



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

La legitimación para la impugnación de acuerdos sociales

Autora

Victoria Díez Sanz

Directora

María Gállego Lanau

Facultad de Derecho

Curso 2018-2019

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS.....	5
I. INTRODUCCIÓN.....	7
1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO.....	7
2. RAZÓN DE ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS	7
3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO.....	8
4. CUESTIONES PREVIAS: ACUERDO SOCIAL IMPUGNABLE Y CAUSAS DE IMPUGNACIÓN	8
II. PANORAMA NORMATIVO ANTERIOR A LA MODIFICACIÓN DE LA LSC POR LA LEY 31/2014, PARA LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO, EN LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES.....	11
1. EL RÉGIMEN JURÍDICO PRESENTE EN LA LSA Y EN LA LSRL.....	11
2. EL ARTÍCULO 206 LSC Y LAS RAZONES QUE IMPULSARON A SU REFORMA POR LA LEY 31/2014.....	13
3. EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO MERCANTIL COMO REFERENTE PARA EL CAMBIO LEGISLATIVO	14
III. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES.....	15
1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS PREVISTAS EN LA LSC	15
2. LEGITIMACIÓN ACTIVA ORDINARIA	16
2.1. Los socios	16
A) <i>La condición de socio</i>	16
a) <i>La adquisición de la condición de socio</i>	18
b) <i>La pérdida de la condición de socio</i>	18
c) <i>La acreditación de la condición de socio</i>	22
B) <i>La exigencia de una participación mínima en el capital social</i>	24
C) <i>La inexigibilidad de mostrar en el acta la oposición al acuerdo.</i>	28

D) <i>La acción de resarcimiento como mecanismo de protección para los socios no legitimados</i>	29
2.2. Los administradores.....	31
A) <i>La legitimación individual del administrador</i>	32
B) <i>La condición de administrador</i>	33
C) <i>La pérdida de la condición del administrador</i>	34
D) <i>La acreditación de la condición de administrador</i>	35
2.3. Los terceros con interés legítimo.....	35
A) <i>Concepto de interés legítimo</i>	36
B) <i>Prueba del interés legítimo</i>	38
2.4. El Banco de España, la CNMV y el FROB como legitimados en razón de su labor de supervisión de mercados	39
3. LA CONDICIÓN ESPECIAL DE LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR ACUERDOS POR DEFECTO DE FORMA	40
4. LA AMPLIACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LOS ACUERDOS CONTRARIOS AL ORDEN PÚBLICO	41
4.1. Los socios	42
4.2. Los administradores.....	43
4.3. Los terceros	43
IV. LA LEGITIMACIÓN PASIVA	44
1. LA SOCIEDAD COMO ÚNICA LEGITIMADA	44
2. LA REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD	46
3. LA ADHESIÓN VOLUNTARIA DEL SOCIO QUE VOTÓ A FAVOR.....	48
V. CONCLUSIONES	51
VI. BIBLIOGRAFÍA	53

LISTADO DE ABREVIATURAS

ACM: Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 2014.

ATS: Auto del Tribunal Supremo.

CC: Código Civil.

CE: Constitución Española.

CNMV: Comisión Nacional del Mercado de Valores.

FROB: Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria.

LEC: Ley 1/2001, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 31/2014: Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

LOSSEC: Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y solvencia de Entidades de Crédito.

LSA 1951: Ley de Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951.

LSA 1989: Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

LSC: Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

PCM: Propuesta del Código Mercantil 2013.

SAP: Sentencia de Audiencia Provincial

SS: siguientes.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TRLMV: Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

I. INTRODUCCIÓN

1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO

El siguiente trabajo tiene por objeto el análisis de la legitimación para la impugnación de los acuerdos sociales, materia que fue modificada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (en adelante, Ley 31/2014).

La impugnación de acuerdos sociales es un mecanismo necesario para los socios, pues es un método que les permite evitar que la junta general adopte decisiones ilegales, contrarias a los estatutos o lesivas para el interés social. Aunque se trate de uno de los derechos del socio, siempre que cumplan los requisitos previstos en el artículo 206.1 LSC, hay otros sujetos que pueden ejercitar la acción de impugnación en interés de las posibles responsabilidades de que puedan derivarse de ese acuerdo, como es el caso de los administradores, o en razón de posibles ventajas que se puedan obtener con la ineficacia del mismo, en el supuesto de los terceros con interés legítimo.

Este derecho a la impugnación ha sido duramente criticado por su frecuente utilización oportunista, lo que ha provocado en cierta parte la modificación del antiguo régimen, estableciéndose restricciones en materia de legitimación, que van a ser tratadas a continuación.

2. RAZÓN DE ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS

El derecho a impugnar ha sido una cuestión olvidada por el legislador español, lo que ha provocado un gran desfase en la normativa, que tenía pésimas consecuencias en la realidad fáctica societaria. En consecuencia, el tema ha sido tratado con gran recurrencia por la doctrina y la jurisprudencia a lo largo del tiempo.

En 2014 se efectuó una reforma del régimen de impugnación de acuerdos sociales eliminándose la distinción entre acuerdos nulos y anulables, y reforzándose la regulación de la impugnación de los acuerdos contrarios al orden público. Los cambios afectaron a la legitimación activa, optándose por un régimen marcado por su carácter restrictivo, alejado de la tradición española.

De hecho, la configuración del derecho a impugnar como un derecho de la minoría, y no como derecho individual del socio, ha sido una de las medidas más polémicas, no sólo por la restricción establecida para su ejercicio, sino también por la inadecuación de los porcentajes de capital social requeridos para el ejercicio. La fijación de esos porcentajes

supone un obstáculo para el cumplimiento del objetivo que tenía la Ley 31/2014, que no es otro que el acabar con la litigiosidad en materia de impugnación, intentado evitar el uso abusivo del este derecho.

Otra de las razones por las que destaca esta nueva configuración de la legitimación para impugnar, es el amplísimo reconocimiento que se le da al tercero con interés legítimo para el ejercicio de la acción, cuestión que confronta en cierta manera con la solución restrictiva que se ha adoptado para la legitimación de los socios.

Finalmente, se trata de un tema claramente importante en el derecho de sociedades, pues si poseemos un régimen ineficaz en materia de impugnación de acuerdos sociales, el control de la legalidad de los actos societarios se ve mermado, desprotegiendo en cierta parte a los socios, poniendo en riesgo de responsabilidad a los administradores y provocando efectos negativos a terceros.

3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO

La metodología seguida en este Trabajo de Fin de Grado es la consistente en la revisión e interpretación de la bibliografía acerca el derecho a la impugnación de acuerdos sociales, y de una manera más exhaustiva y concreta, los textos que tratan sobre la legitimación para el ejercicio de la impugnación.

Para realizar dicho análisis se ha partido del estudio de la normativa aplicable a la legitimación para impugnar, teniendo en cuenta no solo lo dispuesto en la LSC, sino también en la LEC. Posteriormente se han tenido en cuenta tanto artículos y monografías doctrinales, como las cuestiones más relevantes que se han ido planteando en la práctica jurídica de los tribunales.

En consecuencia, se ha procedido al examen crítico de los textos normativos y bibliográficos, poniéndolos en relación con las distintas opiniones doctrinales y la jurisprudencia existente en la materia, para llegar a elaborar una reflexión crítica de las cuestiones clave del régimen jurídico de la legitimación para impugnar los acuerdos sociales.

4. CUESTIONES PREVIAS: ACUERDO SOCIAL IMPUGNABLE Y CAUSAS DE IMPUGNACIÓN

Como es sabido, las sociedades de capital exteriorizan su voluntad a través de la junta general, el órgano soberano y necesario que actúa conforme al procedimiento previsto en

la LSC. El producto de las decisiones sometidas a votación por los socios, adoptadas por dicha junta general siguiendo el procedimiento dispuesto en la ley, es lo que denominamos acuerdos sociales.

Ahora bien, no todos los acuerdos son válidos por el hecho de que hayan sido adoptados por la junta general, pues pueden ser impugnados siempre y cuando concurren las causas determinadas en el artículo 204.1 LSC. Su propio tenor literal nos indica que «son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros».

Esta acción para la impugnación de acuerdos sociales es más que necesaria, pues en muchas ocasiones los socios mayoritarios buscan imponer su voluntad sólo con el objetivo de obtener beneficios propios, alejados del interés de la sociedad. Así, se puede concluir que se trata de una medida de «control de la minoría a los abusos de la mayoría»¹. No obstante, no siempre se hace un uso responsable de este derecho a impugnar, por ello, para evitar impugnaciones ociosas e improcedentes, la Ley 31/2014 añadió una serie de presupuestos en los que no procede el ejercicio de la acción², basándose en la doctrina de la relevancia, aplicada de manera reiterada por los tribunales³.

Dentro de las causas de impugnación, el artículo 204.1 LSC trata en primer lugar, la impugnación de los acuerdos sociales contrarios a la ley, entendiendo por ley no sólo la LSC, sino toda aquella norma imperativa⁴, con total independencia de si tiene rango de ley o si se trata de un reglamento, pues bastará con que posea un contenido de obligatorio cumplimiento⁵.

¹ Así lo denomina, ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN. P, *Estudios sobre el proceso de impugnación de acuerdos sociales*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 120.

² Concretamente son los presentes en el art. 204.3. LSC: la infracción de requisitos meramente procedimentales, la incorrección o insuficiencia de información facilitada por la sociedad con anterioridad a la junta, la participación de personas no legitimadas en la reunión y la invalidez de alguno de los votos o el cómputo erróneo de los mismos; siempre y cuando las citadas situaciones no tengan repercusiones graves, que vienen determinadas en el propio artículo. Para la impugnación de acuerdos que infrinjan requisitos procedimentales como la formal, el plazo previo de la convocatoria, las reglas de constitución del órgano o las mayorías, se exige la condición especial de legitimación que se aborda en apartado III, epígrafe 3, del trabajo.

³ Para más explicación: MELERO BOSCH. L, «Los acuerdos impugnables» en *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades de capital*, Garberí *et al. (dir.)*, Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2015, p. 218.

⁴ ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN. P, *Estudios sobre el proceso de impugnación... cit.*, p. 114.

⁵ MELERO BOSCH. L, «Los acuerdos impugnables...» *cit.*, p. 220.

Un subtipo de acuerdo social que infringe la ley son los contrarios al orden público. A pesar de que la LSC no los recoja en los motivos de impugnación, sí que aparecen mencionados en el artículo 205.1 LSC, donde se les excluye del régimen general de impugnación, concediéndoles un régimen de legitimación para impugnación más amplio (artículo 206.2 LSC)⁶.

El artículo 204.2 LSC establece como segundo motivo de impugnación, la infracción de las normas estatutarias o del reglamento de la junta⁷. Esta última causa de impugnación fue introducida por la Ley 31/2014, como «remedio útil para combatir las infracciones de estas normas internas de creciente importancia en la vida de las sociedades, sobre todo en las cotizadas, donde estas piezas de desarrollo normativo son obligatorias⁸».

El último supuesto de impugnación presente en el artículo 204.1, es el de los acuerdos que «lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros». Se trata de uno de los más complejos porque depende del cumplimiento de varios requisitos para que concurra. Primero, el acuerdo debe ocasionar una lesión al interés de la sociedad⁹. Se habrá lesionado el interés social cuando un acuerdo ocasione un daño patrimonial o incluso moral a la sociedad, es decir, cuando se cree un perjuicio al interés común de todos los socios¹⁰. De hecho, bastará con que un acuerdo pueda lesionar potencialmente el interés de la sociedad, sin que sea necesario se haya ocasionado de manera real el perjuicio, siempre y cuando sea razonablemente previsible que fuera a materializarse con la ejecución de la decisión de la junta general¹¹. Además, el acuerdo tiene que beneficiar

⁶ La especialidad en su regulación se debe a que el motivo es de gran desaprobación, pues de trata de acuerdos que infringen materias que se encienden como fundamentos de la sociedad mercantil. En este sentido, véase ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN. P, *Estudios sobre el proceso de impugnación... cit.*, p. 137. Así, la STS de 19 de julio de 2007(RJ 2007/5092), en su fundamento jurídico segundo conecta este concepto a los «principios configuradores de la sociedad y a la protección de accionistas ausentes o minoritarios». Al ser de tal envergadura la lesión del ordenamiento jurídico, el legislador opta por mantener la nulidad de este tipo de acuerdos, haciendo que su acción de impugnación no caduque, y legitimando a cualquier socio, sin requerir que posea determinado porcentaje del capital social, administrador o tercero.

⁷ Si la norma infringida dentro del estatuto o reglamento contiene lo dispuesto en una ley imperativa, no estaremos ante una impugnación basada en la infracción del estatuto, sino que se trataría de un acuerdo impugnado por ser contrario a la ley. Véase DAMIÁN MORENO. J y ARIZA COLMENAREJO. M. J., *Impugnación de acuerdos de sociedades anónimas. Adaptado a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Colex, 2000, Madrid, p. 37.

⁸ COMISIÓN DE EXPERTOS EN MATERIA DE GOBIERNO CORPORATIVO, *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas de 14 de octubre de 2013*, p. 29.

⁹La STS de 17 de enero de 2012 (RJ 2012\4981) formula el concepto de interés social como «la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social».

¹⁰ LARGO GIL. R y HERNÁNDEZ SAIZ. E, *Derecho Mercantil I*, Vol. 2: *El empresario. Empresario individual y Derecho de sociedades*, 3ª edic. Kronos, Zaragoza, 2017, p. 207.

¹¹ Tanto la STS de 10 de julio de 1997 (RJ 1997\5823), como la STS de 17 de enero de 2012 (RJ 2012\4981) muestran que a pesar de que es factible impugnar en base a un perjuicio potencial que se ocasionaría con la

a algún socio o tercero. Por beneficio no debemos cerrarnos al punto de vista económico, sino que también se incluyen las ventajas socio-políticas que un socio o tercero pueda obtener como consecuencia de la desviación del poder en la adopción del acuerdo¹². Por último, debe haber una relación de causalidad entre ambos¹³, es decir, deberá probarse que como consecuencia de la adopción del acuerdo se ocasiona un daño al interés común de los socios en favor de alguno de ellos o de un tercero¹⁴.

II. PANORAMA NORMATIVO ANTERIOR A LA MODIFICACIÓN DE LA LSC POR LA LEY 31/2014, PARA LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO, EN LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

1. EL RÉGIMEN JURÍDICO PRESENTE EN LA LSA Y EN LA LSRL

La primera regulación específica la encontramos en la Ley del Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951¹⁵.

Con respecto a la legitimación, el artículo 69 de esta ley hacía una diferenciación, según se tratase de acciones para instar la anulabilidad o la nulidad. Así, en primer lugar, otorgaba la legitimación para las acciones de impugnabilidad a «los concurrentes a la junta que hubieren hecho constar en acta su oposición al acuerdo impugnado, los accionistas ausentes y los que hubieran sido ilegítimamente privados de emitir su voto». En su segundo apartado determinaba que los acuerdos nulos podían ser impugnados por medio del proceso declarativo ordinario por «todos los accionistas y a los administradores en su propio nombre, aunque no sean accionistas»¹⁶.

ejecución de acuerdo, el recurso interpuesto con objeto de obtener la ineficacia del acuerdo debe ser desestimado por insuficiencia probatoria cuando el interesado no aporte pruebas que concluyan la gran probabilidad de que el perjuicio para el interés social se materialice en el futuro.

¹² La interpretación formulada en la STS de 19 de febrero de 1991 (RJ 1991/1512) es lógica, pues la obtención de cualquier tipo de ventaja gracias a un acto abusivo es reprochable, y no es necesario que se manifieste en la esfera económica para que sea considerada.

¹³ ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN. P, *Estudios sobre el proceso de impugnación... cit.*, p. 118.

¹⁴ ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN. P, *Estudios sobre el proceso de impugnación... cit.*, p. 129.

¹⁵ Como explica BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación de acuerdos sociales [arts.206.1, 2 y 3, 251.1 y 495.2.b LSC]», en *Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad Cotizada*, Roncero Sánchez (coord.), Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, consultado en soporte electrónico disponible en Thomson Reuters Proview: fue la primera vez que se estableció de manera eficaz puesto que el Código de Comercio de 1885 no establecía ningún precepto en materia de impugnación, y en consecuencia la impugnación se basaba en los principios generales del ordenamiento y se materializaba a través del inadecuado procedimiento común.

¹⁶ SÁNCHEZ CALERO. F, *La junta general en las sociedades de capital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp.401 y 402.

Esta regulación se mantuvo hasta que se aprobó la LSA 1989, que reformuló este derecho a la impugnación de acuerdos sociales¹⁷. En materia de legitimación, la LSA 1989 introdujo una novedad y es que, con anterioridad los administradores sólo podían ejercer las acciones de nulidad (artículo 68 LSA 1951). Sin embargo, con la aprobación de la nueva ley se consideró oportuno extender su legitimación a los supuestos de acuerdos anulables, en razón de su obligación de velar por el interés social y también, como consecuencia de su responsabilidad personal sobre cualquier acto contrario a la ley o a los estatutos que provocara un perjuicio a la sociedad, como bien indicaba el artículo 133 LSA 1989¹⁸. En resumen, la legitimación para impugnar los acuerdos nulos, es decir, aquellos que fueran contrarios a la ley, se otorgaba, por el primer apartado del artículo 117 LSA 1989, a «todos los accionistas, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo». Por otro lado, podían ejercitar la acción de anulabilidad «los accionistas asistentes a la Junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes y los que hubieran sido ilegítimamente privados del voto a favor del voto, así como los administradores».

En cuanto al régimen regulador de la impugnación en las sociedades de responsabilidad limitada, cabe indicar que nada se establecía de manera expresa en la LSRL 1953. No obstante, con la promulgación de la LSRL 1995, se optó por remitir a los preceptos establecidos para las sociedades anónimas¹⁹. Así, los preceptos aplicables a las sociedades de responsabilidad limitada, en materia de impugnación de acuerdos sociales, eran los artículos 115 y ss. de la LSA 1989²⁰.

Por tanto, nos encontrábamos con una aplicación uniforme de los preceptos de la LSA, explicados anteriormente, a ambos tipos de sociedades sin que el régimen de estas estuviera establecido en la misma ley.

¹⁷ Se suprimió el procedimiento especial y se clarificó la diferenciación entre los acuerdos nulos y anulables, así como sus plazos de caducidad y su alcance legitimador, tal y como indica, ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN. P, *Estudios sobre el proceso de impugnación... cit.*, pp. 21 y 22.

¹⁸ ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS. A, *Impugnación de acuerdos sociales. Adaptada a la Ley Concursal y a las Leyes de 1 de abril y 17 de julio de 2003 y de 14 de noviembre de 2005*, Bosch, Sabadell, 2007, p. 409.

¹⁹ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico.

²⁰ SÁNCHEZ CALERO. F, *La junta general... cit.*, p. 596.

2. EL ARTÍCULO 206 LSC Y LAS RAZONES QUE IMPULSARON A SU REFORMA POR LA LEY 31/2014.

El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital se encargó de unificar el régimen aplicable de las sociedades anónimas, a las sociedades de responsabilidad limitada y a las sociedades comanditarias por acciones.

En materia de legitimación para la impugnación de acuerdos sociales se incorporó el mismo régimen establecido en la LSA 1989, con una única diferencia intrascendente, pues sólo se cambió la palabra accionista por la de socio. Por ello, el artículo 206 LSC seguía distinguiendo dos regímenes separados según los acuerdos fueran nulos o anulables, de la misma forma que se hacía cuando era aplicable el artículo 117 LSA 1989. El legislador no consideró importante el derecho a la impugnación de acuerdos sociales, olvidándose de que sin un régimen adaptado a las circunstancias sociales peligraba la estabilidad de la vida interna de la sociedad, y a su vez la protección de los accionistas minoritarios²¹.

La desactualización del régimen supuso diversas deficiencias en la aplicación práctica de los arts. 204 y ss. LSC, de tal manera, que incluso la Comisión de Expertos en materia del Gobierno Corporativo llegó a comparar su eficacia con la garantizada en la LSA 1951²².

La razón por la que se propuso la reforma del régimen era la excesiva litigiosidad derivada de un uso estratégico y oportunista del derecho de impugnación. En otras palabras, se recurría a la impugnación de los acuerdos sociales de forma abusiva, con el simple objetivo de entorpecer el desarrollo de la actividad societaria²³. Sin embargo, la reforma en esta materia no era sencilla, ya que debía garantizarse la protección de dos intereses de suma importancia, pero entre ellos contrapuestos: por un lado, debía protegerse la estabilidad de las decisiones sociales; y por el otro, salvaguardarse los intereses de la

²¹ COMISIÓN DE EXPERTOS EN MATERIA DE GOBIERNO CORPORATIVO, *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas de 14 de octubre de 2013*, p. 29.

²² COMISIÓN DE EXPERTOS EN MATERIA DE GOBIERNO CORPORATIVO, *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas de 14 de octubre de 2013*, p. 29.

²³ Este hecho obviamente debilita la imagen de la sociedad frente a terceros, pudiendo ocasionarle problemas para obtener financiación o incluso para conseguir nuevos proveedores o clientes. Véase en este sentido: GONZÁLEZ PAJUELO. M, «Impugnación de acuerdos sociales», en *Mejora del Gobierno Corporativo de sociedades no cotizadas: (A propósito de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre)*, Jordá et al. (dir), Dykinson, Madrid, 2016, p. 104.

minoría frente a los abusos de la mayoría²⁴. Por ello, el legislador optó por ampliar los sujetos que están legitimados para impugnar los acuerdos, pero exigiendo que el socio que desee impugnar ostente un determinado porcentaje del capital social.

Con la reforma del régimen de impugnación previsto en la LSC nuestro legislador sigue la senda iniciada por otros países europeos que habían instaurado regímenes de impugnación de los acuerdos sociales más restrictivos²⁵. En concreto, se inspiró en los cambios legislativos introducidos por Italia²⁶ y Alemania²⁷ en los años anteriores.

3. EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO MERCANTIL COMO REFERENTE PARA EL CAMBIO LEGISLATIVO

Con anterioridad a la promulgación de la Ley 31/2014, el Gobierno, tras cinco años de trabajo, aprobó el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, que pretendía sustituir el Código de Comercio vigente²⁸.

Dentro de la gran cantidad de reformas que este proponía se encontraba la modificación del régimen de impugnación de acuerdos sociales. De hecho, su contenido que estaba establecido en el artículo 214, en sus diferentes apartados, es prácticamente igual al que se adoptó con la Ley 31/2014.

Así, se atendieron en su elaboración las distintas exigencias que la Comisión de Expertos del Gobierno Corporativo pedía en su informe: se aumentaba el plazo de impugnación de los acuerdos impugnables a un año; se creaba una nueva causa de impugnación

²⁴ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico.

²⁵ Debe recordarse que la Unión Europea no ha hecho ningún esfuerzo para lograr una armonización del régimen de impugnación de los acuerdos sociales de los Estados Miembros, pues sólo ha regulado cuestiones como la impugnación de los acuerdos referentes a la fusión o escisión. Esto ha provocado que en este ámbito existan grandes divergencias entre los distintos países europeos. Véase 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», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 137, 2015, p. 67.

²⁶ Sigue al *Codice Civile* italiano al exigir un determinado porcentaje del capital social al socio que quiere impugnar (si bien se adopta un criterio menos restrictivo, ya que en Italia se fija la necesidad de poseer un 5% del capital social en las sociedades no cotizadas). Incluso, se adopta la misma protección a los intereses de los socios que no consiguen llegar al porcentaje legitimador, otorgándoles la posibilidad de ejercitar una acción para el resarcimiento del daño ocasionado por el acuerdo. Véase MARTÍNEZ MARTÍNEZ M, «El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos de las juntas generales...» *cit.*, pp. 69 a 73.

²⁷ Sigue a los Derechos alemán e italiano al precisar en el art. 204.3 LSC determinados motivos por los que en ningún caso podrá ser anulado un acuerdo. Véase MUÑOZ PAREDES, M.L., «Los acuerdos impugnables», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 296, 2015, pp. 168.

²⁸ El texto puede consultarse en el portal de transparencia de la Administración General del Estado: <http://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normaelaboracion.htm?id=NormaEV03L0-20141901&lang=es&fcAct=2016-10-26T17:17:37.943Z>

consistente en la contravención del reglamento de la junta; se ampliaba el significado del término «interés social», se introducía que los acuerdos podrían ser nulos cuando lo pudieran ser con respecto a sus circunstancias, se pasó a exigir un determinado porcentaje del capital social para el ejercicio de la acción, y se incluyeron supuestos en los que no concurría la impugnación del acuerdo²⁹.

La única diferencia sustancial que se puede extraer de la comparación entre el ACM y la Ley 31/2014, es que en esta última no se olvidó el papel del administrador legitimado para el ejercicio de la acción en el caso de acuerdos contrarios al orden público. En el ACM no se preveía esta posibilidad, en concreto se puede comprobar en la redacción del artículo 214-13.3. donde se establecía que «para la impugnación de acuerdos que sean contrarios al orden público, estará legitimado cualquier socio o tercero».

En resumen, la Ley 31/2014 reproduce lo dispuesto en los artículos 214-13 y 214-14 del citado anteproyecto, en el artículo 206 LSC, añadiendo, a su vez, la legitimación de los administradores para la impugnación de acuerdos contrarios al orden público.

III. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS PREVISTAS EN LA LSC

En primer lugar, y con el objetivo de clarificar a qué tipo de sociedades se refieren los artículos 204 y ss. de la LSC, se debe determinar el ámbito de aplicación de los mismos.

Así, el artículo 206 LSC otorga la legitimación para la impugnación de acuerdos de las juntas generales de las sociedades anónimas, las sociedades comanditarias por acciones y las sociedades de responsabilidad limitada, entendiéndose incluidas las sociedades limitadas nueva empresa, que como se desprende del artículo 434 LSC, son un subtipo de sociedad limitada. También debe tenerse en cuenta que, para las sociedades cotizadas, aquellas sociedades anónimas cuyas acciones están admitidas a negociación en un mercado secundario oficial de valores, el art. 495 LSC establece algunas particularidades en lo referente a la legitimación para poder impugnar acuerdos sociales.

²⁹ COMISIÓN DE EXPERTOS EN MATERIA DE GOBIERNO CORPORATIVO, *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas de 14 de octubre de 2013*, pp. 30 y 31.

2. LEGITIMACIÓN ACTIVA ORDINARIA

Como ya se ha indicado anteriormente, la legitimación para la impugnación de acuerdos sociales se encuentra en el artículo 206 LSC. Dentro de este precepto podemos encontrar dos regímenes distintos, el ordinario y el especial.

Denominaremos como ordinario a aquel que se refiere a la impugnación de todos los acuerdos que no sean contrarios al orden público, pues dicho tipo de acuerdo social es una excepción al régimen general. Es decir, serán impugnables conforme al sistema ordinario, los acuerdos que sean «contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros». Para la impugnación de los mismos, el artículo 206.1 LSC establece que «están legitimados cualquiera de los administradores, los terceros que acrediten un interés legítimo y los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital».

2.1. Los socios

El derecho de los socios a impugnar acuerdos sociales siempre ha sido configurado como uno de los derechos individuales del accionista. De hecho, en el artículo 93.c LSC sigue considerándose como un derecho mínimo del socio, por el hecho de tener tal condición. No obstante, tras la reforma operada por la Ley 31/2014 esta capacidad para impugnar los acuerdos sociales se convierte en un derecho de minoría pues sólo podrán ejercitar la acción de impugnación aquellos socios que posean cierto porcentaje del capital social³⁰.

Como consecuencia de esta restricción en el régimen de impugnación de los acuerdos sociales, ahora los socios deben cumplir dos requisitos para estar legitimados en la impugnación de un acuerdo de la junta general. Por un lado, deben poseer la condición de socio con anterioridad a la adopción de tal acuerdo; y, por otro lado, deben representar individual o conjuntamente un 1% del capital social, o bien un 0,1% si se tratara de una sociedad cotizada.

A) *La condición de socio*

Cada participación o acción atribuye a su propietario la condición de socio, en virtud, del artículo 91 LSC; en consecuencia, no sólo cumplen este requisito los socios ordinarios,

³⁰ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ M.B. «Reglas de legitimación e impugnabilidad: el conflicto entre mayorías inmanente en la impugnación de acuerdos», *Revista de Derecho de Sociedades*, nº50, 2017, p. 73.

sino que también gozan de ella los privilegiados; los accionistas sin voto; el socio moroso que todavía no ha realizado los desembolsos pendientes; el socio cotitular de acciones o participaciones, designado por lo demás titulares para el ejercicio de los derechos del socio; el socio nudo propietario o el pignorante de las acciones o participaciones³¹.

Incluso, si así lo dispusieran los estatutos de la sociedad, se equiparará la condición de socio con la del usufructuario y el acreedor pignoraticio, puesto que, a pesar de no ser socios, ostentan la titularidad del derecho del que emana la legitimación activa para interponer la acción de impugnación³²

Por otro lado, en supuestos en los que las acciones o participaciones sociales se encuentren dentro de herencias yacentes o sociedades de gananciales no repartidas, en los que aún no se haya designado representante, se considera legitimado al propio ente sin personalidad jurídica. Esto se debe a que poseen capacidad para litigar, pues en el propio artículo 24 de la Constitución se les confiere el derecho a la tutela judicial efectiva³³.

Sin embargo, no pueden ser considerados como socio los titulares de derechos de suscripción preferente que no posean ni acciones ni participaciones de la sociedad, puesto que el poder adquirir acciones o participaciones sociales antes que cualquier otro tercero en un futuro, no implica poseer la condición de socio en la actualidad. Tampoco son socios los propietarios de un derecho de contravalor de sus aportaciones no dinerarias hasta que no se les entreguen sus correspondientes acciones o participaciones; pues hasta que no se hallen en posesión de dicho título no tendrán condición de socio. De la misma forma, no poseen la condición de socio los *ex* accionistas titulares de bonos de disfrute, entregados tras una reducción de capital para la amortización de sus aportaciones³⁴. Por último, tampoco debemos considerar como legitimado al depositario o administrador de acciones embargadas³⁵.

³¹ MASSAGUER FUENTES J., «Artículo 206. Legitimación para impugnar» en *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014): sociedades no cotizadas*, Juste Mencía(coord.), Civitas, Cizur Menor, 2015, p. 253.

³² MASSAGUER FUENTES, J., «Artículo 206. Legitimación para...» *cit.* p. 253.

³³ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico. En las sociedades con un capital igual o inferior a un millón de euros, el cinco por ciento

³⁴ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico.

³⁵ VALLS GOMBAU J. F., «La legitimación en los procesos de impugnación de acuerdos sociales», en *Órganos de las Sociedades de Capital, Gimeno-Bayón et al. (dir)*, Tomo I: *Junta General e impugnación de acuerdos, los administradores y su responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 499.

a) La adquisición de la condición de socio

El artículo 206.1 LSC establece como requisito legitimador para el socio, que el mismo posea tal condición con anterioridad a la aprobación del acuerdo social a impugnar. Esta exigencia es un reflejo de lo que la doctrina venía argumentando hasta que se modificó lo dispuesto en la LSC con la Ley 31/2014³⁶. Así, los diversos autores consideraban que si se permitía impugnar a los socios que adquiriesen tal condición con posterioridad a la aprobación del acuerdo, se favorecía la posibilidad de que sujetos sin interés directo en la impugnación pudieran maniobrar fraudulentamente con el objetivo de entorpecer el buen funcionamiento de la corporación³⁷.

Además, resultaba obvio que el momento adecuado para tener en cuenta la condición de socio era el momento anterior a la adopción del acuerdo, pues por aquel entonces se requería o bien, que el socio hubiera asistido a la junta y que hubiera mostrado su oposición en el acta, o bien que se tratara de un accionista ausente, o que, asistiera pero se le hubiera privado ilegítimamente del voto³⁸. Por un lado, si se pide que el accionista muestre su oposición en el acta de la junta, sería necesario que hubiera asistido a la misma, algo que no es posible si no eres socio en el momento de su celebración³⁹. Por la misma razón, sólo se puede ausentar de la junta alguien que tenga derecho a presenciarla⁴⁰. Y, por último, para ser privado indebidamente de la facultad de votar es necesario contar con ese derecho, el cual sólo se atribuye al que cuenta con la condición de socio.

Como se puede extraer de los razonamientos expuestos, está claro que era necesario poner cómo límite temporal el momento de adopción del acuerdo para que la condición de socio se tomara como circunstancia legitimadora para la impugnación de acuerdos sociales, algo que se decidió plasmar con la reforma del año 2014.

b) La pérdida de la condición de socio

No sólo el socio impugnador debe contar con tal condición de una manera previa a la adopción del acuerdo, sino que, además, debe mantener dicha condición de socio en el momento de interposición de la demanda⁴¹, pues es el momento en el que se apreciará el

³⁶ ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN. P, *Estudios sobre el proceso de impugnación... cit.*, p. 177.

³⁷ VALLS GOMBAU J. F., «La legitimación en los procesos...» *cit.*, pp. 499 y 500.

³⁸ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO. Á, «Legitimación para impugnar» en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Rojo *et al.*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 1458.

³⁹ ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS. A, *Impugnación de acuerdos sociales... cit.*, p. 409.

⁴⁰ ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS. A, *Impugnación de acuerdos sociales... cit.*, p. 404.

⁴¹ MASSAGUER FUENTES J., «Artículo 206. Legitimación para...» *cit.* p. 254.

cumplimiento de los requisitos para admitir a trámite la impugnación⁴². Por tanto, si se pierde la condición del socio en un momento anterior al comienzo de la litispendencia, como consecuencia de la transmisión de las acciones o participaciones, el socio dejará de estar legitimado para ejercitar la acción de impugnación de acuerdos sociales, con independencia de si contaba o no con la condición de socio en el momento de la adopción del acuerdo a impugnar⁴³.

Se trata de una cuestión lógica, pues como expone el Tribunal Supremo, un *ex* socio no puede considerarse legitimado para ejercitar la acción de impugnación por su papel de socio en el momento en el que se aprobó el acuerdo, dado que cuando dicho sujeto ejercita la acción carece del título legitimador, del cual se desprendió voluntariamente. Dicha transmisión de las acciones o participaciones sociales, indica que el socio ya no forma parte de la sociedad, y que por tanto, ya no tiene interés en esta impugnación, porque los efectos derivados de la misma no le van a afectar⁴⁴.

La consecuencia de la pérdida de la condición de socio con anterioridad al inicio de la litispendencia es que el tribunal podrá, por un lado, inadmitir la demanda por ausencia de legitimación; por otro lado, en el caso de que el tribunal no apreciara la falta de legitimación con anterioridad, sobreseer el proceso en la audiencia previa al juicio; o, por último, desestimar las pretensiones del demandante en la sentencia⁴⁵.

Esto se excepciona en los supuestos en los que las acciones se transmiten *mortis causa*, es decir, cuando el titular de las acciones muere y pasan a ser de su heredero, en este caso la pérdida de la condición de socio no influye en la posibilidad de impugnar acuerdos, pues el heredero podrá sustituir al inicialmente legitimado y ejercitar la acción de impugnación⁴⁶.

Ahora bien, también puede darse la pérdida de la condición de socio con posterioridad al comienzo de la litispendencia. La legitimación del socio en estos casos se convierte en

⁴² ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN. P, *Estudios sobre el proceso de impugnación... cit.*, p. 178

⁴³ GARBERÍ LLOBREGAT J, «La legitimación», en *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades de capital*, Garberí Llobregat et al. (dir.), Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2015, p. 278.

⁴⁴ Argumento desarrollado en el quinto fundamento jurídico de la STS de 30 de enero de 2002 (RJ 2002/2311).

⁴⁵ GARBERÍ LLOBREGAT. J, «La legitimación» *cit.*, p. 278.

⁴⁶ ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS. A, *Impugnación de acuerdos sociales... cit.*, pp. 403 y 404; VALLS GOMBAU J. F., «La legitimación en los procesos...» *cit.*, p. 499.

una cuestión muy controvertida sobre la que se han adoptado dos tendencias jurisprudenciales contradictorias.

En primer lugar, la corriente más tradicional consideraba que la pérdida sobrevenida de la condición de socio del impugnante del acuerdo, cuando sólo se alegaba tal circunstancia legitimadora en la demanda, tenía como consecuencia la pérdida del interés del sujeto para obtener la tutela judicial solicitada, y, por tanto, que era necesario finalizar el procedimiento⁴⁷.

En diversos autos el Tribunal Supremo seguía esta tendencia, argumentando que aquel socio que dejó de serlo durante el procedimiento por su decisión voluntaria, no podía considerarse legitimado por su condición anterior de accionista, ni por la actual de tercero con interés legítimo, pues el sujeto cambia de posición jurídica por un acto opcional adoptado por su libre criterio, en el que demuestra su falta de interés en el resultado de la impugnación, debido a que ya no forma parte de la sociedad demandada⁴⁸.

No obstante, en los últimos años esta postura se ha ido matizando. Se ha considerado que la pérdida de la condición del socio durante el desarrollo del procedimiento, no implica necesariamente que desaparezca el beneficio que esperaba de la impugnación del acuerdo, y que, por lo tanto, no siempre procede la terminación anticipada del litigio⁴⁹.

Es el ATS de 23 de abril de 2014 el que asienta esta matización, en concreto considera que a pesar de la pérdida de la posición de socio del impugnante, se debe mantener el procedimiento y no considerar que existe causa para la terminación anticipada, puesto que el impugnante expone en la demanda cuál es su verdadero interés legítimo, y el Tribunal estimó que la desaparición de su condición de socio para nada influía en su interés de obtener una resolución sobre el fondo del asunto⁵⁰.

⁴⁷ MASSAGUER FUENTES J., «Artículo 206. Legitimación para...» *cit.* p. 254.

⁴⁸ Al respecto, ATS de 5 de diciembre de 2001 (RJ 2002/1790) y ATS de 22 de enero de 2002 (JUR 2002/48765). En ambos casos, el socio impugnante pierde su condición de accionista al transferir de manera voluntaria sus acciones a un tercero, y, en consecuencia, el Tribunal entiende que, al desprenderse de las mismas y al abandonar la sociedad, deja de poseer un interés legítimo en la obtención de la tutela judicial del acuerdo impugnado.

⁴⁹ MASSAGUER FUENTES J., «Artículo 206. Legitimación para...» *cit.* p. 254.

⁵⁰ El tercer fundamento jurídico del ATS de 23 de abril de 2014 (JUR 2014\133380) explica la legitimación y el interés legítimo, concluyendo que, si en la demanda de impugnación se alega un interés legítimo distinto al existente por ser socio, se continuará con el procedimiento de impugnación si la pérdida de la condición de socio no implica la pérdida del interés legítimo argumentado. En concreto, la *ex* socia impugnante se vio obligada a la venta de parte de sus acciones, y, además, indicó que su interés no era otro que resolver si RMC o cualquier otra sociedad del grupo ACS, mediante agrupación de acciones, puede o no nombrar un consejero, posibilidad que le fue negada en el acuerdo social que impugnaba. En consecuencia, al no

Por tanto, en esta tendencia jurisprudencial, la pérdida de la condición legitimadora, es decir, la posición de socio del impugnante, una vez iniciada la litispendencia, no supone por sí misma la finalización anticipada del proceso como consecuencia de una falta de legitimación del actor, siempre y cuando siga existiendo el interés legítimo en el que fundó su demanda y que puede materializarse al pronunciarse el tribunal sobre el litigio.

En segundo lugar, existe una vertiente doctrinal que considera el efecto de la *perpetuatio legitimationis* una vez iniciada la litispendencia, en otras palabras, que el sujeto legitimado en el momento de interponer la demanda, seguirá manteniendo dicha legitimación hasta la finalización del procedimiento, sin tener en cuenta las circunstancias sobrevenidas que pudieran eliminarla⁵¹. Por tanto, sostiene que la pérdida sobrevenida de la condición de accionista del impugnante no tiene efecto alguno en el proceso, pues una vez iniciado por quien poseía legitimación, esta se conserva hasta la finalización del proceso.

Estas afirmaciones fueron fruto de la STS de 7 de julio de 2003, y años más tarde se utilizaron por distintas Audiencias Provinciales de nuestro país⁵². En consecuencia, al considerar los hechos conforme a la fecha en la que se propone la impugnación, la legitimación se encuentra perpetuada con efecto retroactivo a dicho momento de interposición de la demanda⁵³.

La situación de incertidumbre generada por estas tendencias jurisprudenciales contradictorias ha sido analizada por la doctrina, que considera, por lo general, que es la primera de las corrientes la más acertada. Así, se considera que la pérdida de la condición del socio de manera sobrevenida una vez iniciado el litigio, puede dar lugar a la terminación anticipada del procedimiento, siempre y cuando haya desaparecido el interés legítimo en el que se fundó la demanda por parte del impugnante.

desprenderse de manera voluntaria de las acciones y a su vez, al subsistir su interés legítimo de manera independiente al mantenimiento de la condición de socio, el Tribunal Supremo consideró continuar con el procedimiento.

⁵¹ GARBERÍ LLOBREGAT. J, «La legitimación» *cit.*, p. 279.

⁵² Para más información, revisar GARBERÍ LLOBREGAT. J, «La legitimación» *cit.*, p. 279.

⁵³ La STS de 7 de julio de 2003 (RJ 2003/4332) trata un supuesto de impugnación de Acuerdos del Consejo de Administración, sin embargo, es útil en este caso puesto que es una de las partes del régimen que es aplicable a ambos tipos de impugnaciones. La citada sentencia reconoce que los requisitos de legitimación deben ser valorados conforme las circunstancias existentes en el momento de presentación de la demanda. Así, el demandante no pierde su legitimación por la pérdida de su condición de miembro del Consejo de Administración, en base al principio de *perpetuatio legitimationis*, a pesar de que los administradores la destituyeran al día siguiente de la presentación de la misma, con el objetivo de acabar con el proceso de impugnación.

Los autores critican la segunda teoría basándose en la incoherencia que supone el tener que dictar una sentencia sobre el fondo de un asunto, en el que una de las partes ya no tiene interés. Por ejemplo, se compara la impugnación de un acuerdo social con la tramitación de un divorcio en el que uno de los cónyuges ha fallecido sobrevenidamente, es obvio que no tiene sentido seguir con el procedimiento⁵⁴.

En mi opinión, seguir con el proceso en virtud de la *perpetuatio legitimacionis* no sólo es una incoherencia, sino que, además, supone una carga para la Administración de Justicia, pues el tener que dictar sentencia sobre un asunto en el que ya no existe interés legítimo supone un esfuerzo en vano. En estos casos, los tan colapsados tribunales se tienen que hacer cargo de litigios que en nada interesan al sujeto impugnante, y, por lo tanto, sería conveniente, en favor del principio de economía procesal, utilizar la primera teoría jurisprudencial.

Una vez analizadas las consecuencias que la pérdida de la condición de socio genera en la legitimación, conviene no olvidarse del derecho a la sucesión procesal del adquirente de las acciones o participaciones sociales. Si el socio que transmite sus títulos una vez iniciado el proceso pierde su legitimación, el nuevo accionista comprador de dichas acciones o participaciones tiene la posibilidad de solicitar la sucesión procesal, y sustituir al demandante en el proceso⁵⁵.

c) La acreditación de la condición de socio

A diferencia de los terceros con interés legítimo, que tienen que alegar y probar su interés⁵⁶, los socios impugnantes no tienen la necesidad de probar su condición legitimadora, sino que les es suficiente con alegarla⁵⁷.

No obstante, si la sociedad negara que el actor posee dicha posición de socio, el demandante deberá acreditarla ante el Tribunal. Ahora bien, la demandada no deberá poner en duda la condición del socio, si con anterioridad, en la junta general se le

⁵⁴ Ejemplo aportado por GARBERÍ LLOBREGAT. J., «La legitimación» *cit.*, p. 279.

⁵⁵ MASSAGUER FUENTES J., «Artículo 206. Legitimación para...» *cit.* p. 254.

⁵⁶ VÁZQUEZ LÉPINETTE. T, *Estrategia jurídica en los conflictos societarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 64.

⁵⁷ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico.

reconoció como titular de dicha condición, pues la sociedad estaría yendo en contra de sus propios actos, y, por lo tanto, no estaría actuando de buena fe⁵⁸.

Para tratar la forma en la que se debe certificar la condición de socio, es conveniente diferenciar dos supuestos: por un lado, si se trata de socios integrantes de una sociedad anónima, y por el otro lado, los socios de las sociedades de responsabilidad limitada.

En primer lugar, con respecto a las sociedades anónimas, la manera de demostrar la condición de socio será diferente según el modo en que estén representadas las acciones. Si se trata de acciones representadas mediante títulos, ya sean nominativas o al portador, se pedirá que se exhiba el título que posee el socio impugnante, y en el caso de que se tratara de acciones nominativas, se exigirá de manera adicional, la demostración de la identidad del poseedor coincidente con el sujeto inscrito en el título-valor, y además, la inscripción en el libro-registro de acciones nominativas, pues para la sociedad sólo es socio aquel que está inscrito en el citado libro (artículo 116.2 LSC). Si por la falta de impresión o entrega, el socio no poseyera todavía el título, este podrá acreditar que ostenta el estatus de accionista con el certificado de su inscripción por la sociedad en el libro-registro de acciones nominativas. Por otro lado, si todavía no se hubiera practicado la inscripción por no haberse notificado la adquisición del título, seguirá estando legitimado, pues el derecho a impugnar acuerdos sociales se transmite en momento de dicha adquisición, aunque para la sociedad todavía no posea la condición de socio, en virtud de lo dispuesto en el artículo 116.2 LSC⁵⁹.

En lo referente a las acciones representadas por anotaciones en cuenta, el accionista deberá acreditar su condición mediante la presentación de un certificado que debe ser expedido por la entidad encargada de su registro contable⁶⁰.

En segundo lugar, las sociedades de responsabilidad limitada únicamente pueden tener su capital en participaciones nominativas, que no podrán materializarse en títulos-valores; por lo que, la prueba de la condición de socio se realizará con la mera inscripción de la titularidad de dichas participaciones en el libro-registro de los socios. Si no se hubiera

⁵⁸ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico.

⁵⁹ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico.

⁶⁰ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico.

procedido a su inscripción, se podrá demostrar con la exhibición de una copia del documento público en el que conste la transmisión⁶¹.

Por último, una vez acreditada la condición de socio, se debe comprobar que la adquisición de las acciones o participaciones sociales fue acorde con la legalidad. En el caso de que la transmisión tuviera algún vicio de nulidad por contrariar alguna disposición legal, la propia adquisición sería nula, y como consecuencia el adquirente no contará con la condición de socio, y, por tanto, no podrá estar legitimado para la impugnación de acuerdos sociales⁶².

B) La exigencia de una participación mínima en el capital social

Como se ha dicho anteriormente, el segundo requisito para que un socio se encuentre legitimado para la impugnación de un acuerdo de la junta general es ostentar, individual o conjuntamente, un porcentaje mínimo del capital societario. La inclusión de esta previsión buscaba limitar el derecho de impugnación de acuerdos sociales con el objetivo de minimizar el uso oportunista de esta atribución por los socios minoritarios⁶³. Si bien, ha sido objeto de duras críticas, que incluso plantean su inconstitucionalidad⁶⁴.

El porcentaje mínimo de capital exigido en las sociedades cotizadas y en las no cotizadas es distinto.

Por un lado, en las sociedades no cotizadas se requiere la tenencia de un 1% del total del capital social (artículo 206.1 LSC); y, por el otro lado, el porcentaje que se les exige a los socios de las sociedades cotizadas es el 0.1% (artículo 495.2.b) LSC). Si bien, el propio

⁶¹ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico.

⁶²BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico.

⁶³ VÁZQUEZ LÉPINETTE, T., *Estrategia jurídica en los conflictos... cit.*, p. 68.

⁶⁴ En este sentido, GARBERÍ LLOBREGAT, J., «La legitimación» *cit.*, pp. 281 y 282, considera que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, presente en el artículo 24.1 CE, de los socios que no ostenten determinado porcentaje de capital social. Entiende que el legislador incluyó el reconocimiento del derecho a resarcimiento para salvar la constitucionalidad del precepto, pues de esta manera, aunque se le niegue la anulación del acuerdo, podrá ser compensado por los daños y perjuicios ocasionados por el acuerdo que se deseaba impugnar. Para ALONSO ESPINOSA, F.J., «Tutela de la ultraminoría. Anotaciones al art. 206.1 pf. 2º LSC» en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Morillas et al. (dir.), Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, pp. 552 y 553, no sólo vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que además puede lesionar el derecho a la propiedad privada del socio minoritario sobre sus acciones o participaciones, ya que supone la imposibilidad de ejercitar uno de los contenidos ordinarios de las mismas. También considera que contraviene los principios elementales del derecho, ya que la mala fe de los socios que impugnan ociosamente debería probarse, y no dar por hecho que todos los socios, por el mero hecho de ser minoritarios, van a utilizar este mecanismo de manera oportunista. Además, critica el hecho de que el reconocimiento de la acción de resarcimiento suponga un mecanismo para garantizar la constitucionalidad del artículo 206.1 LSC.

artículo 206.1 en su segundo párrafo permite reducir dichas cifras por los estatutos de la sociedad⁶⁵.

Para calcular los citados porcentajes, se considera como capital social, el capital íntegro suscrito de la sociedad, dentro del cual se encuentran, además del correspondiente a las acciones ordinarias, las acciones sin voto, las acciones en autocartera y las que se encuentren en mora de dividendos pasivos⁶⁶.

Ahora bien, la cifra del capital social puede ir variando desde que se adopta el acuerdo hasta que se ejerce la acción de impugnación, por ello, es necesario determinar el momento en el que se debe apreciar si el socio demandante posee el correspondiente porcentaje de participación mínima en el capital social. En esta cuestión encontramos dos opiniones doctrinales contrarias, una, partidaria de fijar el momento en el de la adopción del acuerdo social y otra, en el momento de interposición de la demanda de impugnación.

Por un lado, los que defienden que el capital social que sirve de base para el cálculo del porcentaje exigido debe ser el capital suscrito el momento de la adopción del acuerdo, se basan en la coherencia de mantener el mismo criterio para valorar la condición de socio y su participación mínima en el capital de la sociedad, y así evitar las posibles maniobras que pudieran intentar tanto los socios minoritarios como los mayoritarios⁶⁷. De esta manera, nunca podría adoptarse un acuerdo de ampliación de capital con el único objetivo de deslegitimar al socio impugnador, pues obviamente, no se tendrá en cuenta su

⁶⁵ A favor de la posibilidad de reducir el porcentaje exigido hasta eliminarlo se han pronunciado MASSAGUER FUENTES J., «Artículo 206. Legitimación para...» *cit.* p. 255, BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico, y de igual manera, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ. M.B, «Reglas de legitimación e impugnabilidad...» *cit.*, p. 75.

⁶⁶ Criterio concretado en MASSAGUER FUENTES, J., «Artículo 206. Legitimación para...» *cit.* pp. 255 y 256. Que se puede complementar con la delimitación negativa llevada a cabo por BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico, donde indica que no se deben tener cuenta para calcular esta cifra las acciones o participaciones sociales que sean propiedad de un socio al que se le haya privado su derecho a impugnar, como ocurre con aquellos que no hayan formulado una oferta pública de adquisición o con aquellos que no hubieran comunicado previamente a la CNMV su obtención de una participación significativa en una empresa de servicios de inversión española, al igual que los que no hubieran respetado el plazo de evaluación de la CNMV, o los que hubieran recibido la oposición expresa de la misma.

En contra de estas consideraciones se pronuncia GONZÁLEZ FERNÁNDEZ. M.B, «Reglas de legitimación e impugnabilidad...» *cit.*, p. 77, explicando que el mecanismo de impugnación es una opción apreciable por el legislador, y que no se trata de un derecho fundamental del socio.

⁶⁷ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ. M.B, «Reglas de legitimación e impugnabilidad...» *cit.*, p. 77.

participación en el capital social en el momento de interposición de la demanda, sino que se valorará si poseía o no el 1% o el 0,1% cuando se aprobó el acuerdo impugnado⁶⁸.

Por otro lado, los partidarios de considerar el momento de la interposición de la demanda como la fecha en la que se tiene que valorar si el socio o socios impugnantes ostentan el porcentaje legal establecido, defienden que la LSC al permitir la agrupación de acciones por los distintos socios minoritarios con el objetivo de impugnar un acuerdo, se entiende que dichos sujetos reunirán su participación según el resultado de la junta, y que como consecuencia, la intención de la ley no es limitar ese derecho de aglutinación de sus porciones de capital social a una situación anterior a la de presentación de la demanda⁶⁹.

Además, consideran que el cumplimiento de los requisitos se debe valorar en el momento procesal en el que se comprueba la existencia de legitimación activa, es decir, al presentarse la demanda. Sin embargo, exceptúan a aquellos socios que ven privada su legitimación para impugnar por la adopción de acuerdo social impugnado, que reduce su participación social, pues entienden que se debe preservar su legitimación en virtud del principio de *perpetuatio legitimationis*⁷⁰.

Con respecto al supuesto de la pérdida sobrevenida de la participación exigida una vez comenzada la litispendencia, hay que concluir que no implica la pérdida sobrevenida del interés que impulsa la tramitación de la impugnación, y que, como consecuencia, se mantiene la legitimación, en virtud, del artículo 413.1 LEC⁷¹. Con excepción de los casos en los que el socio se hubiera desprendido de sus acciones o participaciones sociales voluntariamente, pues con ese acto opcional muestra su desinterés en formar parte de la sociedad, y como consecuencia, su indiferencia por el resultado del litigio⁷².

⁶⁸ Argumento defendido por MASSAGUER FUENTES, J., «Artículo 206. Legitimación para...» *cit.* p. 256. No obstante, reconoce la legitimación de aquellos socios que adquieren la participación mínima en el capital social con posterioridad a la adopción del acuerdo, pues entiende que se trata de un supuesto análogo al de la agrupación conjunta de varios accionistas con el objetivo de ostentar la condición legitimadora para ejercer la impugnación.

⁶⁹ DÍAZ MORENO, A., «Artículo 251. Impugnación de acuerdos del consejo de administración» en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014) Sociedades no cotizadas*, Juste Mencía (coord.), Civitas, Cizur Menor, 2015, p. 552. El autor trata la impugnación de los acuerdos del consejo de administración, que se rige en su gran mayoría por el régimen establecido para la impugnación de acuerdos de la junta (art. 251.2 LSC), y, por tanto, sus afirmaciones son aplicables a la hora de analizar el tema en cuestión.

⁷⁰ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico; DÍAZ MORENO, A., «Artículo 251. Impugnación de acuerdos del consejo...» *cit.*, p. 552.

⁷¹ MASSAGUER FUENTES J., «Artículo 206. Legitimación para...» *cit.* p. 256.

⁷² BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico.

En el caso de que la pérdida de la condición del socio, influya de tal manera en la agrupación del capital social de los socios impugnantes de manera conjunta, que suponga una desaparición de la legitimación reforzada de los mismos, no implicará la terminación del proceso, pues sería aplicable, de nuevo, el principio de *perpetuatio legitimationis*⁷³.

Finalmente, se debe tratar la falta de adecuación de los porcentajes determinados en los artículos 206.1 y 495.2.b LSC, con respecto a la realidad presente en las sociedades de capital españolas.

Si comenzamos por analizar el porcentaje exigido en el artículo 206.1 LSC, que corresponde con un 1% del capital social, se puede afirmar que la ley no ha logrado su objetivo, que no era otro más que reducir la litigiosidad en materia de impugnación de acuerdos sociales, pues el establecer un porcentaje de 1% para una sociedad no cotizada, como norma general, no supondrá ninguna barrera para ejercitar la acción de impugnación. En el caso de las sociedades cerradas esta cifra es un porcentaje ínfimo, por lo que será prácticamente imposible que un socio integrante de la misma no alcance dicho porcentaje⁷⁴.

Distinto es el impacto que provoca la previsión establecida en el artículo 495.2.b LSC, que exige al accionista de una sociedad cotizada estar en posesión de al menos un 0,1% para el ejercicio del derecho de impugnación. En este caso los socios minoritarios se ven privados de su facultad de impugnación pues es prácticamente imposible que lleguen a alcanzar el umbral establecido. Se ve de una manera más clara la desproporción si se utiliza un ejemplo real: si consideramos que una sociedad cotizada posee un valor bursátil de unos 20.000 millones de euros, un uno por mil del capital social corresponde a un valor bursátil de 20 millones de euros⁷⁵. Parece prácticamente imposible que un socio minoritario que tenga derecho a la participación en la junta⁷⁶, pueda llegar a ejercitar la acción de impugnación.

⁷³ SANJUÁN Y MUÑOZ. E, «Legitimación para impugnar», en *Tratado de Sociedades de Capital*, Prendes et al. (dir.), Tomo 1: *Comentario Judicial Notarial Registral y Doctrinal de la Ley de Sociedades de Capital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 1231.

⁷⁴ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ. M.B, «Reglas de legitimación e impugnabilidad...» *cit.*, p. 75.

⁷⁵ Razonamiento y ejemplo propuestos por ALONSO ESPINOSA, F.J., «Tutela de la ultraminoría...» *cit.*, pp. 543 y 544. En el ejemplo se toma en referencia el valor bursátil de la sociedad para determinar el interés patrimonial que supone el poseer un 0.1% porcentaje del capital social.

⁷⁶ El artículo 521.bis LSC les exige estar en posesión de 1000 acciones, con total independencia de la cifra que esta cantidad suponga del total del capital social suscrito por la sociedad.

El régimen establecido no cumple en ninguno de los casos la finalidad de limitar el derecho de impugnación, pues en el caso de las sociedades no cotizadas no implica ninguna barrera real, y en el de las sociedades, no limita el derecho, sino que de manera directa lo impide.

La dificultad de limitar este derecho de una manera eficaz es comprensible, si bien se han planteado opciones para diseñar esta limitación de una manera más adecuada a cada tipo de sociedad. Así, podría haber sido más conveniente establecer un régimen determinado según las dimensiones que tenga el capital social y su distribución entre los socios; si bien comprenden que se trataría de un sistema complejo de lograr. Se ha llegado a trazar la posibilidad de establecer el sistema de minorías decrecientes que se proponía en el PCM⁷⁷, en su artículo 231-23, que era aplicable para la legitimación del socio en materia de impugnación⁷⁸. En el PCM la consideración del porcentaje exigido para el ejercicio de los derechos de la minoría variaba según la cifra de capital suscrito por la sociedad: «a) En las sociedades con un capital igual o inferior a un millón de euros, el cinco por ciento del capital social o, en las sociedades limitadas, de los derechos de voto. b) En las sociedades con un capital superior a un millón de euros e inferior o igual a diez millones, la cantidad que resulte de la aplicación del número anterior más, para el capital que exceda de un millón, el tres por ciento del capital social o, en las sociedades limitadas, de los derechos de voto. c) En las sociedades con un capital superior a diez millones de euros, la cantidad que resulte de la aplicación del número anterior más, para el capital que exceda de diez millones, el uno por ciento del capital social o, en las sociedades limitadas, de los derechos de voto.»

De esta manera se tratarían de adecuar las limitaciones en el derecho a impugnar con las circunstancias de cada sociedad, haciendo que tal vez fuera más coherente el régimen establecido.

C) La inexigibilidad de mostrar en el acta la oposición al acuerdo.

Como novedad en el régimen de la legitimación, se deja de requerir al socio una determinada posición con respecto al acuerdo anulable. En el anterior régimen sólo

⁷⁷ La Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación se puede consultar en: http://nuevocodigomercantil.es/pdf/Propuesta_codigo_mercantil.pdf.

⁷⁸ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ. M.B, «Reglas de legitimación e impugnabilidad...» *cit.*, p. 76.

podían impugnar aquellos socios que hubieran dejado constancia de su oposición en el acta, los socios ausentes y aquellos que hubieran sido privados de su voto ilegítimamente.

Según la doctrina, este reconocimiento general de la facultad de impugnar supone la superación del razonamiento que impedía impugnar a aquel socio que hubiera votado a favor del acuerdo, que se hubiera abstenido o que no hubiera podido demostrar su negativa al acuerdo en el acta⁷⁹.

Sin embargo, la posibilidad de que un socio que ha votado a favor del acuerdo lo impugne posteriormente debe matizarse. Como han entendido los tribunales, a la hora de establecerse la legitimación activa de impugnación de los acuerdos societarios, debe tenerse en cuenta el principio general del art. 7.1 CC, conforme al cual los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Por tanto, si un socio ha votado a favor de un determinado acuerdo y no se han alterado las circunstancias de hecho o de Derecho que concurrieron en la formación del sentido de su voto, no estará legitimado para impugnar dicho acuerdo. Lo contrario implicaría permitir que el socio fuese en contra de sus propios actos y esto crearía una situación de inseguridad jurídica, quebrándose la confianza de la sociedad o de terceros que contrataran con ella⁸⁰.

D) La acción de resarcimiento como mecanismo de protección para los socios no legitimados

Para compensar a los socios que no alcanzan el porcentaje mínimo establecido, y que como consecuencia no tienen derecho a impugnar el acuerdo social, el artículo 206.1 LSC, en su segundo párrafo, les otorga el «derecho al resarcimiento de los daños que les haya ocasionado el acuerdo impugnado».

Sobre este derecho al resarcimiento existen diversas opiniones. Hay ciertos autores que consideran que se trata de una simple medida para que la limitación del derecho a

⁷⁹ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico.

⁸⁰ *Vid.* fundamento jurídico segundo de la SJMer de adrid de 5 de septiembre de 2018 (JUR\2018\261696). Ahora bien, la buena fe se exige de ambas partes del negocio jurídico. Como se ha expuesto, si se alterasen las circunstancias de hecho o de Derecho que sirvieron al socio para formar su voluntad favorable de voto, en ese caso puede excepcionarse la falta de legitimación activa del socio que hubiera votado a favor del acuerdo por ejercitar la acción de buena fe al existir causa justificada para ello. En el supuesto de hecho descrito en esta sentencia, el socio que impugna votó a favor de un acuerdo de ampliación de capital. Sin embargo, la sociedad no actuó de buena fe, ya que alteró el contenido del acta de la junta por no haberse previsto que el aumento de capital se hacía mediante compensación de créditos a los socios y, por tanto, sin haberse incorporado el informe preceptivo del art. 301.2 LSC. Por ello, se estima que el socio pese a haber votado a favor del acuerdo de ampliación de capital tiene legitimación para impugnar.

impugnar no sea contraria a nuestra Constitución, de esta manera se le otorga al socio minoritario un mecanismo para anular los efectos perniciosos que el acuerdo le ocasione en su esfera patrimonial, aunque no pueda lograr dejar sin efecto un acuerdo que en realidad es impugnabile⁸¹. Para otros, se trata de un recordatorio del derecho que tiene todo perjudicado a ser resarcido, si bien, con ciertas peculiaridades con respecto al régimen general de la responsabilidad⁸².

Sea como fuere, se trata de un precepto que pretende compensar los daños ocasionados por el acuerdo impugnabile al socio privado de legitimación en razón de no poseer el porcentaje del capital social exigido; compensación que en cierta manera no produce un resarcimiento total, pues el daño permanecerá al no anularse, pero que al menos otorga una indemnización económica para deshacer los efectos que el acuerdo produjo en el patrimonio del socio⁸³.

Como se ha dicho anteriormente no es un régimen basado en la responsabilidad general, sino que posee ciertas especialidades. En primer lugar, el obligado al pago de la indemnización no corresponde con el causante del daño, pues será la sociedad la que tenga que hacer frente al resarcimiento⁸⁴. De hecho, el socio que ejercite el derecho de resarcimiento solo deberá probar la infracción legal, estatutaria o del interés social y la acreditación del daño resarcible, y no tendrá que tratar el tema de la culpabilidad, como sí que se exige en el régimen general de la responsabilidad⁸⁵. Por último, también difiere del sistema general por su finalidad compensatoria y no resarcitoria, pues en este caso el daño, es decir, la existencia de un acuerdo social ilícito, permanece y seguirá produciendo efectos, pero a cambio de soportar la existencia de esos efectos, se compensa al perjudicado económicamente⁸⁶.

⁸¹ En este sentido, GARBERÍ LLOBREGAT. J., «La legitimación» *cit.*, p. 282 y ALONSO ESPINOSA, F.J., «Tutela de la ultraminoría...» *cit.*, p. 552.

⁸² Opinión de MASSAGUER FUENTES J., «Artículo 206. Legitimación para...» *cit.* p. 264, que es apoyada por BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico.

⁸³ Para ALONSO ESPINOSA, F.J., «Tutela de la ultraminoría...» *cit.*, p. 555, es como un «premio de consolación» por el hecho de tener que soportar los efectos del acuerdo social impugnabile.

⁸⁴ ALONSO ESPINOSA, F.J., «Tutela de la ultraminoría...» *cit.*, p. 554. En este caso considera que la sociedad actúa como una aseguradora legal, que tendrá que hacerse cargo de la indemnización, pero siempre con derecho a repetir contra los causantes reales del daño.

⁸⁵ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico.

⁸⁶ ALONSO ESPINOSA, F.J., «Tutela de la ultraminoría...» *cit.*, p. 555.

En referencia a la posibilidad de ejercitar el derecho de resarcimiento, no debemos limitarla únicamente a los socios que no alcancen el capital mínimo establecido para impugnar, puesto que los legitimados para el procedimiento de impugnación podrán obtener la reparación del daño *in natura*, es decir, por medio de la ineficacia del acuerdo social, o bien, reclamar los daños derivados del mismo en la propia demanda de impugnación⁸⁷. Esto mismo también se predica con respecto a los terceros con interés legítimo⁸⁸.

Sobre el procedimiento a seguir nada se concreta, tampoco sobre los plazos, por lo que podemos plantearnos que sea el mismo que el establecido para la caducidad de la acción de impugnación (artículos 205.1 y 495.2.c LSC)⁸⁹.

Por último, querría remarcar la incoherencia que posee esta acción de resarcimiento, pues se supone que es un mecanismo protector del socio minoritario, pero lo único que proporciona es una especie de indemnización a cambio de soportar unos efectos derivados de un acuerdo ilegal. De hecho, no tiene sentido el hecho de que se prive al socio minoritario del derecho a impugnar, y se le proporcione una indemnización en caso de apreciar que el acuerdo sea impugnabile, pues se niega la posibilidad de dejar sin efecto un acuerdo que sí sería impugnabile.

2.2. Los administradores

La legitimación de los administradores en la impugnación de acuerdos sociales ya era reconocida por la LSA 1951 y la LSRL 1953, y la misma se ha mantenido en los posteriores textos legales hasta la actualidad⁹⁰.

La existencia de esta legitimación se encuentra fundamentada por dos razones interconectadas. Por un lado, por el deber general de diligencia de los administradores, presente en el artículo 225 LSC, que les impone la obligación de «desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario». En consecuencia, estos sujetos en el ejercicio de su cargo tendrán que evitar la adopción de todo acuerdo que suponga un motivo de impugnación, porque

⁸⁷ MASSAGUER FUENTES J., «Artículo 206. Legitimación para...» *cit.* p. 264.

⁸⁸ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico.

⁸⁹ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico.

⁹⁰ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico.

el cometido de actuar de una manera diligente les exige obrar por el interés de la sociedad. Por otro lado, se debe al régimen de responsabilidad individual y solidaria de los mismos ante las consecuencias negativas que se puedan derivar de la ejecución por la sociedad de un acuerdo viciado⁹¹.

La relación entre ambos motivos es obvia, pues el propio interés personal del administrador, es decir, el no verse perjudicado por las posibles responsabilidades derivadas del ejecutar un acuerdo social impugnado, le provoca, a su vez, la intención de obrar de una manera diligente en el desempeño de su cargo, y, por tanto, se fomenta el ejercicio de la acción de impugnación por parte de este sujeto, algo que favorece a la defensa del interés social, cuyo deber es impuesto a los administradores por el artículo 227 LSC.

Ahora bien, el hecho de que se les exija un cumplimiento diligente de su cargo, no implica necesariamente que estos estén obligados de una manera imperativa a impugnar los acuerdos contrarios a las leyes, los estatutos o reglamentos de la junta o al propio interés de la sociedad⁹². Se trata únicamente de un derecho a impugnarlos que tiene coherencia, pues en el caso de que el acuerdo impugnado ocasionara algún daño a la sociedad, a algún socio de la misma o a algún acreedor social, provocado por una actuación negligente al deber de guardar la legalidad y el interés de la sociedad, todos los administradores responderán a título individual y solidariamente de los perjuicios ocasionados⁹³. Por tanto, es lógica la inclinación de los administradores a intentar impugnar aquellos actos que les puedan hacer incurrir en algún tipo de responsabilidad derivada del artículo 236 LSC.

A) La legitimación individual del administrador

El artículo 206 LSC legitima para ejercer la acción de impugnación de acuerdos sociales a «cualquiera de los administradores», acabando, gracias a la Ley 31/2014, con las dudas doctrinales que existían sobre si se trataba de una legitimación individual o colegiada⁹⁴.

⁹¹ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico.

⁹² SANJUÁN Y MUÑOZ. E, «Legitimación para...» *cit.*, p. 1229.

⁹³ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico.

⁹⁴ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico.

En concreto, el término «cualquiera», introducido por la modificación del año 2014, añadió lo que la mayoría de los expertos opinaban al respecto. Así, se apreció que la legitimación se concedía *uti singuli*, dado que si se estableciera como legitimado al propio órgano de administración de una manera colegiada incurriríamos en una gran incoherencia. Si se necesitara un consenso de todos los miembros que lo integraran, y tuvieran que actuar como dicho representante de la sociedad, nos encontraríamos con una identidad entre la parte actora del proceso y la parte demandada, pues como veremos es la sociedad la única legitimada pasivamente, y esta queda representada en el proceso por el propio órgano de administración. Por tanto, serían los representantes de la sociedad los impugnantes, y los mismos representantes serían los que actúan en la posición de demandados; algo que, obviamente, no tiene sentido porque la sociedad no puede ser nunca legitimada activamente contra sus propios actos unilaterales⁹⁵. De hecho, en el caso de que el actor en procedimiento de impugnación fuera el administrador único de la sociedad, cuestión que es explicada con posterioridad, la misma deberá ser representada en el procedimiento por otro sujeto, para que no se ocupen por la sociedad tanto la posición de demandante, como la de demandado⁹⁶.

Como consecuencia de la individualidad de la legitimación del administrador, podrán interponer la demanda de impugnación cualquiera de los administradores de una sociedad, con independencia de si es una sociedad con un único administrador, o si se desempeña la tarea por un grupo de personas con carácter mancomunado o solidario⁹⁷.

B) La condición de administrador

Con respecto a la impugnación de acuerdos sociales, la condición de administrador no sólo comprende a los administradores de la sociedad, sino que se extiende también a los que sustituyan a los mismos en caso de liquidación o concurso. Es el caso de los liquidadores, y el de los administradores concursales cuando se decretara la sustitución del órgano de administración, pues si sólo se diera la intervención, únicamente estarían legitimados como terceros con interés legítimo⁹⁸.

⁹⁵ MASSAGUER FUENTES, J., «Artículo 206. Legitimación para...» *cit.* p. 256.

⁹⁶ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico.

⁹⁷ SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «Legitimación para...» *cit.*, p. 1229.

⁹⁸ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico.

Se cuenta con la condición de administrador desde que se produce en el nombramiento, una vez aceptado el cargo (art. 214.3 LSC), con independencia de si se ha inscrito o no el cargo en el Registro Mercantil⁹⁹.

Nada se especifica en la LSC sobre cuál es el momento en el que hay que contar con este estatus de administrador para impugnar un acuerdo social. El artículo 206 de la misma no concreta si debe tenerse tal condición en el momento de la adopción del acuerdo, o si bien se debe tener cuando se materializa la acción en el proceso.

Se entiende que es mejor considerar que la condición se debe ostentar en el momento de interposición de la demanda de impugnación, dado que los administradores que hubieran adquirido su condición con posterioridad a la adopción del acuerdo viciado, se encuentran igualmente obligados a ejecutarlo, y como consecuencia de ello, responderán de los perjuicios que este pueda ocasionar¹⁰⁰.

De esta manera protegemos a los administradores que puedan verse perjudicados por dicho acuerdo impugnado, en detrimento de los anteriores administradores. No obstante, estos no quedan desprotegidos gracias a la legitimación de los terceros con interés legítimo, pues podrán impugnar dicho acuerdo siempre y cuando prueben su interés distinto al de la condición de administrador. Al no considerar que el momento en el que se debe contar con la condición de administrador en la adopción del acuerdo, se garantiza que la impugnación no esté motivada por la vengativa del anterior administrador, y, por tanto, al considerar a este como un tercero con interés legítimo, siempre deberá estar motivado su ejercicio de la acción¹⁰¹.

C) La pérdida de la condición del administrador

Una vez iniciado el procedimiento, puede perderse de una manera sobrevenida la condición de administrador del impugnante. La legitimación del administrador se mantiene, al entenderse que por perder la condición de administrador no se extingue automáticamente el interés del sujeto en conseguir la ineficacia del acto jurídico¹⁰².

⁹⁹ SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «Legitimación para...» *cit.*, p. 1229.

¹⁰⁰ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico.

¹⁰¹ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico y SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «Legitimación para...» *cit.*, p. 1229.

¹⁰² MASSAGUER FUENTES, J., «Artículo 206. Legitimación para...» *cit.* p. 256.

De hecho, si consideráramos que la legitimación del administrador acaba cuando este deja de ostentar dicho cargo, bastaría únicamente con la destitución del administrador impugnante para frustrar la anulación del acuerdo social¹⁰³.

Por ello, la legitimación del administrador puede persistir más allá de la vigencia de su cargo, como ocurriría en el caso de caducidad o en el cese del administrador. Así, si se dieran estas circunstancias durante la tramitación del procedimiento, no se daría la terminación anticipada de la causa, por virtud del principio de *perpetuatio legitimationis*¹⁰⁴.

D) La acreditación de la condición de administrador

En este caso, como en el de los socios, se entiende que el interés legítimo del administrador se comprende dentro de sus estatus. Al presumirse por su condición de administrador, estos sujetos no tienen la obligación de probar dicho estatus, a no ser que la sociedad alegue que desconoce la condición de administrador del demandante. En el caso de que esto ocurriera, el impugnante debe acreditar su estatus presentando la certificación del acta en la que se acordó su nombramiento y aceptación del cargo; o bien, la certificación de que se encuentra inscrito en el Registro Mercantil como administrador de dicha sociedad¹⁰⁵.

Obviamente, si la sociedad negara la condición de un administrador que ha sido designado por su propia junta, estaría obrando en contra de sus propios actos, y, por lo tanto, resultaría incoherente que esta no conociera a un administrador que ella misma ha nombrado, por lo que la acreditación de la condición de administrador no va a ser una cuestión frecuente¹⁰⁶.

2.3. Los terceros con interés legítimo

El fundamento de la legitimación del tercero con interés legítimo se desvincula de la titularidad de la relación jurídica, criterio en el que la LEC basa de forma general la legitimación activa. En este caso, la legitimación del tercero radica en que posee un

¹⁰³ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico.

¹⁰⁴ SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «Legitimación para...» *cit.*, p 1229.

¹⁰⁵ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico.

¹⁰⁶ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico.

interés propio y objetivo que se materializaría en caso de que un determinado acuerdo fuera declarado ineficaz ¹⁰⁷.

A) Concepto de interés legítimo

La LSC exige que para que el tercero pueda impugnar, cuente con interés legítimo, concepto indeterminado que no se ha regulado por la norma en cuestión.

La jurisprudencia fija la tenencia de ese interés jurídico cuando «quienes por la situación jurídica en la que se encuentran, o por una circunstancia de carácter personal, son titulares de un interés propio, distinto al de los demás ciudadanos, a obtener un beneficio o a eliminar un perjuicio como consecuencia de un resultado en un proceso»¹⁰⁸

Sobre el alcance del concepto de interés legítimo se ha pronunciado la doctrina de manera contradictoria, formándose dos corrientes, una que apoyaba la limitación del concepto a la existencia de un interés directo, y otra que consideraba concurrente tanto un interés directo como uno indirecto.

Los que defienden que sólo se puede considerar como suficiente un interés directo, argumentan que en el caso de hacer una interpretación más extensa se aumentaría la litigiosidad, algo que va en contra del objetivo que marcó la Ley 31/2014. No tendría sentido hacer una interpretación expansiva en el tercero con interés legítimo, si la propia ley ha limitado la legitimación de los socios, al requerir un determinado porcentaje del capital social para poder ejercer la acción de impugnación.¹⁰⁹

Por otro lado, hay autores que entienden que, con la concurrencia de un interés individual, no necesariamente directo, basta, pues en el momento en el que el acuerdo a impugnar repercute al tercero en su patrimonio o en sus derechos, tanto personales como sociales, se debe considerar que este tiene interés legítimo para ejercer la acción de impugnación. De hecho, opinan que no es necesario que el efecto negativo del acuerdo social se haya llegado a materializar, sino que es suficiente con que se este pueda ocurrir en un futuro¹¹⁰.

¹⁰⁷ MASSAGUER FUENTES, J., «Artículo 206. Legitimación para...» *cit.* p. 256.

¹⁰⁸ GARBERÍ LLOBREGAT, J., «La legitimación» *cit.*, p. 283.

¹⁰⁹ MASSAGUER FUENTES, J., «Artículo 206. Legitimación para...» *cit.* p. 257.

¹¹⁰ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico y QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La reforma del régimen de la impugnación de los acuerdos sociales» en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Morillas et al. (dir.), Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, p. 805.

A pesar de poseer distintas opiniones, ambas teorías confluyen en la afirmación de que el interés legítimo debe revestir gran intensidad y relevancia para llegar a equipararse con la ostentación de la legitimación reforzada por el socio, o lo que es lo mismo, para que posea la misma importancia que la que tendría un 1% del capital social en una sociedad no cotizada, o de un 0,1% en una sociedad cotizada¹¹¹.

No obstante, esto no quiere decir que la legitimación del tercero dependa de que el tercero hubiera ostentado la posición de socio con anterioridad¹¹². Más bien, la consecuencia que se deriva de dicha interpretación es que cualquier sujeto que impugne en razón de su anterior condición de socio debe haber llegado a alcanzar el porcentaje legitimador. En caso de que no hubiera poseído dicha cifra del capital social, sólo se reconocería su legitimación en virtud de otro interés legítimo¹¹³.

La STS de 14 de febrero de 2018 pone fin al debate que anteriormente se ha expuesto, argumentando en su tercer fundamento que «cualquier persona que justifique que el acuerdo le afecta directa o indirectamente, pero de forma perjudicial, está legitimada para impugnar el acuerdo social». Por tanto, se considera válida la segunda teoría pudiendo admitir que hay un interés legítimo, aunque este sea de carácter indirecto, pues se considera que el interés legítimo al que se refiere el artículo 206 LSC, corresponde con el regulado en el art. 24 CE donde trata el derecho a la tutela judicial efectiva¹¹⁴.

De todos modos, si el tercero no tuviera un interés de suficiente intensidad como para encontrarse legitimado para impugnar, siempre tendrá la posibilidad de ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios provocados por la ejecución del acuerdo¹¹⁵.

¹¹¹ MASSAGUER FUENTES, J., «Artículo 206. Legitimación para...» *cit.* p. 257; BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico.

¹¹² BAENA BAENA, P.J., «Legitimación activa para impugnar acuerdos sociales de los terceros que acrediten un interés legítimo y ejercicio abusivo del derecho por la sociedad al adoptar un acuerdo social. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2018», *Revista de Derecho de Sociedades*, Nº 53, 2018, consultado en soporte electrónico. La STS de 14 de febrero de 2018 (RJ 2018/542) reconoce el interés legítimo alegado por el impugnante, que a pesar de que no era socio con anterioridad, sí que era titular de un derecho de opción de compra sobre determinadas participaciones de la sociedad demandada, que suponían la mayoría del capital social, queriendo impugnar el acuerdo social en el que se amplió el capital social con el objetivo de impedir el ejercicio de su opción de compra.

¹¹³ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico.

¹¹⁴ La parte recurrente en la STS de 14 de febrero de 2018 (RJ 2018/542) intentó limitar el concepto de interés legítimo, alegando que el impugnante no gozaba de tal tipo de interés puesto que su interés no era directo. Sin embargo, en la citada sentencia se aclara que el concepto de interés legítimo es más amplio que el de interés directo, y, de hecho, es el identificado en el artículo 24 CE.

¹¹⁵ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico.

Una vez explicado el concepto de tercero con interés legítimo, veo necesario hacer una breve ejemplificación sobre quiénes pueden ser considerados como tal.

Tendrán legitimación para impugnar de manera indudable en los supuestos en los que el acuerdo les afecte y cumpliendo las condiciones que para ello se requieren: los trabajadores, los obligacionistas, los copropietarios de derecho reales, acciones o participaciones sociales, los nudos propietarios o usufructuarios, los acreedores pignoraticios o socios pignorantes, socios embargados o depositarios judiciales de los títulos embargados, los interventores judiciales de la herencia, en cuyo caudal se encuentren las acciones o participaciones sociales, el heredero de la herencia yacente, y los administradores concursales cuando no se haya sustituido al órgano de representativo de la sociedad. En segundo lugar, tendrán legitimación para impugnar como terceros cuando se les niegue su carácter de socio, y prueben la existencia de su interés legítimo: los socios que no probaron su condición eficazmente, los privados de su condición de socio por ser nula la adquisición del título, los sujetos que posean derecho de contravalor de sus aportaciones dinerarias, los socios que no fueron legitimados por dicha condición, al haber adquirido la misma con posterioridad a la adopción del acuerdo impugnado, y los socios que dejaron de serlo después de la celebración de la junta. En tercer y último lugar, también pueden impugnar, siempre y cuando acrediten su interés legítimo: los administradores que hayan dejado de ostentar el cargo antes de la interposición de la demanda, los administradores que no hubieran acreditado correctamente su condición, los acreedores de la sociedad, los socios, administradores y acreedores de sociedades participadas por la sociedad cuyo acuerdo sea impugnado, los directores, gerentes y otros cargos autorizados por los estatutos para asistir a la junta y los auditores revocados de manera ilegal¹¹⁶.

B) Prueba del interés legítimo

El tercero que quiere impugnar no posee una presunción de interés como la del socio o la del administrador; por ello, dicho tercero debe invocar en la demanda su interés legítimo de una manera clara y razonada, para que la sociedad pueda contradecir su legitimación¹¹⁷.

¹¹⁶ Para conocer las condiciones que deben cumplir estos terceros con interés legítimo, acudir a BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico y a MASSAGUER FUENTES, J., «Artículo 206. Legitimación para...» *cit.* pp. 257 a 259, quienes realizan un listado exhaustivo de los ejemplos mencionados.

¹¹⁷ SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «Legitimación para...» *cit.*, p 1230.

Como consecuencia, también tendrá la carga de la prueba de dicho interés, ahora bien, no es necesario que lo demuestre en la presentación de la demanda, sino que podrá acreditarlo durante el proceso¹¹⁸.

2.4. El Banco de España, la CNMV y el FROB como legitimados en razón de su labor de supervisión de mercados

No sólo los sujetos que se encuentran mencionados en el artículo 206.1 LSC son los legitimados para la impugnación de acuerdos sociales. De hecho, con anterioridad a la promulgación de la LSA 1989, ya se preveía en leyes especiales la legitimación para impugnar a determinados organismos de derecho público¹¹⁹.

Por un lado, en el artículo 132 TRLMV se reconoce el ejercicio de la acción de impugnación a la CNMV en el caso de que un acuerdo de una sociedad cotizada se adopte con el voto decisivo de sujetos que tuvieran sus derechos políticos suspendidos, como consecuencia del incumplimiento de formular una oferta pública de adquisición. También, puede impugnar, en base a lo dispuesto en el artículo 178 TRLMV, los acuerdos aprobados por la junta general de empresas de servicios de inversión gracias al voto decisivo de titulares de participaciones significativas adquiridas sin haberlo notificado a la CNMV, cuando no hubiera transcurrido el plazo para que esta evaluara la adquisición de la correspondiente participación significativa o si la misma se hubiera opuesto de manera expresa¹²⁰.

Por otro lado, la LOSSEC, en su artículo 20. a) otorga legitimación al Banco de España para impugnar los acuerdos adoptados con el voto decisivo de los titulares de acciones constitutivas de participación significativa adquiridas de manera irregular¹²¹.

En último lugar, la Ley 11/2015, de 18 de junio de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, reconoce la posibilidad de que el FROB impugnara determinados acuerdos contrarios a la ley, tal y como se puede desprender de los artículos 71 y ss.¹²².

¹¹⁸ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico.

¹¹⁹ VALLS GOMBAU, J. F., «La legitimación en los procesos...» *cit.*, p. 497.

¹²⁰ SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «Legitimación para...» *cit.*, p. 1233.

¹²¹ SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «Legitimación para...» *cit.*, p. 1232.

¹²² SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «Legitimación para...» *cit.*, p. 1233.

La legitimación de este tipo de entidades públicas tiene su razón de ser en las facultades de supervisión que tienen encomendadas, por ello, si los consideramos como terceros, su interés se presume legítimo¹²³.

3. LA CONDICIÓN ESPECIAL DE LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR ACUERDOS POR DEFECTO DE FORMA

Otra de las medidas adoptadas por la Ley 31/2014 con el fin de reducir la litigiosidad en materia de impugnación de acuerdos sociales y acabar con el ejercicio abusivo de ese derecho¹²⁴, fue delimitar qué tipos de defectos formales no son relevantes (artículo 204.3 LSC). En dicho artículo también se determinan las excepciones a esa falta de relevancia, abriendo la posibilidad de impugnar acuerdos que poseen defectos formales de relevancia, siempre y cuando se cumpla con una exigencia de legitimación añadida, como es la necesidad de haber denunciado en el momento oportuno la existencia de dicho defecto (artículo 206.5 LSC).

Del propio tenor literal del artículo 204.3.a LSC podemos extraer los defectos que se presumen relevantes: así serán impugnables aquellos acuerdos adoptados que adolezcan defectos en la forma y plazo previo de la convocatoria, las reglas esenciales para la constitución de la junta o las mayorías necesarias para la adopción del acuerdo.

Una vez delimitados los defectos de forma impugnables, es necesario determinar los sujetos que gozan de legitimación para impugnarlos. Inicialmente, dado que la LSC no contiene ninguna especialidad, podría entenderse que tienen legitimación para ello tanto los socios, como los administradores y los terceros que acrediten un interés legítimo¹²⁵. Ahora bien, el artículo 206.5 LSC establece que «no podrá alegar defectos de forma en el proceso de adopción del acuerdo quien habiendo tenido ocasión de denunciarlos en el momento oportuno no lo hubiera hecho». En consecuencia, es obvio que sólo los socios y administradores son los que forman parte del procedimiento de adopción de los

¹²³ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico.

¹²⁴ Sobre el ejercicio desmesurado del derecho de impugnación de acuerdos con defectos formales habla VIVES RUIZ F, «Impugnación de acuerdos sociales. Defectos procedimentales relevantes: delimitación y legitimación para impugnar», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 147, 2017, nº 36, p. 38, donde da traslado de unas alarmantes estadísticas del año 2003 al 2013; en las mismas se indicaba que más del 20% de las sentencias en materia de impugnación eran pertinentes a la vulneración de aspectos formales, y el 40% al derecho de información, y de ambas categorías el 60% eran desestimadas.

¹²⁵ MASSAGUER FUENTES, J., «Artículo 206. Legitimación para...» *cit.* p. 258.

acuerdos sociales, por lo que son los únicos que van a poder denunciar el defecto en el momento oportuno¹²⁶.

El «momento oportuno» diferirá según el defecto formal. Así, los defectos en la convocatoria de la junta deberán ser denunciados como muy tarde al inicio de la sesión de la junta, si bien, se pueden comunicar con anterioridad. En los casos en los que existan deficiencias en la constitución de la junta se tendrán que poner de manifiesto en la mesa de la junta cuando se fuera declarar la válida constitución de la junta. Por último, los defectos que se produzcan en la fase de adopción de los acuerdos, se deben advertir a medida que se produzcan, con un límite máximo fijado en la finalización de la reunión¹²⁷. En el caso de que el interesado en la impugnación no denunciase el defecto formal en el momento oportuno, perderá su legitimación para impugnar, y ese acuerdo se convertirá en inimpugnable por renuncia tácita.

En relación con la denuncia del defecto efectuada por uno de los socios, no se puede considerar que esta también legitime a los demás socios impugnantes, sólo se extenderá sus efectos a los demás codemandantes agrupados con el objetivo de representar el porcentaje exigido para impugnar¹²⁸.

Aclarar que sobre la forma de denunciar el defecto no hay especificaciones, no obstante, interesa establecerla en un soporte duradero que permita al demandante probar que la efectuó¹²⁹. Normalmente, se suele demostrar mediante la acreditación de las comunicaciones enviadas al órgano de administración sobre la existencia del defecto, o se deja constancia en el acta de aprobación del acuerdo social¹³⁰.

4. LA AMPLIACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LOS ACUERDOS CONTRARIOS AL ORDEN PÚBLICO

Como se ha explicado anteriormente, el derecho a impugnar acuerdos sociales, como norma general, se encuentra regulado de una manera restrictiva para intentar acabar con el ejercicio abusivo que se solía hacer del mismo con fines poco escrupulosos por las minorías.

¹²⁶ GARBERÍ LLOBREGAT, J., «La legitimación» *cit.*, p. 285.

¹²⁷ VIVES RUIZ F, «Impugnación de acuerdos sociales. Defectos procedimentales...» *cit.*, p. 45.

¹²⁸ MASSAGUER FUENTES, J., «Artículo 206. Legitimación para...» *cit.* p. 259.

¹²⁹ VIVES RUIZ F, «Impugnación de acuerdos sociales. Defectos procedimentales...» *cit.*, p. 46.

¹³⁰ MASSAGUER FUENTES, J., «Artículo 206. Legitimación para...» *cit.* p. 259.

Dichos acuerdos se encuentran circunscritos a un régimen de anulabilidad, cuya acción caduca con el paso del plazo de un año desde la adopción de los mismos; convirtiendo los acuerdos que podían ser anulados, en decisiones totalmente válidas tras el paso de dicho periodo de tiempo¹³¹. Así, se considera que los defectos que adolecen son «salvables» con el transcurso de dicho plazo, al tratarse de causas de impugnación que no revisten de un interés público en su desaparición¹³².

Por el contrario, los acuerdos contrarios al orden público son nulos, y su acción de impugnación resulta imprescriptible¹³³, esto se debe a la gravedad de la causa de impugnación, pues con su aprobación se violan los principios jurídicos que sostienen el derecho de sociedades¹³⁴. Por tanto, el régimen establecido en la legitimación para la impugnación de este tipo de acuerdos es mucho más amplio, basándose el legislador en el interés público de que desaparezcan los efectos derivados de dichos acuerdos¹³⁵.

Así, el artículo 206.2 LSC establece que «para la impugnación de los acuerdos que sean contrarios al orden público estará legitimado cualquier socio, aunque hubiera adquirido esa condición después del acuerdo, administrados o tercero». Como podemos extraer del tenor literal del precepto, se rompe la regla general de anulabilidad dejando de exigir varios requisitos para el ejercicio de la acción.

4.1. Los socios

Por un lado, la legitimación de los socios deja de estar supeditada a la condición de poseer individual o conjuntamente el 1% del capital o el 0,1% en las sociedades cotizadas. En este caso no se exige tal requisito porque la acción de nulidad busca proteger otros intereses. Si bien como regla general se intenta preservar la eficiencia empresarial¹³⁶, en este supuesto excepcional de acuerdos contrarios al orden público se considera más conveniente el establecer un régimen protector de los socios minoritarios, en interés de que estos supuestos de nulidad radical no produzcan efectos¹³⁷.

¹³¹ ALFARO ÁGUILA REAL. J y MASSAGUER FUENTES. J, «Artículo 204. Acuerdos impugnables» en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014): sociedades no cotizadas*, Juste Mencía (coord.), Civitas, Cizur Menor, 2015, p. 176.

¹³²VALLS GOMBAU J. F., «La legitimación en los procesos...» *cit.*, p. 491.

¹³³ ALFARO ÁGUILA REAL. J y MASSAGUER FUENTES. J, «Artículo 204...» *cit.*, p. 176

¹³⁴ ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN. P, *Estudios sobre el proceso de impugnación... cit.*, p. 137.

¹³⁵ MARTÍNEZ MARTÍNEZ M, «El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos de las juntas generales...» *cit.*, p. 86.

¹³⁶ COMISIÓN DE EXPERTOS EN MATERIA DE GOBIERNO CORPORATIVO, *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas de 14 de octubre de 2013*, p. 28.

¹³⁷ MASSAGUER FUENTES J., «Artículo 206. Legitimación para impugnar» *cit.* p. 263.

No sólo no se elimina la exigencia de una legitimación reforzada, sino que, además, se concreta en el propio artículo la posibilidad de que el socio impugnante adquiriera dicha condición con posterioridad a la adopción del acuerdo. Como se puede ver, de nuevo, el legislador opta por ampliar la legitimación, dejando de exigir que el actor impugnante tuviera la condición de socio al tiempo en el que el acuerdo se aprueba por la junta general, tal y como se pide para la impugnación de los demás tipos de acuerdos sociales¹³⁸.

Por tanto, basta con que el actor impugnante posea la condición de socio cuando interpone la demanda, pues es este, y no otro, el momento en el que se aprecia su circunstancia como legitimadora del derecho a la impugnación del acuerdo¹³⁹.

4.2. Los administradores

Por otro lado, el artículo 206 LSC otorga legitimación a los administradores para impugnar los acuerdos contrarios al orden público.

De nuevo, se trata de una legitimación a título individual, en la que no importa el momento de adquisición de tal condición de administrador¹⁴⁰. Es obvia la razón por la que no se limita el ejercicio de la acción al administrador, pues no se puede adoptar una posición más restrictiva a la hora de regular la legitimación para impugnar acuerdos que son radicalmente nulos, si no se restringe en la propia legitimación para la anulación de los acuerdos impugnables.

4.3. Los terceros

El último sujeto legitimado para la impugnación de estos acuerdos es el tercero, si bien, en el artículo 206.2 LSC no añade la expresión «que acredite interés legítimo», como sí que se exigía como normal general para la alegar su capacidad para impugnar los acuerdos sociales.

Esto se debe a que cuando se pretende obtener la nulidad de un acuerdo por tratarse de un acuerdo contrario al orden público se da una inversión de la carga de la prueba¹⁴¹. Si como norma general, se le pide al propio tercero que acredite su interés legítimo, en estos casos

¹³⁸ GARBERÍ LLOBREGAT. J, «La legitimación» *cit.*, pp. 279 y 280.

¹³⁹ ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN. P, *Estudios sobre el proceso de impugnación... cit.*, p. 179.

¹⁴⁰ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico.

¹⁴¹ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico.

será la demandada, es decir, la sociedad, la que tenga que demostrar la falta de dicho interés¹⁴².

Como consecuencia de esta regulación, se ha llegado a debatir la existencia de dos posibles interpretaciones sobre el alcance de la legitimación para la impugnación de acuerdos contrarios al orden público, o bien considerar que se trata de una «acción pública» o bien se necesita la existencia de algún tipo de motivo o interés, aunque no fuera directo¹⁴³.

Parece más lógica la segunda tesis, pues si consideráramos que esta acción pudiera ser ejercitada por cualquier tercero sin que en él exista ningún tipo de interés legítimo en su persona, estaríamos permitiendo que cualquier individuo pudiera perturbar la estabilidad del mundo empresarial privado.

Por tanto, se puede concluir que el régimen establecido en la legitimación de terceros para la impugnación de acuerdos contrarios al orden público, a pesar de que no exige al propio tercero alegar su interés legítimo, como sí que se exige para el régimen general de impugnación, no implica que esta acción sea de carácter público y pueda ser ejercitada por cualquiera, pues podrá probarse por la sociedad demandada la falta de interés legítimo del tercero.

IV. LA LEGITIMACIÓN PASIVA

1. LA SOCIEDAD COMO ÚNICA LEGITIMADA

Los acuerdos sociales adoptados por la junta general son actos unilaterales realizados por la propia sociedad, por ello, es lógico que el artículo 206.3 LSC establezca que «las acciones de impugnación deberán dirigirse contra la sociedad». Además, la sociedad al ser la titular de la relación jurídica litigiosa, en virtud del artículo 10 LEC, es el único sujeto que puede obtener la consideración de parte procesal legítima desde la perspectiva pasiva.

Como consecuencia, no se podrá demandar a ningún otro individuo por la impugnación del acuerdo social, ni siquiera a los socios que hubieren votado a favor ni a los administradores que hubieran promovido o vayan a ejecutar dicha decisión de la junta general¹⁴⁴.

¹⁴² MASSAGUER FUENTES J., «Artículo 206. Legitimación para impugnar» *cit.* p. 261.

¹⁴³ SANJUÁN Y MUÑOZ. E, «Legitimación para...» *cit.*, p. 1230.

¹⁴⁴ MASSAGUER FUENTES J., «Artículo 206. Legitimación para impugnar» *cit.* p. 261.

En el caso de que se pretendiera demandar a la sociedad, y, además, a los sujetos que buscaron que el acuerdo social prosperara, el Tribunal desestimaré la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario. Sólo es posible presentar la demanda de impugnación contra la sociedad que adopto el acuerdo, pues sólo es ella la que verdaderamente se encuentra vinculada de una manera inseparable a dicho acto jurídico, y por tanto, no concurre la consideración de ningún otro sujeto en la posición de demandado¹⁴⁵. De esta manera, sólo se puede dirigir la demanda al sujeto que esté vinculado de forma directa al pronunciamiento, y no a cualquier otro que pueda verse afectado indirectamente, como puede ser el administrador de la sociedad¹⁴⁶. De hecho, el único extremo sobre el que versará la sentencia será el de dejar sin efecto el acuerdo social, en el caso de que prosperara la demanda, y por tanto, esa ineficacia sólo la soportará directamente la propia sociedad.¹⁴⁷

La falta de legitimación pasiva deberá ser alegada por la parte demandada en su contestación a la demanda¹⁴⁸. No obstante, en el caso de que dicha ausencia de

¹⁴⁵ Así se explica en el primer fundamento de la SAP Zaragoza de 6 de octubre de 2003 (JUR 2003/251707), indicando la no concurrencia de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, que alegaba la recurrente al considerar la misma que era necesario demandar, no sólo a la sociedad, sino también a los sujetos que habían propiciado la adopción del acuerdo social. La Audiencia Provincial niega tal posibilidad, y remarca que «los demandantes no son libres para accionar frente a quien estimen oportuno, sino que deben dirigir su acción frente a cuantos estén vinculados de forma inseparable con los actos o negocios jurídicos en que funden sus pretensiones o puedan resultar afectados por los pronunciamientos que la sentencia dicte». Por tanto, la demanda de impugnación en ningún caso puede dirigirse a otro sujeto distinto que no sea la propia sociedad, pues es ella la única que se encuentra vinculada de forma inseparable con el acuerdo a impugnar.

¹⁴⁶ La SAP Madrid de 24 de septiembre de 2012 (JUR 2012/358275) vuelve a negar la existencia de litisconsorcio pasivo en la impugnación, argumentando que sólo se puede presentar la demanda contra la sociedad, al ser esta la única afectada de una forma directa por el pronunciamiento del tribunal, y que no cabe dirigir la demanda al administrador, dado que sólo se verá vinculado de una manera indirecta.

¹⁴⁷ El Tribunal Supremo analiza la exclusiva legitimación pasiva de la sociedad en el procedimiento de acuerdos sociales en la STS de 15 de enero de 2014 (RJ 2014/1264), indicando que no debe demandarse de manera adicional a los socios que se hubieran propiciado la adopción del acuerdo social impugnado, pues se trata de una excepción impuesta por la LSC a la regla determinada en el artículo 12 LEC, donde se trata el litisconsorcio necesario. Si bien aclara que, aunque no se pueda demandar a los socios que hubieran votado a favor del acuerdo, estos podrán adherirse de manera voluntaria y a su costa al proceso, con el objetivo de preservar la validez del acuerdo social que se pretende impugnar por los demandantes.

¹⁴⁸ Como ejemplo puede consultarse la SJMer San Sebastián de 6 de junio de 2018 (JUR\2018\273690). En este caso la sociedad demandada alega la falta de legitimación pasiva por estar la sociedad disuelta, liquidada y extinguida previamente a la interposición de la demanda. El Juzgado de lo Mercantil estimó efectivamente que una sociedad disuelta, liquidada y extinguida carece de legitimación pasiva frente a una impugnación de unos acuerdos sociales que no tienen que ver con la disolución, liquidación y extinción de la sociedad. Únicamente si la reclamación tiene carácter pecuniario y guarda relación con las labores de liquidación se entiende que queda latente la personalidad jurídica de la sociedad para ser parte demandada.

legitimación no fuera advertida por los sujetos demandados, será apreciable de oficio por el Tribunal competente¹⁴⁹.

2. LA REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD

En el momento en el que una persona jurídica es parte en un proceso jurisdiccional, es necesario que esta comparezca representada por quien legalmente ostente dicha representación (artículo 7.4 LEC).

En el supuesto de las sociedades de capital, esta representación es una de las competencias asignadas al órgano de administración en el artículo 209 LSC. La atribución de este poder de representación presenta distintas tipologías, que vienen especificadas en el artículo 233 LSC: en primer lugar, puede existir un administrador único, en cuyo caso ostentará necesariamente la representación; en segundo lugar, cuando existan varios administradores solidarios, cada uno de ellos ostentará la representación de manera independiente; en tercer lugar, cuando existan varios administradores mancomunados, al representación recaerá en ellos de una manera conjunta e inseparable; y en cuarto y último lugar, cuando exista un consejo de administración, el poder de representación recaerá en dicho órgano mediante actuación colegiada.

Al otorgarse la representación de la sociedad al órgano de administración de la sociedad, en el proceso de impugnación de acuerdos sociales podemos tener una concurrencia entre la figura del demandante, al poder demandar cualquier administrador de la sociedad, y la figura del demandado, al ostentar la representación de la sociedad el administrador demandante. Esta problemática ocurriría cuando ejercita la acción de impugnación aquel administrador que posee de manera exclusiva la representación de la sociedad, ya sea porque es el administrador único de la misma, porque se trate de los administradores

¹⁴⁹ Así lo indica MASSAGUER FUENTES J., «Artículo 206. Legitimación para impugnar» *cit.* p. 261, quien usa la SAP Alicante de 3 de abril de 2014 (JUR 2014/155862) para expresar que el hecho de que la demandada no haya solicitado la excepción por falta de legitimación pasiva, no significa que no se pueda apreciar por el tribunal conocedor de la causa. En la citada sentencia se indica que el socio demandante no ejercitó la acción contra quien verdaderamente debía hacerlo, que es la empresa que adoptó el acuerdo, y no la compañía administradora de la misma, como consideró. Así, el Juzgado de lo Mercantil de Alicante, en primera instancia, apreció de oficio la falta de legitimación pasiva de la compañía administradora de la sociedad que aprobó el acuerdo, y el demandante recurrió en apelación dicha decisión, alegando que la sociedad demandada en ningún momento opuso la excepción de falta de legitimación. En consecuencia, la Audiencia resolvió la desestimación de este motivo alegado en el recurso, pues se trataba de un «supuesto de legitimación pasiva *ad causam*», y, por tanto, es imposible que se haga valer una acción contra un sujeto que en ningún momento ostenta la titularidad del acto que se pretende impugnar.

mancomunados de común acuerdo o porque decidan demandar todos los administradores solidarios o todos los miembros del consejo de administración¹⁵⁰.

No obstante, esta situación tan previsible fue solucionada por la LSA 1989 en su artículo 117.3, solución que se ha mantenido con leves concreciones en el artículo 206.3 LSC: «cuando el actor tuviese la representación exclusiva de la sociedad y la junta no hubiera designado a nadie a tal efecto, el juez que conozca de la impugnación nombrará la persona que ha de representarla en el proceso, entre los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado».

El mecanismo consta de dos posibilidades, en el caso de que la junta general hubiera previsto que de darse esta situación la representación la ocupará determinado sujeto, esta designación producirá efectos, y el sujeto seleccionado se convertirá en el representante de la sociedad en el proceso de impugnación. En concreto, la LSC no establece ningún tipo de indicación sobre qué sujetos pueden ser nombrados como representantes de la sociedad para la impugnación, por lo que podría nombrarse a cualquier socio o tercero¹⁵¹. Dicho nombramiento se podrá realizar tanto de una manera particular según el acuerdo social, como de forma general para todos los acuerdos, e incluso podría realizarse a través de una previsión estatutaria¹⁵².

Ahora bien, si la junta general no hubiera hecho valer su competencia para designar a un representante, se encargará el juez que conozca del procedimiento de impugnación. Sin embargo, en este caso el juez no puede elegir a cualquier sujeto, sino que siempre debe designar a uno de los socios que hubieran votado a favor del acuerdo a impugnar¹⁵³, tal y como se exige en el artículo 206.3 LSC. El nombramiento judicial se realizará una vez admitida la demanda, pero con anterioridad al emplazamiento para la contestación a la demanda, y se tramitará como cuestión incidental de previo pronunciamiento, que deberá

¹⁵⁰ MASSAGUER FUENTES J., «Artículo 206. Legitimación para impugnar» *cit.* p. 262.

¹⁵¹ Al respecto, BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico, considera que lo más lógico sería elegir a uno de los socios que votaron a favor del acuerdo a impugnar, si bien la LSC al no hacer ningún tipo de restricción, que sí que realiza para el nombramiento judicial, permite a la junta general libertad para escoger la representación.

¹⁵² MASSAGUER FUENTES J., «Artículo 206. Legitimación para impugnar» *cit.* p. 262.

¹⁵³ En relación con esta elección, BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico, plantea la posibilidad de que ninguno de los socios que hubiera votado a favor quisiera ser designado como representante, en cuyo caso parece razonable que el juez pudiera escoger a otra persona. Al respecto, considero correcta esta afirmación, si bien habría que excepcionar a aquellos socios que hubieran votado en contra del acuerdo.

ser suscitada por el propio demandante al conocer indudablemente su situación de conflicto de interés¹⁵⁴.

Una vez realizado el nombramiento del representante de la sociedad para el litigio, el representante actuará en nombre de la sociedad, pero se puede plantear la duda de si existe la posibilidad de que pueda disponer plenamente del procedimiento, en otras palabras, si el representante posee la capacidad para allanarse a las pretensiones del impugnante o si bien, tendrá que autorizarse dicho allanamiento por un acuerdo de la junta general¹⁵⁵.

Finalmente, los gastos que se deriven de la representación de la sociedad en el proceso, como son los derivados de la asistencia de abogado y procurador, corresponderán a la sociedad, con independencia del resultado del procedimiento¹⁵⁶.

3. LA ADHESIÓN VOLUNTARIA DEL SOCIO QUE VOTÓ A FAVOR

Como se ha dicho anteriormente, la legitimación pasiva en el proceso de impugnación de acuerdos sociales únicamente la ostenta la sociedad. Si bien eso no significa que los socios que votaron a favor del acuerdo impugnado no puedan intervenir en el procedimiento. De hecho, el artículo 206.4 LSC permite a dichos socios «intervenir a su costa en el proceso para mantener su validez».

Sobre la utilidad de este precepto han debatido ciertos autores, consideran que es innecesario al día de hoy, pues con la reforma de la LEC y la existencia del artículo 13 de la misma, se convierte en redundante. El citado artículo de la legislación procesal ya regula la intervención en el proceso de los sujetos que no han sido llamados como partes en el proceso, y establece en su primer párrafo que «mientras se encuentre pendiente el proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito»; por ello, consideran que la previsión en la LSC es superflua. Además, califican la previsión como incompleta, al tratar únicamente la intervención procesal del socio que ha votado a favor, olvidándose de la posible intervención de socios, administradores o terceros que no impugnan, pero que si quieren lograr la ineficacia del acuerdo. Por ambas razones, consideran que la presencia de esta facultad de intervención adhesiva del socio que ha votado a favor, solo supone la

¹⁵⁴ MASSAGUER FUENTES J., «Artículo 206. Legitimación para impugnar» *cit.* p. 262.

¹⁵⁵ La duda la plantea MASSAGUER FUENTES J., «Artículo 206. Legitimación para impugnar» *cit.* p. 263. En mi opinión parece más justo que se acordara el allanamiento por la junta general, al poseer esta, de manera inicial, la competencia para designar el representante en de la sociedad, por lo que me parece más coherente que el nombrado representante actúe de conformidad con dicho órgano de deliberación.

¹⁵⁶ MASSAGUER FUENTES J., «Artículo 206. Legitimación para impugnar» *cit.* p. 263.

subsistencia de un precepto que se introdujo de manera pertinente en la LSA 1989, pero que ya no es útil en la actualidad¹⁵⁷.

Otra parte de la doctrina no considera que la existencia del artículo 206.4 LSC sea innecesaria y que se limite a recoger la previsión antigua. Estiman que se trata de un precepto que pretende aclarar que el socio que votó a favor posee un interés directo y legítimo para intervenir adhesivamente en el proceso, tal y como exige el artículo 13.1 LEC¹⁵⁸.

Sea o no innecesario, el artículo 206.4 LSC concreta la posibilidad de intervención del socio que votó a favor de acuerdo impugnado, pero esta previsión no supone que se limite a dicho sujeto la intervención procesal¹⁵⁹. Para poder adherirse al proceso en defensa del acuerdo social, el socio necesita cumplir dos requisitos: poseer la condición de socio con anterioridad a la adopción del acuerdo y haber emitido un voto favorable al acuerdo impugnado¹⁶⁰.

Si interpretamos el precepto de manera restrictiva, se puede concluir que no están legitimados para adherirse al proceso en favor de la eficacia del acuerdo social los socios ausentes, ni los privados del voto, ni los que se abstuvieron¹⁶¹. De la misma forma, tampoco tendría sentido permitir esta facultad al socio que no pudo emitir voto por poseer conflicto de intereses, pues solo posee un interés legítimo y no directo¹⁶². Sin embargo, algunos autores consideran oportuno admitir la intervención procesal del socio ausente o que se abstuvo en la votación. Si bien, también niegan que el socio que votó en contra del acuerdo impugnado se adhiriera al proceso en defensa del mismo, pues en ese caso se

¹⁵⁷ En este sentido, MASSAGUER FUENTES J., «Artículo 206. Legitimación para impugnar» *cit.* p. 263, critica la referencia a la facultad de intervención procesal de los socios que votaron a favor del acuerdo impugnado. VÁZQUEZ LÉPINETTE, T., *Estrategia jurídica en los conflictos...* *cit.*, pp. 78 y 79, apoya la tesis, y aporta su opinión afirmando que el artículo 206.4 LSC no será de aplicación frecuente, como consecuencia de la ausencia de interés que ostenta el socio mayoritario en defender a su costa la validez del acuerdo social, ya que, dicha defensa ya la va a efectuar la propia sociedad.

¹⁵⁸ Según ROJO FERNÁNDEZ-RÍO. Á., «Legitimación para...» *cit.*, p. 1464 y SÁNCHEZ CALERO. F., «La impugnación de acuerdos sociales y la intervención del socio que votó a favor» en *Derecho de Sociedades y de los Mercados Financieros. Libro Homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, Fernández Torres *et al.* (coord.), Iustel, Madrid, 2018, p. 812.

¹⁵⁹ De hecho, en virtud del artículo 13.1 LEC todo aquel que posea interés directo en resultado del proceso puede intervenir en él, por lo que tenemos que entender que también podrán utilizar esta facultad los socios que hubieran votado en contra del acuerdo, con el objetivo de conseguir su ineficacia. Véase MASSAGUER FUENTES J., «Artículo 206. Legitimación para impugnar» *cit.* p. 263.

¹⁶⁰ SÁNCHEZ CALERO. F., «La impugnación de acuerdos sociales y la intervención...» p. 816.

¹⁶¹ A favor de esta interpretación, ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS. A., *Impugnación de acuerdos sociales...* *cit.*, p. 419.

¹⁶² SÁNCHEZ CALERO. F., «La impugnación de acuerdos sociales y la intervención...» p. 817.

pasaría por alto la doctrina de los actos propios¹⁶³. En cierta forma, los socios ausentes o los que se abstuvieron no se posicionaron ni en apoyo ni en discrepancia hacia el acuerdo, y, en consecuencia, no manifestaron su interés directo en el mismo, sino que como en el caso del socio privado de voto por estar en situación de conflicto de interés sólo ostentan un interés legítimo, que no es suficiente para intervenir una vez iniciado el proceso de impugnación.

¹⁶³ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico.

V. CONCLUSIONES

La aprobación de la Ley 31/2014 supuso un gran cambio en el régimen de la impugnación de los acuerdos sociales. En concreto, una de las materias que se modificó fue la legitimación para impugnar, estableciéndose un régimen más restrictivo con el objetivo de acabar con la alta litigiosidad que existía en esta materia. En mi opinión, el afán de acabar de manera tajante con la utilización abusiva de la acción de impugnación, hizo que los criterios establecidos para la limitación de la impugnación no fueran meditados y adecuados a las circunstancias de las sociedades españolas.

Así, el artículo 206.1 LSC convierte el derecho individual de impugnación del socio en un derecho de la minoría, exigiendo que además de poseer la condición de socio en el momento de la adopción del acuerdo, se ostente un determinado porcentaje del capital social. La inadecuación de las cifras instauradas supone la incapacidad de acabar con la litigiosidad, puesto que el 1% aplicable a las sociedades no cotizadas parece pecar de insignificante, pues es prácticamente improbable que, en una sociedad cerrada, el citado porcentaje limite a algún socio su capacidad para impugnar y, por tanto, el uso abusivo del derecho a impugnar no parece verse mermado. Por otro lado, que en las sociedades cotizadas se exija estar en posesión de un mínimo del 0.1% para poder impugnar, hace prácticamente imposible que cualquier socio minoritario pueda ejercitar la acción, lo que vuelve a impedir el fin perseguido por la ley, pues su idea no era derogar la facultad de impugnación, sino solo eliminar la excesiva litigiosidad que existía en la materia. Por estas razones, me parece más adecuada la utilización de un régimen de minorías decrecientes, tal y como se establecía en la PCM del año 2013, en el que se tiene en cuenta la composición del capital social para el establecimiento de los porcentajes fijados para el ejercicio de los derechos de la minoría.

Los socios que no reúnan los dos requisitos anteriores no pueden impugnar el acuerdo, pero pueden entablar la acción de resarcimiento. Si bien considero que esta previsión es incoherente pues exige que el acuerdo sea impugnabile para que se pueda indemnizar al socio minoritario, al que a su vez no se le otorga legitimación para conseguir la ineficacia del acuerdo.

Con respecto al reconocimiento de la legitimación a los terceros con interés legítimo, tal vez se establezca un régimen demasiado amplio, que en nada coincide con la perspectiva restrictiva adoptada para los socios. De hecho, sentencias recientes han puesto de

manifiesto el extenso concepto de interés legítimo, pudiendo ser este, tanto directo como indirecto. Por ello, es conveniente equilibrar el régimen, exigiendo que dicho interés legítimo revista de una intensidad equivalente al interés que posee el socio de una sociedad no cotizada que ostenta un 1% o un 0,1% del capital social de una compañía cotizada.

La exigencia de la denuncia de los defectos de forma como circunstancia legitimadora es una de las medidas que limitan de una manera eficaz el uso abusivo del derecho de impugnar. Así, gracias a este requisito los interesados en ejercitar una impugnación por defecto formal sólo podrán hacerlo en el momento adecuado, y no podrán poner en jaque a la sociedad con fines oportunistas.

En referencia al régimen especial previsto para la impugnación de acuerdos sociales contrarios al orden público, parece adecuado no establecer exigencias limitativas para los sujetos legitimados, pues la norma objeto de vulneración reviste de vital importancia, por lo que es esencial que se garantice la ineficacia de este tipo de acuerdo sociales.

Finalmente, la legitimación pasiva del proceso de impugnación debe recaer solo en la sociedad, y no es pertinente la llamada al procedimiento como demandados a los responsables de la adopción del acuerdo impugnado. Asimismo, la sociedad será representada por su órgano de administración, a no ser, que este fuera el impugnante, en cuyo caso es pertinente la designación de uno de los socios que votó a favor. De la misma manera, también debe admitirse la adhesión del socio que votó a favor en razón de la existencia de su interés legítimo en el mantenimiento de la eficacia del acuerdo social. No obstante, también es admisible la intervención de otros socios, siempre que demuestren su interés, tal y como exige el artículo 13.1 LEC.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA REAL. J y MASSAGUER FUENTES. J, «Artículo 204. Acuerdos impugnables» en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014): sociedades no cotizadas*, Juste Mencía (coord.), Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 155 a 229.

ALONSO ESPINOSA, F.J., «Tutela de la ultraminoría. Anotaciones al art. 206.1 pf. 2º LSC» en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Morillas et al. (dir.), Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, pp. 541 a 570.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN. P, *Estudios sobre el proceso de impugnación de acuerdos sociales*, Dykinson, Madrid, 2015.

BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación de acuerdos sociales [arts.206.1, 2 y 3, 251.1 y 495.2.b LSC]», en *Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad Cotizada*, Roncero Sánchez (coord.), Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2016. Recurso electrónico disponible en Thomson Reuters Proview.

BAENA BAENA, P.J, «Legitimación activa para impugnar acuerdos sociales de los terceros que acrediten un interés legítimo y ejercicio abusivo del derecho por la sociedad al adoptar un acuerdo social. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2018», *Revista de Derecho de Sociedades*, Nº 53, 2018. Recurso electrónico disponible en Thomson Reuters Proview.

COMISIÓN DE EXPERTOS EN MATERIA DE GOBIERNO CORPORATIVO, Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas de 14 de octubre de 2013.

DAMIÁN MORENO. J y ARIZA COLMENAREJO. M. J., *Impugnación de acuerdos de sociedades anónimas. Adaptado a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Colex, Madrid, 2000.

DÍAZ MORENO, A., «Artículo 251. Impugnación de acuerdos del consejo de administración» en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014): sociedades no cotizadas*, Juste Mencía (coord.), Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 541 a 564.

ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS. A, *Impugnación de acuerdos sociales. Adaptada a la Ley Concursal y a las Leyes de 1 de abril y 17 de julio de 2003 y de 14 de noviembre de 2005*, Bosch, Sabadell, 2007.

GARBERÍ LLOBREGAT J, «La legitimación», en *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades de capital*, Garberí Llobregat et al. (dir.), Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2015, pp. 269 a 317.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ M.B. «Reglas de legitimación e impugnabilidad: el conflicto entre mayorías inmanente en la impugnación de acuerdos», *Revista de Derecho de Sociedades*, nº50, 2017, pp. 67 a 111.

GONZÁLEZ PAJUELO. M, «Impugnación de acuerdos sociales», en *Mejora del Gobierno Corporativo de sociedades no cotizadas: (A propósito de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre)*, Jordá et al. (dir.), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 103 a 113.

LARGO GIL. R y HERNÁNDEZ SAIZ. E, *Derecho Mercantil I*, Vol. 2: *El empresario. Empresario individual y Derecho de sociedades*, 3ª edic. Kronos, Zaragoza, 2017

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», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 137, 2015, pp. 63 y ss.

MASSAGUER FUENTES J., «Artículo 206. Legitimación para impugnar» en *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014): sociedades no cotizadas*, Juste Mencía(coord.), Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 247 a 269.

MELERO BOSCH. L, «Los acuerdos impugnables» en *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades de capital*, Garberí Llobregat et al. (dir.), Bosch, 2015, Hospitalet de Llobregat, pp. 218 a 241.

MUÑOZ PAREDES, M.L, «Los acuerdos impugnables», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 296, 2015, pp. 159 a 182.

QUIJANO GONZÁLEZ. J., «La reforma del régimen de la impugnación de los acuerdos sociales» en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Morillas et al. (dir.), Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, pp. 791 a 808.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO. Á, «Legitimación para impugnar» en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Rojo Fernández-Río *et al.*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp.1454 a 1464

SÁNCHEZ CALERO. F, *La junta general en las sociedades de capital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

SÁNCHEZ CALERO. F, «La impugnación de acuerdos sociales y la intervención del socio que votó a favor» en *Derecho de Sociedades y de los Mercados Financieros. Libro Homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, Fernández Torres *et al.* (coord.), Iustel, Madrid, 2018, pp. 811 a 827.

SANJUÁN Y MUÑOZ. E, «Legitimación para impugnar», en *Tratado de Sociedades de Capital*, Prendes *et al.* (dir.), Tomo 1: *Comentario Judicial Notarial Registral y Doctrinal de la Ley de Sociedades de Capital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 1227 a 1234.

VALLS GOMBAU J. F., «La legitimación en los procesos de impugnación de acuerdos sociales», en *Órganos de las Sociedades de Capital*, Gimeno-Bayón *et al.* (dir), Tomo I: *Junta General e impugnación de acuerdos, los administradores y su responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 487 a 514.

VÁZQUEZ LÉPINETTE. T, *Estrategia jurídica en los conflictos societarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

JURISPRUDENCIA

-Juzgado de lo Mercantil:

SJMer Madrid de 5 de septiembre de 2018 (JUR 2018\261696).

SJMer San Sebastián de 6 de junio de 2018 (JUR 2018\273690).

- Audiencia Provincial:

SAP Zaragoza de 6 de octubre de 2003 (JUR 2003/251707).

SAP Madrid de 24 de septiembre de 2012 (JUR 2012/358275).

SAP Alicante de 3 de abril de 2014 (JUR 2014/155862).

-Tribunal Supremo:

STS de 19 de febrero de 1991 (RJ 1991/1512).

STS de 10 de julio de 1997 (RJ 1997/5823).

ATS de 5 de diciembre de 2001 (RJ 2002/1790).

ATS de 22 de enero de 2002 (JUR 2002/48765).

STS de 30 de enero de 2002 (RJ 2002/2311).

STS de 7 de julio de 2003 (RJ 2003/4332).

STS de 19 de julio de 2007 (RJ 2007/5092).

STS de 15 de enero de 2014 (RJ 2014/1264).

ATS de 23 de abril de 2014 (JUR 2014/133380).

STS de 14 de febrero de 2018 (RJ 2018/542).