

# EL DERECHO DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS DE LA JUNTA GENERAL EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL EN ESPAÑA: LEGITIMACIÓN ACTIVA ORDINARIA Y AMPLIADA

## THE RIGHT OF OBJECTION OF AGREEMENTS OF THE GENERAL MEETING IN CAPITAL COMPANIES IN SPAIN: ORDINARY AND EXTENDED ACTIVE LEGITIMATION

PEDRO JESÚS BAENA BAENA\*  
UNIVERSIDAD DE SEVILLA

**RESUMEN:** La Ley 31/2014, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital, ofrece un nuevo régimen jurídico, esencialmente más restrictivo, en materia de impugnación de acuerdos sociales en España. La reforma, principalmente, elimina la distinción entre acuerdos nulos y anulables y refuerza la regulación de la impugnación de los acuerdos contrarios al orden público. Con relación a la legitimación ordinaria para impugnar acuerdos (no contrarios al orden público), de un lado, se amplían los sujetos reconocidos, al permitirse el ejercicio de la acción de impugnación a los terceros que acrediten un interés legítimo en todos los supuestos (cuando antes sólo se les reconocía tal derecho para los acuerdos nulos); y, de otro lado, se exige a los socios una participación mínima, concediéndose a los minoritarios ahora excluidos el derecho al resarcimiento del daño que les hubiere causado el acuerdo impugnado.

**PALABRAS CLAVE:** Ley de sociedades de capital (España), acuerdos sociales, impugnación de acuerdos, legitimación activa.

**ABSTRACT:** *The recent reform of the Spanish Companies Act (Act 31/2014) gives an essentially new more restrictive solution in challenging resolutions. That Act removed the distinction between null and avoidable resolutions and reinforced the challenging of resolutions against public order.*

*In relation to the ordinary entitlement to challenge resolutions (those that are not against public order), nowadays third parties that have a lawful interest are entitled in every case (previously the entitlement was limited to null resolutions), and the partners' entitlement to challenge resolutions is conditioned by the requirement of a minimal participation, but the new regulation gives them the duty of compensating the suffered damage.*

**KEY WORDS:** *Spanish Companies Act, company resolutions, challenging resolutions, active legitimation.*

## 1. FUNDAMENTO Y SISTEMA LEGAL

El derecho de impugnación de los acuerdos sociales adoptados por los órganos de las sociedades de capital es uno de temas más trascendentes en este campo, tanto desde el punto de vista dogmático como desde el práctico, por ello ha sido tradicionalmente objeto de una atención destacada por la doctrina y por la jurisprudencia. El tratamiento jurídico que se dé a la legitimación activa para la impugnación de los acuerdos sociales es clave para hacer efectivo el derecho de los socios de evitar la adopción de decisiones ilegales, contrarias a los estatutos o al reglamento de dicho órgano, o lesivas para los intereses de la sociedad, y con ello lograr también impedir su perjuicio. En este concreto aspecto el legislador se encuentra ante la necesidad de dar una respuesta adecuada a las exigencias derivadas de dos principios dignos de protección pero contrapuestos: el de estabilidad de las decisiones sociales y el de protección de la minoría (o de los terceros con interés legítimo) frente a los abusos de la mayoría. Todo ello porque la preeminencia reconocida a la junta general como órgano supremo de las sociedades de capital (anónima y de responsabilidad limitada) no supone que aquélla tenga unas competencias ilimitadas ni que pueda adoptar válidamente cualquier acuerdo, pues los acuerdos que adopte han de respetar, no sólo la legislación vigente, sino también los estatutos y las normas que los desarrollen, y han de evitar la lesión del interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros (lo cual se produce cuando el acuerdo causa daño al patrimonio social, o incluso cuando sin causarlo se impone de manera abusiva por la mayoría). Para lograr estos fines, en los arts. 204 a 208 TRLSC, aprobado por RDL 1/2010, de 2 de julio (en lo sucesivo, LSC), se regula, de modo general, la impugnación de acuerdos de la junta general (que en el caso de la sociedad unipersonal estará integrada por el socio único).

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, viene a dar una nueva solución más restrictiva, muy en la línea de la seguida en otros países de nuestro entorno<sup>1</sup>, respecto a la adoptada previamente por el legislador español en la materia, escasamente condicionado por el Derecho comunitario (excepto en materia de fusiones y escisiones ya inscritas, que devienen inimpugnables), en la que se concedía una legitimación activa amplia para la impugnación de los acuerdos nulos (mejor, pretendidamente nulos) y más restringida para los anulables (*rectius*, respecto de aquéllos cuya anulabilidad se quiere conseguir). Reforma que, por lo demás, resulta aplicable sólo a las sociedades anónimas y limitadas, rompiendo la previamente existente unidad de régimen (unidad aunque no uniformidad, pues existían algunas especialidades en tales regulaciones, propias de las distintas sociedades) con las sociedades anónimas europeas domiciliadas en España y las sociedades cooperativas, en las cuales se sigue manteniendo el sistema anteriormente vigente<sup>2</sup>.

El antecedente legislativo más próximo del ahora reformado art. 206 de la LSC, regulador de la legitimación para impugnar acuerdos sociales de la junta general, lo tenemos en los apdos. 1 y 2 del art. 117 de la RDL 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la *Ley de Sociedades Anónimas* (en lo sucesivo LSA de 1989 o LSA), cuyo origen se encuentra en el art. 69 de la Ley de 17 de julio de 1951, sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas (en adelante, LSA de 1951), en el que se determinaba quiénes podían ejercitar la acción de impugnación de los acuerdos sociales nulos o anulables por el procedimiento especial del art. 70 de la propia LSA

<sup>1</sup> Para un estudio de Derecho comparado, entre otros, v. nuestra monografía *Legitimación activa para la impugnación de acuerdos sociales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, pp. 37-53; QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Bases para una revisión del derecho de impugnación de los acuerdos sociales”, *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendientes de reforma* (dir. ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A. y ESTEBAN VELASCO, G.), t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 268-272; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., “El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos de las juntas generales en las sociedades de capital: las causas de invalidez y los motivos de inimpugnabilidad”, *RDBB*, n.º 137, 2015, pp. 69-86; y MUÑOZ PAREDES, M. L., “Los acuerdos sociales impugnables”, *RDM*, n.º 296, 2015, pp. 172-175.

<sup>2</sup> Regulación que, por lo demás, tampoco es común en todo el Estado para tales sociedades cooperativas, pues éstas están disciplinadas tanto por normas estatales como por otras autonómicas. Todo ello habida cuenta de la competencia legislativa atribuida a todas las Comunidades Autónomas –y no a las dos Ciudades Autónomas– por sus respectivos Estatutos de Autonomía, al amparo de lo dispuesto en los arts. 129.2 y 149.3 Constitución Española –en lo sucesivo, CE–, ejercida por todas ellas menos Canarias.

de 1951<sup>3</sup> y quiénes podían ejercer la acción de nulidad de los acuerdos contrarios a la Ley por el procedimiento declarativo ordinario<sup>4</sup>. Antes de esta Ley estaba vigente en la materia el Código de comercio de 1885 (en adelante, C. de c.), que no contenía ningún precepto sobre el tema (como tampoco existe en la chilena Ley sobre Sociedades Anónimas de 1981), aunque ello no había impedido combatir judicialmente los acuerdos sociales viciados, apoyándose en los principios generales del Ordenamiento y por el cauce del procedimiento común<sup>5</sup>.

Con la Ley 19/1989, de 25 de julio, *de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de sociedades*, se introdujeron cambios trascendentales en el ámbito que estudiamos, tanto en lo relativo al Derecho material como al Derecho procesal, los cuales cristalizaron, en lo que a la sociedad anónima se refiere, en el texto articulado de la LSA de 1989. De un lado se insertaron importantísimas novedades en la disciplina de la impugnación de acuerdos sociales, como la legitimación de los terceros que acrediten interés legítimo para impugnar los acuerdos nulos, la legitimación de los administradores para impugnar acuerdos anulables, el reconocimiento de la posibilidad de impugnar los acuerdos del consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración, la disciplina de la sustitución y la anulación por la sociedad de los acuerdos nulos y el establecimiento de un plazo de caducidad de un año para los acuerdos contrarios a la Ley que no se opongan al orden público, además de otras mejoras técnicas de indudable valor, como la más clara distinción entre acuerdos nulos y anulables<sup>6</sup>. Y, de otro, se suprimió el proceso especial, aunque se mantuvieron unas singularidades procedimentales<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Sobre éste, v. GÓMEZ ORBANEJA, E., "El proceso de impugnación en la Ley de sociedades anónimas", *RDP*, 1955, p. 123; y PÉREZ DAUDÍ, V., "Artículo 117", *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (coord. ARROYO, I., EMBID, J. M. y GÓRRIZ, C.), 2.ª edic., vol. II, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 1201-1204.

Este trabajo se enmarca en una línea de investigación del autor, cuyos principales resultados han visto la luz en la monografía *Legitimación...*, *op. cit.*, 222 pp.; en el capítulo de libro denominado "La asamblea general (II). Constitución. Celebración. Impugnación de acuerdos", *Tratado de Derecho de Cooperativas* (dir. PEINADO GRACIA, J. I.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 425-433; y en los artículos titulados "Legitimación activa y pasiva para la impugnación de acuerdos sociales (arts. 206.1, 2 y 3, 251.1 y 495.2.b) LSC)", RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, LUIS A. y ESTEBAN VELASCO G. (dir.), RONCERO SÁNCHEZ, A. (coord.), *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada*, t. I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 533-572; "El nuevo régimen jurídico español de la legitimación activa y pasiva para la impugnación de acuerdos de las sociedades de capital", *Revista de Derecho* (publicada por Investigaciones y Publicaciones Jurídicas, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana, Nicaragua), n.º 20, 2016, pp. 125-160; y "Legitimación activa para impugnar acuerdos sociales de los terceros que acrediten un interés legítimo y ejercicio abusivo del derecho por la sociedad al adoptar el acuerdo social. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2018", *RdS*, n.º 53, 2018, formato Thomson Reuters ProView, pp. 1-15.

<sup>4</sup> Entre otros, v. SORIA FERRANDO, J. V., *La legitimación activa para la impugnación de acuerdos de la junta general de la sociedad anónima*, Secretariado de Publicaciones, Alicante, 1982, pp. 21-29.

<sup>5</sup> Si bien la lentitud y el elevado costo del procedimiento declarativo aplicable, el de mayor cuantía, habían mostrado la inadecuación de esta fórmula para la protección de los intereses de las minorías. Al respecto, v. URÍA, R., en GARRIGUES, J. y URÍA, R., *Comentario a la ley de sociedades anónimas*, t. II, 3.ª edic. (revisada por MENÉNDEZ, R. y OLIVENCIA, M.), Madrid, 1976, p. 741.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 69 de la LSA de 1951 estaban legitimados para ejercer la acción de nulidad o anulabilidad conforme al procedimiento especial "los concurrentes a la Junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo impugnado, los accionistas ausentes y los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto"; mientras que para el ejercicio de la acción de nulidad por el procedimiento ordinario lo estaban "todos los accionistas y los administradores en su propio nombre, aunque no sean accionistas", si bien la doctrina propugnaba la admisión como legitimados de los terceros perjudicados por extensión de la doctrina general relativa a la nulidad de los contratos.

<sup>6</sup> Por todos, v. URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M., *La junta general de accionistas*, *Comentario al régimen de las sociedades mercantiles* (dir. URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M.), t. V, Civitas, Madrid, 1992, pp. 308-309; BERCOVITZ, A., "Los acuerdos impugnables en la Sociedad Anónima", AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 375; y EMBID IRUJO, J. M., "Notas sobre la impugnación de acuerdos sociales en la ley española de Sociedades Anónimas", *Noticias UE*, n.º 121, 1995, p. 50.

<sup>7</sup> Consistentes básicamente en el establecimiento de un plazo de caducidad, la legitimación, la acumulación de acciones, las medidas cautelares y los efectos de la sentencia y la remisión al cauce procedimental del juicio ordinario de menor cuantía (art. 119.1 de la LSA). En este sentido, entre otros, v. PÉREZ DAUDÍ, V., *op. cit.*, p. 1207.

Aspecto éste que supuso que el procedimiento a seguir fuese el mismo, con independencia de que se impugnara un acuerdo nulo o uno anulable, e incluso que en una misma demanda pudieran plantearse conjuntamente dos pretensiones de distinta naturaleza: la declarativa de nulidad y la constitutiva de anulabilidad. V. GIMENO SENDRA, J. V., *La reforma procesal mercantil. Los nuevos procedimientos de impugnación de acuerdos y de la propiedad industrial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pp. 16 y 28; GUASP, J., *Derecho procesal civil*, t. II, 4.ª edic. revisada y adaptada a la legislación vigente por ARAGONESES, Civitas, Madrid, 1998, p. 247; y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de Sociedades*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 682.

Tras la nueva redacción dada al art. 118 LSA de 1989 por la disp. fin. 3.ª Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en lo sucesivo, LEC) (que también suprime los arts. 119 a 121 y el párr. 1.º del art. 122 LSA de 1989) los procesos de impugnación de acuerdos sociales se habían de tramitar a través del juicio ordinario, con derogación (v. disp. derog. única. 2. 2.ª LEC) de la regulación especial relativa a procedimiento (art. 119), suspensión del acuerdo impugnado (art. 120) y anotación preventiva (art. 121). De modo que desde la entrada

De este modo en el art. 117.1 LSA de 1989 se contemplaba con amplitud la legitimación activa para la impugnación de acuerdos nulos de la junta general; en concreto se reconocía dicha capacidad procesal a “*todos los accionistas, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo*”. Y en el art. 117.2 LSA se reservaba la legitimación para la impugnación de los acuerdos anulables de la junta general a “*los accionistas asistentes a la junta que hubiesen hecho constar en el acta su oposición al acuerdo, los ausentes y los que hubieren sido ilegítimamente privados del voto, así como los administradores*”<sup>8</sup>.

Por su parte la impugnación de acuerdos sociales no estaba expresamente contemplada en el ámbito de las sociedades de responsabilidad limitada en la Ley de 17 de julio de 1953, sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada (en lo sucesivo, LSRL de 1953), omisión que se superó con la adopción de la Ley 19/1989, de 25 de julio, en la que se reformó el art. 15 de la LSRL de 1953, en cuyo apdo. 3, *in fine*, se incluyó una mención conforme a la cual “*(l) os acuerdos sociales, hayan sido o no adoptados en junta general de socios, serán impugnables conforme a lo previsto para la junta general de accionistas*”. Criterio que se mantuvo con la adopción de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante, LRSRL de 1995)<sup>9</sup>.

La LSC, que deroga la LSA de 1989 y la LSRL de 1995 y unifica la regulación de ambos tipos sociales en una sola Ley, no incluye novedades relevantes en la materia, y disciplina la legitimación para impugnar los acuerdos de la junta general en su art. 206<sup>10</sup>.

Por otro parte, en la Ley de Cooperativas vigente, Ley 27/1999, de la de julio<sup>11</sup>, se regula la figura de la impugnación de los acuerdos de la asamblea general y se dispone (art. 31.4) una legitimación amplia para el caso de los acuerdos nulos, al permitirse que los impugnen “*cualquier socio; los miembros del Consejo Rector; los interventores; el Comité de Recursos y los terceros que acrediten interés legítimo*”. Mientras que para los acuerdos anulables se legitima a “*los socios asistentes a la Asamblea que hubieran hecho constar, en acta o mediante documento fehaciente entregado dentro de las 48 horas siguientes, su oposición al acuerdo, aunque la votación hubiera sido secreta; los ilegítimamente privados del derecho de voto y los ausentes, así como los miembros del Consejo Rector y los interventores*”<sup>12</sup>.

---

en vigor de la LEC no cabía hablar de la existencia de un proceso especial en materia de impugnación de acuerdos sociales, sino tan sólo de algunos requisitos de caducidad, legitimación e inscripción y publicación de la sentencia que declarase la nulidad del acuerdo inscribible, relacionados con la impugnación de determinados acuerdos sociales, instruida en un procedimiento ordinario cualquiera que fuera su cuantía (art. 249.1.3.º LEC). Procedimiento por el cual se podían tramitar otras pretensiones junto a la puramente impugnatoria, como podría ocurrir con la acción individual de responsabilidad contra los administradores, las acciones declarativas de la invalidez del acuerdo social por causas no contempladas expresamente en la ley para su impugnación y la discusión de la cualidad de socio de quien impugna.

<sup>8</sup> Sin embargo sólo estaban facultados activamente para impugnar los acuerdos nulos y anulables del consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración “*los administradores y los accionistas que representen el cinco por ciento del capital social*” (art. 143.1 LSA). Además, en el art. 117.3 LSA se disponía que las acciones debían dirigirse contra la sociedad, único legitimado pasivo en el procedimiento, regulándose el supuesto de que el actor tuviese la representación exclusiva de la sociedad.

<sup>9</sup> En cuyo art. 56 se remitía de modo general a lo establecido en la LSA en relación con la impugnación de acuerdos de la junta general. Si bien respecto a la impugnación de los acuerdos nulos y anulables del consejo de administración se disponía de manera expresa (art. 70), aunque con igual contenido que el dispuesto en la LSA (por lo que si se hubiera optado nuevamente por el reenvío a la LSA no habría cambiado nada), la legitimación de “*los administradores*” y de “*los socios que representen el cinco por ciento del capital social*”.

<sup>10</sup> Y los acuerdos del consejo de administración en su art. 251. Al respecto, v. nuestro artículo “Legitimación activa y pasiva...”, *op. cit.*, pp. 563-568.

<sup>11</sup> Que sustituye a la Ley General de Cooperativas de 1987 (en la que se disciplinaba la impugnación de los acuerdos sociales de la asamblea general en su art. 52 y la de los acuerdos del consejo rector en el art. 66).

<sup>12</sup> Y para la impugnación de los acuerdos del Consejo Rector (art. 37.1 y 2) se legitima, respecto a los acuerdos nulos, a “*todos los socios, incluso los miembros del Consejo Rector que hubieran votado a favor del acuerdo y los que se hubiesen abstenido*”; y, con relación a los acuerdos anulables, a “*los asistentes a la reunión del Consejo que hubiesen hecho constar, en acta, su voto contra el acuerdo adoptado, los ausentes y los que hayan sido legítimamente privados de emitir su voto, así como los interventores y el cinco por ciento de los socios*”.

Al régimen de impugnación de acuerdos sociales de las sociedades cooperativas hemos dedicado el estudio “La asamblea general...”, *op. cit.*, pp. 425-433.

## 2. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES DE LA JUNTA GENERAL. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES

La “legitimación” es la cualidad de un sujeto jurídico que determina la posibilidad de realizar actos procesales válidos en un proceso en particular<sup>13</sup>. Conforme a lo dispuesto en el art. 10 LEC tendrán la condición de “*partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso*”. De manera general, este vínculo de carácter objetivo viene unido, en las acciones de naturaleza declarativa, a la existencia de un interés legítimo, que justifica la interpretación amplia del derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales (art. 24 CE); pero en las acciones constitutivas es el legislador quien designa quiénes son los interesados, como se hace en el art. 93.c) LSC cuando reconoce el derecho de impugnación como un derecho mínimo del socio, que deriva de su implícito interés en la sociedad. Interés que comúnmente se presume presente en los socios y en los administradores y que han de probar los terceros.

El antecedente más próximo de la reforma de la LSC, introducida por Ley 31/2014, lo encontramos en el art. 214-13 y 14 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, aprobado por el Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2014, basado en la Propuesta presentada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, el 17 de junio de 2013; y en las pequeñas modificaciones introducidas a dicho Propuesta por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo (creada por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 10 de mayo de 2013), en su *Estudio de Propuestas de modificaciones normativas*, emitido el 14 de octubre de 2013, si bien algunas de ellas no han sido incorporadas al texto legal, al preferirse el texto del Anteproyecto<sup>14</sup>.

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley se expresa: “*III-19. Con singular incidencia en el modelo, se ha configurado la legitimación para impugnar acuerdos anulables como un derecho de minoría, atribuyendo a los socios no legitimados un derecho al resarcimiento del daño ocasionado por el acuerdo impugnado. El nuevo sistema tiene la explícita intención de contribuir a un mayor equilibrio en el juego de intereses tantas veces evidenciado entre mayoría y minoría*”.

Por su parte el Comité de Expertos en materia de Gobierno Corporativo ha justificado así la reforma: “*Junto a estas medidas se propone la adopción de otras que tratan de evitar el abuso del derecho de impugnación y su utilización con fines poco confesables. Se trata ahora de minimizar el riesgo del uso estratégico y oportunista del derecho. En esta línea se sugieren algunas medidas:*

*(i) La primera y seguramente más importante consiste en restringir la legitimación. Hasta la fecha cualquier accionista, aunque poseyera una sola acción, podía poner en jaque a la sociedad con una acción de impugnación, normalmente basada en vicios menores de procedimiento, según acredita la jurisprudencia. La PCM reaccionó frente a esta grave problemática de la práctica subiendo el listón, aunque seguramente ha ido demasiado lejos. De acuerdo con ella, solo están legitimados para impugnar los accionistas que reúnan una participación de minoría, que se cifra en el 5 % del capital en las sociedades ordinarias y en el 1 % en las sociedades cotizadas. La Comisión de Expertos ha considerado que no debía llegarse a una restricción tan acusada y por eso propone umbrales considerablemente más bajos, inspirándose para ello en precedentes vecinos y, concretamente, en el caso italiano: el 1 % para las sociedades no cotizadas y el 0,1 % o uno por mil del capital para las cotizadas. Con todo, debe señalarse que los accionistas que queden debajo de ese umbral no quedan indefensos, ya que en todo caso se les reconoce el derecho de proceder contra la sociedad reclamando la indemnización de los daños y perjuicios que les haya ocasionado el acuerdo impugnado”.*

<sup>13</sup> V. MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 32-35 y 87-93.

<sup>14</sup> Con carácter general sobre el proceso prelegislativo y los planteamientos de política legislativa vinculados a él, entre otros, v. QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, p. 274-289; y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., *op. cit.*, pp. 64-69 y 86-91.

El panorama previo a la reforma fue descrito como caracterizado por una abundante litigiosidad, con una distinción artificiosa entre acuerdos nulos y anulables y la presencia de abusos de minorías y de mayorías. Así la Ley 31/2014 justifica la reforma que estudiamos en los párrs. 7 a 9 del apdo. IV de su Exposición de Motivos, en los que se expresa lo siguiente: *“Por lo que se refiere al régimen jurídico de la impugnación de los acuerdos sociales, se han ponderado las exigencias derivadas de la eficiencia empresarial con las derivadas de la protección de las minorías y la seguridad del tráfico jurídico. En consecuencia, se adoptan ciertas cautelas en materia de vicios formales poco relevantes y de legitimación, para evitar los abusos que en la práctica puedan producirse.*

*Al mismo tiempo, se unifican todos los casos de impugnación bajo un régimen general de anulación para el que se prevé un plazo de caducidad de un año. La única excepción son los acuerdos contrarios al orden público, que se reputan imprescriptibles. En el caso de las sociedades cotizadas, el plazo de caducidad se reduce a tres meses para que la eficacia y agilidad especialmente requeridas en la gestión de estas sociedades no se vean afectadas.*

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

De esta manera desaparece la tradicional distinción entre acuerdos nulos y acuerdos anulables. Ahora son todos anulables (en palabras de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, refiriéndose a la caducidad, *“se unifican todos los casos de impugnación bajo un régimen general de anulación para el que se prevé un plazo de caducidad de un año”*), pues en opinión de la Comisión de Expertos se trata de una *“diferenciación artificial”* a la que *“se ligan consecuencias jurídicas muy diferentes y difícilmente justificables”*. El término *“anulación”* también se usa en la Exposición de Motivos de la Ley 31/2014, pero no en el texto de sus artículos. Y dicha Comisión de Expertos reserva el concepto de *nulidad* para los acuerdos contrarios al orden público, que son *«verdadera o radicalmente nulos»*, cuando dice que: *“La única excepción son los acuerdos... que por sus circunstancias, causa o contenido son contrarios al orden público, que se reputan imprescriptibles”*. Si bien el término *«nulidad»* sigue presente en el art. 208.1 LSC, no modificado por la Ley 31/2014, el cual debe interpretarse como *«invalidez»* o *«ineficacia»*<sup>15</sup>.

Sin entrar en discusiones más profundas sobre la distinción jurídica entre la nulidad y la anulabilidad lo que resulta destacable es que el legislador en el articulado renuncia a una mayor precisión terminológica eludiendo el uso de los términos *nulo* y *anulable* (criterio que también debiera haber seguido en dicha Exposición de Motivos) que, por lo demás, tampoco eran precisos. Y desplaza la cuestión al terreno procesal al establecer junto a la legitimación *ordinaria* una legitimación *ampliada* para la proscripción de los acuerdos pretendidamente contrarios al orden público, respecto a los cuales la acción de impugnación resulta, por lo demás, imprescriptible, cuando los demás acuerdos sociales devienen inimpugnables (lo cual, en buena técnica jurídica, no quiere decir que se conviertan por ello en válidos) al cumplirse el plazo de caducidad de un año (que se reduce a tres meses, para las sociedades cotizadas), con independencia de cuál sea la causa por la que se pretenda la declaración de su invalidez (ser contrarios a la ley, a los estatutos o al reglamento de la junta, o producir lesión en el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros).

Por lo demás, el texto del art. 206 del Proyecto de Ley sufrió una importante modificación

<sup>15</sup> Por todos, v. ROJO, Á., “Artículo 206. Legitimación para impugnar”, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (dir. ROJO, Á. y BELTRÁN, E.), t. I, Civitas, Madrid, 2011, pp. 1472 y 1474-1475.

en su tramitación parlamentaria, al acoger en su redacción final una enmienda transaccional<sup>16</sup>, justificada en razones técnicas, en la que se dispone que para impugnar los acuerdos contrarios al orden público estará legitimado cualquier socio, “*aunque hubieran adquirido esa condición después del acuerdo, administrador*” o tercero. Se añade así esta puntualización inclusiva respecto a los nuevos socios y respecto a los administradores, frente a la previa referencia a socios y terceros, únicamente.

Se trata, en fin, de una reforma que transforma la disciplina en la materia, principalmente, al eliminar la distinción entre acuerdos nulos y anulables<sup>17</sup> y al reforzar la regulación de la impugnación de los acuerdos contrarios al orden público, novedades que tienen consecuencias en materia de legitimación activa. Y, con relación a la legitimación ordinaria para impugnar acuerdos (no contrarios al orden público), se ha de destacar especialmente que, de un lado, se amplían los sujetos reconocidos, al permitirse el ejercicio de la acción de impugnación a los terceros que acrediten un interés legítimo en todos los supuestos (cuando antes sólo se contemplaba para los acuerdos nulos); y que, de otro lado, se sujeta a los socios al requisito de la participación mínima, medida restrictiva cuyas posibles consecuencias son menores de las que se pudiera inicialmente imaginar si se tiene en cuenta que los socios minoritarios ahora excluidos (que en la práctica serán normalmente los accionistas de las grandes sociedades de capital disperso, dado de que los umbrales establecidos no son difíciles de superar en las sociedades cerradas) poseen el derecho de exigir a la sociedad el resarcimiento del daño que les hubiere causado el acuerdo impugnado.

### 3. LEGITIMACIÓN ORDINARIA PARA LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS

#### 3.1. Legitimación de los socios

##### 3.1.1. Condición de socio del actor

En el texto de la LSC previo a la modificación introducida por la Ley 31/2014 se reconocía la legitimación del socio para la impugnación de acuerdos sociales, si bien se hacía una distinción trascendente entre acuerdos nulos y anulables, pues dicho reconocimiento no estaba sujeto a condición para los acuerdos nulos (art. 206.1) y sí lo estaba para los anulables (art. 206.2), respecto a los cuales sólo se contemplaba a favor de los asistentes a la junta que hubieran hecho constar en acta su oposición al acuerdo, de los ausentes y de aquellos que hubiesen sido privados ilegítimamente del voto. Ahora dicha legitimación se reconoce a todo socio si bien se vincula a la ostentación de dicha condición en el momento de la adopción del acuerdo y, en su caso, a la tenencia de una participación mínima en el capital social.

Tanto antes de la reforma de las sociedades de capital introducida por la Ley 31/2014 como después de ella todo socio está legitimado por el mero hecho de disfrutar de esta condición, sin tener que someterse al trámite más complejo de la prueba del interés legítimo requerida del tercero ni de demostrar un interés personal en su pretensión, pues se presume que el socio está debidamente interesado en la declaración de invalidez del acuerdo viciado. Y ello con independencia de que se acoja la tesis que considera que el socio actúa en sustitución de la sociedad y en interés de ésta<sup>18</sup> o la que concibe que el socio ostenta un verdadero derecho subjetivo de carácter personal reconocido para la tutela de un derecho propio y exclusivo (intransmisible) de quien ejercita la acción<sup>19</sup>. Tesis éstas que admiten su combinación pues, si bien parece adecuado hablar de derecho subjetivo, éste

<sup>16</sup> Que refunde en el Congreso de los Diputados las enmiendas n.º 59 del Grupo Parlamentario Popular y n.º 72 del Grupo Parlamentario Socialistas. V. BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 97-2, de 23/09/2014.

<sup>17</sup> Unificados en una supracategoría unitaria de acuerdos impugnables. Entre otros, v. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., *op. cit.*, pp. 91-95; y MUÑOZ PAREDES, M. L., *op. cit.*, pp. 167 y 178-180, quien subraya que el régimen de *impugnabilidad* equivale a la antigua anulabilidad.

<sup>18</sup> V. GÓMEZ ORBANEJA, E., *op. cit.*, pp. 126-127; y DAMIÁN MORENO, J. y ARIZA COLMENAREJO, M. J., *Impugnación de los acuerdos de sociedades anónimas*, Colex, Madrid, 2000, p. 52.

<sup>19</sup> V. GIMENO SENDRA, J. V., *op. cit.*, p. 29.

se ejerce al impugnar el acuerdo a favor de la sociedad, lo que permite tanto su transmisión como su ejercicio incluso por quien votó a favor del acuerdo adoptado, posibilidad que conforme a la legislación precedente se negaba en el caso de la impugnación de acuerdos pretendidamente anulables<sup>20</sup>; y ello se justifica en la conveniencia de la facilitación de acciones ejercitables para combatir acuerdos sociales antijurídicos, por ser contrarios a la ley, a los estatutos o al reglamento de la junta o lesionar el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros (art. 204.1 LSC).

Todo socio (que alcance el umbral de capital establecido), sea de la clase que sea, está legitimado para impugnar acuerdos sociales, pues el derecho de impugnación es un derecho mínimo común de todo socio reconocido legalmente [art. 93.c) LSC]. Así, están legitimados<sup>21</sup>: el socio ordinario; el socio privilegiado (arts. 94-96 LSC); el socio sin voto, que goza de los mismos derechos que el ordinario menos el de voto (art. 102.1 LSC); el socio moroso en el pago de los desembolsos pendientes, pues la sanción de suspensión del derecho de voto al accionista moroso no se extiende al derecho de impugnación de los acuerdos sociales (art. 83 LSC); el socio cotitular de acciones o participaciones designado por los copropietarios para el ejercicio de los derechos de socio (art. 126 LSC); el socio nudo propietario o el socio pignorante de acciones o participaciones, si no se dispone lo contrario en los estatutos de la sociedad, o, en caso de así disponerse en ellos, el usufructuario y el acreedor pignoraticio (art. 127.1 y 132.1 LSC)<sup>22</sup>. Y hasta en los casos de titularidad de acciones o participaciones pendientes de atribución se ha de reconocer la legitimación de quien represente a su titular, como ocurre con la herencia yacente o la sociedad ganancial no repartida, tanto con base en el derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el art. 24 CE como por la posibilidad de impugnar concedida a los terceros con interés legítimo, condición que de negarse la de socio ha de reconocerse en dicho representante<sup>23</sup>.

Por el contrario, no están legitimados en condición de socios (aunque pudieran ser reputados terceros con interés legítimo), quienes no lo son, como ocurre con: los titulares de derechos de suscripción preferente que no sean titulares de acciones o participaciones por no tener la condición de socio, la cual sólo la poseen los titulares de las acciones o participaciones (art. 306 LSC); quienes ostentan el derecho de contravalor de sus aportaciones no dinerarias hasta que no se les entregue las acciones o participaciones tras el correspondiente aumento de capital social (art. 300 LSC)<sup>24</sup>; o los titulares de bonos de disfrute que entregue la sociedad en caso de reducción de capital social a los ex socios que vean amortizadas sus acciones (v. arts. 317 y 318 LSC)<sup>25</sup>.

### 3.1.2. *Adquisición y pérdida de la condición de socio*

La Ley 31/2014 introduce la exigencia para la legitimación del socio de que éste ostente la condición de tal antes de la adopción del acuerdo impugnado (art. 206 LSC). Y, como se trata de un sujeto legitimado en cuanto socio, se sobreentiende que ha de seguir siéndolo en el momento en que impugne<sup>26</sup>. Pero hemos de advertir que con la ampliación de la legitimación activa producida ya en la LSA de 1989 (y mantenida en la LSC) para la impugnación de los acuerdos a los terceros que tengan interés legítimo pierde gran parte de interés práctico la discusión doctrinal sobre el momento

<sup>20</sup> Por todas, v. las SSTS de 14-11-1992 (RJ 1992/9406) y de 29-7-1998 (1998/6379), la SAP de Cantabria de 29-11-1996 (AC 1996/2333) y la SAP Segovia de 29-7-1999 (AC 1999/1956).

<sup>21</sup> Entre otros, v. nuestro estudio *Legitimación...*, *op. cit.*, pp. 87, 97-100 y 105-112; BERCOVITZ, A., "Impugnación de acuerdos sociales (legitimación y procedimiento. Acuerdos del Consejo de Administración", *La sociedad de responsabilidad limitada* (coord. BERCOVITZ, A.), Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 314-315; y MASSAGUER, J., "Artículo 206. Legitimación para impugnar", *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)* (coord. JUSTE MENCÍA, J.), Civitas, Cizur Menor, 2015, p. 253.

<sup>22</sup> La titularidad del derecho de impugnación en tales casos no es, por lo demás, pacífica en la doctrina; al respecto, entre otros, v. PÉREZ MORIONES, A., "Algunas consideraciones sobre el alcance de la legitimación activa para la impugnación de acuerdos sociales: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012", *Diario LL*, n.º 8000/2012, p. 5.

<sup>23</sup> V. SSTS de 3-5-1969 (RJ 1969/2416), de 27-11-1972 (RJ 1972/4663) y de 19-12-1984 (RJ 1984/6138).

<sup>24</sup> V. SSTS de 30-5-1997 (RJ 1997/4330) y de 30-9-1997 (RJ 1997/6461).

<sup>25</sup> V. SAP Baleares de 23-5-2011 -AC 2011/1278-. Al respecto, más ampliamente, v. nuestro trabajo *Legitimación...*, *op. cit.*, pp. 100-101.

<sup>26</sup> V. MASSAGUER, J., *op. cit.*, p. 253-255.

en el cual debe tenerse el estatus de socio para poder impugnar. Y esto es así porque, de negarse la facultad de impugnar a quien adquiere la condición de socio después de la reunión en la que se adopta el acuerdo en cuestión, éste puede argumentar su carácter de tercero interesado, si bien en tal caso ha de demostrar un interés legítimo actual (diferente al que tiene como socio ya que, de lo contrario, carecería de sentido la expresa exclusión legal del socio nuevo), pues en la LSC sólo se presume que existe dicho interés en los socios y en los administradores.

La apuntada precisión realizada con la reforma introducida por la Ley 31/2014 viene a dar una solución restrictiva que es contraria a la auspiciada previamente por la doctrina mayoritaria que había estudiado la materia, y seguramente la intención que esté tras de ella sea el reducir el número de legitimados y, por tanto, de impugnaciones, si bien habida cuenta de la amplitud de la legitimación reconocida a los terceros de buena fe es probable que tal pretensión diste mucho de lograr su objetivo en la práctica. Efectivamente, tras la adopción de la LSA de 1989 triunfaron las tesis doctrinales que estimaban la legitimación del socio que ingrese en la sociedad con posterioridad al acuerdo (concretamente el acuerdo pretendidamente nulo) fundamentando su admisión en el interés que tiene dicho sujeto en evitar las repercusiones que pueda tener para la sociedad y para sí el acuerdo viciado tomado en junta general antes de su ingreso en la sociedad, el mismo interés que tenía el transmitente<sup>27</sup>. Y los autores partidarios de este criterio expansivo del derecho de impugnación no veían obstáculo en la sucesión procesal de quien hubiera impugnado de nulidad un acuerdo y luego transmitiese las acciones o participaciones, pues estando la facultad de impugnar unida al estatus de socio, la transmisión de esta condición implicaba la de la facultad de impugnar, debiéndose seguir en ello las reglas generales de la sucesión *inter vivos* (art. 17 LEC) o *mortis causa* (art. 16 LEC)<sup>28</sup>; pero sí veían inconvenientes en el supuesto de que en el momento de impugnar el actor hubiera transmitido ya su participación en la sociedad, pues al dejar de ser socio éste perdía la facultad que tenía en esta condición para impugnar el acuerdo, al no regir en tal caso el principio de la *perpetuatio legitimacionis*<sup>29</sup>. Si bien podría admitirse la legitimación del ex socio, pero no como socio, sino como tercero con interés legítimo (lo que le obligará a demostrar tal interés, diferente del de socio); o, incluso, en aquellos casos en que el demandante no ostente un interés distinto al propio de socio se ha llegado a defender que el mantenimiento del interés legítimo en obtener una ventaja o beneficio debe llevar a la continuación del procedimiento, como se deduce de lo establecido en los arts. 22.1 y 413.1 LEC<sup>30</sup>.

### 3.1.3. Prueba de la condición de socio

La legitimación para impugnar acuerdos sociales se otorga en el art. 206.1 LSC a todo socio que alcance el umbral de participación establecido y hubiera adquirido dicha condición antes de la adopción del acuerdo, por lo que a éste le basta para ser tenido como parte procesal con alegarlo o, en el caso de que se niegue por la sociedad el estatus de socio, con acreditarlo al juez competente. Al respecto hemos de mantener que la sociedad no debiera negar la condición de socio a quien le consta que lo es, de manera que no habría de oponerse a la legitimación para impugnar como socio a aquel a quien en la propia junta general, cuyos acuerdos impugna, se le reconoció tal estatus (salvo

<sup>27</sup> Entre otros, v. URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M., *op. cit.*, pp. 356-357; BERCOVITZ, A., “Impugnación...”, *op. cit.*, p. 314; y nuestro monografía *Legitimación...*, *op. cit.*, pp. 102-105.

<sup>28</sup> V. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y DE LA OLIVA, A., “Los procedimientos judiciales en la nueva legislación societaria (Cuestiones procesales planteadas por la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la CEE en materia de sociedades)”, *La Ley*, 1-1990, p. 1062; CALAZA LÓPEZ, M. S., “El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades mercantiles: propuestas de *lege ferenda*”, *DN*, n.º 156, 2003, p. 16; y STS de 18-6-2012 (RJ 2012/6850) comentada por PÉREZ MORIONES, A., *op. cit.*, pp. 1-10.

<sup>29</sup> V. SSTS de 27-6-1977 (RJ 1977/3018) y de 30-1-2002 (RJ 2002/2311, comentada por SÁNCHEZ RICO, M. S., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2002”, *CCJC*, n.º 59, 22002, p. 725-740), y ATS de 5-12-2001 (RJ 2002/1790); aunque sí se había aceptado en la STS de 7-7-2003 (RJ 2003/4332, relativa a un impugnante administrador respecto a acuerdos del consejo de administración).

<sup>30</sup> V. MASSAGUER, J., *op. cit.*, pp. 254-256; DÍAZ MORENO, A., “Artículo 251. Impugnación de acuerdos del consejo de administración”, *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)* (coord. JUSTE MENCÍA, J.), Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 551 y 553; los AATS de 23-4-2014 (JUR 2014/133292 y JUR 2014/133380) y la SAP de Madrid de 10-6-2011 (AC 2011/1447).

error o vicio, cuya prueba le competiera). Pues no se debiera lealmente negar el carácter de socio a un litigante al que se le había reconocido previamente tal condición, dentro o fuera del pleito, y es que nadie puede válidamente actuar contra sus propios actos dado que con ello iría en contra de la buena fe (art. 7.1 C.c.)<sup>31</sup>.

Esta prueba es, por lo demás, una materia que no ha sufrido modificaciones con la Ley 31/2014. Así, en las sociedades anónimas la demostración de la condición de socio dependerá del modo en que resulten representadas las acciones.

Si lo están mediante títulos-valores (al portador o nominativos), será necesaria la posesión y exhibición del título (o, en su caso, del certificado acreditativo de su depósito –art. 122 LSC–) o del resguardo provisional<sup>32</sup>; y en el concreto caso del título nominativo será preciso demostrar la identidad del titular coincidente con la reflejada en el título y, de cara a la sociedad, la inscripción del socio como titular en el libro-registro de acciones nominativas (pues, en principio, la sociedad sólo reputará accionista a quien se halle inscrito en dicho libro –art. 116.2–), pero si no se hubiese impreso y entregado el título el accionista podrá acreditar su condición mediante el certificado de la sociedad acreditativo de la correspondiente inscripción a su nombre (art. 116.5 LSC). Por lo demás, en nuestra opinión en el caso de que un socio haya adquirido el estatus de tal antes de la celebración de la junta, aunque no figure en esa fecha en el libro-registro de acciones nominativas por no haber notificado aún la adquisición del título, está legitimado para impugnar los acuerdos a los que se llegue en dicha junta, pues el adquirente es socio desde que se le transfiere esta condición por el transmitente, aunque para la sociedad no esté legitimado hasta su inscripción en el libro-registro (mejor, hasta que se le comunique la transmisión, pues la sociedad no puede negar el estatus de socio argumentando que aún no la ha inscrito, ya que estaría alegando su propia falta de diligencia<sup>33</sup>). De manera que esta falta de reconocimiento le impedirá ejercer los derechos políticos y económicos inherentes a la condición de accionista<sup>34</sup> pero no el de impugnar acuerdos sociales, dado que este derecho viene vinculado por la LSC al hecho de ser socio y no a que la sociedad lo considere legitimado frente a ella misma<sup>35</sup>, si bien para acreditar el carácter de socio éste necesitará acudir a otros medios de prueba, como pueden ser otros documentos, que tenga en su poder o no (art. 264 de la LEC).

Y si las acciones estuvieran representadas por medio de anotaciones en cuenta la acreditación de la condición de accionista se realizará por medio del certificado que ha de expedir la entidad encargada del registro contable a los solos efectos legitimadores (art. 12 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores –en lo sucesivo, LMV–).

Por su parte, en las sociedades de responsabilidad limitada las participaciones sociales en que se divide el capital social (que ha de estar desde su origen íntegramente desembolsado) deben ser necesariamente nominativas y no pueden documentarse mediante títulos-valores; y la prueba de la condición de socio estará condicionada comúnmente a la constancia de su titularidad en el libro-registro de socios, pero el hecho de que la sociedad sólo reputa socio al que se halle inscrito en ese libro (104.2 LSC) no impide la demostración prueba de tal estatus al adquirente cuya titularidad no se haya inscrito aún en el libro-registro de socios mediante la exhibición de copia del documento público en el que instrumente la transmisión (art. 106.1 LSC). La adquisición originaria de las par-

<sup>31</sup> Como se mantiene, entre otras en las SSTs de 24-9-1987 (RJ 1987/6194), de 12-2-1988 (RJ 1988/944), de 5-11-1990 (RJ 1990/6461) y de 23-1-1991 (RJ 1991/310); la SAP de Madrid de 30-11-1993 (AC 1993/2605), la SAP de Asturias de 26-10-1998 (AC 1998/7447) y la SAP de Alicante de 16-6-2003 (AC 2003/2122).

<sup>32</sup> V. art. 115 LSC; y STS de 24-1-2002 (RJ 2002/25).

<sup>33</sup> V. CALAZA LÓPEZ, M. S., *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas y cooperativas*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, pp. 106-107; y ROJO, Á., *op. cit.*, p. 1455.

<sup>34</sup> V. la STS de 2-12-1999 (RJ 1999/9479).

<sup>35</sup> V. DUQUE, J., *Tutela de la minoría. Impugnación de acuerdos lesivos (art. 67 L.S.A.)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1957, p. 186.

ticipaciones resultará de las escrituras públicas correspondientes a la constitución de la sociedad o a su aumento de capital, y la adquisición derivativa del documento necesariamente otorgado ante fedatario público (art. 106.1 LSC), por lo que tales documentos servirán de prueba de la condición de socio, como también valdrá el certificado que se expida del libro-registro de socios que necesariamente habrá de llevar la sociedad (art. 105.2 LSC), sin que la falta de inscripción en este libro-registro impida el ejercicio del derecho de impugnación del socio, cuyo estatus puede acreditar mediante los documentos públicos aludidos. Así, si la sociedad no ha hecho aún la inscripción, a pesar de habersele notificado la adquisición de las participaciones, el socio podrá ejercer su derecho tras probar la adquisición por documento público y la notificación de ésta a la sociedad antes de la celebración de la junta que adoptó el acuerdo<sup>36</sup>.

Pero si la acreditación de la condición de socio es necesaria para admitir la legitimación activa del socio, sin que se le someta al más complejo trámite de la prueba del interés legítimo como al tercero (pues se presume que el socio está debidamente interesado), no basta con la mera adquisición de este estatus, sino que es necesario demostrar que la adquisición es legítima<sup>37</sup>, que se ha efectuado con respeto de todas las prescripciones legales y estatutarias<sup>38</sup>. Cuando la adquisición de la condición de socio deriva de un título viciado de nulidad la adquisición es nula y el sujeto no debe ser considerado por los administradores como socio, sino que, por el contrario, aquéllos han de impedirle el ejercicio de los derechos sociales. Tesis que ha sido desarrollada por la doctrina respecto a la adquisición de acciones, diferenciando los supuestos de adquisición contraviniendo una restricción legal o estatutaria a la libre transmisibilidad de éstas y una restricción de carácter convencional (pacto *inter partes*, de carácter extraestatutario), que se ha de considerar inexistente frente a la sociedad que ha de reconocer al adquirente<sup>39</sup>.

### 3.1.4. Exigencia de participación mínima en el capital social

#### 3.1.4.1. Mínimo legal y mínimo estatutario. Mínimo legal para las sociedades cotizadas

Con la reforma introducida por la Ley 31/2014 en la LSC el derecho de impugnación deja de ser un derecho individual del socio para pasar a ser un derecho de la minoría, muy en la línea de las últimas reformas introducidas en el Derecho italiano (art. 2377 del Código civil, modificado por el Decreto legislativo n.º 6, de 17 de enero de 2003). La legitimación del socio queda sometida a la condición de representar, individual o conjuntamente, un mínimo del capital social: el uno por ciento para las sociedades no cotizadas (art. 206.1 LSC) y el uno por mil para las sociedades cotizadas (art. 495.2.b) LSC)<sup>40</sup>. Umbrales que, en la práctica, resultarán fácilmente alcanzables en las sociedades cerradas y muy difíciles en las sociedades abiertas<sup>41</sup>.

Esta exigencia constituye una de las más importantes novedades introducidas en la disciplina de la impugnación de acuerdos sociales por la Ley 31/2014, junto a la unificación del régimen

<sup>36</sup> V. BERCOVITZ, A., "Los acuerdos...", *op. cit.*, p. 313.

<sup>37</sup> V. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., *Impugnación de acuerdos de las juntas de accionistas*, 3.ª edic., Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 335; y STS de 5-1-1981 (RJ 1976/6).

<sup>38</sup> V. SORIA FERRANDO, J. V., *op. cit.*, pp. 34-40; la STS de 27-6-1977 (RJ 1977/3018), y las SSAP de Barcelona de 13-12-1994 (RJC, 1995-II, págs. 375-377) y 6-5-2004 (AC 1994/996).

<sup>39</sup> V. BROSETA, M., *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*, Tecnos, Madrid, 1963, pp. 40-41, 53-54, 62-69, 110-112 y 181-186; y SORIA FERRANDO, J. V., *op. cit.*, pp. 34-36.

<sup>40</sup> Mínimos legales que distan mucho del cinco por ciento para las sociedades no cotizadas y el uno por ciento en las cotizadas, previstos en la Propuesta de Código Mercantil de 17 de junio de 2013 (art. 214-16.2, párr. 1.º), que se redujeron en el Anteproyecto de Ley de 30 de mayo de 2014 a la cifra actual para las sociedades no cotizadas, pero no para las cotizadas, a pesar de que la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, en su Estudio fechado el 14 de octubre de 2013, recomendarse rebajarla al uno por mil.

<sup>41</sup> En este mismo sentido v. la crítica de FARRANDO MIGUEL, I., "El nuevo régimen de legitimación en la impugnación de acuerdos sociales (arts. 206.1 a 4 LSC)", *El nuevo régimen de impugnación de acuerdos sociales de las sociedades de capital* (dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FARRANDO MIGUEL, I. y TENA ARREGUI, R., CASTAÑER, J., coord.), Academia Matritene del Notariado, Madrid, 2015, pp. 438 y 446, quien aporta un ejemplo de lo último acudiendo a los números de Banco Santander, el banco español con mayor capital social. También v. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B., "Reglas de legitimación e impugnabilidad. El conflicto entre mayorías y minorías inmanente en la impugnación de acuerdos", *RdS*, n.º 50, 2017, formato Thomson Reuters ProView, p. 14 y nota 43.

de los acuerdos nulos y anulables y a los nuevos plazos de caducidad. Ley en cuya Exposición de Motivos (apdo. IV, párr. 9.º) se afirma que el objetivo de tal reforma es evitar situaciones de abuso de derecho, al cual se refería la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo cuando expresaba que las medidas propuestas en la materia “*tratan de evitar el abuso del derecho de impugnación y su utilización con fines poco confesables*”, y pretenden “*minimizar el riesgo del uso estratégico y oportunista del derecho*”, pues “*(h)asta la fecha cualquier accionista, aunque poseyera una sola acción, podía poner en jaque a la sociedad con una acción de impugnación, normalmente basada en vicios menores de procedimiento, según acredita la jurisprudencia*”.

No obstante en el nuevo art. 206.1 LSC se permite que tales umbrales legales mínimos de participación en el capital se reduzcan en los estatutos sociales. De manera que, por esta vía, podría reconocerse el derecho de impugnación al socio titular de una sola acción o participación. Sin embargo, no debe admitirse que los estatutos determinen la elevación de los porcentajes señalados pues en ellos la minoría ve reconocido por la Ley un derecho mínimo, un verdadero derecho de la minoría que conlleva una situación activa: un supuesto de legitimación procesal para la impugnación de acuerdos sociales<sup>42</sup>.

El capital social que sirve de base para el cálculo el porcentaje exigido ha de ser la cifra de capital íntegro suscrito de la sociedad en el momento en que se presente la demanda. En él se ha de incluir el correspondiente a las acciones pertenecientes a socios que tengan desembolsos pendientes, las acciones sin voto y las acciones en autocartera<sup>43</sup>.

La LSC no se pronuncia expresamente sobre el momento en el que se ha de ostentar la participación exigida. En nuestra opinión resulta preferible vincularla al momento en que se presenta la demanda y no a aquél en que se adopta el acuerdo<sup>44</sup> pues es el momento en el que se ha de comprobar la existencia de legitimación activa, salvo que el acuerdo que se impugne repercuta concretamente sobre la cifra de capital social, ya que el derecho de impugnación que ostentaba el socio por lograr el mínimo establecido de participación en el capital social no debe nunca verse afectado por lo decidido en el acuerdo social en cuestión. Así ocurriría en el caso de que la posible dilución de su participación en el capital a menos del mínimo establecido fuese como consecuencia, v. gr., de una ampliación de capital, la cual no debiera impedir al socio impugnar este acuerdo, sino que por el contrario éste ha de conservar la legitimación, como consecuencia del principio procesal de la *perpetuatio legitimationis* (art. 413.1 LEC). Sin embargo no creemos que debiera darse tal respuesta positiva en el caso de que la pérdida del derecho de reconocido al socio como minoría fuese a consecuencia de una transmisión voluntaria, supuesto en el que el mantenimiento del interés legítimo que justifica la *perpetuatio legitimationis* ya no alcanza, por propia voluntad, la intensidad o relevancia (medida en términos de participación en el capital social) establecida (por la ley o, en su caso, los estatutos) para la impugnación de acuerdos<sup>45</sup>.

La consideración del momento de la presentación de la demanda como el relevante a efectos del cálculo de su participación en el capital social puede llevar, por el contrario, a que un actor que fuese socio antes del acuerdo a impugnar logre alcanzar tras la adopción de éste (o a con-

<sup>42</sup> Entre otros, v. PULGAR EZQUERRA, J., “Impugnación de acuerdos sociales abusivos y reestructuración societaria homologada”, *RdS*, n.º 44, 2015, p. 89.

<sup>43</sup> Entre otros, v. PAZ-ARES, J. C., “Negocios sobre las propias acciones”, en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital* (coord. ALONSO UREBA, A., CHICO ORTIZ, J. M. y LUCAS FERNÁNDEZ, F.), Civitas, Madrid, 1987, pp. 562-565; PORFIRIO CARPIO, L. J., *Las acciones sin voto en la Sociedad Anónima*, La Ley, Las Rozas, 1991, pp. 364-375; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., “La adquisición por la sociedad anónima de sus propias acciones”, *AAMN*, t. XXXI, 1992, pp. 206-208; JUSTE MENCÍA, J., *Los derechos de la minoría en la sociedad anónima*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 396; VÁZQUEZ CUETO, J. C., *Régimen jurídico de la autocartera*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 538-544; y LÓPEZ ORTEGA, R., *Los dividendos pasivos*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 313-314.

<sup>44</sup> En este mismo sentido v. DÍAZ MORENO, A., *op. cit.*, pp. 552-553; y las SSTs de 30-1-2002 (RJ 2002/2311) y de 18-6-2012 (RJ 2012/6850). En contra v. FARRANDO MIGUEL, I., *op. cit.*, MASSAGUER, J., *op. cit.*, pp. 256.

<sup>45</sup> En contra v. DÍAZ MORENO, A., *op. cit.*, p. 553, quien, aunque con menos claridad que en el supuesto anterior, se muestra partidario de entender legitimado al socio que no llega al umbral previsto por haber transmitido voluntariamente parte de sus participaciones en cuanto mantiene un interés legítimo.

secuencia de él) el umbral mínimo con lo que estará legitimado activamente para impugnarlo. Y es que el socio que antes no lograba alcanzar la participación requerida lo consigue agrupando en su patrimonio la que tenía con la que adquiere, habida cuenta que la obtención del porcentaje mínimo puede hacerse individual o conjuntamente<sup>46</sup>.

Por lo demás, para alcanzar la cifra mínima de capital social representado por el socio o socios no se han de computar las acciones o participaciones pertenecientes a aquél que haya sido privado del derecho de impugnación, como ocurre con quien haya incumplido la obligación de formular una oferta pública de adquisición (arts. 132.1 LMV y 27.1 del RD 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores)<sup>47</sup> o con quien no haya cumplido la obligación de comunicar previamente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en lo sucesivo, CNMV) la adquisición de una participación significativa en una empresa de servicios de inversión española (art. 175 LMV) o, incluso habiéndosela notificado, no hubiera transcurrido todavía el plazo previsto en el art. 176.3 LMV o si mediara la oposición expresa de dicho Organismo de Supervisión [art. 178.a) LMV].

### 3.1.4.2. *Derecho de los socios que no alcancen el mínimo de capital establecido al resarcimiento del daño ocasionado por el acuerdo*

Reducido el elenco de socios con derecho a impugnación a aquellos que individual o conjuntamente representen el mínimo de capital establecido legal o estatutariamente, el legislador pretende la satisfacción de los socios que no alcancen el umbral mediante el reconocimiento del “*derecho al resarcimiento del daño que les haya ocasionado el acuerdo impugnado*”. Esta posibilidad tiene especial relevancia para quienes no lleguen al mínimo de capital previsto, pues para ellos el acuerdo social en cuestión no es impugnado. Pero tal reconocimiento no debe entenderse de manera que impida a los socios que sí alcance el umbral establecido reclamar tal indemnización en su demanda de impugnación o con posterioridad a ella (una vez declarada la antijuridicidad del acuerdo o antes, según se vayan conociendo los efectos perjudiciales –art. 400 LEC–)<sup>48</sup>.

Se articula así el mismo cauce procesal previsto con anterioridad para el caso de las fusiones ya inscritas, que devienen inimpugnables (art. 47.1 Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles)<sup>49</sup>. Y que ahora también se establece, de un lado, para la vulneración del derecho de información en la sociedad anónima, previsto en el nuevo art. 197.2 LSC, en el que tras facultar al accionista a exigir a los administradores el cumplimiento de la obligación de información se le reconoce la posibilidad de reclamar “*los daños y perjuicios que se le hayan podido causar*”, pero se niega que tal vulneración sea causa de impugnación de la junta general (art. 197.5 LSC); y, de otro, para los acuerdos revocados o sustituidos por otro válido después de la interposición de la demanda de impugnación, que conllevan la terminación del procedimiento por desaparición sobrevenida del objeto, aun cuando se reconoce al socio el derecho a instar la eliminación de los efectos o la reparación de los daños que el acuerdo le hubiera causado mientras estuvo en vigor, derecho que también debe extenderse a quien viese desestimada la demanda de impugnación por la previa revocación o sustitución del acuerdo (art. 204.2 LSC).

Se ha afirmado con acierto<sup>50</sup> que con esta previsión legal no se trata de dar una compensación especial al socio por la privación de la legitimación para impugnar los acuerdos sociales sino de un recordatorio del derecho que tiene todo perjudicado (socio o tercero) de ser resarcido de las

<sup>46</sup> En este sentido, v. MASSAGUER, J., *op. cit.*, pp. 255-256.

<sup>47</sup> V. DÍAZ MORENO, A., *op. cit.*, p. 552.

<sup>48</sup> V. QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, p. 285, que estudia la polivalencia funcional del denominado *resarcimiento patrimonial* conexo a la impugnación.

<sup>49</sup> Sobre las diferencias con éste v. QUIJANO GONZÁLEZ, J., *ibid.*, p. 274; y CABANAS TREJO, R., “Cambios en el régimen de la junta general de las sociedades de capital en la reforma del gobierno corporativo (Ley 31/2014, de 3 de diciembre)”, *Diario LL*, n.º 8896/2014, p. 9.

<sup>50</sup> V. MASSAGUER, J., *op. cit.*, pp. 267-268.

consecuencias indemnizables que le cause la sociedad por su actuación (daño emergente y lucro cesante). Si bien en opinión de otros la nueva regulación relaja los requisitos de la responsabilidad general, pues al perjudicado le bastará con la prueba de la infracción legal o estatutaria, en su caso referida al conflicto de intereses lesivo, y la acreditación del daño resarcible, en relación causal con aquél, pero sin entrar en cuestiones de culpabilidad<sup>51</sup>. Cuestión diferente es si a quién solicita el resarcimiento de le ha de exigir una actitud contraria al mismo o al menos que no hubiera votado a favor de su adopción, lo cual parece razonable<sup>52</sup>.

Así, el socio que supere el umbral de participación establecido podrá reclamar tanto la eliminación del acuerdo (reparación del daño *in natura*) como la reclamación de los daños a él producidos (reparación por el equivalente), bien en la misma demanda o bien en una posterior, algo que también se permite a los terceros que acrediten un interés legítimo, pero el socio que no alcance tal participación sólo puede solicitar la indemnización de los daños a él producidos. En este último caso la sentencia que declare el derecho al resarcimiento de daños (y perjuicios) podrá apreciar la antijuridicidad del acuerdo pero no podrá declarar su ineficacia, más allá de como presupuesto para la indemnización, aunque en buena lógica y para evitar acciones de responsabilidad los administradores deberán, en tales casos, promover la revocación o sustitución de dicho acuerdo<sup>53</sup>.

Nada se dice, sin embargo, sobre el procedimiento a seguir para tal resarcimiento que, por lo demás, lógicamente no sólo ha de ser de daños sino también de perjuicios; respecto a la legitimación pasiva (sin duda, necesariamente siempre estará legitimada pasivamente la sociedad, pero también pueden estarlo los administradores respecto a los que se presente una acción individual de responsabilidad si han promovido la adopción o ejecutado el acuerdo si se alega que concurre en ellos culpa); ni de los plazos que hay para reclamarlo pues, en ausencia de norma expresa, no parece oportuno aplicar a ello el mismo plazo de caducidad de un año (art. 205.1 LSC) o, en el caso de las sociedades cotizadas de tres meses [art. 495.2.c) LSC], previsto para la impugnación, si bien hubiera sido lo adecuado pues con ello se logra la estabilidad social pretendida con la reducción de la legitimación para la impugnación. Al respecto, como el daño (o perjuicio) deriva del incumplimiento del contrato social se ha postulado que la acción de responsabilidad contra la sociedad por la adopción del acuerdo se extingue en el plazo de tres años desde que el socio pierda su condición de socio, por aplicación de lo dispuesto en el art. 947, párr. 1.º, C. de c. (que contempla los supuestos de la separación del socio, su exclusión o la disolución de la sociedad, y cuyo cómputo se inicia desde la inscripción en el Registro Mercantil de la separación, exclusión o disolución –art. 947, párr. 2.º, C. de c.–)<sup>54</sup>; y la acción individual o social contra los administradores a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse (art. 241 bis LSC). Y para los supuestos no comprendidos en tales preceptos pudiera ser aplicable el art. 947, párr. 3.º, C. de c., en el que se prevé la prescripción de la acción a los cinco años desde el día señalado para su cobro del específico derecho a percibir dividendos o pagos; o, el más general, art. 1964 del Código Civil, en el que se dispone que para las acciones personales que no tenga fijado término especial de prescripción ésta será a los cinco años.

### 3.1.4.3. *Inexigibilidad de asistencia a la junta general o de constancia en acta de la oposición del socio al acuerdo o de la acreditación de privación ilegítima del derecho de voto*

Tras la reforma introducida por la Ley 31/2014, una vez demostrada la condición de socio y de la participación mínima requerida, resultan irrelevantes otros hechos, cuya acreditación era

<sup>51</sup> V. CABANAS TREJO, R., *op. cit.*, p. 9.

<sup>52</sup> En este mismo sentido, v. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B., *op. cit.*, pp. 20-21.

<sup>53</sup> V. VIÑUELAS SANZ, M., “El derecho de impugnación de los acuerdos sociales. Impugnación de acuerdos del consejo de administración”, *El accionista minoritario en la sociedad cotizada (Libro Blanco del accionista minoritario)* (dir. PEINADO GRACIA, J. I. y CREMADES GARCÍA, J.), La Ley, Las Rozas, 2012, pp. 321-324; ALFARO, J., “La impugnación de acuerdos sociales”, [http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014\\_06\\_01\\_archive.html](http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014_06_01_archive.html), 30 de julio 2014, sin paginar; y MASSAGUER, J., *op. cit.*, p. 268.

<sup>54</sup> V. MASSAGUER, J., *ibid.*, pp. 268-269.

exigida antes de dicha Ley, en relación con la impugnación de acuerdos pretendidamente anulables, en concreto: la constancia en acta de la oposición del socio al acuerdo, la falta de asistencia a la junta o la privación ilegítima del derecho de voto.

Al unificarse la legitimación del socio sobre la base de la más amplia conferida previamente respecto a los acuerdos pretendidamente nulos, desaparece con la reforma introducida por la Ley 31/2014, el previo requisito de la constancia en el acta de la junta general de la oposición del socio impugnante al acuerdo, previsto para la impugnación de acuerdos anulables en el modificado art. 206.2 LSC. Esto supone admitir la antes negada legitimación para impugnar el acuerdo social en cuestión del socio que hubiera votado a favor del mismo o se hubiera abstenido de hacerlo, o de quien no pudiera demostrar su oposición por no constar ésta en el acta<sup>55</sup>.

Y como el derecho de impugnación se reconoce a los socios respecto a todo tipo de acuerdos con independencia al derecho de asistencia, no tiene consecuencias a efectos de impugnación la asistencia o no a la junta general. Ni que, en su caso, la ausencia sea voluntaria o se deba a circunstancias como el no alcanzar el mínimo exigido en los estatutos para ello (art. 179.2 LSC, aplicable únicamente a las sociedades anónimas), la falta de cumplimiento de las condiciones de legitimación anticipada establecidas para asistir a la junta (art. 179.3 LSC, relativo a las sociedades anónimas), o la falta de reconocimiento de la condición de socio por causa de la indebida negativa del órgano de administración de inscribir tempestivamente al socio en el libro-registro de socios o de la indebida rectificación del libro-registro que impida al socio ejercer su derecho de asistencia<sup>56</sup>.

Y tampoco resulta necesaria ahora, a efectos de legitimación para impugnar el acuerdo social en cuestión, la prueba de la ilegítima privación del derecho de voto del socio asistente, cuando este hecho se diera<sup>57</sup>.

### 3.2. Legitimación de los administradores

La legitimación de los administradores de la sociedad para impugnar acuerdos sociales ya era reconocida tanto en las derogadas LSA de 1951 (art. 69) y de 1989 (art. 117) y LSRL de 1953 y 1995 (en cuyos arts. 15.3 –en su redacción dada por la Ley 19/1989, de 25 de julio– y 56, respectivamente, se remiten a lo regulado en la LSA) como en el ahora reformado art. 206 LSC. Las únicas diferencias destacables entre el régimen actual y el texto de las leyes derogadas es, de un lado, la supresión de la precisión contenida en el art. 69 LSA de 1951, de atribuir legitimación de los administradores “*aunque no sean accionistas*”, con la que se pretendía despejar las dudas que pudieran existir sobre la legitimación de quien siendo administrador no fuera accionista, algo posible con aquella Ley y también con la vigente (art. 212.2 LSC); y, de otro, la introducción por la ley 31/2014 de la expresión “*cualquiera de los administradores*”, que debe interpretarse como la legitimación singular (*uti singuli*) de cada uno de los administradores (ocupen o no un cargo en el consejo, ostenten o no facultades representativas) para impugnar los acuerdos sociales, y no del órgano colegiado al que pertenecen. Sin que tenga tal legitimación el secretario no consejero<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> V. nuestra monografía *Legitimación...*, *op. cit.*, pp. 142-166, y jurisprudencia citada. Entre otros también v. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B., *op. cit.*, pp. 20-21; y FARRANDO MIGUEL, I., *op. cit.*, pp. 440-441 y 446, quien sigue manteniendo la falta de legitimación de quien votó a favor en el caso de los actos contrarios a los estatutos, el reglamento de la junta o que lesiones el interés, aunque les reconoce la legitimación para impugnar actos contrarios al orden público.

<sup>56</sup> Al respecto, v. MASSAGUER, J., *op. cit.*, p. 254; y la STS de 17-3-2006 (RJ 2006/1886).

<sup>57</sup> V. nuestra monografía *Legitimación...*, *op. cit.*, pp. 171-176.

<sup>58</sup> Entre otros, v. SÁNCHEZ CALERO, F., “Administradores. Artículos 123 a 143”, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (dir. SÁNCHEZ CALERO, F.), t. IV, Edersa, Madrid, 1994, p. 543; DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, N., *Los acuerdos del consejo de administración. Especial referencia a su régimen de impugnación*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 292; EMBID IRUJO, J. M., “Artículo 143: Impugnación de acuerdos”, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (coord. ARROYO, I., EMBID, J.M. y GÓRRIZ, C.), 2.ª edic., vol. II, Tecnos, Madrid, 2009, p. 1671; SALELLES CLIMENT, J. R., “Impugnación de acuerdos del consejo de administración (artículo 251)”, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (dir. ROJO, Á. y BELTRÁN, E.), t. I, Civitas, Madrid, 2011, p. 1814; y DÍAZ MORENO, A., *op. cit.*, p. 550.

El fundamento de la legitimación de los administradores lo encontramos, tanto en el deber de diligente administración (“*deberán desempeñar el cargo y cumplir con los deberes impuestos por la leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal*”), recogido en el reformado art. 225.1 LSC; como en el interés de los administradores en sustraerse de eventuales responsabilidades. Los administradores tienen la facultad de actuar, aun cuando no ostenten la cualidad de accionistas, por un lado, para cumplir su obligación de velar por el interés social, intentando evitar que existan acuerdos sociales antijurídicos cuya ejecución o mera existencia pueda perjudicar a la sociedad<sup>59</sup>. Y, por otro, por su interés en no ejecutar acuerdos viciados, lo cual podría depararles responsabilidad frente a la sociedad, a los accionistas (si bien parece difícil de justificar la exigibilidad de responsabilidad de los administradores por los socios que votaron a favor del acuerdo<sup>60</sup>) y a los acreedores sociales, en función del daño que causen por actos contrarios a la ley, a los estatutos o al reglamento de la junta o por los que lesiones el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros, o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño de su cargo (art. 236.1 LSC). Responsabilidad de la que no quedarían exentos por la circunstancia de que el acto o el acuerdo lesivo hubiera sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general (art. 236.2 LSC)<sup>61</sup>.

Sin embargo no existe en la LSC, con carácter general, una exigencia expresa de la obligación por parte de los administradores de impugnar los acuerdos pretendidamente viciados<sup>62</sup>. Pero la declaración de responsabilidad solidaria de todos los miembros del órgano de administración que hubieran adoptado el acuerdo (si se trata de un acuerdo de órgano colegiado de administración) o realizaron el acto lesivo (en ejecución del acuerdo de la junta general), menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o que, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél (art. 237 LSC)<sup>63</sup>, tiene los mismos efectos prácticos que el establecimiento expreso de la indicada obligación, cuyo incumplimiento también determinaría la responsabilidad del administrador.

Por lo demás la doctrina ya había recibido con aplauso el establecimiento por la LSA 1951 de la legitimación de los administradores para la impugnación de acuerdos sociales, pues con ella se puede paliar la debilidad que muestra la posición de los socios minoritarios debida, más que a la ausencia de medios jurídicos para proteger sus intereses, al hecho de que el ejercicio de los mismos lleva consigo una serie de cargas, cuya desproporción con los beneficios que pudieran reportarles dicho ejercicio les desanima a actuar. Y es que la obligación, directa o indirecta, impuesta a los administradores de impugnar los acuerdos sociales antijurídicos puede ser una solución adecuada para la defensa de los intereses de tales socios minoritarios<sup>64</sup>.

Ya antes de la reforma de la LSC por la Ley 31/2014 la doctrina mayoritaria se manifestaba partidaria de considerar que los administradores están legitimados singularmente (*uti singuli*) para impugnar los acuerdos sociales (actuando en nombre propio y no en el de la sociedad, pero

<sup>59</sup> Al respecto, entre otros, v. DE LA PLAZA, M., “Las acciones de impugnación contra los acuerdos sociales”, en *RDP*, 1948, pp. 418-419; FAIREN GUILLÉN, V., *El Proceso en la Ley de Sociedades Anónimas (Estudio sobre los artículos 67 a 70)*, Bosch, Barcelona, 1954, pp. 46-47; RUBIO, J., *Curso de derecho de sociedades anónimas*, 3.ª edic., Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1974, pp. 261-262; URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M., *op. cit.*, p. 35; MARTÍNEZ MULERO, V., *El control de los administradores y la impugnación de sus acuerdos*, La Ley, Madrid, 2005, pp. 263-265; y ROJO, Á., *op. cit.*, pp. 1454-1455.

<sup>60</sup> V. URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M., *op. cit.*, p. 357.

<sup>61</sup> V. sobre el fundamento de esta legitimación de los administradores y su relación con el régimen de responsabilidad, entre otros, v. ALCALÁ DÍAZ, M. Á., *La impugnación de acuerdos del consejo de administración de sociedades anónimas*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 397-412.

<sup>62</sup> V. URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M., *op. cit.*, p. 357.

<sup>63</sup> Si bien en algunos casos de especial trascendencia puede no ser suficiente una mera oposición formal que buscare exonerar de responsabilidad al administrador que se beneficia de la operación o que tiene solvencia patrimonial suficiente para hacer frente a una eventual responsabilidad originada en el acto o acuerdo ilegal. Al respecto v. ARANGUREN URRIZA, F. J., “Los órganos de la sociedad anónima”, AA.VV., *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, 3.ª edic., Trivium, Madrid, 1990, p. 561; BERCOVITZ, A., “Los acuerdos...”, *op. cit.*, p. 396, e “Impugnación...”, *op. cit.*, p. 352; y EMBID IRUJO, J. M., “Artículo 70: Impugnación de acuerdos”, *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada* (coord. ARROYO, I., EMBID, J. M. y GÓRRIZ, C.), 2.ª edic., vol. II, Tecnos, Madrid, 2009, p. 858.

<sup>64</sup> V. DUQUE, J., *op. cit.*, p. 39; y URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M., *op. cit.*, pp. 357-358.

en defensa del interés social y no del interés propio), y, sin embargo, no lo está el órgano colegiado al que pertenecen<sup>65</sup>. En nuestra opinión ésta era la interpretación que, conforme a los criterios contenidos en el art. 3.º.1 CC., procedía hacer del término “*los administradores*” del art. 117.1 LSA de 1989 y del texto originario del art. 206.1 LSC. Exégesis ahora reforzada con la expresión “*cualquiera de los administradores*” introducida por la Ley 31/2014 en dicho art. 206.1 LSC. La cuestión no es baladí, pues el reconocimiento de la legitimación individual de los administradores implica una ampliación de la legitimación activa a todos los miembros del órgano de administración, una auténtica multiplicación de los legitimados, sin que sea necesaria la reunión del colegio de administradores y la adopción del acuerdo de impugnar en el seno del órgano colegiado. Y, si se diera tal reunión y se llegara a semejante acuerdo, el órgano colegiado en sí no estaría legitimado para impugnar, sino que tendría que servirse de un legitimado para hacerlo: un socio que alcance el umbral de participación establecido, un administrador o un tercero que acredite interés legítimo. Pues de admitirse la legitimación del órgano de administración en representación de la sociedad se llegaría al absurdo de que demandante y demandado serían la misma persona jurídica, y es que en materia de impugnación de sus acuerdos sociales la sociedad es siempre la demandada (la legitimada pasiva) y nunca puede ser la demandante<sup>66</sup>. Es más, si el administrador que impugna tuviese la representación exclusiva de la sociedad, en caso de que la junta no hubiera designado a nadie a tal efecto, el juez que conozca de la causa debe nombrar la persona que ha de representar a la sociedad en el proceso, eligiéndola entre los socios que votaron a favor del acuerdo (art. 206.3 LSC). Legitimación individual de los administradores que, por lo demás, enlaza con la responsabilidad individual, aunque solidaria cuando se integren en un órgano colegiado de administración, de éstos (art. 237 LSC).

Por otra parte la doctrina procesalista ha cuestionado el carácter de dicha legitimación, dudando entre si se trata de una legitimación ordinaria o directa (ejercicio del derecho en nombre propio) o el ejercicio en nombre propio de un derecho que pertenece, bien a la sociedad (para que mediante su intervención pueda controlar judicialmente sus propios actos), o bien a los socios, en cuyo caso habría de admitirse el fenómeno de la sustitución procesal. Aun cuando parece más adecuado hablar de una legitimación directa (en nombre propio y no en el de la sociedad, aunque en defensa del interés social y no del particular), algunas opiniones autorizadas consideran la conveniencia de mantener la tesis de la legitimación extraordinaria, indirecta o por sustitución, pues con ello se evita que recaiga sobre los administradores la carga de afrontar los gastos y demás inconvenientes que provoca el ejercicio de la acción de nulidad ante los tribunales, carga que asumiría la sociedad<sup>67</sup>.

Y si bien no hay duda de que está legitimado quien era administrador cuando se adoptó el acuerdo y lo sigue siendo cuando lo impugna y se resuelve la cuestión judicialmente, no está tan claro si también está legitimado el administrador designado tras la adopción del acuerdo social (aunque sea en la misma junta<sup>68</sup>) o el que ostenta el cargo cuando se adoptó el acuerdo pero deja de serlo en el momento de impugnar o antes de dictarse la sentencia al pleito planteado. Cuestión que tiene menos interés práctico con la legitimación reconocida a los terceros que acrediten interés legítimo (y parece claro que los nuevos administradores o los que dejan de serlo podrán justificar tal interés si tienen un interés legítimo diferente al que tenían como administradores) y la concedida con carácter general a los socios que alcance el mínimo de capital establecido para poder impugnar (condición que en muchas ocasiones también tienen los administradores).

A favor de admitir la legitimación del administrador designado después de adoptado el

<sup>65</sup> Por todos, v. RUBIO, J., *op. cit.*, p. 262; URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M., *op. cit.*, pp. 356-357; y BERCOVITZ, A., “Impugnación...”, *op. cit.*, p. 326.

<sup>66</sup> V. la SSTs de 15-12-1992 (RJ 1992/10493) y de 20-11-1996 (RJ 1996/8214).

A la legitimación pasiva le dedicamos un estudio más detallado en nuestro trabajo “Legitimación activa y pasiva...”, *op. cit.*, pp. 561-563.

<sup>67</sup> V. DUQUE, J., *op. cit.*, p. 39; y DAMIÁN MORENO, J. y ARIZA COLMENAREJO, M. J., *op. cit.*, p. 56.

<sup>68</sup> V. ARROYO, I., “Artículo 56: Impugnación de los acuerdos de la Junta General”, *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada* (coord. ARROYO, I. y EMBID, J. M.), Tecnos, Madrid, 2009, p. 725.

acuerdo social se alega que al estar obligado a ejecutarlo también está interesado en su legalidad, por lo que si duda de ella debe facilitarse su impugnación legitimándolo al efecto<sup>69</sup>.

Más complejo es el supuesto de quien ya no ostenta la condición de administrador al impugnar el acuerdo o al dictarse sentencia sobre el mismo. La necesaria proscripción de los acuerdos antijurídicos debe llevarnos a facilitar la legitimación activa para su impugnación, postura que también se ve apoyada por el hecho de que el legislador no distinga sobre el momento en que se debe ser administrador. Esta persistencia en la legitimación es especialmente necesaria para el caso de impugnaciones ya en curso, pues si se vinculara la legitimación al cargo bastaría con destituir al administrador para evitar la prosecución de la demanda de impugnación<sup>70</sup>. No desconocemos sin embargo los riesgos que esta tesis extensiva tiene en manos de administradores interesados en perjudicar a la sociedad, por lo que parece adecuado observar la legitimación de los que han dejado de ser administradores a través del prisma del interés legítimo<sup>71</sup>, de manera que no goce de legitimación el antiguo administrador que no demuestre su legítimo interés en el acuerdo que impugna y sí aquél a quien el acuerdo pueda depararle consecuencias adversas, como su responsabilidad.

Por lo demás la legitimación del administrador en el caso de los acuerdos pretendidamente antijurídicos, al igual que la del accionista, no debe verse afectada por su relación previa con el acuerdo. De modo que el hecho de que el administrador que impugna sea uno de los que hubiera propuesto el acuerdo social cuestionado o de los que lo votaran a favor no impide su impugnación, pues por esta vía se logra mejor el objetivo de la eliminación de los acuerdos viciados. Postura que, por lo demás, es coherente con la idea defendida de que la legitimación se concede al administrador para la defensa del interés social y no de su interés particular<sup>72</sup>. Así, en algunos casos (sería ingenuo pensar que en todos) el cambio de criterio del administrador impugnante puede ser de buena fe (v. gr. cuando advierta sobrevenidamente las consecuencias negativas del acuerdo y no cuente con la mayoría necesaria para su revocación o sustitución), debiendo, para ellos, prevalecer el argumento de la defensa del interés social frente a la doctrina de los actos propios, pues el remedio para luchar contra las consecuencias de las impugnaciones de mala fe (los gastos y perjuicios que puedan ocasionar a la sociedad) no ha de ser una restricción en la legitimación del administrador que favoreció la adopción del acuerdo, no establecida expresamente por el legislador, sino la posibilidad de exigir su responsabilidad si el juez resolviera la validez del acuerdo<sup>73</sup>.

Y ha de afirmarse que, si bien el administrador no ha de demostrar su interés legítimo en el acuerdo que impugna, pues se presume de su condición de administrador, sí ha de acreditar su estatus mediante la certificación del acta en la que se recoge el acuerdo de su nombramiento y su aceptación del cargo (momento desde el que surte efecto el nombramiento) o, dada la obligación de la presentación a inscripción en el Registro Mercantil, la certificación oportuna del encargado del registro competente (art. 215 LSC; y arts. 94.1.4.º, 141.1 y 192 RRM). Pero tal prueba puede ser innecesaria si la sociedad demanda no se opone a su legitimación, pues comúnmente no puede desconocer la condición del administrador demandante.

Por último, aunque en la LSC no se contemple expresamente, la legitimación de los administradores ha de entenderse extensiva a quienes los sustituyan en caso de liquidación o concurso, de modo que también estarán legitimados en los mismos términos que ellos (y a título individual) los liquidadores (art. 375.2 LSC) y los administradores concursales. Estos últimos tanto en el caso de que el juez del concurso declare la suspensión del ejercicio por el deudor de las facultades de ad-

<sup>69</sup> V. BERCOVITZ, A., "Impugnación...", *op. cit.*, p. 327; en contra v. ARROYO, I., *op. cit.*, p. 725.

<sup>70</sup> Así, v. SÁNCHEZ CALERO, F., *op. cit.*, p. 202; y BERCOVITZ, A., "Impugnación...", *op. cit.*, p. 327.

<sup>71</sup> V. arts. 22.1 y 413.1 LEC; y MASSAGUER, J., *op. cit.*, p. 257.

<sup>72</sup> V. FRIGOLA i RIERA, A. (2008), "El consejo de administración: la impugnación de los acuerdos del consejo", *Órganos de la sociedad de capital* (dir. GARRIDO, L. y GIMÉNO-BAYÓN, R.), t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 1394-1395; y DÍAZ MORENO, A., *op. cit.*, p. 551.

<sup>73</sup> Con otra opinión, v. FARRANDO MIGUEL, I., *op. cit.*, p. 425.

ministración y disposición de su patrimonio a través de su órgano de administración y su sustitución por la administración concursal (arts. 40.1 a 4 y 48.1 y 3 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en adelante LC), como en la fase de liquidación (art. 145.3 LC), pues si el juez sólo decretara la mera intervención de las facultades por la administración concursal, los administradores concursales sólo estarían legitimados para impugnar acuerdos en condición de terceros que acrediten un interés legítimo, el cual concurre en el administrador concursal.

### 3.3. Legitimación de los terceros

La legitimación de los terceros que acrediten un interés legítimo se reconocía ya en el art. 117.1 LSA de 1989 y en el modificado art. 206.1 de la LSC, pero sólo para la impugnación de acuerdos pretendidamente nulos. La ampliación de la legitimación de tales terceros a todo tipo de acuerdos antijurídicos producida con la reforma introducida por la Ley 31/2014 debe ser entendida como el resultado de la extensión de la tesis del carácter benéfico de la finalidad perseguida: la proscripción de los acuerdos antijurídicos. Fundamento que debe inducir a considerar de manera generosa la legitimación activa para dicha impugnación; además de ser el cauce para el ejercicio del derecho constitucional de la tutela judicial efectiva<sup>74</sup>. La introducción de este grupo nuevo de legitimados sirve, por lo demás, de fórmula de cierre del sistema en caso de duda: están legitimados todos los que acrediten un interés legítimo, si bien éste no requiere ser demostrado por los socios que representen el mínimo de capital establecido ni por los administradores, pues se presume para ellos.

Hasta la entrada en vigor de la LSA de 1989 la jurisprudencia del TS negaba mayoritariamente la legitimación a los terceros interesados<sup>75</sup>, si bien desde la doctrina más autorizada se propugnaba su admisión con base en los principios generales en materia de nulidad de los contratos y en la doctrina jurisprudencial que afirma la legitimación de los terceros que puedan verse afectados por los actos o negocios nulos<sup>76</sup>.

La LSC no ofrece un concepto de interés legítimo a los efectos de la legitimación activa para la impugnación de acuerdos sociales, por lo que su apreciación queda en manos de los tribunales caso por caso. Al respecto hemos de mostrarnos de acuerdo con quienes afirman que no siempre es fácil apreciar cuándo el interés del tercero es susceptible de ser tutelado y cuándo no, pues hemos de admitir que la excesiva ampliación de la legitimación a favor de los terceros conlleva el riesgo de que casi cualquiera pueda fiscalizar externamente la vida de la sociedad. Y es que resulta ingenuo creer que cuando un tercero actúa lo hace siempre, además de por el propio interés, por el interés de la sociedad<sup>77</sup>.

Por lo demás, la LSC no se refiere a un *interés directo*, sino que considera suficiente un *interés legítimo*<sup>78</sup>, sin que ello deba llevar a interpretaciones tan extensivas que conviertan la acción de impugnación en una acción prácticamente pública. Se afirma así que debiera ser suficiente que quien pretenda estar legitimado posea un interés individual o personal en la impugnación del acuerdo social, porque éste tenga o pudiera tener alguna repercusión sobre el impugnante al afectar a sus derechos personales o sociales o a su patrimonio, y no que necesariamente implique la existencia

<sup>74</sup> V. SAP de Sevilla de 13-10-1993 (RGD, n.ºs 598-599, 1994, pp. 8987-8990).

<sup>75</sup> V. las SSTs de 18-6-1963 (RJ 1963/3383), de 17-3-1967 (RJ 1967/1524), de 24-10-1967 (RJ 1967/4032) y de 27-6-1988 (RJ 1988/5135).

<sup>76</sup> Por todos, v. DE LA PLAZA, M., *op. cit.*, p. 420; GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1952, p. 330; y URÍA, R., *op. cit.*, p. 777.

<sup>77</sup> Entre otros, v. DAMIÁN MORENO, J. y ARIZA COLMENAREJO, M. J., *op. cit.*, p. 57.

<sup>78</sup> V. BERCOVITZ, A., "Impugnación...", *op. cit.*, p. 329; y STS de 14-2-2018 (RJ 2018/542), que hemos comentado en "Legitimación activa para impugnar acuerdos de los terceros...", *op. cit.*, pp. 1-15; y que ha estudiado CARRASCO PERERA, Á., "La (im)procedencia de impugnar acuerdos societarios sobre la base del abuso del derecho de los socios", *Diario La Ley*, n.º 9180, de 18 de abril de 2018, versión electrónica, pp. 1-6. En contra, v. MASSAGUER, J., *op. cit.*, p. 258, mantiene que debe darse un interés propio, objetivo y directo del tercero.

de un perjuicio<sup>79</sup>. Además, en nuestra opinión este interés existe en los terceros que hayan sufrido ya daños o perjuicios como consecuencia del acuerdo impugnado, pero también en aquellos a los que tales consecuencias negativas puedan llegar a afectar en el futuro. No obstante, la limitación introducida por la Ley 31/2014 a la legitimación del socio, que ahora debe ostentar la participación mínima establecida, es un criterio interpretativo que debe conducir, por coherencia, a exigir en el interés legítimo del tercero una intensidad o relevancia suficiente, quedándole al tercero siempre la vía de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios para los supuestos menos significativos. Argumento que también lleva a exigir a quien se postule como tercero y sea o haya sido socio la participación mínima legal o estatutaria requerida a los socios, salvo que alegue un interés legítimo para la ineficacia del acuerdo distinto del que tiene o tuvo como socio<sup>80</sup>.

Entre los supuestos indubitados de legitimación activa se encuentran los de: 1) los trabajadores, considerados tanto individual como colectivamente a través de los representantes sindicales, respecto a los acuerdos que afecten a sus condiciones laborales (aunque hemos de ser conscientes de la amplitud de esta expresión, pues todo acuerdo que repercuta en la marcha de la sociedad puede incidir de manera directa o indirecta en las condiciones laborales e interesar a los trabajadores); 2) los obligacionistas, que en su condición de acreedores de la sociedad están interesados en el buen funcionamiento de la sociedad, así como su representante, el comisario del sindicato de obligacionistas; 3) los copropietarios de acciones o participaciones y los cotitulares de derechos reales sobre acciones o participaciones a los que no se confiera el derecho de impugnación en representación de la comunidad; 4) los nudos propietarios o usufructuarios, los acreedores pignoratícios o socios pignorantes, socios embargados o depositarios judiciales de las acciones o participaciones embargadas, a los que la ley o los estatutos no adjudiquen el derecho de impugnar acuerdos sociales; 5) los interventores judiciales de la herencia (arts. 791 y 792 LEC); y 6) los administradores concursales individualmente considerados si la persona jurídica concursada no tuviera sus facultades suspendidas (pues de tenerlas la administración concursal sustituiría al órgano de administración y cada administrador concursal estaría individualmente legitimado para impugnar los acuerdos pretendidamente antijurídicos en su condición de administrador –arts. 40.1 a 4 y 48.1 LC–).

También puede ser apreciada la legitimación activa respecto de algunas personas a las que se niegue el carácter de socio y demuestren un interés legítimo, como pueden ser: 1) los que no probaron su estatus de socio adecuadamente, 2) los privados de la condición de socio por estar viciado de nulidad su título (*v. gr.*: cuando se rechace el estatus de socio con base en una autorización de transmisión de acciones declarada nula por ser contraria a la ley o al orden público, pues este acuerdo social nulo le impide acceder a la condición de socio), 3) los titulares del derecho de contravalor de sus aportaciones dinerarias, 4) los socios que adquirieron este estatus después de celebrada la junta (como ocurre con los accionistas “nuevos” de la sociedad absorbente en caso de fusión de sociedades), o que dejaron de serlo después de ella o los titulares de acciones o participaciones pendientes de atribución. Así como los administradores a los que se niegue su legitimación en cuanto tales, bien por no haber acreditado adecuadamente su condición, bien por rechazarse su legitimación por haber dejado de ostentar su cargo en el momento de impugnar o de dictarse la sentencia o por haber sido adquirido tal estatus tras la junta, debiendo en todos estos supuestos demostrar su interés legítimo en el acuerdo que se impugna.

También pueden estar legitimados, de acreditar su interés legítimo: 1) los acreedores de la sociedad (entre los que también se encuentra la Administración pública); 2) los socios, administradores y acreedores de las sociedades participadas por la sociedad cuyo acuerdo se impugna; 3) los directores, gerentes y demás personas autorizadas por los estatutos o el presidente a asistir a la reunión por su interés en la buena marcha de los asuntos sociales (art. 181 LSC) u otros auxiliares

<sup>79</sup> V. GIMENO SENDRA, J. V., *op. cit.*, p. 30; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y DE LA OLIVA, A., *op. cit.*, p. 1061; y DAMIÁN MORENO, J. y ARIZA COLMENAREJO, M. J., *op. cit.*, pp. 58-59.

<sup>80</sup> V. MASSAGUER, J., *op. cit.*, p. 258.

o colaboradores del empresario, que mantengan con la sociedad una relación laboral (común o de alta dirección) o no (agentes, concesionarios, franquiciados, etc.); y 4) los auditores revocados ilegalmente respecto del acuerdo revocatorio de su designación<sup>81</sup>.

Pero, además, la consideración como tercero con interés legítimo puede venir determinada por la clase de sociedad en la que se adopte el acuerdo. Así en las sociedades cotizadas puede reconocerse la legitimación a las asociaciones de accionistas independientes en representación de sus asociados (art. 11.2 LEC), sean éstos socios o terceros, siempre que, en el caso de los socios, representen, individual o conjuntamente, el porcentaje de capital determinado para ello y, en el caso de los terceros, acrediten un interés legítimo; o a la propia CNMV en materias en las que no esté expresamente legitimada<sup>82</sup>. Y es que, en algunas normas especiales se reconoce la legitimación activa para impugnar determinados acuerdos sociales a ciertos organismos de Derecho público, terceros cuyo interés se presume legítimo *iuris et de iure ex lege*, y que tiene su fundamento en que es atribuida a organismos de supervisión de mercados, como el Banco de España o la CNMV<sup>83</sup>.

Además, se ha discutido en la doctrina si está también legitimado el tercero de buena fe que haya adquirido derechos a consecuencia del acuerdo impugnado y antes de que se declare su antijuridicidad<sup>84</sup>. En nuestra opinión no se debe rechazar la legitimación del tercero de buena fe con el argumento de que la sentencia no tendría efectos sobre los derechos adquiridos por el impugnante, puesto que la pretendida ausencia de efectos es algo siempre teórico, porque puede darse el supuesto, *v. gr.*, de que un tercero de buena fe preocupado ante la incertidumbre de una segunda venta de un bien registrado a su nombre adquirido a la sociedad incurra en gastos al solicitar el consejo profesional de un letrado; o de que un tercero de buena fe por razones de imagen desee impugnar un acto que le afecte por muy amparado legalmente que estuviera su interés. Y es que la protección de los intereses legítimos del tercero debe llevar a permitirle desarrollar las estrategias de defensa jurídica que considere oportunas, siempre que sean conformes a la buena fe.

Por último hemos de afirmar que la carga de la prueba del interés legítimo incumbe a quien pretenda estar legitimado, si bien éste no tiene porqué demostrar necesariamente su interés al presentar la demanda, sino que puede hacerlo a lo largo del procedimiento, e incluso puede no tener que hacerlo nunca si la sociedad demandada no le niega la legitimación por medio de la oportuna excepción o el juez no le exige su acreditación de oficio (art. 282 de la LEC).

<sup>81</sup> Al respecto entre otros *v. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., op. cit.*, pp. 349 y 352-353; nuestra monografía *Legitimación...*, *op. cit.*, pp. 126-129; y MASSAGUER, J., *op. cit.*, pp. 258-259.

<sup>82</sup> V. ALCALÁ DÍAZ, M. Á., *op. cit.*, pp. 131-170, y TAPIA HERMIDA, A. J., "La Junta General de Accionistas de la Sociedad Anónima cotizada", *Homenaje a Sánchez Calero*, vol. III, McGraw-Hill, Madrid, 2002, p. 2947.

<sup>83</sup> V. DÍAZ LEZCANO SEVILLANO, N., *op. cit.*, pp. 307-316; ROJO, Á., *op. cit.*, p. 1457; MASSAGUER, J., *op. cit.*, p. 259; y DÍAZ MORENO, A., *op. cit.*, pp. 554-555.

Así en el art. 20.a) de la Ley 10/2014, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades de Crédito, se reconoce la legitimación del Banco de España para impugnar los acuerdos adoptados con los votos emitidos de quienes sean titulares de acciones adquiridas infringiendo la prohibición de adquisición de participaciones significativas en entidades de crédito españolas sin notificación al Banco de España o con dicha notificación pero sin haber transcurrido el plazo para su evaluación o con la oposición expresa del Banco de España, habida cuenta que sus titulares carecían los derechos políticos correspondientes a las participaciones adquiridas irregularmente y que los votos emitidos en contravención con lo anterior eran nulos y los acuerdos adoptados impugnables en vía judicial siempre que los votos correspondientes a las participaciones irregularmente adquiridas hubieran sido determinantes para su adopción.

Por su parte en el art. 132.4 LMV se dispone que la CNMV estará legitimada para el ejercicio de las correspondientes acciones de impugnación contra los acuerdos que hayan sido adoptados en las sociedades cotizadas domiciliadas en España incumpliendo las normas sobre obligación de formular ofertas públicas de adquisición (en que incurrirán quien no la presente, la presente fuera del plazo máximo establecido o con irregularidades esenciales), en el plazo de un año a contar desde que tenga conocimiento del acuerdo. Y en el art. 178.a) LMV se declara la competencia de la CNMV para impugnar los acuerdos que se hubieran adoptado con la participación determinante de aquellos socios que contravinieron la prohibición de ejercer derechos políticos respecto de las participaciones significativas de sociedades de servicios de inversión españolas adquiridas irregularmente.

<sup>84</sup> Entre otros, *v. URÍA, R., op. cit.*, p. 770; GIMENO SENDRA, J. V., *op. cit.*, pp. 74-75; DAMIÁN MORENO, J. y ARIZA COLME-NAREJO, M. J., *op. cit.*, p. 59; y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., *op. cit.*, pp. 350-351.

#### 4. LEGITIMACIÓN AMPLIADA PARA LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS CONTRARIOS AL ORDEN PÚBLICO

La Ley 31/2014 introduce también un nuevo apdo. 2 del art. 206 LSC, con el que ofrece una muy amplia legitimación para la impugnación de los acuerdos contrarios al orden público, al disponer que estará legitimado “*cualquier socio, aunque hubiere adquirido esa condición después del acuerdo, administrador o tercero*”. De manera que se extiende la legitimación a cualquier socio, a cualquier administrador y, sólo aparentemente (pues no estamos ante una legitimación ilimitada, pública), a cualquier tercero. Así, si el actor es un socio no importa cuándo adquirió la condición de socio ni la participación que ostente en el capital social. Si es un administrador no es relevante desde cuándo sea administrador. Y si el demandante es un tercero no se le requiere que acredite un interés legítimo, si bien más que ante una falta de exigencia de interés legítimo del actor estamos ante una inversión de la carga de la prueba, que lleva a que sea la sociedad la que tenga que demostrar que el demandante carece de interés legítimo para impugnar o que dicho interés está falto de la intensidad o relevancia suficiente<sup>85</sup>.

Antes de esta reforma la doctrina se había referido a la contravención del orden público como la auténtica causa de nulidad acuerdos<sup>86</sup>. Y, al respecto, aunque resulta difícil de ofrecer un concepto de “orden público”, *grosso modo* entendemos que éste comprende los principios que en cada momento informan las instituciones jurídicas, que con carácter general se encuentran recogidos en la Constitución española y, en el ámbito de las sociedades anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada, en los principios configuradores del tipo social a los que se refieren el art. 28 LSC<sup>87</sup>. Unidos a la contravención del orden público, aunque no deben confundirse con ella, se encuentran otros posibles fundamentos de las acciones de revisión como son la desviación de poder, el abuso de derecho<sup>88</sup>, el fraude de ley<sup>89</sup> y la violación de las bases esenciales de la sociedad o violación de la causa o fin de la sociedad<sup>90</sup>.

No resulta, sin embargo novedoso el carácter imprescriptible de la impugnación de los acuerdos contrarios al orden público (art. 205.1 LSC), pues ya estaba reconocido en el precepto del mismo número de la ley reformada, si bien en el texto previo se hacía referencia a los acuerdos que por “*su causa o contenido*” sean contrarios al orden público y ahora se hace a “*sus circunstancias, causa o contenido*”, con una clara intención de dar mayor amplitud a la protección frente a la contravención del orden público (cuyo antecedente lo encontramos en el Anteproyecto de Ley de

<sup>85</sup> V. MASSAGUER, J., *op. cit.*, p. 263.

<sup>86</sup> Entre otros, v. BERCOVITZ, A., “Impugnación...”, *op. cit.*, pp. 388-389; ALCALÁ DÍAZ, M. Á., *op. cit.*, pp. 438-449; y ARROYO, I., *op. cit.*, pp. 715-718.

<sup>87</sup> Entre otros, v. ARANGUREN URRIZA, F. J., *op. cit.*, pp. 1195-1197; URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M., *op. cit.*, p. 326; BERCOVITZ, A., “Impugnación...”, *op. cit.*, p. 301; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M., “Nulidad de los acuerdos sociales, orden público y principios configuradores de la sociedad anónima (STS de 30 de mayo de 2007)”, *Derecho de Sociedades I. Comentarios a la jurisprudencia* (dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.), vol. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 1401-1470; PERDICES HUETOS, A., “Retorno a la impugnación de acuerdos de la junta de accionistas”, *Comentarios a la reforma del régimen de la junta general de accionistas en la reforma del bien gobierno de las sociedades* (dir. IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.), Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 131; y ALFARO, J., “Artículo 204. Acuerdos impugnables (apartados 1 a 10)”, *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)* (coord. JUSTE MENCÍA, J.), Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 184-185. En la jurisprudencia, entre otras, v. las SSTs 18-5-2000 (RJ 2000/3934), 5-2-2002 (RJ 2006/1600), 11-4-2003 (RJ 2003/3269), 28-11-2005 (RJ 2005/1233), 21-2-2006 (RJ 2006/827), 26-9-2006 (RJ 2006/7477), 30-5-2007 (RJ 2997/3608), 19-7-2007 (RJ 2007/5092), 29-11-2007 (RJ 2008/32), 29-10-2008 (2008/7692) y 19-4-2010 (RJ 2010/3538).

<sup>88</sup> V. la STS de 14-2-2018 (RJ 2018/542) citada, en la cual se considera el abuso de derecho como una conducta contraria a la ley susceptible de impugnación por vía societaria. Al respecto hemos apuntado (v. “Legitimación activa para impugnar acuerdos de los terceros...”, *op. cit.*, pp. 9) que en la sentencia echamos de menos una reflexión adicional sobre las consecuencias prácticas de la decisión señalada, que a nuestro entender son radicales: todos los supuestos de acuerdos sociales en los que exista abuso de derecho (y por extensión también otros supuestos análogos, como los de fraude de ley o los adoptados con mala fe) que perjudique a terceros tendrán como vía para su eliminación la de la impugnación de acuerdos sociales, pues en todos ellos se habrá producido una conducta contraria a la ley.

El abuso de derecho también ha sido estudiado en la STS de 15-2-2018 (RJ 2018/473). Al respecto v. ALFARO, J., quien le dedica un entrada fechada el 28-2-2018 de su blog *Almacén de Derecho*, disponible en <http://derechomercantiles.es/2018/02/caducidad-de-la-impugnacion-de-los.html#more> (última consulta: diciembre de 2018).

<sup>89</sup> V. BERCOVITZ, A., “Los acuerdos...”, *op. cit.*, pp. 386-387; y ALFARO, J., “La impugnación...”, *op. cit.*, pp. 194-202.

<sup>90</sup> V. GIRÓN, J., *op. cit.*, pp. 323-325.

Código Mercantil). Una muestra de tales acuerdos contrarios al orden público lo ofrece la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo en su Estudio de 14 de octubre de 2013 cuando expresa que “*el caso ejemplar es el de aquellos acuerdos que simplemente no se han tomado porque no se ha celebrado o, ni siquiera se ha convocado, la junta general*”<sup>91</sup>, respecto a los cuales afirma que “*(l)os acuerdos inexistentes no pueden sobrevivir con el paso del tiempo*”.

---

<sup>91</sup> V. STS de 30-5-2007 (RJ 2000/3608).