

## PROPUESTAS DE REFORMA DEL PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

SONIA CALAZA LÓPEZ\*

**SUMARIO:** 1. El objeto del proceso.— 2. El plazo para el ejercicio de la acción de impugnación. A) Plazos generales. B) Plazos especiales.— 3. Legitimación. A) Accionistas. a) Abstencionistas, votantes en blanco y titulares de votos nulos. b) Usufructuarios y acreedores pignoratícios. c) Accionistas sin voto. B) Administradores. C) Terceros.— 4. Competencia.— 5. Procedimiento. A) Acumulación de acciones. B) Convalidación o revocación.— 6. Efectos de la sentencia.— 7. Medidas cautelares.

El objeto del presente trabajo de investigación se centra en el análisis del proceso de impugnación de acuerdos de las Sociedades Anónimas y Cooperativas, regulado, en cuánto a sus particularidades sustantivas, en la LSA de 22 de diciembre de 1989 y en la LC, de 16 de julio de 1999, respectivamente, así como, en el ámbito procesal, en la nueva LEC 1/2000.

En este sentido, tanto la LSA, en sus artículos 115 a 118, 122 y 143, como la LC, en sus preceptos 31 y 37, regulan las causas que

---

\* Profesora Doctora de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

originan el vicio de la nulidad o, en su caso, de la anulabilidad de los acuerdos, la posibilidad de sustitución o subsanación de dichos acuerdos, cuando sea posible la eliminación de la causa de impugnación, la caducidad de la acción y la legitimación.

La LEC 1/2000, por su parte, regula la competencia (arts. 45 y 52.1.10.º), la acumulación de acciones (art. 73.2.º), el procedimiento («juicio ordinario», *ex* arts. 399 a 436), los efectos de la sentencia (art. 222.3.III), las costas (arts. 394 a 398) y las medidas cautelares (art. 727.5.º y 10.º).

## 1. EL OBJETO DEL PROCESO

El objeto mediato de la pretensión de impugnación de acuerdos sociales ha de recaer necesariamente sobre la existencia de una decisión, integrada por una determinada materia de naturaleza social, alcanzada a través del sometimiento a deliberación y subsiguiente votación, en las Juntas o Asambleas, así como en la Asamblea de obligacionistas, en Juntas especiales y en el Consejo de Administración o Consejo Rector, de las cuestiones propias de la competencia de cada uno de estos órganos sociales, que tenga apariencia externa de acuerdo y que no haya sido convalidado.

La LSA y la LC, en sus preceptos 115.1.º y 31.1.º, disponen que podrán ser impugnados los acuerdos de las Juntas o Asambleas que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o lesionen en beneficio de uno o varios accionistas o terceros, los intereses de la sociedad anónima o cooperativa.

La posibilidad de impugnación de los acuerdos dimanantes de los órganos de administración y gestión de la sociedad no se encontraba incluida en la antigua LSA de 1951, lo que daba lugar a una injustificada inatacabilidad de sus actuaciones por el procedimiento especial previsto para los acuerdos sociales y la consiguiente remisión al procedimiento ordinario.

La nueva LSA, que sigue en este punto el criterio que inspira la legislación general de cooperativas de 1987 y mantiene la actual LC, extiende, de manera plausible, la posibilidad de impugnación a los acuerdos adoptados por el *Consejo de Administración o cualquier otro órgano colegiado de administración* (art. 143LSA), a los acordados por

las *Juntas especiales* (arts. 148.4.º y 240.3.º LSA) y a los adoptados por la *Asamblea de obligacionistas* (art. 301.3.º LSA).

Ahora bien, la afirmación de la LSA cuando dispone, expresamente, en su art. 143.1.º, que serán impugnables los acuerdos nulos y anulables del Consejo de Administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración, debiera, a mi juicio, ser revisada legislativamente, debido a la circunstancia de que, en la actualidad, tanto la LSRL, como la LSA, regulan la sociedad unipersonal, cuyas decisiones son objeto de impugnación y, por tanto, el carácter colegiado de los órganos de administración no debería constituir requisito esencial alguno en orden a la válida impugnación de sus acuerdos.

La «causa petendi» de las pretensiones declarativas de nulidad ha de sustentarse siempre en la infracción de la Ley o del orden público. Por «infracción de la Ley» ha de entenderse la vulneración de preceptos imperativos o prohibitivos, que, asimismo, ha de ser relevante. Por el standard «infracción del orden público» cabe entender, a mi juicio, los acuerdos adoptados con vulneración de los derechos fundamentales de los accionistas, los ilícitos penales y aquellos que comprometan gravemente el interés público.

Los acuerdos adoptados «en fraude de Ley» han de ser considerados, a todos los efectos, como acuerdos nulos por contravención de la Ley.

Los vicios del procedimiento de formación de la voluntad social conllevan la nulidad automática de la Junta o Asamblea y, por tanto, la de todos los acuerdos que hubieren sido adoptados en su seno, razón por la que la interpretación de este motivo ha de ser, a mi juicio, restrictiva

En las pretensiones de nulidad de los acuerdos adoptados con total inobservancia de los requisitos que han de regir en el proceso de formación de la voluntad social, se exige, como presupuesto de procedibilidad, *la manifestación de oposición, por parte de los futuros impugnantes, durante la celebración de la Junta o Asamblea, a la irregular o defectuosa reunión, tan pronto como surja.*

Cuando los accionistas se encuentren en una situación de *conflicto de intereses* con la sociedad, aunque nada disponga la Ley al respecto, sus acciones no debieran ser computadas.

La denegación injustificada de los derechos de asistencia, voz y voto a la Junta o Asamblea tan sólo constituyen factores determinantes de su nulidad por defectuosa formación de la voluntad social, conforme a los principios de proporcionalidad y de pertinencia en el proceso de impugnación.

La denegación injustificada del derecho de voto habrá de ser sometida a una prueba de resistencia, dirigida a descubrir si, en el supuesto de que se hubiere reconocido ese derecho, el resultado hubiera sido el mismo o, en otro caso, hubiera sido distinto. En el primer supuesto, por razones de economía procesal, no procederá la nulidad del acuerdo, pero, en el segundo, esto es, habiendo sido el voto inadmitido, determinante de la definitiva formación o modificación de la voluntad social, entonces, lógicamente, procederá la declaración de nulidad de dicho proceso y, por tanto, del contenido del acuerdo.

La denegación injustificada de los derechos de asistencia y voz, sin embargo, constituyen vicios graves, cuyo resultado lesivo resulta de muy difícil determinación, pues la asistencia y voz de quiénes hubieren sido privados de estos derechos podría haber cambiado el sentido del voto de los restantes accionistas y, por supuesto, el resultado del acuerdo o acuerdos finalmente adoptados, razones ambas que me impulsan a considerar que procede, en tales supuestos, la declaración de nulidad de todo el proceso de formación de la voluntad social.

La «causa petendi» de las pretensiones constitutivas de anulabilidad ha de sustentarse en la oposición a los estatutos o en la lesión, en beneficio de uno o varios accionistas o terceros, de los intereses de la sociedad.

## 2. EL PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN

Constituye una importante novedad de la LSA la nueva regulación legal establecida en materia de subsanación de acuerdos nulos y caducidad del plazo para interponer la acción de nulidad.

La acción de nulidad ejercitada contra los acuerdos sociales que contravengan una disposición legal de naturaleza imperativa cadu-

ca, en el plazo de un año, transcurrido el cual, por razones de seguridad jurídica, ya no podrá ser utilizada y, por tanto, los acuerdos adoptados, aún cuando lo hayan sido con manifiesta contravención de la Ley, devienen firmes e inatacables.

La caducabilidad de los acuerdos nulos por contravención de la Ley ha sido establecida, por primera vez, en nuestro derecho de sociedades, por la derogada LGC de 1987 y, posteriormente, por las vigentes LSA y LC.

### **A) PLAZOS GENERALES**

La LSA y la LC otorgan, en función de cual sea la naturaleza de la pretensión, el plazo de ***un año para el ejercicio de las acciones declarativas de nulidad*** (art. 116.1.º LSA y 31.3.º LC), frente al de ***40 días para las constitutivas de anulación*** (art. 116.2.º y 31.3.º II).

### **B) PLAZOS ESPECIALES**

Los acuerdos nulos y anulables del Consejo de Administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración podrán ser impugnados por los administradores ***en el plazo de 30 días desde su adopción*** (art. 143.1.º LSA). Este mismo plazo de ***30 días*** es de aplicación para los accionistas que representen un 5% del capital social, si bien ***su cómputo comienza en el momento en el que tengan conocimiento del acuerdo y siempre que no haya transcurrido un año desde su adopción.***

Los acuerdos de la Junta General de accionistas sobre fusión y escisión caducan, con independencia de cual sea el vicio que origine la causa de nulidad o, en su caso, de anulabilidad, en el plazo de ***seis meses desde el momento en que la fusión o la escisión fueron oponibles a quién invoca la nulidad o anulabilidad*** (arts. 246.1.º II y 254 de la LSA).

Los acuerdos del Consejo Rector de las Cooperativas que se consideren nulos serán impugnables en el plazo de ***dos meses*** y aquellos que se consideren anulables en el plazo de ***un mes***, computado desde la fecha de adopción del acuerdo, si el impugnante es consejero, o en los demás casos desde que los impugnantes tuvieron conocimiento de los mismos, siempre que no hubiere transcurrido un año desde su adopción (art. 37.3.º LC).

La naturaleza de los plazos establecidos por la LSA y la LC para el ejercicio de las acciones de impugnación contra los acuerdos, cuya declaración de nulidad o constitución de anulación se pretenda, son de caducidad y, por tanto, han de regirse por las normas del Código Civil.

La identificación de los acuerdos adoptados «en fraude de Ley», ante la falta de regulación legal expresa, con aquellos otros «contrarios a la Ley» me ha inducido a concluir, paralelamente, que, la acción de impugnación de los acuerdos adoptados en «fraude de Ley» caduca, por analogía, en el plazo máximo de un año, salvedad hecha de que resulten, al propio tiempo, contrarios al orden público.

La tutela de la seguridad jurídica exige estimar que, una vez transcurrido el plazo de caducidad de un año, no puede suscitarse proceso de impugnación de acuerdos sociales alguno, ni especial, ni ordinario.

El establecimiento de los plazos de caducidad en atención a criterios de tan diferente naturaleza como pueden serlo, la causa que origina el vicio, la naturaleza de los acuerdos sociales, la materia sobre la que versan, el órgano del que emanan y la cualidad legitimadora del sujeto que interpone la acción de impugnación debiera ser revisado y, en este sentido, parece razonable, a mi juicio, el establecimiento, con carácter general, de un único plazo legal de caducidad, en esta materia, por causas de nulidad y la paralela unificación de los plazos de caducidad para la impugnación por causas de anulabilidad.

Aún cuando la falta de suspensión o de interrupción del transcurso del plazo constituye una de las particularidades esenciales de la caducidad, frente a la prescripción, sería aconsejable, *de lege ferenda* la interrupción del plazo de caducidad en el único y excepcional supuesto de inadmisión de la demanda por causas ajenas a la voluntad del demandante.

El juicio ordinario, como es sabido, principiará por demanda (art. 399.1.º), pero la litispendencia tan sólo se producirá desde la interposición de dicha demanda, si después es admitida (art. 410), de tal suerte que ante una posible inadmisión de la demanda (art. 403), por parte del Tribunal, una vez concluido el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción o estando a punto de concluirse dicho plazo, el accionista o accionistas impugnantes se verán, por razones ajenas a su voluntad de litigar, imposibilitados, en el primer supuesto y cier-

tamente limitados, en el segundo, para el ejercicio de la acción de nulidad o, en su caso, de anulabilidad.

La adopción de esta medida parece, asimismo, especialmente necesaria, a mi juicio, en los supuestos de anulabilidad de acuerdos adoptados en Junta o Asamblea General, pues el plazo de cuarenta días desde la adopción del acuerdo resulta extraordinariamente breve para preparar suficientemente la documentación, medios e instrumentos necesarios para la interposición de la demanda. Cabe señalar en este punto que para la impugnación de acuerdos sociales por causas de mera anulabilidad resulta necesario, incluso, acreditar la constancia en acta de la oposición al acuerdo impugnado, la ausencia o, en su caso, la privación ilegítima del derecho de voto.

La fijación del *dies a quo* del cómputo ha de determinarse en función de la necesidad de la publicidad registral: para los acuerdos **no inscribibles**, a partir del día siguiente al de la adopción del acuerdo y para los acuerdos **inscribibles**, a partir del día siguiente a la publicación en el BORME o en el Registro de las Sociedades Cooperativas, sin perjuicio de su posible impugnación en los supuestos de falta de publicidad por causas no imputables a los socios o accionistas.

Los acuerdos susceptibles de obligatoria inscripción registral habrán de ser, en principio y como norma general, impugnados a partir de la fecha de su efectiva publicación, si bien los sujetos legítimamente interesados en la nulidad o anulabilidad de aquellos acuerdos podrán ejercitar la acción de impugnación contra los mismos desde el exacto momento en que fueron adoptados y ello, como es lógico, con independencia de que su publicidad registral haya sido efectuada satisfactoriamente por la sociedad, o, en otro caso, haya sido obviada. El plazo de los cuarenta días en el supuesto de la debida falta de inscripción o publicación, podría, en todo caso, comenzar a computarse a partir del momento en el que fuese firme la calificación registral denegatoria de la inscripción.

**Los plazos fijados «por días»** (impugnación de acuerdos anulables, impugnación de acuerdos del Consejo de Administración) se computarán desde el inmediato siguiente a la adopción de los acuerdos no inscribibles o, desde el inmediato siguiente a la publicación en el BORME o inscripción en el RM de los inscribibles hasta el propio día de vencimiento, que expirará a las 24:00 h. (art. 133.1.º LEC).

Sin embargo, **los plazos fijados por meses o años** (impugnación de acuerdos nulos, de acuerdos de fusión y escisión, de acuerdos del

Consejo Rector de las Cooperativas) se computarán *de fecha a fecha* (art. 133.3.º LEC). Cuando en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo se entenderá que el plazo expira el último del mes y si concluyese en domingo u otro día inhábil se entenderá prorrogado hasta el siguiente hábil (art. 133.3.º y 4.º).

Debiera unificarse, a mi juicio, el criterio de determinación del día inicial del cómputo en los plazos de caducidad realizados «por días» y en los realizados de «fecha a fecha» en el sentido más favorable al impugnante, esto es, excluyendo de ambos cómputos el propio día de adopción o inscripción registral del acuerdo impugnado.

### 3. LEGITIMACIÓN

La legitimación integra un «presupuesto de la acción»— un «presupuesto preliminar de fondo» o «presupuesto de estimación de la demanda». Carece de naturaleza procesal y no constituye un presupuesto procesal, sino un **«elemento de fundamentación de la pretensión»**, que impide resolver sobre la verdadera cuestión de fondo, lo que implica que una vez tramitado el proceso y comprobado que el actor carece de la legitimación activa invocada, o, en su caso, que es el demandado quién carece de dicha legitimación, **el Juez ha de abstenerse de conocer de la cuestión de fondo propiamente requerida y dictar una sentencia de fondo desestimatoria de la pretensión ejercitada y absolutoria** (es decir, denegatoria de la acción) **para el demandado** por falta de legitimación del actor o de la suya propia, que no presenta la particularidad de consentir la reiteración del mismo proceso entre las mismas partes, sino que, por el contrario, en su seno opera la **excepción de cosa juzgada**.

La legitimación activa, para la impugnación de los ***acuerdos nulos de las Juntas Generales***, la ostentan todos los accionistas, los socios y cualquier tercero que acredite un interés legítimo (art. 117.1.º LSA). Los administradores y accionistas que representen un 5% del capital social podrán impugnar, según establece el art. 143.1.º LSA, los ***acuerdos nulos y anulables del Consejo de Administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración***.

Para el ejercicio de las acciones de impugnación de ***los acuerdos nulos de la Asamblea General y del Consejo Rector de la Cooperativa*** están legitimados todos los socios, incluso los miembros de



éste y los socios o asociados de aquella, los interventores, el Comité de Recursos y los terceros que acrediten un interés legítimo (arts. 31.4.º y 37.2.º LC).

La legitimación para la impugnación de los *acuerdos anulables de las Juntas Generales* de las sociedades anónimas corresponde, según predica el art. 117.2.º de la LSA, a los accionistas asistentes a la Junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, a los ausentes y a los que hubieren sido ilegítimamente privados de la emisión del voto, así como a los administradores.

Para impugnar *los acuerdos anulables de las sociedades cooperativas* estarán legitimados, según el tenor literal del art. 31.4.º II de la LC, los socios asistentes a la Asamblea que hubieren hecho constar, en acta o mediante documento fehaciente entregado en las 48 horas siguientes, su oposición al acuerdo, aunque la votación hubiere sido secreta, los ilegítimamente privados del derecho de voto y los ausentes, así como los miembros del Consejo Rector y los interventores.

## A) ACCIONISTAS

Los accionistas y los socios se reservan la particularidad de ser los únicos legitimados originarios a los que corresponde la acción de impugnación.

La inadmisibilidad de «venire contra factum proprium» encuentra una clara excepción en la materia que nos ocupa, pues, no resulta exigible, de cara a la acreditación de la legitimación activa por vicios de nulidad, observar, en la conducta del socio, manifestación alguna de oposición al acuerdo que posteriormente se proponga impugnar, pues, con la sola excepción de que la causa que origine el vicio de la nulidad provenga de irregularidades en el proceso de formación de la voluntad social, **no rige, en materia de legitimación activa para la impugnación de acuerdos nulos, la teoría de los «propios actos»** y por tanto, estarán igualmente legitimados para interponer una acción de impugnación, amparada en vicios de nulidad, todos los accionistas, con independencia de su presencia o ausencia en la Junta y, en igual sentido, de su voto favorable o disconforme, así como de su abstención o imposibilidad de manifestación del voto por privación ilegítima de este derecho.

A pesar de la teoría recién argüida, debemos, ello no obstante, señalar que, dentro del amplio margen de la nulidad de los acuerdos, se hace obligado, a mi juicio, en orden a la adecuada delimitación de la doctrina que constriñe a la proscripción de atentar contra los propios actos, distinguir los vicios que traen su causa en la contravención del propio contenido intrínseco de los acuerdos con la Ley y con el orden público, en cuyo caso defendemos la inaplicabilidad de la referida teoría, de aquellos otros que afectan, principalmente, **al procedimiento de formación de la voluntad social**, en cuyo caso resultará preciso que los futuros litigantes pongan en conocimiento, previa votación en contra, de los demás miembros de la Junta o Asamblea, los defectos o irregularidades observados en dicho procedimiento antes de dar por concluida la reunión del órgano defectuosamente constituido, irregularmente convocado o celebrado con «quórum» insuficiente.

Ahora bien, la inaplicabilidad de la doctrina de los «propios actos» encuentra una clara excepción en la imperiosa aplicación del **principio de la «buena fe», entendida ésta como principio general informador del Ordenamiento Jurídico (art. 7.1.º Cciv. establece que «los derechos habrán de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe»)** y, en este sentido, el sujeto que ha venido actuando contra sus propios actos de «mala fe» queda imposibilitado para ejercitar una acción de impugnación, ya sea por motivos de nulidad, ya de anulabilidad, pues las exigencias de la «buena fe» no consienten la viabilidad de la legitimación de aquellos socios o accionistas que, habiéndose acogido a la adopción y aprovechamiento de las oportunidades o ventajas que un determinado acuerdo social entraña, procuran, ello no obstante, impugnarlo en un momento ulterior.

El litigante habrá de mantener la condición de accionista **desde la demanda hasta la sentencia**, pues la pérdida de la condición de accionista, al tiempo de la interposición de la demanda o durante la tramitación del procedimiento, como consecuencia de la enajenación del total de su capital accionarial ocasiona, ineludiblemente, la pérdida de la legitimación originaria.

Sin embargo, la adquisición de la condición de accionista, en un momento posterior al de la adopción, otorga a su sucesor, como regla general, la legitimación activa para la impugnación de dicho acuerdo, salvo que dicha transmisión entrañe un fraude de Ley.

Así, pues, la sucesión «mortis causa» o «inter vivos» de la condición de accionista origina la transmisión de la acción, salvo que el

transmitente hubiere incumplido, en los supuestos de anulabilidad y vicios de formación de la voluntad, los presupuestos procedimentales.

El adquirente debe asumir, en el desenvolvimiento de la vida societaria, la falta de la debida diligencia de su transmitente, acatando la situación social tal cual la tenía su transmitente pero no parece oportuno que su ulterior actividad social deba quedar, paralelamente, afectada por circunstancias desfavorables a su legítima opción de impugnación con férreo impedimento de retroacción al momento de adopción del acuerdo, cuando las eventuales irregularidades que pretenda denunciar tan sólo sean achacables a la sociedad.

Las excepciones indicadas, relativas a la imperiosa necesidad de que el transmitente hubiere cumplido los requisitos complementarios (oposición al acuerdo, ausencia o privación ilegítima del derecho de voto, para la impugnación de los acuerdos anulables o, en su caso, manifestación de los defectos o irregularidades en que incurre la convocatoria, constitución o «quórum» de las Juntas o Asambleas, para denunciar, a través de la impugnación, los vicios de nulidad del proceso de formación de la voluntad social) resultan exigibles para evitar el fraude que supondría la operación consistente en que cualquier persona que ostentase la cualidad de accionista, en el momento de la deliberación del acuerdo y se manifestase conforme con su adopción, no tuviese, ante un posible cambio de criterio, más que transmitir parte de su capital accionarial a otro, para que, en atención a la expresa intención impugnatoria del transmitente, iniciase el adquirente la acción judicial contra el acuerdo que aquel accionista transmitente no hubiere podido incoar, por carecer de los requisitos complementarios a su condición de legitimado originario. La situación recién descrita podría dar lugar a situaciones de encubrimiento de fraude, a través de auténticos testaferros, que se limitarían a prestar sus nombre en la pretensión de anulación de un acuerdo, en la que, en realidad, está interesada otra persona.

La legitimación activa para la impugnación de acuerdos anulables, no viene definida única y exclusivamente por la tenencia de acciones en el momento de interposición de la demanda, sino que, como ya hemos apuntado, se hace obligado, por parte del socio o accionista, el cumplimiento de determinados requisitos complementarios: constancia en acta de la oposición al acuerdo, ausencia o privación ilegítima del derecho de voto.

La razón de ser de estos requisitos se funda en la necesidad de evitar posibles impugnaciones infundadas, por parte de personas que no hayan resultado directamente perjudicadas por el acuerdo y que procedan a impugnarlo por motivos irregulares o espúrios.

En los supuestos de actitudes obstruccionistas, por parte de los administradores, a la hora de dejar constancia en acta de la oposición del acuerdo y, en su caso, del preaviso de su intención de impugnar, tanto en los supuestos de anulabilidad, como en el de vicios en el proceso de formación de la voluntad social, el accionista discrepante tiene la carga de acreditar esa oposición, por cualquier medio fehaciente en Derecho.

#### **a) Abstencionistas, votantes en blanco y titulares de votos nulos**

Los *abstencionistas, votantes en blanco y titulares de votos nulos* ostentan legitimación para la impugnación de acuerdos nulos, pero no para la de los meramente anulables, ya que, de su inactividad se desprende la adhesión tácita a la voluntad social mayoritaria, si tomamos en consideración que, con independencia de cual sea su motivación individual, integran el «quórum» porcentual de obtención de mayorías y, por tanto, cooperan indirectamente en la formación de la voluntad social.

Estos sujetos integran el cómputo de participación y «quórum» contribuyendo, con su presencia en la deliberación, a la reducción de la mayoría mínimamente requerida para la adopción del acuerdo y, por tanto, de su actuación conforme o disconforme con los requisitos que complementan su legitimación, en el ejercicio de las acciones de anulabilidad, dependerá que efectivamente ostente la posición de demandante en el proceso que se propone incoar.

#### **b) Usufructuarios y acreedores pignoratícios**

El *usufructuario y el acreedor pignoratício* gozarán de legitimación activa para la impugnación de acuerdos nulos y anulables, siempre y cuando, en este último supuesto, tuvieren estatutariamente cedido el derecho de voto y hubieren hecho constar en acta su ope-

sición al acuerdo, en detrimento de la que en otro caso habría de corresponderle al nudo propietario.

Estos sujetos, siempre que tuvieren estatutariamente cedido el derecho de impugnación, son quiénes tienen derecho de impugnación, pues son los miembros realmente partícipes de la vida y del desarrollo social en el momento en el que resultan cuestionables los acuerdos que afectan a sus más inmediatos intereses.

### c) Accionistas sin voto

Los *accionistas sin voto* no tienen, debido a su falta de contribución al «quórum» de constitución de las Juntas y Asambleas, así como a la formación de la voluntad social, derecho de impugnación, si bien carecen de legitimación en cuanto accionistas sin voto, lo que no quita que puedan estar legitimados para impugnar los acuerdos contrarios a la Ley o al orden público, como cualquier tercero que acredita un interés legítimo.

No son terceros respecto de la sociedad; son terceros respecto del acuerdo y a efectos impugnatorios porque no han formado parte del acuerdo.

La posición particular en la que me encuentro, en este momento, respecto de la situación en la que se encuentran, en orden a la impugnación de acuerdos, los accionistas sin voto, muy sintetizada, responde a las siguientes líneas:

*Los accionistas sin voto que litigan en concepto de terceros con interés legítimo:*

- Tan sólo pueden impugnar los acuerdos nulos (nunca los anulables), puesto que no pueden cumplir los requisitos complementarios, que exige la Ley, atinentes a la constancia en acta de su oposición al acuerdo o, en su caso, a la privación ilegítima del derecho de voto.
- No pueden demandar a la sociedad por defectos en la formación de la voluntad social, puesto que en modo alguno pueden dejar de secundar, con un derecho de voto del que carecen, la voluntad social mayoritaria, ni, por tanto, dejar constancia en acta de su oposición al acuerdo.

- No pueden, en materia de competencia territorial, elegir el domicilio social, de entre el «real» y el «registral» para el caso de discordancia, que les resulte más favorable, puesto que no son «terceros» totalmente ajenos a la vida social y patrimonial de la sociedad.
- Sí pueden pedir medidas cautelares porque, en primer lugar, todos los posibles litigantes en el proceso impugnatorio deberían, a mi juicio, tener derecho a solicitar la suspensión de los acuerdos sociales, aunque la LEC, en su art. 727.10.º, se refiera sólo a los socios o accionistas que representen el 1 o el 5% del capital social y, en segundo, porque como accionistas que son (lo que no empece que se mantengan en su posición de terceros respecto del acuerdo), tienen todos los derechos salvo el de voto y, además, en todo caso, su capital, aunque sin este derecho, podría perfectamente computarse al efecto de la representación de ese 1% o ese 5% del capital social mínimo imprescindible para solicitar la suspensión.

## **B) ADMINISTRADORES**

Los administradores siempre han estado legitimados para impugnar acuerdos nulos. La extensión de la legitimación activa, para el ejercicio de las acciones constitutivas de anulación, a la figura del administrador, supone una novedad respecto a la normativa societaria de anónimas anterior. Aún siendo lo cierto que supone una plausible novedad, la operada por la vigente LSA, en orden a esta atribución, a los administradores, de la legitimación activa para la impugnación de los acuerdos anulables, no podemos afirmar lo mismo respecto del privilegio de la exoneración de los presupuestos o requisitos complementarios para la legitimación de dichos sujetos, en detrimento de su exigible realización por parte de los socios y accionistas, en orden al reconocimiento de la legitimación activa para la impugnación de los acuerdos anulables.

En efecto, no resulta fácilmente deducible la razón que ha impulsado a presumir la «buena fe» de los administradores, en el libre ejercicio de su derecho a impugnar los acuerdos sociales, en lugar de estimar que el eventual ánimo de fraude podría producirse como consecuencia de la actuación de los distintos miembros integrantes

de la sociedad sin distinguo alguno en función de la posición que ocupen en la misma.

Asimismo, la LSA confiere (art. 143) ciertas particularidades a la legitimación activa de la acción impugnatoria de los acuerdos del Consejo de Administración, al conceder a los administradores esta cualidad sin carga complementaria alguna, frente a la exigibilidad, impuesta al accionista individual o grupo de ellos, de cara a ostentar esta misma condición impugnatoria, de que representen, al menos, un 5% del capital social.

### C) **TERCEROS**

La plausible ampliación de la legitimación activa para la impugnación de los acuerdos sociales presumiblemente nulos *a los terceros con interés legítimo*, operada por la LSA (art. 117.1.º) y por la LC (art. 31.4.º) ha sido objeto de consenso doctrinal y jurisprudencial y supone, al fin, la tipificación de censura ante la hipótesis de que los intereses personales, patrimoniales o sociales de un tercero, totalmente ajeno a la sociedad pero que, ello no obstante, mantiene con la misma una relación negocial, puedan verse afectados por los ulteriores efectos de la cosa juzgada.

La **legitimación pasiva** corresponde, con exclusividad, **a la sociedad anónima**, o, en su caso, **a la sociedad cooperativa**, que actuarán procesalmente por medio de sus legítimos órganos de representación.

La legitimación originaria o principal corresponde a la sociedad anónima o cooperativa que ha adoptado el acuerdo presumiblemente nulo o, en su caso, anulable.

El art. 117.4.º LSA concede, a los accionistas que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado, la posibilidad de intervenir a su costa en el proceso para mantener su validez, si bien estos socios o accionistas no son propiamente la parte pasiva en el proceso, puesto que tan sólo están posibilitados para intervenir a través de una adhesión a la parte principal. La **intervención litisconsorcial**, considerada como una de las modalidades de la **intervención voluntaria**, viene determinada y justificada, esencial y fundamentalmente, por la circunstancia de que la sentencia única que, en cuánto al fondo del asunto, recaiga en el proceso seguido entre las partes origi-

narias, haya de producir efectos directos (no reflejos) contra el tercero interviniente, con la consiguiente vinculación de éste a la cosa juzgada.

#### 4. COMPETENCIA

El criterio de determinación de la *competencia objetiva* para la impugnación de acuerdos sociales viene establecido en la nueva LEC 1/2000, conforme a cuyo precepto 45, será a los Juzgados de Primera Instancia a quienes corresponda el conocimiento, en primera instancia, de todos los asuntos que no se hallen, por disposición legal expresa, atribuidos a otros tribunales.

El criterio de determinación de la *competencia territorial* viene, asimismo, establecido por la nueva LEC, que, en consonancia con el derogado art. 118 de la LSA, recoge, entre otros, el fuero legal especial, en materia de impugnación de acuerdos sociales, del domicilio social.

La consideración de que el fuero legal imperativo, al efecto de la presentación de la demanda de impugnación de acuerdos sociales, se halle residenciado, con exclusión de cualquier otro, en el *lugar del domicilio social de la persona jurídica*, acometida por la LSA (art. 118) y mantenida por la LEC (art. 52.1.º10.º), en detrimento del que, al amparo de la LSA de 1951, habría de corresponderle al Juez del *lugar de celebración de la propia Junta*, supone una valoración muy positiva, pues el criterio de atribución de la competencia territorial de la vieja LSA malograba, en los supuestos de celebración de Juntas universales en un lugar distinto al del domicilio social, la efectividad del conocimiento y resolución por parte del Juez legal, así como entorpecía el ejercicio de la acción de impugnación, en los supuestos de irregular celebración de la Junta o Asamblea General en un lugar distinto al del domicilio social.

Por «domicilio social», a efectos impugnatorios, habrá de entenderse el especificado en el artículo 6.1.º de la LSA, esto es, aquel, dentro del territorio español, en el que se asiente el centro de la efectiva administración y dirección de la sociedad o en el que radica su principal establecimiento o explotación.

A pesar de la claridad expositiva de la concreción de cual sea, a efectos impugnatorios, el domicilio social, han surgido problemas de



interpretación en materia referente a la atribución de la competencia en aquellos supuestos de discrepancia entre el *domicilio registral* y el *domicilio real*, para el caso de que la acción fuere ejercitada por un tercero, puesto que la LSA, en el segundo apartado del propio precepto, ha venido a conferir, a los legitimados por este concepto, un derecho de opción, a la hora de considerar por «domicilio» cualquiera de ambos.

Ahora bien, aún cuando los accionistas, como es sabido, están legitimados para impugnar los acuerdos sociales eventualmente nulos de las sociedades anónimas de las que forman parte, tanto en concepto de miembros activos de dichas sociedades, como en el de terceros con interés legítimo, siempre que, asimismo, en este último caso, mantengan una relación contractual concreta con la propia sociedad, parece oportuno, en este momento, señalar que el factor determinante del privilegio consistente en la posibilidad de ejercitar la acción, supuesta la no coincidencia, a su libre albedrío, ante el *Juez del domicilio real* o, en su caso, ante el *Juez del domicilio registral*, proviene de la consideración de «terceros» como personas ajenas a la actividad de la cotidiana realidad societaria, pero que, ello no obstante, ostentan y acreditan un interés legítimo en la legalidad de las actuaciones realizadas por la Junta o Asamblea.

La discrecionalidad de los terceros en la elección del domicilio societario no es aplicable, por tanto, a los accionistas que pretendan litigar en concepto de terceros.

El criterio de determinación de la *competencia funcional* viene establecido en la LEC, sin alusión específica a la impugnación de acuerdos sociales, de donde se infiere, con carácter general que las resoluciones judiciales dimanantes del proceso de impugnación de acuerdos sociales habrán de regirse por las normas generales de los recursos contra las resoluciones judiciales.

Así, pues, las sentencias sobre impugnación de acuerdos sociales dictadas por el Juez de Primera Instancia del lugar del domicilio social serán recurribles en apelación ante las Audiencias Provinciales de esta misma circunscripción (*ex art. 455.2.2.º LEC*).

Contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia del proceso de impugnación de acuerdos sociales, podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación (*ex art. 466.1.º LEC*).

## 5. PROCEDIMIENTO

La abolición del procedimiento especial de impugnación de instancia única regulada por la Ley del 51, su posterior sustitución por el procedimiento declarativo ordinario de menor cuantía, regulado por la Ley de 1989 y su actual regulación por el juicio ordinario, regulado por la LEC 1/2000 supone una valoración positiva.

### A) ACUMULACIÓN DE ACCIONES

La LEC 1/2000 regula, en su art. 73.2.º, en similares términos a los establecidos en los derogados preceptos 119.2.º de la LSA y 31.5.º de la LC, que cuando la demanda tenga por objeto la impugnación de acuerdos sociales se acumularán de oficio todas las que pretendan la declaración de nulidad o de anulabilidad de los acuerdos adoptados en una misma Junta o Asamblea o en una misma sesión de órgano colegiado de administración y que se presenten dentro de los 40 días siguientes a aquél en que se hubiera presentado la primera.

Ahora bien, a pesar de la claridad expositiva del precepto recién enunciado, la acumulación de acciones amparada en vicios de nulidad, a instancia de parte, no debería, a mi juicio, entenderse circunscrita a su ejercicio durante los cuarenta días del plazo legalmente dispuesto para la interposición de las demandas de impugnación de acuerdos sociales anulables, sino al correlativo de un año.

En todo caso, en los lugares donde hubiere más de un Juzgado de primera instancia, según prosigue el art. 73.2.º II de la LEC, las demandas que se presenten con posterioridad a otra se repartirán al Juzgado al que hubiere correspondido conocer de la primera.

La razón de ser de la plausible imposición legal consistente en la resolución conjunta de cuántas acciones pretendan voluntariamente deducir los legítimamente interesados en la declaración de nulidad y/o en la constitución de anulación de uno o varios acuerdos reside, tanto en la necesidad de evitar la eventual aparición de sentencias contradictorias debido a que diferentes jueces hayan llegado a conocer y decidir lo que, en puridad, sólo habría de conocer y decidir uno, como en la correlativa necesidad de evitar que, a través de una indefinida e incontrolada dinámica de impugnaciones,

resulten frustrados, en el tracto temporal, los fines de concentración y agilidad que deben presidir nuestro actual sistema procesal.

Una vez establecida la regla general, contenida en el precepto en curso de análisis, debemos, paralelamente, señalar dos matizaciones: así, de un lado, ***las acciones de impugnación de acuerdos en modo alguno podrán resultar acumuladas a las acciones de responsabilidad contra los administradores***, en orden a enjuiciar ambos tipos de acciones en un único procedimiento, pues el proceso de impugnación de acuerdos sociales está previsto tan sólo para la nulidad o anulabilidad de los acuerdos y, de otro, ***el conocimiento de las pretensiones declarativas de nulidad ha de revestir caracteres de prejudicialidad frente al de las constitutivas de anulación*** y, paralelamente, si entre las primeras se encontrasen ***pretensiones de nulidad por defectuosa constitución, irregular convocatoria o «quórum» insuficiente, habrán de resolverse estas últimas con carácter preferente al de las demás***.

## **B) CONVALIDACIÓN O REVOCACIÓN**

El art. 115 LSA y el art. 31.1.º II LC disponen, expresamente, que «si fuera posible eliminar la causa de impugnación, el Juez otorgará un plazo razonable para que aquella pueda ser subsanada». Estos preceptos se refieren, si nos atenemos a su tenor literal, con exclusividad, a la figura de la convalidación. Por razones de celeridad y economía, la revocación, a pesar de su diferente naturaleza, habrá de ser objeto de similar tratamiento al otorgado a la convalidación al objeto de que la autoridad judicial conceda un plazo prudencial para su subsanación o eliminación. Así pues, el Juez, de oficio o a instancia de parte, ha de otorgar un plazo razonable para que la causa de impugnación pueda ser subsanada o, en su caso, eliminada.

La subsanación del acuerdo produce efectos «ex tunc» e «inter partes».

Los acuerdos nulos por contravención de la Ley son perfectamente convalidables, ya traigan la causa de dicha nulidad en el procedimiento de su formación, ya en su contenido intrínseco, salvedad hecha de los que sean, al propio tiempo, contrarios al orden público.

## 6. EFECTOS DE LA SENTENCIA

La sentencia declarativa de nulidad tiene efectos «ex tunc» y «erga omnes». La sentencia constitutiva de anulación también producirá efectos «erga omnes» frente a los socios o accionistas, si bien operará «ex nunc».

La nueva LEC dispone, expresamente, en su artículo 222.3.º III, que las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios aunque no hubieren litigado, si bien, aunque nada establezca la Ley Procesal respecto de los terceros, resulta oportuno señalar que la sentencia declarativa de nulidad produce efectos «erga omnes» y, por tanto, no sólo frente a los socios o accionistas, sino también frente a terceros, pues no tendría sentido que el acuerdo fuese nulo respecto de los socios y, sin embargo, válido respecto de los terceros.

La sentencia surte efectos frente a los accionistas (*ex art. 222*) y frente a terceros:

- 1.º Porque la nulidad produce efectos «erga omnes».
- 2.º Porque no tendría sentido que la Ley legitimase, expresamente, a los terceros, para intervenir en un proceso de impugnación de acuerdos, cuya sentencia no les hubiere de afectar.

Todo ello, sin perjuicio, naturalmente, de la tutela que dispensan, a los terceros, las normas protectoras de sus derechos, especialmente el art. 129, frente a los actos ultra vires de los administradores.

Las costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el Tribunal aprecie y así lo razone que el caso presentaba serias dudas de hecho o de Derecho.

## 7. MEDIDAS CAUTELARES

La *anotación preventiva de la demanda de impugnación y la suspensión del acuerdo impugnado*, en tanto en cuánto medidas de tutela cautelar aplicables a la impugnación de los acuerdos sociales, se rigen, desde la entrada en vigor de la LEC 1/2000 por las normas generales de adopción de medidas cautelares contenidas en el Título VI de su Libro III, lo cual supone que su aplicación se realizará

con las notas características comunes de necesidad de instancia de parte, examen de oficio de la competencia, acreditación del peligro por la mora procesal, apariencia de buen derecho y prestación de caución que el tribunal determine si bien, a diferencia de lo previsto anteriormente, dicha prestación de caución, ahora es obligatoria.

Así, en virtud del art. 727.5.º y 10.º, podrán acordarse, como medidas cautelares, la anotación preventiva de la demanda y la suspensión de acuerdos sociales, cuando el demandante o demandantes representen, al menos, el 1 o el 5% del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial.

Aún cuando la LEC excluye de la legitimación activa para solicitar la suspensión de acuerdos sociales, a los administradores y terceros, esta regla general debiera, a mi juicio, ser revisada en los supuestos de nulidad radical, ya que la exclusión de la legitimación activa de los administradores y terceros podría negar el derecho a la tutela judicial-cautelar efectiva.

El requisito del 5% para la adopción de la suspensión ha de concurrir, tanto en el acto de celebración de la Junta o Asamblea, como en el de presentación de la demanda y, en general, mantenerse durante la vigencia de la medida cautelar, si bien de dicha regla general debe exceptuarse el supuesto de ampliaciones de capital social dirigidas, exclusivamente, a la frustración de la medida cautelar.

A pesar de que la suspensión judicial de los acuerdos ha de registrarse, como toda medida cautelar, por el principio de justicia rogada, dicha regla debiera, a mi juicio, sufrir una excepción cuando la impugnación del acuerdo fuere con motivos de orden público (por ejemplo, acuerdo que contenga una falsificación de la contabilidad con el objeto de defraudar a la Hacienda Pública).