuerdo es contrario al interés social, imagen fiel de las cuentas anuales, etc.

Por último, en cuanto a quién debe plantearlo, tanto la tesis B como la C, consideran que debe ser el demandado, conforme al art. 405.3 LEC, bien en el escrito de contestación a la demanda o de forma previa, mediante escrito aparte. Si bien, no faltaron opiniones favorables a que la cuestión pudiera ser incluso apreciada de oficio por el propio juez, aunque de forma muy prudente.

**49) ¿Puede fundarse válidamente la impugnación de un acuerdo social en la falta de convocatoria para la junta a un socio minoritario cuando su intervención en la junta resulte irrelevante tanto a efectos del *quorum* de constitución como para la adopción de los acuerdos?**

Sí, pues se habrían vulnerado sus derechos esenciales como socio, como el derecho de asistencia y voto a la junta general, con independencia de su porcentaje de participación en el accionariado.

Dentro de este apartado, también se trató el nuevo apartado 5 del art. 206 LSC según el cual, “carecerá de legitimación activa para alegar defectos de forma *“en el proceso de adopción del acuerdo”* quien, habiendo tenido la ocasión de denunciarlos en el momento oportuno, no lo hubiera hecho. En concreto, se abordaron dos cuestiones, si la infracción del derecho de información debe entenderse subsumida en

este apartado y por tanto, el socio tendría que denunciarlo en el momento de la votación y cuándo se debe denunciar, si en el momento en que se comete la infracción o también sería admisible al finalizar el acta, en el apartado ruegos y preguntas.

Por unanimidad se concluyó que tal precepto no viene sino a recoger una jurisprudencia consolidada, contraria a los ejercicios abusivos del derecho de impugnación por parte del socio de tal manera que si pudiendo alegar el defecto formal en la convocatoria, en la constitución de la junta o en la forma para la adopción del acuerdo (por ejemplo, cómputo de votos, deber de abstención por conflicto de intereses, etc.) y no lo hubiera hecho constar, no podrá convertirse luego en motivo de impugnación. Lo que se trata, en definitiva, es evitar impugnaciones sorpresivas por quien sí tuvo la oportunidad de alegarlos en su momento.

Más discutible fue, en cambio, la cuestión relativa a si la infracción del derecho de información previo a la junta, debía también denunciarse durante la misma, por ejemplo, antes de la votación. Dos fueron las posiciones expuestas sin que ninguna de ellas alcanzara un respaldo mayoritario: Para la primera de las tesis, el socio sí que tendría que denunciarlo durante la junta, al amparo de ese art. 206.5 LSC pues afecta al sentido del voto y por tanto, al proceso de formación del acuerdo. La tesis contraria es partidaria de que no, que cuando la ley habla de “defectos en la forma de adopción del acuerdo” solo se está refiriendo a los defectos de índole formal, como vicios o defectos de convocatoria, constitución, cómputo de votos, etc.

Por esta misma razón, tampoco hubo consenso acerca del momento en que debía alegarse ese defecto, si tan pronto se comete y se puede subsanar o también, si sería admisible denunciarlo al finalizar el acto de la junta, en el apartado de ruegos y preguntas. Y no hubo consenso por los diferentes enfoques del fundamento del art. 206.5 LSC, en función de si se entiende que es para evitar demandas sorpresivas, en cuyo caso, sería válida la denuncia al finalizar la junta y la tesis contraria, partidaria de que el defecto se debe denunciar tan pronto se produce y conoce y se puede subsanar. En caso contrario, sería extemporáneo.

Por unanimidad se concluyó, que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de impugnación es la fecha de celebración de la junta respecto de los socios presentes y desde la inscripción en el Registro Mercantil para los socios ausentes o terceros, salvo que se acredite que éstos tuvieron conocimiento antes del contenido de ese acuerdo, en cuyo caso, el plazo se computará desde entonces.

Por último, también se abordó a qué se puede referir el art. 206 LSC cuando dice “desde el envío del acta” al no haber obligación de su envío a los socios. El consenso fue entender que se estaba refiriendo al envío de las actas del consejo de administración.

**50) ¿En qué casos puede invocarse la infracción del derecho de información para justificar la impugnación del acuerdo? ¿Lo sería en un caso en el que pueda fundadamente presumirse que no hubiera cambiado el sentido del voto aun cuando se hubiera facilitado toda la información solicitada, atendida la previa situación de conflicto entre los socios? ¿Qué se entiende a estos efectos por accionista o socio medios?**

A.- Cuando haya afectado al ejercicio razonable de su derecho de voto o, aun cuando su sentido del voto no hubiera variado, se hubieran vulnerado “sus demás derechos de participación”. Se trata de un concepto jurídico que no tiene su

correspondencia en el art. 93 LSC, por lo que habrá que estar a lo que determine la jurisprudencia en cada caso. Para una amplia mayoría, tal concepto podría referirse al derecho del socio a conocer la marcha de la sociedad siempre que esté relacionado con los asuntos previstos en el orden del día.

Sobre este particular, cabe citar la **Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2012 que declara lo siguiente:**

*El derecho de información está concebido como "un derecho mínimo e irrenunciable en el estatuto del accionista, a tenor de lo previsto en el artículo 48.2 .d) del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 93 .d) de la Ley de Sociedades de Capital -, constituye un derecho autónomo -sin perjuicio de que pueda cumplir una finalidad instrumental del derecho de voto- que atribuye al socio la facultad de dirigirse a la sociedad en los términos previstos en el artículo 112 del referido texto refundido -hoy 197 de la Ley de Sociedades de Capital -, a fin de que le sean facilitados determinados datos referidos a la marcha de la sociedad" y añade, para precisar el contenido de ese derecho que: 1.- Corresponde al accionista identificar las informaciones que a él le interesan, tanto para poder emitir su voto con el más perfecto conocimiento de la cuestión sometida a la junta -en cuyo caso tiene carácter instrumental-, como para estar informado sobre detalles de la actividad de la sociedad y de la forma de gestionarla por los administradores. 2.- Que el accionista no puede demandar cualquier información de la sociedad sobre cualquier extremo y en cualquier momento, de tal forma que las informaciones y preguntas que precise deben estar comprendidos en el orden del día o tener conexión con él. 3.- Deben requerirse y las preguntas formularse en el momento adecuado.4.- El interés de la sociedad en no difundir ciertos datos ni siquiera en el limitado ámbito interno de los accionistas supone un límite al derecho de información cuando la comunicación de los datos solicitados puede perjudicar los intereses sociales, sin perjuicio de que deba facilitarse cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen al menos, la cuarta parte del capital.5.- El derecho de información está sujeto al límite genérico o inmanente de su ejercicio de forma no abusiva objetiva y subjetivamente, lo que debe examinarse con referencia al caso concreto.6.- Cuando la información viene referida a la aprobación de cuentas, se impone legalmente una información documental mínima que debe ponerse a disposición del accionista. Y añade: "El socio, además de tener derecho a examinar y obtener los documentos enumerados en el artículo 212.2 de la Ley de Sociedades Anónimas -que necesariamente han de ser claros y ajustados a las exigencias de forma y contenido requeridos por la legislación societaria y contable-, podrá solicitar las informaciones o aclaraciones que estime precisas, máxime cuando también se sometió a la junta el informe de gestión a cuya exhaustividad alude el artículo 202 de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 262 de la Ley de Sociedades de Capital - que en el cuarto párrafo del apartado 1 dispone que "el informe de gestión incluirá, si procede, referencias y explicaciones complementarias sobre los importes detallados en las cuentas anuales", lo que exige que, además de aquellos datos que posibiliten el voto reflexivo sobre las cuentas, se faciliten los que impone el deber de transparencia en la gestión social y que permitan al socio el control razonable del cumplimiento por los administradores de los deberes de diligente administración, fidelidad y lealtad, en relación con la actividad de la sociedad reflejada en las cuentas sometidas a la aprobación y en el informe de gestión". 7.- El órgano de administración deberá contestar siempre que concurren los indicados requisitos que operan como límite a la obligación de transparencia -lo que debe decidirse de forma casuista y no arbitraria por el órgano de administración y está sujeto a control judicial-*

B.- Asimismo se concluyó, por unanimidad, lo siguiente (en virtud de una interpretación integradora de los arts. 204.3, 196, y 197 LSC):

1.- No son impugnables los acuerdos sociales por vulneración del derecho de información del socio ejercitado durante la junta, sin perjuicio de la acción indemnizatoria que en su caso pueda entablar el socio afectado por los daños y perjuicios que tal omisión le hubieran podido causar. Tal opción legislativa pretende acabar con aquellas prácticas utilizadas por los socios minoritarios, de formular durante la junta una batería de preguntas, muchas de ellas, de detalle, para forzar o provocar justamente un motivo de impugnación de esos acuerdos. El legislador, lo que ha querido, es forzar a los socios a que pidan la información que consideren relevante antes de la junta, dejando para la celebración de la misma, cuestiones de menor trascendencia o simple detalle.

Aun cuando el artículo 197 LSC solo imponga esta limitación en las SA, no así para las limitadas (art. 196 LSC), no hay fundamento legal alguno que justifique esa diferenciación, máxime cuando el art. 204.3 LSC les da el mismo tratamiento en cuanto a la imposibilidad de impugnar los acuerdos por vulneración del derecho de información antes de la junta (por unanimidad).

2.- No son impugnables tampoco los acuerdos sociales por vulneración del derecho de información del socio ejercitado antes de la junta salvo que esa información fuera relevante para el ejercicio del derecho de voto o “demás derechos de participación en la vida social”.

C.- Por último, en cuanto al concepto de “socio medio”, se trata de un concepto jurídico indeterminado, que no tiene antecedentes en nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, habrá que esperar a la interpretación que del mismo vayan haciendo las sentencias que se vayan dictando sobre este particular. Lo que sí hubo consenso es que, con ese inciso, el legislador ha querido acotar aquella jurisprudencia del TS favorable a interpretar que era el propio socio, quien debía determinar qué información era relevante. Ahora, parece que el legislador ha querido objetivarlo de tal manera que el juez deberá, valorar en caso, si la información incorrecta o no facilitada por el administrador al socio, sería relevante para cualquiera persona se pudiera formar una opinión y emitir el voto en un sentido u otro y ejercitar los demás derechos de participación. En suma, habrá que aplicar en cada caso, el “test de la relevancia” y “de la proporcionalidad”.

### **c) El derecho de información**

#### **51) ¿Cuál es la consecuencia de la infracción del derecho de información en el caso de que esa infracción no pueda justificar la nulidad de los acuerdos?**

Que el socio pueda ejercitar una acción de daños y perjuicios, lo que se ventilará en un procedimiento independiente, y también, en su caso, una acción de condena al administrador para exigir la exhibición de esa documentación. Ahora bien, solo estaría legitimado si esos daños son en su propio patrimonio, no así al patrimonio social pues en tal caso, la acción sería de distinta naturaleza (la acción social), sometida a las reglas de la legitimación del art. 239 y 240 LSC.

Por último, se planteó también contra quién debería dirigirse la acción, habiendo un consenso generalizado de que lo razonable es que sea contra la propia sociedad y no contra el administrador, aunque es discutible.

**52) ¿Se puede pedir en un grupo de empresas información sobre un extremo que no concierna directamente a la sociedad de la que se es socio? Por ejemplo, el impugnante solo es socio de la matriz y a su vez esta es accionista única de otra sociedad, que es respecto de la cual se insta la información.**

Pese a la reforma, la LSC sigue sin abordar correctamente el derecho de información del socio en los grupos de empresas. No obstante, la conclusión alcanzada es que sí se puede pedir información de otras sociedades del grupo siempre que guarde relación directa con las cuentas anuales sometidas a aprobación de la junta.

Asimismo, se recordó que sólo hay derecho a obtener una copia de las cuentas anuales, no así de la restante documentación contable. En este caso, el socio solo tiene derecho al mero examen.

Por último, se abordó el tema de cuál sería el cauce procesal para exigir la exhibición de esa documentación en el ejercicio del derecho de información (art. 197 LSC), siendo la opinión generalizada que mediante el proceso de jurisdicción voluntaria (Art. 112 de la ley de jurisdicción voluntaria

**Nota:** Reseñas de algunas sentencias dictadas sobre el derecho de información del socio en grupos de empresas:

**SAP de Barcelona, s. 15, de 20 de enero de 2014**, donde declara la nulidad de un acuerdo por vulneración del derecho de información del socio por no proporcionarle el administrador una copia del contrato de “*cash pooling*” celebrado con otras empresas del grupo, al entender que tal contrato guardaba relación directa con las cuentas anuales sometidas a aprobación de la junta.

También la **Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2015**. En el caso decidido por esta STS, el conflicto entre accionista mayoritario del grupo y accionista minoritario de la matriz se refería a la información reclamada por el minoritario respecto de la filial unipersonal en la que estaba ubicado el negocio empresarial.

El socio minoritario había hecho uso de su derecho a solicitar la convocatoria de una junta y a incluir puntos en el orden del día correspondiente y, entre ellos, había incluido varios que eran puramente informativos, es decir, no se proponía la adopción de acuerdo alguno y, simplemente, que los administradores de la matriz informaran sobre la gestión de la filial.

El Supremo confirma que los socios de la matriz tienen derecho de información sobre los asuntos de la filial aunque no sean socios directos de ésta.

*No podía negarse la información solicitada a una minoría cualificada del 48,79 por ciento del capital social de la demandada, bajo el pretexto de que la Junta considerara que no era de su competencia tratándose de una sociedad*

*participada íntegramente por la demandada. Por ello, no existen razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales, o contrarios al interés social, tanto menos cuando, ostentando Gijonesa de Cementerios, SAU la condición de sociedad unipersonal, sus decisiones son del socio único que ejerce las competencias de la junta general pudiendo ser ejercitadas y formalizadas por el propio socio o por los administradores de la sociedad.*

*De admitirse la tesis de la sentencia recurrida, la sociedad unipersonal, cuyo objeto social es complementario al de la sociedad demandada, puede adoptar decisiones a través de sus administradores, sustrayendo una información relevante a accionistas de la sociedad demandada... manteniendo ocultos unos acuerdos (decisiones) que suponen, entre otras cuestiones, (1ª) relevar en el cargo de consejeros de la citada filial a quienes ostentan una participación significativa en la sociedad matriz; y, (2ª) modificar el objeto social, ampliándolo, en actividades que correspondían a la matriz o a otra sociedad Flores Cabueñas, S.A. (destinada a los socios de segunda generación).*

*“En el presente supuesto, la sociedad demandada no ha alegado ninguna razón objetiva para negar la información, tan solo el acuerdo formal de la junta que entendió que no era competente. Como señala la **STS núm. 377/2012 de 13 de junio** : “[...] la pretensión de limitar los derechos de la minoría cualificada a proponer la adopción de acuerdos, vetando aquellos que tengan por objeto obtener información sobre asuntos sociales que no están relacionados con asuntos consignados en el orden del día confeccionado por los administradores, al socaire de que la junta es un órgano decisorio sobre materias de su competencia, cercenaría de forma inadmisiblemente el derecho autónomo de información de los socios -por más que habitualmente tenga finalidad instrumental en relación con la formación de la decisión de voto-, y permitiría a los administradores una opacidad sobre aquellas materias que decidieran no someter a la junta, extremos incompatibles con el deber de transparencia de quien gestiona bienes ajenos” .*

Finalmente, el Supremo rechaza declarar nulos todos los acuerdos de la Junta. Para tutelar los intereses legítimos de los minoritarios bastaba con condenar a la sociedad demandada a convocar una nueva junta y discutir los asuntos de la filial:

*“las impugnaciones no tienen relevancia suficiente para viciar de nulidad la Junta, pues la mayoría de los puntos del orden del día, no eran susceptibles de que pudieran adoptarse acuerdos sociales. Por ello, habrá que estimar, en parte, el recurso de casación, revocar, en parte, la sentencia recurrida, y confirmar la sentencia de primera instancia, obligando a la sociedad a que convoque nueva Junta para tratar los puntos sobre los que entendió no eran de su competencia.*

**53) ¿En qué casos puede considerarse que el defecto de información es esencial para el ejercicio razonable del derecho de voto? ¿Puede depender de la importancia de la insuficiencia de la información facilitada o debe guardar relación más bien con la trascendencia?**

Se trató el problema de qué es más importante, si la entidad del vicio o la trascendencia de sus efectos, adoptándose por unanimidad, que esto segundo. Lo importante son las consecuencias que ese vicio pueda generar.

**54) ¿Puede considerarse relevante el defecto de información en aquellos casos en los que, por la propia composición social, pueda presumirse que el déficit de información ha sido irrelevante desde la perspectiva del signo del voto de cada uno de los socios?**

La conclusión alcanzada por mayoría es que de conformidad con lo dispuesto en el art. 204 LSC, el derecho de información no sólo es instrumental del derecho de voto sino también, a los demás derechos de participación del socio, pudiendo entenderse por tales, por ejemplo, el derecho a conocer la marcha de la sociedad y control de la gestión del órgano de administración siempre y cuando, el ejercicio de ese derecho de información esté relacionado con los asuntos a tratar en el orden del día.

**55) ¿La invocación del derecho de información como causa de impugnación de una pluralidad de acuerdos exige que se lleve a cabo un juicio de instrumentalidad respecto de cada uno de ellos o basta que sea instrumental a uno para que todos sean nulos?**

La impugnación de un acuerdo social por vulneración del derecho de información solo es predicable respecto del acuerdo social del que se pide la información o, en su caso, de los demás que de él traen causa (STS de 15 de julio de 2015).

#### **d) Caducidad de la acción de impugnación**

**56) ¿En qué casos puede considerarse que un acuerdo no está sometido a prescripción ni caducidad por ser contrario al orden público?**

El art. 205 LSC ha derogado la antigua distinción entre acuerdos nulos y anulables y acuerdos contrarios al orden público, por la de acuerdos impugnables y no impugnables y acuerdos nulos de pleno derecho por ser contrarios al orden público. El plazo de impugnación se unifica a 1 año, siendo un plazo de caducidad, por tanto, no susceptible de interrupción y es apreciable de oficio.

Por el contrario, la acción contra los acuerdos contrarios al orden público no caduca nunca salvo que el juez aprecie que estamos ante un ejercicio abusivo del derecho por parte del actor, por ejemplo, si sabía de la comisión de esa infracción y no interpuso la demanda hasta varios años más tarde.

En cuanto al concepto de orden público, serían todos aquellos acuerdos contrarios a los principios esenciales y configuradores del derecho societario, lo que habrá que determinarse caso por caso.

**La STS, Civil sección 1 del 21 de Marzo del 2013 (ROJ: STS 2170/2013), define qué se entiende por orden público y recopila tanto la jurisprudencia anterior como la opiniones doctrinales existentes en torno a tal concepto:**

*“El concepto de orden público debe aplicarse, en su caso, con criterio restrictivo y no se puede calificar de contrarios al orden público todos los acuerdos que resulten contrarios a una norma legal prohibitiva imperativa, pues*

*en esta contradicción consiste precisamente la nulidad, de acuerdo con lo previsto en el art. 115.2 de la LSA y el art. 6.3 del CC, porque de entenderse así se vaciaría de contenido la norma general del art. 116.1 de la LSA. La Sta. del TS n.º 496/2000, Sala de lo Civil de 18 de mayo, recurso de casación número 1417/1995 siendo ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, establece que en el orden jurídico el concepto de orden público en el área de los acuerdos sociales es de los denominados indeterminados, y que generalmente se aplica a acuerdos, convenios o negocio que suponen un ataque a la protección de los accionistas ausentes, a las accionistas minoritarios e incluso a terceros, pero siempre con una finalidad, la de privarles de la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 de la Constitución Española.*

*Por otra parte la Sta. del TS n.º 902/2005, Sala de lo Civil Sección 1.ª, de 28 de noviembre, recurso de casación 679/1999 , ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montes Penades determina el alcance del orden público societario corporativo en los "principios configuradores" de la sociedad a que se refiere el art. 10 de la LSA , o cuando como en el caso de la Sta. del TC 43/1986 de 15 de abril, Sala 1.ª recurso de amparo 325/1985 , ponente Excmo. Sr. con Antonio Truyol Serra en que el acuerdo lesiona los derechos y libertades del socio.*

*Por su parte la jurisprudencia en Sta. de 5/04/1966 y 31/12/1979 nos hablan de principios absolutamente obligatorios para la conservación de un pueblo y en una época determinados*

*El problema se plantea a la hora de determinar cuándo un acuerdo social debe reputarse contra el orden público económico ya que se trata de un concepto jurídicamente indeterminado de difícil concreción:*

*A) Un sector de la doctrina civilista ha tratado de identificar el orden público con los principios o directrices que en cada momento informan las instituciones jurídicas y que limitan necesariamente la autonomía de la voluntad, sin que se puedan identificar que todo acuerdo social contrario en su caso a la Ley sea contrario al orden público ( sentencias del TS de 23-11-1970 ; 31-12-1979 ; 18-5-2000 y 29-9-2003 y sentencias del Tribunal Constitucional de 15-4-1980 y 30 de febrero de 1985 ).*

*B) Otros autores se muestran partidarios de restringir dicho concepto a aquellos actos que pudieran violar las normas constitucionales, citando la Sta. del TC 13/05/1985. La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2002, recurso de casación número 2825/1996, sección primera, siendo ponente el Excmo. Señor D. Francisco Marín Castán aplica el concepto de orden público sustentado especialmente en los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y en los principios básicos del orden social en su vertiente económica, ya que de sociedades de capital se trata.*

*C) La doctrina mercantilista afirma que se trata de principios configuradores de la sociedad anónima a lo que se refiere el art. 10 de la propia Ley de absoluta observancia que ni los socios al fundar la sociedad ni ulteriormente los órganos sociales constituidos al tomar sus decisiones pueden ocultar.*

*Cuarto.- Siguiendo la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2005 Sala de lo Civil, Sección 1.ª, n.º de recurso: 679/1999 , n.º de resolución: 902/2005, siendo ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montes Penades, si*

*bien es difícil definir qué deba entenderse por orden público a efectos de evitar el plazo de caducidad en la vigente regulación que se contiene en el artículo 116 TRLSA , el concepto de orden público , como límite de la autonomía privada, ofrece serias dificultades de fijación, y presentado como excepción a la regla de caducidad de las acciones de impugnación debe ser aprehendido en sentido restrictivo, pues de otro modo podría suceder que un concepto lato generara tal ampliación de las posibilidades de impugnación que bien pudiera destruirse la regla de la caducidad de la acción de impugnación , sin duda establecida en seguridad del tráfico.*

*La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2002, recurso de casación número 2825/1996, Sección primera, siendo ponente el Excmo. Señor D. Francisco Marín Castán, antes referida, compara los posibles intereses en conflicto para poder apreciar si existe vulneración de orden público. (...)*

**57) ¿Serían impugnables en cualquier tiempo los acuerdos adoptados en junta universal a la que el socio afirmara no haber asistido aunque pudiera conocerse que tanto el acuerdo como su presunta irregularidad hubieran sido conocidas por el socio desde mucho tiempo antes (varios años) de la impugnación?**

No, se trataría de un ejercicio abusivo del derecho.

#### **STS 16 de marzo de 2015:**

*El orden público se ha referido por la jurisprudencia, de acuerdo con la doctrina, a los 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 - sentencias 120/2006, de 21 de febrero, 841/2007, de 19 de julio, 222/2010, de 19 de abril, y las que en ellas se citan -.*

*Al efecto de establecer una excepción a la regla de caducidad aplicable a la impugnación de los acuerdos nulos, la norma del apartado 1 del artículo 116 del Real Decreto Legislativo 1.564/1.989, interpretada junto con la apartado 2 del artículo 115, se refiere al orden público dando por supuesto que está amparado por la norma infringida, con lo que, al fin, establece una subcategoría dentro de los acuerdos contrarios a la Ley.*

*Y, precisamente porque se trata de una válvula del sistema jurídico compuesta por un conjunto de directivas de contenido " ciertamente indeterminado " - sentencia 841/2007, de 19 de julio -, para identificar, en cada caso, su contenido en un ámbito como es el societario, habrá que tomar en consideración los principios esenciales del régimen de las sociedades, para ponerlos en relación con las circunstancias del supuesto litigioso.*

*Es cierto que en la sentencia 222/2010, de 19 de abril - siguiendo a otras - declaramos que el cumplimiento de las normas sobre válida constitución de las juntas universales, como alternativa a la exigencia de una correcta convocatoria de los socios, afecta a la esencia del régimen jurídico de este tipo de sociedad, de modo que la celebración de tales reuniones de socios sin cumplir aquellas condiciones, constituye causa de nulidad y de infracción del orden público.*

*Sin embargo, las circunstancias concurrentes en el caso que enjuicamos imponen de inmediato la procedencia de exceptuar de dicha doctrina - o, lo que es lo mismo, de aplicar a la acción de impugnación la regla de caducidad anual - aquellos supuestos en que - como había declarado probado el Juzgado de lo Mercantil y no negado, expresa o implícitamente, la Audiencia Provincial -, por la reiterada decisión de los socios - exteriorizada " acta concludentia " -, las juntas universales no se reúnen de hecho, los temas se tratan por los partícipes en sus conversaciones telefónicas o aprovechando encuentros familiares y las actas se redactan después de aquellas o de estos, siendo firmadas por todos, sucesivamente, en sus respectivos domicilios.*

*Quienes así actúan no pueden después afirmar - como aquí hacen al cabo de diez años - que, por razones de orden público, la acción de impugnación de los acuerdos, en cuya adopción intervinieron del relatado modo, no caducan en el plazo señalado por la norma en general para los acuerdos nulos.*

**58) En el caso de la pregunta anterior, en el que el acuerdo adoptado en la junta general fue un acuerdo de transformación de la sociedad de S.A. en S.L., el art. 20 de la Ley de Modificaciones Estructurales establece un plazo de tres meses para impugnar la transformación a partir de la inscripción del acuerdo. ¿Es aplicable ese plazo en el caso de acuerdos inexistentes o bien la transformación no está sometida a plazo alguno de caducidad?**

El art. 20 LME deja inoperativo el plazo de impugnación del art. 204 LSC, si la inscripción en el RM es anterior al transcurso del plazo de 1 año. La inscripción sana los defectos que se hubieran podido cometer durante el procedimiento, sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que a tal efecto pudieran interponer los socios.

#### **e) Legitimación**

**59) ¿Ostenta legitimación para impugnar un acuerdo un socio que perdió esa condición después de la junta en el que fue adoptado pero antes de interponer la demanda? ¿Y si la pérdida de la condición de socio se hubiera producido después de interpuesta la demanda?**

El artículo 206 LSC ha sido también reformado por la Ley 31/2014, el cual reconoce solo legitimación activa para impugnar los acuerdos sociales al socio que hubiera adquirido esa condición antes de la adopción del acuerdo impugnado. A sensu contrario, en principio, carece de legitimación activa quien ha adquirido la condición de socio después de la adopción del acuerdo. Sin embargo, el citado precepto deja sin resolver diferentes supuestos de hecho y cuestiones problemáticas. La conclusión alcanzada fue la siguiente:

1.- Persona que tuviera la condición de socio antes de la adopción del acuerdo pero la pierde antes de interponer la demanda: tendría legitimación activa si acredita tener interés legítimo.

2.- Socio que pierde dicha condición durante el proceso: en principio, procedería la conclusión y archivo por el art. 22 LEC, salvo que acredite seguir ostentando interés legítimo en que se dicte sentencia sobre el fondo del asunto. Asimismo, el nuevo socio

adquirente de sus participaciones y acciones podría pedir la sucesión procesal por transmisión del objeto litigioso conforme al art. 17 LEC.

3.- Persona que hubiera adquirido la condición de socio después de la adopción del acuerdo por sucesión mortis causa: tendría legitimación activa al estar ante un supuesto de sucesión universal.

4.- Persona que adquiriera la condición de socio después de la adopción del acuerdo pero antes de interponer la demanda: se trata de una de las cuestiones más discutibles. En principio, el precepto no reconoce legitimación activa a este socio. Ahora bien, se le podría reconocer dicha legitimación como tercero con interés legítimo. De lo contrario, esto es, si no se le reconociera al nuevo socio legitimación activa por la dicción del art. 206 LSC pero tampoco el antiguo socio, por carecer de interés legítimo, se estaría convalidando un acuerdo que pudiera ser ineficaz, lo que no parece lógico ni razonable. Por tanto, o bien se le debe reconocer al antiguo socio esa legitimación o bien, al nuevo socio como tercero con interés legítimo.

### **SJM nº 9 de Barcelona, de 16 de junio de 2015**

#### **“TERCERO. Legitimación activa.**

*Alega la parte demandada, como primer motivo de oposición, que la actora carece de legitimación activa al no ostentar la condición de socio en el momento de interponer la demanda.*

*Procede entrar en su análisis al no haber sido resuelta tal cuestión por el Auto dictado por la sección 15ª de la AP de Barcelona, el día 5 de marzo de 2015, el cual si bien es cierto que revocó el auto dictado por este juzgado en fecha 13 de febrero de 2014, lo hizo sobre la base de que la legitimación activa ad caussam debe ser analizada (rebatida o confirmada), en sentencia y no resolverse como cuestión procesal de previo pronunciamiento en el acto de la audiencia previa.*

*Dicho lo cual, el artículo 115 LSA, en el mismo sentido que el Art. 206 LSC, en su redacción anterior a la ley 31/2014, establecía que “para la impugnación de los acuerdos nulos están legitimados todos los socios, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo”.*

*Dicho precepto ha sido profundamente modificado por la Ley 31/2014, del gobierno corporativo, la cual suprime la antigua distinción entre acuerdos nulos y anulables, unifica el plazo de impugnación en un año (salvo para el orden público que es imprescriptible), y suaviza o flexibiliza las reglas de la legitimación activa.*

*“1. Para la impugnación de los acuerdos sociales están legitimados cualquiera de 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.***

*Los estatutos podrán reducir los porcentajes de capital indicados y, en todo caso, los socios que no los alcancen tendrán derecho al resarcimiento del daño que les haya ocasionado el acuerdo impugnado.*

2. Para la impugnación de los acuerdos que sean contrarios al orden público estará legitimado cualquier socio, aunque hubieran adquirido esa condición después del acuerdo, administrador o tercero.

3. Las acciones de impugnación deberán dirigirse contra la sociedad. Cuando el actor tuviese la representación exclusiva de la sociedad y la junta no tuviese designado a nadie a tal efecto, el juez que conozca de la impugnación nombrará la persona que ha de representarla en el proceso, entre los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado.

4. Los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado podrán intervenir a su costa en el proceso para mantener su validez.

5. No podrá alegar defectos de forma en el proceso de adopción del acuerdo quien habiendo tenido ocasión de denunciarlos en el momento oportuno, no lo hubiera hecho.

Al tratarse de una norma de contenido procesal y que entró en vigor el 24 de diciembre de 2014, debe ser aplicada también al presente caso.

Pues bien, no es un hecho discutido que el actor ostentó la condición de socio hasta el día 6 de noviembre de 2003, fecha en la cual la Sra. MERCÉ vendió a su marido las 10 acciones de las que el Sr. IGUAL era titular. Por tanto, cumple el primero de los requisitos fijados en el art. 206 LSA y es que el actor ostentaba la condición de socio antes de adoptarse el acuerdo que ahora se impugna.

Asimismo, también queda acreditado que era titular del 1,43% del capital social, por lo que supera el umbral fijado en el citado precepto del 1%.

Ahora bien, lo que no dice el art. 206 LSC es qué sucede si desde que se aprueba el acuerdo y se interpone la demanda, el actor ha perdido su condición de socio, ¿ostenta igualmente legitimación activa? Se trata de una cuestión discutible. A mi entender, la respuesta debe ser en sentido afirmativo pues, de lo contrario, se estaría otorgando un escudo protector a ese acuerdo convirtiéndolo en impugnabile. Me explico, el art. 204 LSC no reconoce legitimación activa para impugnar los acuerdos sociales a aquellos socios que hayan adquirido tal condición después de otorgarse el acuerdo, por tanto, si decimos que los socios que tenían tal condición antes pero que la han perdido después tampoco pueden impugnarlo, ¿quién estaría entonces legitimado para su impugnación? Es más, el art. 206 LSC no solo reconoce legitimación activa a los socios sino también a los administradores y a aquellos "terceros que acrediten tener un interés legítimo", interés que en este caso queda acreditado al afirmarse en la demanda que el actor no estuvo presente en la junta universal que ahora se impugna. De hecho, parece que éste es el criterio por el que decanta, a modo de "obiter dicta", la propia sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el FJ 2º de su auto de 5 de marzo de 2015, dictado en el transcurso de estas actuaciones.

Por todo ello, procede desestimar la excepción procesal planteada por la demandada debiendo reconocer a la actora legitimación activa para interponer esta demanda.

## **STS 18 de junio de 2012:**

*El art. 117 TRLSA atribuye la legitimación para la impugnación de los acuerdos nulos a " todos los accionistas -en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada se entiende todos los socios-, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo ".*

*8. Las actoras, si bien cuando se celebró la junta de 24 de febrero de 2004 carecían de la condición de socias, con posterioridad (en septiembre de 2007) adquirieron la condición de nudas propietarias de las participaciones que hasta entonces eran titularidad de Dña. Coro , quien a partir de entonces se quedó con el usufructo. De este modo, al tiempo de ejercitarse la demanda de impugnación de acuerdos sociales, el 12 de febrero de 2008, las actoras eran nudas propietarias y, por lo tanto, a los efectos del art. 117 TRLSA , eran socias. La cuestión radica en precisar si, por no haberlo sido al tiempo de celebrarse la junta, dejaban de estar legitimadas.*

*Así lo han entendido tanto el juzgado mercantil, que falló en primera instancia, como la Audiencia Provincial, que lo hizo en apelación, y ambos tribunales invocan para ello la Sentencia de esta sala 908/1993, de 9 de octubre. En aquel caso, el demandante originario había basado única y exclusivamente su legitimación activa para impugnar los acuerdos sociales en su supuesta condición de accionista de la sociedad y había quedado acreditado que carecía de dicha legitimación (única con la que ha litigado), al no ser accionista, ni haberlo sido nunca.*

*Pero en esa Sentencia 908/1993, de 9 de octubre , al actor se le negó legitimación activa para impugnar los acuerdos sociales no porque no hubiera sido accionista al tiempo de adoptarse los acuerdos, sino porque tampoco lo había sido después, al formularse la demanda. Cuestión distinta es que más tarde, con ocasión de la casación, el actor hubiera querido amparar su legitimación en un "interés legítimo" que no adujo en el momento adecuado ni, mucho menos, probó, y que esta Sala no lo hubiera tenido en consideración al resolver el recurso de casación por "la evidente situación de indefensión que ello supondría para las entidades demandadas, con la consiguiente conculcación del artículo 24 de la Constitución ".*

*En realidad, el art. 117.1 TRLSA reconoce legitimación para impugnar un acuerdo adoptado por la junta de socios de una sociedad anónima o limitada a cualquiera que ostente un interés legítimo, aunque presume en todo caso este interés en el caso de los socios y de los administradores. Si el actor invoca su condición de socio, ya no tiene que justificar su "interés legítimo", sino únicamente que goza de tal condición. Si se trata de un tercero tiene que invocar en la demanda su "interés legítimo" para que pueda ser contradicho por la sociedad demandada. De este modo, en un supuesto como el que ahora nos corresponde juzgar y como el acaecido en la referida Sentencia 908/1993, de 9 de octubre , en que las actoras tan sólo han invocado su condición de socias para justificar su legitimación, no cabe tener en consideración otro "interés legítimo" que no fue oportunamente invocado.*

*9. Cuando el art. 117.1 TRLSA se refiere a los accionistas (socios en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada), debemos entender que lo hace, en cualquier caso, a quien lo era en el momento de celebrarse la junta y adoptarse los acuerdos impugnados, y lo sigue siendo al ejercitar la acción de*

*impugnación. En realidad, la legitimación deriva de ser titular de las participaciones al tiempo de celebrarse la junta, por verse entonces afectado por los acuerdos en ella adoptados, y como mecanismo legal para reaccionar frente a las irregularidades que de forma relevante vician la junta o los acuerdos en ella adoptados. Pero se entiende que si inter vivos o mortis causa transmite después sus participaciones, aunque sea la nuda propiedad, transmite con ello la legitimación para impugnar. Lo que no quiere decir que quien hubiera sido socio al tiempo de celebrarse la junta impugnada, o en la que se adoptaron los acuerdos impugnados, y no lo sea al interponer la demanda de impugnación, carezca en todo caso de legitimación, sino que tendrá que aducir y justificar su "interés legítimo" en el momento de impugnar.*

*Bajo esta lógica, la Sentencia 60/2002, de 30 de enero, invocada en el recurso de casación, entendió, con carácter general, que el art. 117.1 TRLSA reconoce legitimación para impugnar por nulidad un acuerdo social a quien sea accionista, o tenga interés legítimo, en el momento de ejercitar la acción de impugnación, y negó legitimación a quien "dejó de ser socio, por transmisión a tercero de sus acciones, varios años antes de ejercitar la acción de impugnación" y, además, carecía de interés legítimo.*

**60) ¿Tiene legitimación para impugnar el acuerdo el administrador de las acciones o participaciones sociales recibidas por virtud de testamento cuando ese cargo se impuso en el propio testamento? ¿Qué ocurriría en el caso de que el administrador y el titular de las acciones tengan un parecer discrepante sobre el acuerdo?**

Se plantea el caso, sin alcanzarse ninguna conclusión.

Esta pregunta tiene su origen y fundamento en el Caso COHERTAL, resuelto por la AP DE BARCELONA.

Como antecedentes de hecho: El marido nombra heredera a su mujer pero designa a otra persona, administradora de las mismas. El problema que se suscita, es ¿Quién tiene derecho de voto, si la titular de las acciones o la administradora?

La AP había resuelto en dos sentencias que el titular de las acciones es el socio y por tanto, quien podía ejercitar el derecho de voto. La administración solo lo era respecto de los derechos económicos, no sobre los derechos políticos, no siendo oponible el testamento frente a la sociedad, por mucho que en él se diga que el derecho de voto es del administrador.

Sin embargo, en la tercera de las sentencias que la AP dicta sobre el particular cambia de criterio tras un cambio en la composición subjetiva de la Sala, y considera que el titular del derecho de voto es la administradora al concebir esa administración como una limitación del dominio.

Por último, se abordó también el problema de las participaciones en régimen de ganancialidad, en casos de crisis conyugal. Se concluyó que en tanto no se lleve a cabo esa liquidación, el derecho de voto es del titular formal de las acciones o participaciones. La titularidad no es ganancial, solo los derechos económicos. A veces, el juez de familia impone a un administrador, siendo éste el que ejerce los derechos políticos.

**61) ¿En qué momento debe resolverse la alegación de falta de legitimación activa basada en que el socio impugnante no es titular de las acciones o participaciones que afirma ostentar: la audiencia previa o la sentencia?**

Depende de si estamos ante un hecho controvertido y si debe ser objeto de prueba. En caso afirmativo, se resolverá en sentencia. En caso contrario, se podrá resolver por el juez en el mismo acto de la audiencia previa.

**62) ¿Y en qué momento debe resolverse sobre la alegación de que el impugnante carece de legitimación activa por haber votado a favor del acuerdo o bien porque se trata de un tercero sin interés legítimo?**

En cuanto a la primera de las preguntas, es una cuestión difícil, depende de si bastan o no las alegaciones de las partes. Pero en muchas ocasiones, se tratará de probar el interés legítimo y eso debe ser objeto de prueba.

¿Puede ser apreciable de oficio? En principio sí, pero con mucha cautela y prudencia.

#### **f) El interés social y su concepto**

**63) ¿Se puede esgrimir la violación del interés social para justificar la violación de los derechos de la minoría? Por ejemplo, por la ausencia de reparto de beneficios o por su reparto desigual a través de retribuciones a administradores.**

El artículo 204 LSC dispone que son impugnables aquellos acuerdos sociales que sean contrarios al interés social, concepto que abarca dos supuestos:

1. Aquellos acuerdos que hayan sido adoptados en beneficio de uno o varios socios o terceros y causen un patrimonio a la sociedad.
2. Aquellos acuerdos que sin causar un daño directo al patrimonio social, se imponen de manera abusiva por la mayoría. A continuación, lo que hace el precepto es dar una respuesta interpretativa de cuándo debe entenderse que existe ese abuso de derecho y es cuando el acuerdo no responda a una necesidad “razonable” de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios. de tal manera que la ausencia de algunos requisitos, impediría calificar el acuerdo como abusivo y como tal, contrario al interés social.

Por consiguiente, la respuesta a la pregunta debe ser en sentido afirmativo. Lo que sí debe velar el juzgador es que tampoco estemos ante un ejercicio abusivo del derecho de impugnación por parte del socio minoritario, a quien también le es exigible un deber de lealtad frente a la sociedad y sus demás socios, evitando que la acción impugnatoria se utilice como instrumento o mecanismo de coacción o chantaje para otros fines, como forzar su salida de la sociedad o una venta de sus participaciones sociales por un precio superior al valor de mercado.

### **g) Los pactos parasociales como fundamento de la impugnación**

**64) Los tres socios de una sociedad tienen suscrito un pacto parasocial de acuerdo con el cual los tres han de ser administradores de la sociedad, así como el modo en el que procederán a repartirse los beneficios que obtenga. El pacto contempla que la retribución de los tres socios administradores será idéntica y variable, en función de los resultados de cada ejercicio. En 2014 dos de ellos deciden modificar los estatutos sociales, con el voto en contra del tercero, y modifican el sistema de administración excluyendo a uno de los socios. El socio excluido impugna los acuerdos adoptados (modificación estatutos y nombramiento de administradores) haciendo valer el pacto parasocial. También alega que el acuerdo es nulo por resultar contrario al interés de la sociedad, ya que a través de él lo que pretenden los socios es privarle de toda participación en la gestión social e incluso en la distribución de los beneficios. ¿Tiene algún fundamento la alegación del socio impugnante?**

Los pactos parasociales son unos contratos o convenios suscritos por dos o más socios al margen de la sociedad, que tienen por finalidad en muchos casos, inclusive regular la forma de gobierno del órgano soberano y del órgano de administración, composición, retribución, etc. la jurisprudencia, de forma unánime ha venido sosteniendo que tales pactos parasociales no son oponibles frente a la sociedad y el art. 204 LSC sigue sin recogerlos como motivo de impugnación en caso de infracción, todo ello sin perjuicio de las acciones que en tal caso puedan ejercitar entre sí para exigir los daños y perjuicios que en su caso, el incumplimiento del pacto les haya podido generar. Ahora bien, la jurisprudencia del TS, en los últimos tiempos, ha considerado, cuando esos pactos eran suscritos por el 100% de los socios, que pueden definir o recoger el interés social y valorar si el acuerdo ha podido ser adoptado por la mayoría con abuso de derecho en contra del minoritario. En resumen, la vulneración de un pacto parasocial no es oponible frente a la sociedad por lo que no sería admisible una acción impugnatoria al amparo del art. 204 LSC por el simple hecho de que se hubieran infringido los términos del acuerdo. Cosa distinta es que el socio minoritario pueda impugnar esos acuerdos por vulneración del interés social, reflejado éste en el pacto parasocial, aun cuando ello tampoco le privaría del deber de justificar la concurrencia de los requisitos del art. 204.1 LSC.

### **h) El abuso por la minoría**

**65) ¿Cabe el ejercicio de acciones de daños y perjuicios contra el socio minoritario que ha votado en contra de la adopción de un acuerdo que era esencial para la continuidad del negocio sin justa causa? Caso Girmes (Alemania). Deber de lealtad de la minoría.**

En principio, solo está contemplado en el ámbito concursal, para la calificación del concurso como culpable. Extrapolarlo al ámbito societario, es más discutible. El problema radica en determinar, hasta qué punto, el socio minoritario tiene un deber de lealtad frente al interés social o frente al socio mayoritario. No obstante, habría que atender las circunstancias del caso en concreto, pues pudiera ser que se apreciara un ejercicio abusivo de derecho del socio minoritario, prohibido por el art. 6 CC, cuando votó en contra de la aprobación de ese acuerdo, sin justa causa y cuando no le causaba perjuicio alguno.

## i) Grupos sociales e interés social

**66) El administrador integrante del consejo de administración, tanto de una filial como de la matriz, impugna la decisión de ambos consejos de administración de modificar el contrato que regulaba las relaciones entre ambas (la filial era comercializadora de los productos de la matriz) reduciendo la duración de lo establecido en un contrato previo de licencia de los signos y aumentando el precio de la cesión. ¿Cabe oponerse a los acuerdos por resultar lesivos para el interés de la filial? ¿Cabe oponer a la impugnación “el interés del grupo”? ¿Tendría alguna trascendencia en el caso que la matriz, simultáneamente, se hubiera debido hacer cargo de una importante deuda de la filial con entidades bancarias y hubiera suscrito con ellas un plan de financiación?**

El interés grupal no justifica cualquier decisión sobre la filial, tiene que recibir una contraprestación, simultáneamente o próxima en el tiempo (teoría de las ventajas compensatorias). Con un límite, que no afecte a la solvencia o viabilidad de la filial.

**SAP 15/12/14 OVIEDO.** Acuerdos sociales perjudiciales para el interés de la filial en beneficio de la matriz. conflictos de interés de los administradores de la filial designados por la matriz

*«La lesión del interés social es evidente, puesto que, simplemente limitándonos al canon fijo, casi se ha doblado, pasando de 2'1 a 4 millones anuales, para un total de 5.503.809 € en 2012 sumando el variable (doc. 21 aportado por la actora en el acto de la audiencia previa). Aun cuando no es necesario que el daño, para ser ilegítimo, alcance un determinado peso en las cuentas de la sociedad, las cifras relatadas son de consideración si las comparamos con los resultados de los últimos ejercicios: 18 millones en 2009, 17 en 2010, 11'9 en 2011 y un millón de pérdidas en 2012.*

*Concluida la lesión del interés social de CAPSA, individualmente considerado, es evidente que sólo podrá quedar exculpado en la medida en que esa perspectiva de valoración individual se haya de ver sustituida por una valoración superior, de grupo, interés grupal que vendría a actuar como causa de justificación o excusa absolutoria, en términos penales, incumbiendo obviamente la prueba del pretendido interés grupal a quien invoca su existencia.*

*En el caso de autos no existe la más mínima prueba de que la pertenencia al grupo haya permitido, permita o permitirá en un futuro próximo a la filial compensar adecuadamente los seguros perjuicios que el notable incremento del canon va a irrogarle en los 10 años de vigencia del nuevo contrato. A lo más se alega que la matriz es la principal suministradora de leche de la filial, dato que por sí mismo nada indica, máxime cuando se reconoce que el suministro se hace a precio de mercado, con lo que tampoco se aprecia (a falta de otros datos que incumbía proporcionar a la demandada) qué ventaja supone para la filial acudir al suministro de la matriz en lugar de a un tercer proveedor».*

## j) La remuneración de los administradores

**67) Los estatutos sociales no preveían que el cargo del administrador fuera remunerado. Sin embargo, los socios, unánimemente, acordaron que el que venía ejerciendo tales funciones lo hiciera con mayor intensidad y dedicación y abandonar su puesto en otra empresa y decidieron atribuirle una retribución, aunque sin modificar los estatutos sociales. Años después, uno de los socios impugna la retribución del administrador por no constar en los estatutos el carácter retribuido del cargo. ¿Puede prosperar esa impugnación? (STS de 18 de junio de 2013).**

Para que el cargo de administrador sea retribuido, tiene que figurar en los estatutos, no bastando a tal efecto el mero acuerdo de la junta.

### **(STS de 18 de junio de 2013).**

Resumen: Según la jurisprudencia, para que el régimen estatutario de la retribución de los administradores pueda ser eludido con un contrato es necesario que las facultades y funciones atribuidas en él al administrador rebasen las propias de los administradores. De otro modo, el contrato de alta dirección no sería más que una forma de encubrir la remuneración como consejero, sin estar prevista en los estatutos. La jurisprudencia entiende conveniente hacer efectivo el control de los socios sobre la política de retribución de los administradores, mediante una imagen clara y completa de ella. Es decir, para entender justificada y legítima la percepción por el administrador social de una retribución abonada por la sociedad pese a que el cargo sea gratuito según los estatutos, ha de resultar probada la concurrencia de elemento objetivo de distinción entre actividades debidas por una y otra causa. El cargo de administrador no tiene un carácter puramente consultivo u honorífico, por lo que la realización de actividades de gestión forma parte del ámbito de actuación del propio administrador. En el caso de autos, los servicios que prestaba el administrador a la sociedad eran los propios de su cargo de administrador, por lo que la autorización de la Junta para la percepción de retribución no es suficiente para justificarla. Sin embargo, el conocimiento y consentimiento del actor al hecho de que el administrador percibiese remuneración, hace inatacable la decisión por la teoría de actos propios.

*«El art. 66.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, aplicable por razones temporales, establecía que "el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos establezcan lo contrario, determinando el sistema de retribución". El vigente art. 217.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital reproduce casi literalmente dicho precepto.*

*Esta Sala ha afirmado que la exigencia de que consten en los estatutos sociales el carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución «aunque también tutela el interés de los administradores, tiene por finalidad primordial potenciar la máxima información a los accionistas a fin de facilitar el control de la actuación de éstos en una materia especialmente sensible, dada la inicial contraposición entre los intereses particulares de los mismos en obtener la máxima retribución posible y los de la sociedad en minorar los gastos y de los accionistas en maximizar los beneficios repartibles - en este sentido: la sentencia 441/2007, de 24 de abril, afirma que su finalidad es "proteger a los accionistas de la posibilidad de que los administradores la cambien (la retribución) por propia decisión"; y la sentencia 448/2008, de 29 de*

mayo , que "se inspira en la conveniencia de hacer efectivo el control de los socios sobre la política de retribución de los administradores, mediante una imagen clara y completa de ella"» ( sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 893/2012, de 19 de diciembre de 2011, recurso núm. 1976/2008 ). En el caso allí enjuiciado se trataba de una sociedad anónima, pero los razonamientos son igualmente aplicables a la sociedad limitada, como es la demandada.

*Este criterio legal, que persigue que los socios estén correctamente y suficientemente informados sobre la entidad real de las retribuciones y compensaciones de todo tipo que percibe el administrador social, se refleja también en otros preceptos, como los que regulan las cuentas anuales, en las que deben recogerse, en lo que aquí interesa, los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase que los administradores hubieran percibido de la sociedad. Esta finalidad de fomentar la transparencia y lo que se ha venido a llamar una "gobernanza empresarial sana" está también presente en las Recomendaciones 2004/913/CE, 2005/162/CE y 2009/385/CE de la Comisión Europea y en los códigos de buen gobierno elaborados por las autoridades reguladoras.*

*Son frecuentes los litigios relativos a administradores que han percibido retribuciones de la sociedad pese a no existir previsión estatutaria de que el cargo tenga carácter retribuido, en los que el pago de tales retribuciones se intenta justificar por la existencia de un vínculo con la sociedad distinto del que supone el cargo de administrador. Lo habitual es que se alegue la prestación de servicios de alta dirección. La cuestión se ha planteado no solo ante esta Sala, sino también ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo y la de lo Social de este tribunal.*

*La sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 448/2008, de 29 mayo, recurso núm. 322/2002 aborda este problema sintetizando la jurisprudencia existente al respecto. En ella se hicieron las siguientes declaraciones de interés para resolver el presente caso:*

*«[...] la jurisprudencia ha ido perfilando en los últimos tiempos una doctrina contraria a la posibilidad de que la retribución del administrador de las sociedades de capital se sustraiga a la transparencia exigida en los artículos 130 del Real Decreto legislativo 1.564/1989 y 66 de la Ley 2/1995 , por el expediente de crear un título contractual de servicios de alta dirección con causa onerosa, en tanto no sea posible deslindar esa prestación de la debida a la sociedad por el administrador en el funcionamiento de la relación societaria.*

*»Para admitir la dualidad de regímenes jurídicos de la retribución, uno contractual y otro estatutario, esto es, para no aplicar el establecido en la legislación de las sociedades de capital a la retribución convenida a favor del administrador como alto cargo, las sentencias de 5 de marzo de 2004 y 21 de abril de 2005 exigieron la concurrencia de un elemento objetivo de distinción entre las actividades debidas por una y otra causa.*

*»La sentencia de 24 de abril de 2007 precisó que, para que el régimen estatutario de la retribución de los administradores pueda ser eludido con un contrato, es necesario que las facultades y funciones atribuidas en él al administrador rebasen las propias de los administradores, ya que "admitir otra cosa significaría la burla del mandato contenido en el artículo 130, mediante el rodeo propio del fraud legis".*

*»Lo mismo declaró la sentencia de 31 de octubre de 2007 , con el argumento de que, "de otro modo, el contrato de alta dirección no sería más que una forma de encubrir la remuneración como consejero, sin estar prevista en los estatutos".*

*»Esa doctrina, favorable al tratamiento unitario de lo que constituye un aspecto esencial de la administración social y del funcionamiento de la sociedad, se inspira en la conveniencia de hacer efectivo el control de los socios sobre la política de retribución de los administradores, mediante una imagen clara y completa de ella -incluidos los contratos de empleo suscritos por los mismos con la sociedad- y responde, además, a los términos del artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores -Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo-, que excluye de su ámbito la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo».*

Este criterio favorable a lo que la Sala ha denominado "tratamiento unitario" de las retribuciones percibidas por los administradores se acoge en sentencias posteriores como la 555/2010, de 28 de septiembre, recurso núm. 1905/2006, y la ya citada núm. 893/2012, de 19 de diciembre de 2011, recurso núm. 1976/2008.

*Consecuencia de esta doctrina es que para entender justificada y legítima la percepción por el administrador social de una retribución abonada por la sociedad pese a que el cargo sea gratuito según los estatutos, ha de resultar probada la concurrencia de lo que la citada sentencia núm. 893/2012 denomina «elemento objetivo de distinción entre actividades debidas por una y otra causa», que ha de ser preciso y cierto, sin que sirvan a tales efectos situaciones ambiguas de realización por el administrador de actividades no suficientemente precisadas que se sitúen en el ámbito de las actuaciones de gestión, administración y representación de la sociedad, porque es incompatible con el citado régimen de transparencia y claridad que exige la normativa societaria.*

*En el caso de que se haya concertado un contrato de alta dirección entre la sociedad y el miembro del órgano de administración, la apreciación de este elemento objetivo de distinción tropieza con la dificultad añadida de que «las funciones de los administradores prácticamente son omnicomprensivas -el artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 se refería al desempeño del cargo con la diligencia "de un ordenado comerciante y de un representante leal", el 127 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas a la "de un ordenado empresario y de un representante leal" , el 225 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital se refiere a la "de un ordenado empresario" y el 226 del mismo texto dispone que "[l]os administradores desempeñaran su cargo como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad, y cumplirán los deberes impuestos por las leyes y los estatutos"-, o, dicho de otras forma, la norma no discrimina entre las funciones políticas o deliberativas y de decisión "societarias", por un lado, y las de ejecución y gestión "empresariales" -en este sentido la sentencia 450/2007, 27 de abril , afirma que constituye un claro error "concebir al "mero consejero" como una figura puramente decorativa o simbólica, carente de actividad significativa alguna y por ello no merecedor de*

retribución, de tal modo que en cuanto un administrador ejerciera cualquier actividad real para la sociedad estaría desempeñando un trabajo por cuenta ajena merecedor de retribución distinta de la prevista en los estatutos para los administradores y añadida a la misma"-» ( sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 893/2012, de 19 de diciembre de 2011, recurso núm. 1976/2008 ).

*Teniendo en cuenta lo expuesto, no se considera suficiente para apreciar la concurrencia del elemento objetivo de distinción entre actividades debidas a la sociedad como administrador y las debidas por una relación contractual, la afirmación que la sentencia recurrida hace de que el Sr. Jose Pablo , como un plus respecto de su condición de administrador social, llevaba la política general de la empresa, pues esta es una de las funciones típicas de la administración social; o que el Sr. Jose Pablo realizaba actividades que la sentencia resume considerando que se trataba «en una palabra, de gestionar la sociedad» o que se trató de «remuneración de la prestación de sus servicios de gestión para la sociedad», porque las actividades de gestión social son también propias del administrador. Es cierto que en la sentencia se hace mención a actividades de control y comerciales, pero no se precisan suficientemente, y se resumen considerándolas como gestión de la sociedad.*

*El cargo de administrador no tiene un carácter puramente consultivo u honorífico. Conlleva la obligación de realizar actividades para la sociedad consistentes fundamentalmente en el desempeño de funciones de gestión, dirección y representación de la sociedad (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 555/2010, de 28 de septiembre, recurso núm. 1905/2006 ). Afirma en este sentido la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 450/2007, 27 de de abril, recurso núm. 1167/2000 , que constituye un claro error «concebir al "mero consejero" como una figura puramente decorativa o simbólica, carente de actividad significativa alguna y por ello no merecedor de retribución, de tal modo que en cuanto un administrador ejerciera cualquier actividad real para la sociedad estaría desempeñando un trabajo por cuenta ajena merecedor de retribución distinta de la prevista en los estatutos para los administradores y añadida a la misma».*

*Por ello, si la retribución que recibía el Sr. Jose Pablo lo era por la prestación de sus servicios de gestión para la sociedad, como dice la sentencia de la Audiencia Provincial, estaba percibiendo la retribución por su carácter de administrador social, para lo cual es preciso la previsión estatutaria en los términos previstos en el art. 66 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.*

CUARTO.- La autorización de la junta a la prestación de otros servicios por el administrador a la sociedad limitada

*No se acepta la conclusión alcanzada por las sentencias de instancia de que tampoco era preciso el acuerdo de la junta general de socios autorizando el establecimiento de relaciones de prestación de servicios, distintos de los propios del órgano de administración social, entre la sociedad y el administrador previsto en el art. 67 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.*

*Si el administrador de una sociedad limitada presta a esta servicios que exceden de las funciones de gestión, dirección y representación que*

*propriadamente constituyen el objeto del cargo de administrador social, y por tanto no entran en el régimen de exigencia de concreta previsión estatutaria establecido en el art. 66 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, tales servicios han de ser autorizados en la forma prevista en el art. 67 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.*

*Este régimen responde también a las exigencias de transparencia, claridad y conocimiento por los socios que rigen las relaciones entre administrador y sociedad, y en concreto las que supongan la percepción por el administrador de contraprestaciones abonadas por la sociedad.*

*No obstante, como se ha dicho, los servicios que prestaba el Sr. Jose Pablo a la sociedad eran los propios de su cargo de administrador, por lo que la autorización de la junta para la percepción de tal retribución no sería suficiente para justificarla porque los estatutos preveían el carácter gratuito del cargo.*

QUINTO.- La doctrina de los actos propios y el conocimiento y consentimiento continuado por parte del socio demandante del pago de una retribución al administrador

*El último argumento impugnatorio del recurso consiste en que el acuerdo adoptado en el año 2002 no fue un acuerdo de la junta, sino un acuerdo de los socios sin estar constituidos en junta general, por lo que sería en todo caso insuficiente para justificar los pagos hechos al administrador.*

*Lo afirmado por la sentencia de la Audiencia Provincial no es que baste un acuerdo de los socios, adoptado al margen de la junta general, para legitimar la percepción de retribución por el administrador cuando los estatutos sociales prevén la gratuidad del cargo.*

*La sentencia recurrida ha resaltado «el conocimiento y consentimiento del actor hasta el año 2006 de esa situación, situación a la que se avino y toleró» por lo que considera que, no habiéndose producido el cambio de circunstancias, la actuación del socio demandante al exigir la devolución por el administrador de las cantidades percibidas e impugnar los acuerdos sociales que justificaban las retribuciones de los últimos dos años, vulnera la prohibición de ir contra los propios actos.*

*La Sala considera que este es el argumento fundamental que ha llevado al Juzgado Mercantil y a la Audiencia Provincial a desestimar la demanda. Es un argumento acertado, y aplica la jurisprudencia sentada por la Sala en casos similares (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 445/2001, de 9 de mayo, recurso núm. 1058/1996, núm. 1147/2007, de 31 de octubre, recurso núm. 3915/2000, núm. 448/2008, de 29 mayo, recurso núm. 322/2002, y 893/2012, de 19 de diciembre de 2011, recurso núm. 1976/2008).*

*La cuestión no es, como plantea el recurrente en el motivo, si un acuerdo adoptado por los socios sin estar constituidos en junta general puede suplir la exigencia de previsión estatutaria del carácter retribuido del cargo de administrador. Lo relevante es que, según afirman las sentencias de instancia, la retribución del administrador se acordó por todos los socios, incluido el demandante, en el año 2002; que como consecuencia de ese acuerdo el Sr. Jose Pablo abandonó el puesto de trabajo retribuido que desempeñaba en otra empresa para dedicarse exclusivamente a prestar sus servicios a la sociedad*

*de la que había sido nombrado administrador; y que tal situación se prolongó hasta el año 2006 en que el hoy actor comenzó a objetar dicha situación.*

*Tal conducta es apta para generar fundadamente en el administrador la confianza en una coherencia futura sobre tal cuestión y, por ello, en que podía percibir la remuneración por haber sido acordada por todos los socios, incluido el hoy actor y en que no se le iba a reclamar la devolución de tales cantidades. Tal comportamiento, en cuanto significativo, prolongado y contradictorio con la pretensión deducida en la demanda, convierte a ésta en inadmisibile, en aplicación de la doctrina de los actos propios, manifestación del principio general de buena fe. Lo que se toma en consideración por la Audiencia Provincial no es la existencia de un acuerdo parasocial (en tanto que destinado a regular aspectos de la relación jurídica societaria y adoptado sin utilizar los cauces específicamente previstos para ello en la ley y los estatutos), que en tanto fuera contrario a la legislación societaria no sería válido, sino que valora el comportamiento del socio demandante, reiterado durante varios ejercicios, como generador de confianza en el demandado sobre la regularidad de la percepción de sus retribuciones (en este sentido, sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 448/2008, de 29 de mayo, recurso núm. 322/2002 ).*

*Esta solución no contraría la finalidad de transparencia e información de los socios sobre el régimen de retribución del administrador puesto que esa retribución fue plenamente conocida y consentida por todos los socios, y concretamente por el demandante, durante varios años.*

*Lo expuesto lleva a que el recurso de casación no pueda ser estimado puesto que esta parte de la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida sirve para justificar por sí sola la desestimación de la demanda».*

**68) Una sociedad en cuyos estatutos constaba que el cargo de administrador era gratuito convoca junta general y los modifica estableciendo que el cargo será retribuido en lo sucesivo y que se abonará al administrador en cada ejercicio la cantidad fija y periódica que fije la junta.**

**A) El socio minoritario impugna el acuerdo de modificación de los Estatutos sociales alegando que el sistema de distribución establecido no se había concretado de manera suficiente.**

Basta que en los estatutos se establezca tipo de retribución y forma en que se va a aprobar.

### **SJM nº 9 de Barcelona, de 3 de diciembre de 2015:**

#### **TERCERO. Retribución del órgano de administración**

*Lo primero que hay que recordar, tal como dispone el art. 217.1 LSC, es que el cargo de administrador es gratuito, salvo que los estatutos dispongan lo contrario, debiendo en este caso establecer cuál es el sistema de retribución elegido. El objetivo no es otro que proteger a los socios, a fin de evitar subidas sorpresivas de los sueldos por parte de los administradores y también a los propios administradores, de darles estabilidad y que los posibles cambios en el accionariado, no influyan en sus emolumentos.*

*En cuanto a las posibles modalidades de retribución, ya aparecían recogidas en los arts. 217 y 218 LSC antes de la reforma, disponiendo que podían ser una retribución, fija, variable, o un sistema mixto. Lo que ha hecho la ley 31/2014 es desarrollar más estos preceptos y fijar distintos sistemas de retribución, preceptos que si bien es cierto que no son aplicables a este caso por derecho transitorio, ello no significa que no se puedan tener en cuenta como criterios de referencia o parámetros de valoración.*

*En concreto, el nuevo art. Art. 217.2 LSC dispone que la retribución podrá consistir en:*

- a) **una asignación fija,***
- b) dietas de asistencia,*
- c) participación en beneficios,*
- d) retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia,*
- e) remuneración en acciones o vinculada a su evolución,*
- f) indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador y*
- g) los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos.*

*3. El importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su condición de tales deberá ser aprobado por la junta general y permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación. Salvo que la junta general determine otra cosa, la distribución de la retribución entre los distintos administradores se establecerá por acuerdo de éstos y, en el caso del consejo de administración, por decisión del mismo, que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.*

*Por último, el Artículo 218 LSC también reconoce la posibilidad de que la retribución sea con cargo a beneficios siempre que concurren una serie de requisitos:*

*1. Cuando el sistema de retribución incluya una participación en los beneficios, los estatutos sociales determinarán concretamente la participación o el porcentaje máximo de la misma. En este último caso, la junta general determinará el porcentaje aplicable dentro del máximo establecido en los estatutos sociales.*

*2. En la sociedad de responsabilidad limitada, el porcentaje máximo de participación en ningún caso podrá ser superior al diez por ciento de los beneficios repartibles entre los socios.*

*En el caso de autos, el art. 22 de los estatutos sociales dispone lo siguiente:*

*"El cargo de administrador será retribuido. La retribución consistirá en una **cantidad fija** que determinará cada ejercicio la junta general".*

Es decir, desde el inicio de la vida societaria, los socios quisieron que el cargo de administrador fuera retribuido y además, que fuera una asignación fija, desvinculada de los beneficios, de los posibles cambios en el patrimonio neto de la compañía o de la valoración de sus activos, sistema de retribución perfectamente lícito y reconocido en el art. 217.1 letra a) LSC. Ciertamente es que el acuerdo podría ser más conciso y fijar un importe concreto o, al menos, algún parámetro de referencia o tope máximo. Ahora bien, ello no quiere decir que esa cláusula estatutaria no sea válida pues establece un sistema de retribución claro como es la asignación de una cantidad fija.

Es más, en este caso, tal cantidad se puede obtener claramente de los ejercicios anteriores. Por citar a modo de ejemplo: del listado de retribuciones aportado por la parte demandada en su escrito de contestación consistente en las retribuciones del administrador de los últimos 20 años (cifras que no han sido discutidas por la parte actora), apenas se observan diferencias, y si las hay, es bien porque debe contarse las variaciones del IPC y las cuotas obreras a la TGSS o bien, por las funciones cada vez mayores que iba asumiendo el Sr. SERGIO SAMPERE dentro de la empresa, hasta quedarse como administrador y único trabajador de la compañía, según manifestó el perito de la demandada. Tal es así que en el año 2009 la retribución fue de 92.383,52 euros; En el 2010, de 90.692,87 euros; En el 2011, de 93.421,12 euros, por lo que la retribución aprobada para el 2012 que ahora se discute de 92.972,08 euros y en el 2013 de 87.320,30 euros, sigue la misma tónica, sin que se perciba ninguna subida sorpresiva e inesperada de su importe. Tampoco hay constancia de que la situación de la empresa haya cambiado considerablemente, ni que las funciones y responsabilidad del administrador hayan variado. Respecto a la validez de este tipo de cláusulas estatutarias, cabe citar la reciente **STS de 9 de abril de 2015**, a cuyo tenor: (...)

Por último, sobre la admisión de este tipo de retribuciones fijas, **cabe citar la SAP de Barcelona, sección 15ª, de 8 de mayo de 2013**, la cual declaró, en un caso similar al que ahora nos ocupa, la validez de un acuerdo social que aprobaba 90.000 euros de retribución fija para el administrador y 30.000 euros en concepto de dietas, al entender que era acorde con el sistema retributivo fijado en los estatutos, de redacción muy similar al art. 22. Dice así:

"TERCERO. Debe dejarse constancia de que el acuerdo objeto de impugnación no contraviene el art 130 de la LSA que solo establecía que la retribución de los administradores será la establecida en los estatutos sociales y, en el caso, éstos establecen, en su art 29, que la retribución de los trabajos que realizasen los componentes del consejo de administración y consejeros delegados consistirá en una retribución fija que será asignada para cada ejercicio por la junta general en función de la dedicación y productividad .

En primer lugar, tal y como observa la sentencia impugnada, debe indicarse que la retribución asignada es la misma que se venía percibiendo (incluidos los propios actores cuando fueron vocales del consejo), como se desprende del doc. 2 (f.240) de la contestación a la demanda consistente en un email remitido por el actor Elías al gestor de la sociedad y de los modelos fiscales y nóminas aportados en los que se aprecia que los actuales administradores han tributado por unas cantidades similares a las que se percibían con anterioridad. De ahí, concluyó correctamente el juez mercantil, que esos actos propios impidan que prospere, desde esa perspectiva, la impugnación por desproporcionalidad en la fijación de retribuciones.

En segundo lugar, la sentencia apelada, también razonadamente, indicó que los importes fijados en el acuerdo no resultaban desproporcionados objetivamente ya que en el informe elaborado por una empresa consultora (doc 13 de la contestación, fs.292 a 384) se concluye que las retribuciones establecidas son inferiores a la media del sector.”

**B) Al amparo de esa modificación la junta general decide el primer año atribuir al administrador (a su vez socio mayoritario) una retribución importante, que el socio minoritario estima lesiva de sus derechos porque con ella los beneficios sociales prácticamente han quedado reducidos a cero. ¿Puede el juez con amparo en esa alegación anular el reparto de los beneficios? ¿Podría señalar cuál debe ser su importe efectivo o debe limitarse a anular el acuerdo adoptado?**

Que los estatutos dispongan que es la junta la que debe fijar la cantidad fija, eso no es incompatible con el socio pueda impugnar ese acuerdo concreto en el que se fija la retribución si lo considera lesivo al interés social, habiendo sido aprobado por la mayoría en su propio beneficio.

Ejemplos:

STS de 13 de junio de 2012, SAP de Cuenca, de 25 de junio de 2010, SAP de Las Palmas, de 25 de marzo de 2011, SAP de Pontevedra, de 26 de enero de 2011, STS 17 de enero de 2012, SAP Madrid 5 abril 2013, SAP Castellón 15 mayo 2008, SAP Coruña 14 febrero 2014 y STS 9 de abril de 2015, SAP de Madrid, de 11 de diciembre de 2015 y Resoluciones de la DGRN de 15 de abril de 2000, 19 de marzo de 2001, y 12 de abril de 2002.

**69) Un socio, a la vez miembro del consejo de administración, ejercita una acción declarativa frente a la sociedad y frente al consejero delegado en solicitud de que se declare que el mismo ya no puede seguir ostentando el cargo por cuanto no se ha procedido como ordena el art. 249.3 LSC, esto es, a celebrar un contrato con la sociedad que sea previamente aprobado por 2/3 partes de los miembros del consejo. También solicita que se declare que las retribuciones establecidas para el referido consejero delegado no podrán hacerse efectivas mientras no se cumplan los referidos presupuestos. ¿Qué respuesta se ha de dar a esas pretensiones?**

Se planteó si los arts. 217.3 y 249 LSC, exigen que la retribución del consejo delegado sea aprobada exclusivamente por el consejo de administración, al estar remunerando funciones ejecutivas o también, es competencia de la junta. El sentir mayoritario, aun reconociendo que se trata de una cuestión discutible, es que es la junta la que debe fijar la política retributiva, incluida la de los consejeros delegados con el fin de evitar la opacidad.

Por último, también se abordó el problema de qué sucede con los consejeros delegados que ya venían ejerciendo su cargo antes de la ley 31/2014, si deberían firmar o no ese contrato. La conclusión alcanzada es que sí en cuanto a sus retribuciones. No obstante, la ausencia de ese documento no afectará a la validez de los actos realizados en el ejercicio de sus funciones de representación.

## **k) La distribución de beneficios**

**70) Una sociedad, con un patrimonio muy saneado y sin necesidades de inversión a la vista, lleva años no repartiendo dividendos entre los socios. Uno de los socios impugna los acuerdos adoptados el último ejercicio cerrado, en el que se produjeron beneficios significativos pese a lo cual la sociedad decidió no repartirlos sino aplicarlos a reservas voluntarias, y solicita que se declare nulo el acuerdo y que condene a la sociedad a repartir la totalidad de los beneficios de ese ejercicio o, subsidiariamente, a la cantidad que el juzgado estime procedente. ¿Pueden prosperar esas pretensiones?**

El juzgado debe limitarse a declarar la nulidad del acuerdo pero no a señalar cuál es la cuantía que debe distribuirse entre los socios como dividendos, pues ello compete a la junta general, como órgano soberano (por unanimidad), salvo que se aprecie fraude de ley, como un intento de la junta para burlar el fallo de una sentencia anterior que obligaba al reparto de dividendos.

### **SAP de BCN, de 7 de mayo de 2014.**

*“Diversamente a lo que sostuvo la sentencia de primera instancia, el hecho de que la parte actora no participase en alguna de las juntas inmediatamente anteriores a la impugnada o de que, asistiendo, no promoviera posteriormente una acción de impugnación de acuerdos sociales, en realidad, no constituye razón que justifique una reiterada y arbitraria falta de reparto de dividendos con la dotación de reservas voluntarias de los beneficios pues la socio es libre de acudir o no a la junta y de hacerlo y de votar en contra, y/o de impugnarla judicialmente después de su celebración.*

*(...) 2. Con relación a la acción de resarcimiento por daños y perjuicios en la demanda, de acuerdo con la pericial contable practicada, se reclama con base al derecho abstracto al reparto de dividendos, la cantidad de 57.726,28 euros en el periodo analizado (2003-2010) en el que la sociedad ESTRUCTURAS METÁLICAS MOVIESTAN SL acumularía unos dividendos mínimos legalmente repartibles que ascenderían a un total de 192.520,94 euros, resultando la referida cantidad reclamada en función del porcentaje de participación sobre el capital de la sociedad (30% ) de la actora. Tal y como ya señaló la sentencia de primera instancia al respecto no puede sustituirse la voluntad de la junta sobre el alcance del quantum ahora pretendido. De ahí que, aun habiéndose declarado abusivo el acuerdo de reparto de beneficios por no resultar justificado, no procede esa reclamación dineraria sino solo la pretensión declarativa de nulidad del primero de los acuerdos impugnados”.*

### **SAP de Madrid, de 11 de noviembre de 2014, sección 28ª:**

*El socio tiene derecho a la participación en el reparto de las ganancias sociales (artículo 48.2.a de la LSA en relación con el artículo 116 del Código de Comercio - ahora artículo 93.a de la Ley de Sociedades de Capital , aprobada por RDL 1/2010, de 2 de julio, en relación con el precepto antes citado en segundo lugar). Ahora bien, es doctrina jurisprudencial que el derecho abstracto del socio a participar en las ganancias sociales puede determinar la invalidez de un acuerdo de exclusión a un socio de la participación en los beneficios sociales o la ineficacia de una cláusula estatutaria que impidiese el*

*reparto de forma general, capitalizando todos los beneficios, pero no impide que la junta pueda decidir libremente, en relación con un determinado o determinados ejercicios, el reparto de los beneficios obtenidos del modo que estime más conveniente, pudiendo incluso acordar la no distribución del mismo y su aplicación a reservas. Y que no puede hablarse de un derecho del socio "al dividendo", es decir, a que se le entregue su parte alícuota del beneficio obtenido, sino merced al acuerdo de la junta general que decida el reparto del mismo, pues es éste el que hace surgir el correspondiente derecho de crédito contra la sociedad (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1971 y 30 de enero de 2002 ). El derecho al dividendo es, pues, un derecho contingente, condicionado por la existencia de beneficios y porque se produzca el acuerdo válido de distribución (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1996) que requiere la propuesta de aplicación del resultado de los administradores y la aprobación de la junta general.*

*Somos, además, conscientes de que no es lo deseable que se interfiera desde el exterior en la adopción de las particulares decisiones estratégicas del empresario. El juez no es un órgano fiscalizador "del desacierto económico" de las decisiones empresariales ni un órgano dictaminador de lo que en cada momento haya de resultar conveniente para la sociedad ( sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1981 , 12 de julio de 1983 , 17 de abril de 1997 y sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20ª, de 28 de febrero de 1996 , y sección 28ª, de 14 de febrero , 12 de mayo y 18 de julio de 2008 y 30 de enero y 24 de septiembre de 2009 , entre otras). El acuerdo de la junta de aplicar los beneficios a reservas puede tener una explicación empresarial perfectamente razonable, puesto que supone un aumento de la financiación propia que elimina o reduce la necesidad de acudir a la financiación ajena. Es el órgano social y no el juez quien tiene que valorar la oportunidad empresarial de la decisión en el marco de un ámbito de libertad de la sociedad.*

*Ahora bien, el planteamiento que hemos expuesto puede ser matizado por la institución del abuso del derecho (pues el artículo 7 del C. Civil exige la actuación de buena fe y proscribire el ejercicio abusivo del derecho), como ha hecho por ejemplo la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005. La libertad empresarial de la que hemos hablado tiene como límite las situaciones de ejercicio abusivo de su derecho por parte de los socios representativos de la mayoría del capital social, en cuyo caso los minoritarios tienen derecho a reaccionar contra una imposición por parte de aquélla cuya causa sería ilegal.*

*Aunque la mayoría es soberana para decidir sobre el reparto de dividendos, no puede dejarse sin tutela judicial a la minoría social cuando ésta se ve obligada a soportar decisiones de aquélla que no puedan responder más que a un simple abuso por su parte. Las situaciones son especialmente delicadas en aquellos casos en los que, y éste es uno de ellos, la mayoría social puede obtener otro tipo de compensaciones a cargo de la entidad (percepción de remuneraciones, negocios con otras entidades a ellos vinculadas, etc) y no ocurre lo mismo con la minoría, que se ve privada de la posibilidad de rentabilizar su inversión si, cuando lo lógico sería acordar el reparto del beneficio obtenido, se acordase retener los dividendos sin causa que pudiese dotar de fundamento comprensible y lícito a la posición mayoritaria. El legislador ha sido consciente de que tales situaciones no son deseables y por ello ha previsto, desde la Ley 25/2011, de 1 de agosto de reforma parcial de la*

LSC, el derecho de separación del socio en determinados supuestos de falta de distribución de dividendos. Lo que ocurre es que por razones temporales no sería tal norma de aplicación al caso, ya que aquí la situación acaeció con anterioridad a su vigencia (la cual, por cierto, ha sido suspendida en reiteradas ocasiones - por Ley 1/2012 y por R.D. Ley 11/2014), por lo que no ofrecería ninguna solución alternativa para el presente litigio.

La doctrina abuso del derecho supone, como nos señala la sentencia de la Sala 1ª del TS de 1 de febrero de 2006, la imposición de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, de manera que deberá ser apreciado cuando, con apoyo en una actuación aparentemente correcta se estuviese incurriendo en realidad en una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna. La actuación abusiva al adoptar un acuerdo social implica la posibilidad de impugnarlo por infracción legal ( artículos 115, nº 1 y 2 del TR de la LSA y 56 de la LSRL - ahora, artículo 204, números 1 y 2, de la Ley de Sociedades de Capital , aprobada por RDL 1/2010, de 2 de julio); la ley rechaza el abuso de derecho ( artículo 7 del C Civil ) y la incursión en él permite al perjudicado no solo exigir una indemnización sino reclamar del juez que ponga fin al mismo; la impugnación del acuerdo social, reclamando que sea declarada su nulidad por infringir la ley, puede ser uno de los modos de reaccionar frente al abuso del derecho que hubiese sido instrumentado mediante la adopción de aquél (entre otras, en las sentencias de la Sala 1ª del TS de 2 de mayo de 1984 y de 5 de marzo de 2009 , se contienen referencias a acciones de impugnación de acuerdos sociales que han prosperado precisamente por haberse obrado en sede societaria con abuso de derecho).

#### **SAP de Girona, de 21 de marzo de 2013 (ROJ: SAP GI 324/2013):**

*“Para concluir y a modo de obiter dicta, dado que el pronunciamiento no ha sido recurrido y esta Sala no aprecia de lo razonado en el recurso motivos para su revocación, pues se incurriría en incongruencia, la petición del demandante y la decisión de la sentencia de repartir beneficios no es correcta jurídicamente, pues sólo podía pronunciarse sobre la nulidad del acuerdo, y acordada la misma, sigue siendo competencia de la junta de accionista el reparto de beneficios, que deberá efectuarse de acuerdo a lo decidido, pero no necesariamente en el cien por cien de todos los beneficios, pues la Junta de accionistas, justificándolo debidamente, puede decidir que el porcentaje a repartir sea inferior y el resto se destine a reservas. Por ello, el pronunciamiento de la sentencia en este aspecto no debió haberse acordado, pero como no ha sido impugnado debidamente, no puede ser modificado”.*

#### **I) Efectos de la sentencia estimatoria**

**71) El art. 208 LSC dice que la sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo inscribible determinará la cancelación de la inscripción así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios. Cuestiones:**

**A) Si el acuerdo anulado fuera el de nombramiento de administrador único, ¿procedería anular todos los demás asientos adoptados en juntas convocadas por ese administrador?**

No. En tanto en cuanto los acuerdos no hayan sido anulados, estos han desplegado eficacia plena y son válidos. Cosa distinta es que hubiera pedido la suspensión del acuerdo como medida cautelar.

**AJM nº 9 de Barcelona, de 24 de febrero de 2016.**

**SAP de Barcelona, de 20 de marzo de 2013, sección 15ª:**

*“el argumento de que el administrador único nombrado en la junta impugnada debe actuar con diligencia y convocar las oportunas juntas (en efecto, eso es lo que se espera de él), es inconsistente: deberá actuar con la diligencia exigible y cumplir los deberes que la ley le impone sin perjuicio de que luego su nombramiento sea declarado nulo o cancelada la inscripción de su nombramiento por aplicación del art. 122.2 TRLSA”.*

**SAP de Alicante, sección 8ª, de 20 de marzo de 2013:**

*La Sala estima aplicable al presente caso la doctrina establecida por la STS de 23 de febrero de 2012 sobre la validez de los actos realizados por el Administrador cuyo nombramiento es después anulado porque no solo se sustenta en la finalidad de evitar la acefalia funcional dentro del órgano de administración sino también en la eficacia ejecutiva de los acuerdos adoptados y en la eficacia de las Sentencias de anulación de los acuerdos en los siguientes términos: " 2.2 Eficacia ejecutiva de los acuerdos aprobados.*

*24. La segunda premisa de la que debemos partir la constituye la presunción de que los acuerdos adoptados y reflejados en el acta son eficaces y se reputan válidos hasta que sean anulados por sentencia firme o suspendidos por decisión judicial al amparo del art. 727.10ª LEC , a tenor del art. 54.3 LSRL - "(e)l acta tendrá fuerza ejecutiva a partir de la fecha de su aprobación", hoy el art. 202.3 LSC dispone que "(l)os acuerdos sociales podrán ejecutarse a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten"-, de tal forma que, desde la aprobación del acta de la junta en la que se procede al cese de un administrador y nombramiento de otro, sin perjuicio de los efectos que puedan derivar frente a terceros de la falta de publicidad registral del nuevo nombramiento y del cese del anterior, solo el designado está facultado para convocar junta general en el ámbito interno y para representar orgánicamente a la sociedad en sus relaciones con los terceros.*

*2.3. La eficacia de las sentencias de anulación de acuerdos.*

*25. La tercera de las premisas es la de que la LEC nada más contiene una referencia específica a los efectos de las sentencias dictadas en impugnación de acuerdos societarios en el art. 222.3 que, al tratar de la cosa juzgada, dispone que "las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado" -el apartado 2º del número 2 de la disposición derogatoria única de la LEC derogó el número 1 del artículo 122.1 TRLSA , a cuyo tenor "(l)a sentencia que estime la acción de impugnación producirá efectos frente a todos los accionistas, pero no afectará a los derechos adquiridos por terceros de buena fe a consecuencia del acuerdo impugnado"-, por lo que, dada su naturaleza declarativa, en la medida en que declara con eficacia de cosa juzgada una situación preexistente, una vez firme produce sus efectos "ex tunc" o, lo que es lo*

*mismo, se retrotrae al momento de la aprobación del acuerdo y se proyecta sobre los acuerdos posteriores que se sustentan en el anulado.*

*26. A su vez, el art. 122 TRLSA -hoy 208.2 TRLSC- dispone que -"(e)n el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, la sentencia determinará además la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella", aplicable en méritos de la remisión que efectúa el artículo 56 de la LSRL "(L)a impugnación de los acuerdos de la Junta General se regirá por lo establecido para la impugnación de los acuerdos de la Junta General de accionistas en la Ley de Sociedades Anónimas".*

*27. Esta regla específica y singular -a su especificidad se refiere la sentencia 61/2001 de 1 febrero - debe ponerse en relación con lo previsto en el artículo 521.2 de la LEC, que, aunque tan solo alude de forma expresa al ámbito registral, matiza el alcance del clásico principio quod nullum est nullum effectum producitur para ceñir la cancelación de asientos registrales posteriores a aquellos en los que exista "contradicción" entre la sentencia y los asientos posteriores.*

*2.4. La validez de la convocatoria por el administrador antes de la anulación de su nombramiento por sentencia firme.*

*28. De lo hasta ahora expuesto, resuelta la validez de la convocatoria para el nombramiento de administrador efectuada por el aquel cuya designación había sido anulada por sentencia no firme, ya que, al no haberse adoptado judicialmente la medida cautelar de suspensión -al extremo de que incluso resultaría irrelevante la contradicción alguna entre la posterior declaración de nulidad y el acuerdo adoptado en junta convocada mientras su cargo estaba vigente y era la única habilitada a tal efecto, dado que, en otro caso, se correría el riesgo de provocar el colapso de la sociedad.»*

### **B) ¿Quién debe decidir el alcance de esa irradiación de efectos del acuerdo anulado: el juez o el registrador?**

El ámbito de la ejecución de los acuerdos inscribibles y la "cancelación de asientos posteriores contradictorios", plantea numerosas dudas, ¿hasta qué punto se puede conocer en ejecución de sentencia si esos acuerdos posteriores la contradicen o no?, ¿deberían ser identificados en la demanda?, ¿Tiene competencia el Registrador Mercantil para valorar tales extremos y cancelar esos acuerdos posteriores si considera que contradicen a ese anterior, impugnado por sentencia? Para resolver tales cuestiones, debe acudirse a los preceptos que lo regulan, Arts. 6, 58 y 156 RRM, art. 208 LSC y art. 521 LEC. La conclusión alcanzada es que el mecanismo ordinario es que sea el propio registrador por el art. 156.2 RRM, pero también es admisible que sea el juez en ejecución de sentencia cuando se suscita controversia.

### **SAP de Barcelona, sección 15ª, de 20 de marzo de 2013:**

*SEGUNDO. 6. El alegado efecto de la cosa juzgada, en su vertiente negativa o excluyente, que sería proyectado por la sentencia de este tribunal de 13 de julio de 2011 (que resuelve en apelación la impugnación de los acuerdos adoptados en la junta de 8 de octubre de 2009), así como el alegado efecto excluyente por*

*razón de la litispendencia que desplegaría el otro juicio de impugnación, debe ser descartado, pues la impugnación judicial de acuerdos posteriores no puede impedir los efectos o consecuencias registrales, imperativamente establecidos por el art. 122.2 TRLSA (art. 208 TRLSC), de la sentencia que declara la nulidad de acuerdos anteriores, si es que los posteriores son contradictorios con éstos.*

*La cancelación registral de los asientos posteriores contradictorios opera ope legis , ya sea acordada por el Registrador mercantil o por el tribunal que ha conocido el litigio, con independencia de que los acuerdos sociales afectados (que se consideren contradictorios ) hayan sido objeto de impugnación mediante las correspondientes acciones, dando lugar a correlativos litigios. En ellos deberá resolverse sobre la nulidad o anulabilidad de los acuerdos en función de las causas alegadas, pero esa impugnación no inmuniza las correspondientes inscripciones registrales de los efectos que pueda producir la declaración de nulidad de acuerdos sociales anteriores. Es decir, lo que se resuelva en estos litigios es siempre sin perjuicio de que opere la cancelación registral de los acuerdos impugnados, de conformidad con el art. 122.2 TRLSA, por razón de la declaración de nulidad de acuerdos anteriores.*

*En cualquier caso, el auto apelado no ha acordado la cancelación de los asientos causados por los acuerdos adoptados en la junta de 8 de octubre de 2009.*

*7. El precepto regula las consecuencias registrales de la declaración judicial de nulidad de los acuerdos sociales de que se trate, que determinará la cancelación de la inscripción de tales acuerdos inscritos y, además, de los asientos ulteriores que resulten contradictorios con los acuerdos anulados o, más genéricamente, con el pronunciamiento de nulidad. Puede interpretarse este mandato como una lógica consecuencia del principio de tracto sucesivo registral, en coherencia con la función que desempeña este principio en el Registro Mercantil de acuerdo con el art. 11 RRM , y de la necesidad de impedir que lo que ha sido declarado nulo pueda consagrarse o convalidarse mediante la adopción e inscripción de acuerdos posteriores de ejecución del acuerdo nulo, que traen causa del mismo o se fundamenten en él.*

*Debe tenerse presente que la sentencia estimatoria de la impugnación de un acuerdo societario produce su efecto desde que es firme, pero con eficacia ex tunc , de modo que sus efectos se retrotraen al momento de aprobación del acuerdo anulado, cual si el mismo nunca hubiera existido , de forma radical y automática desde su firmeza (sin perjuicio de los derechos adquiridos por los terceros de buena fe, en ciertas condiciones).*

*De este modo, los efectos del pronunciamiento judicial no se limitan a la cancelación registral de los acuerdos anulados, para ajustar el registro a la realidad extrarregistral, sino que, conforme al precepto, deben proyectarse, en el ámbito registral, sobre aquellos otros acuerdos que se consideren contradictorios con el pronunciamiento de nulidad.*

*8. El criterio para proceder a la cancelación y a la previa identificación de los acuerdos inscritos afectados viene determinado por la noción de contradicción con la nulidad declarada, que será apreciable en general cuando los acuerdos posteriores se fundamentan en el acuerdo nulo, y en particular cuando sean ejecución del mismo, o si divergen o se apartan de la situación jurídica anterior*

*al acuerdo anulado que la sentencia restablece por virtud de su eficacia extunc, es decir, cuando parten de la situación jurídica creada por el acuerdo nulo.*

**C) Caso de que se concluyera que es el juez: ¿cabría hacerlo después de haber dictado la propia sentencia y como un incidente de la ejecución?**

Sí, estaríamos ante una ejecución en sentido impropio, de pronunciamiento declarativo debiendo limitarse el juez a valorar si es segundo acuerdo es “contradictorio” con el anterior, no a examinar nuevos motivos de impugnación de ese segundo acuerdo, pues ello debería ventilarse en un nuevo proceso declarativo.