



Universidad  
Carlos III de Madrid

 **e-Archivo**  
Repositorio Institucional

# ESTUDIOS SOBRE EL FUTURO CÓDIGO MERCANTIL

Libro homenaje al profesor

*Rafael Illescas Ortiz*

Alonso Espinosa, Francisco J. Tutela de la Ultraminoría (anotaciones al art. 2016 pf. 2º LSC). En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 540-570. ISBN 978-84-89315-79-2. <http://hdl.handle.net/10016/21062>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

# TUTELA DE LA ULTRAMINORÍA. ANOTACIONES AL ART. 206.1 PF. 2º LSC

FRANCISCO J. ALONSO ESPINOSA\*

## Resumen

El presente trabajo analiza en detalle el artículo 206 del párrafo 2º de la Ley de Sociedades de Capital y sus implicaciones con respecto a la tutela de la ultraminoría.

## Contenido

1. Preliminar. – 2. Observaciones de orden político-legislativo. – 2.1. Incompatibilidad del art. 206.1 pf. 2º LSC con la línea político-legislativa expresada en la exposición de motivos de la Ley en materia de junta general de socios. – 2.2. Incompatibilidad más intensa de tal opción en sede de sociedad anónima cotizada. – 2.3. El mercado de valores como determinante de la inadecuada desproporción de efectos de la norma entre los socios ultraminoritarios de sociedades cotizadas y los de sociedades no cotizadas. – 3. Fundamento y función del art. 206.1 pf. 2º LSC. – 3.1. La cuestionable concepción del art. 206.1 pf. 2º LSC como técnica "antiminoría" (en la *mens legislatoris*). – 3.2. El art. 206.1 pf. 2º LSC como sistema alternativo de tutela de la ultraminoría. – 3.3. ¿Medida coadyuvante a la estabilidad de los acuerdos y actos de los órganos sociales? – 3.4. El art. 206.1 pf. 2º LSC como posible técnica protectora de la ultraminoría no obstante su insuficiencia a tal fin. – 3.4.1. Ámbito funcional reducido. – 3.4.2. El art. 206.1 pf. 2º LSC como norma protectora de la ultraminoría y no tanto de la sociedad en la que ésta se integra. – 3.4.3. Función y constitucionalidad del art. 206.1 pf. 2º LSC. – 4. Caracteres del sistema de resarcimiento *ex art.* 206.1 pf. 2º LSC. – 4.1. Aspectos preliminares. – 4.2. Deuda de imputación objetiva a la sociedad de capital mediante atribución de acción directa contra ella a favor del socio ultraminoritario. – 4.3. Tratamiento del nexo o relación causal entre daño y acuerdo social ilícito. – 4.4. Deuda resarcitoria, no sancionadora. – 4.5. Tratamiento del daño. Sistema de daño mínimo objetivo sin perjuicio de eventuales daños adicionales. – 5. Problemas de legitimación activa. – 5.1. Adquisición y mantenimiento de la legitimación activa. – 5.2. Modificación estatutaria de la condición de socio ultraminoritario. – 5.3. El derecho de resarcimiento como derecho individual del socio ultraminoritario, sin perjuicio de la agrupación entre socios ultraminoritarios al efecto de obtener los porcentajes de capital precisos para poder ejercitar la acción de impugnación. – 6. Relaciones entre acción de resarcimiento y acción de impugnación. Incidencia de la revocación y sustitución de acuerdos sociales. – 6.1. El enjuiciamiento del carácter impugnabile del acuerdo ha de realizarse con arreglo a los parámetros generales. – 6.2. Concurrencia entre acción de impugnación y acciones resarcitorias. – 6.3. Acción resarcitoria y revocación y

---

\* Catedrático de Derecho Mercantil. Abogado.

sustitución de acuerdos sociales. – 7. Otros medios de tutela del socio ultraminoritario y tutela de la sociedad condenada a resarcir. – Bibliografía.

## 1. PRELIMINAR

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* (BOE de 4 de diciembre), ha introducido importantes reformas en el régimen legal de la impugnación de los acuerdos sociales de la junta general de socios. Una de ellas es la que afecta al régimen de la legitimación activa o régimen de la facultad de impugnar los acuerdos sociales que *no* sean contrarios al orden público. Tal facultad *típica* de la posición jurídica del socio (cf. art. 93.c LSC; es típica y no imperativa porque, como reza el precepto, tales derechos del socio son mínimos "en los términos establecidos en esta ley, y salvo los casos en ella previstos") queda excluida, con carácter general y supletorio -puesto que puede ser rehabilitada por los estatutos sociales-, para aquellos socios que, individual o conjuntamente, no alcancen el insignificante porcentaje mínimo del uno por ciento (1 por ciento) del capital social en la sociedad no cotizada y el -bastante más significativo desde un prisma relativo- del uno por mil del capital social (0,1 por ciento) si se trata de sociedad anónima cotizada. Como especie de fórmula de equilibrio y de sistema de protección ante la pérdida de esta facultad de impugnar tales acuerdos que tales socios han de soportar, la Ley les reconoce el derecho de obtener el resarcimiento del daño que les haya ocasionado el acuerdo *impugnable*. En concreto, el nuevo art. 206 LSC reza así en tales aspectos:

1. Para la impugnación de los acuerdos sociales están legitimados cualquiera de los administradores, los terceros que acrediten un interés legítimo y *los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital.*

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

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

Por su parte, el nuevo art. 495.2, b LSC, dispone, para las sociedades cotizadas, que “La fracción del capital social necesaria para poder impugnar acuerdos sociales, conforme a los artículos 206.1 y 251, será del *uno por mil* del capital social.”

Esta reforma acoge cierta línea político-legislativa basada en la idea -que encuentra sus raíces en el análisis económico del Derecho- según la cual la *ultraminoría* (acéptese este término que se usará en este trabajo como adecuado para designar a los titulares de los mínimos porcentajes de capital referidos en las normas transcritas) puede quedar al margen de la participación societaria *colegial* en la sociedad de capital, aunque sea de forma relativa y a través del expediente legal *indirecto* de la supresión

inicial (salvo reconocimiento estatutario expreso) de su facultad de instar la anulación judicial (o, en su caso, arbitral) de los acuerdos sociales excepto los que contravengan la categoría del *orden público* respecto de los cuales cualquier socio e interesado legítimo puede instar su anulación.

Cabe afirmar, en efecto, que, *de facto*, tales *ultraminorías* ven degradada su posición jurídica típica ya que, en rigor, solamente son titulares efectivos entonces de los conocidos como derechos *patrimoniales* del socio (dividendo, cuota de liquidación, derechos de preferencia y de asignación gratuita de acciones o participaciones sociales como más significativos). Es cierto que, *de iure*, no es así. La Ley no parte respecto de ellos de la exclusión de *todos* los derechos societarios de participación colegial. *Formalmente*, los *ultraminoritarios* conservan sus derechos de asistencia a las juntas y los correlativos derechos de voz y debate, de información bajo las condiciones legales, y de voto. Sin embargo, desde una perspectiva funcional y práctica, puede resultar complicado conciliar una situación de efectivo y real ejercicio de tales derechos colegiales bajo la perspectiva legal de que las posibilidades reales con las que cuenta el socio o grupos de socios *ultraminoritarios* de obtener una tutela judicial efectiva respecto del control de los acuerdos sociales en los que hayan podido participar mediante el ejercicio de sus subsistentes derechos colegiales pueden ser *inexistentes* (a salvo disposición estatutaria en contra). No obstante, ello también debe ser afirmado con cierta matización ya que, como se verá, este derecho alternativo de obtener cierta compensación patrimonial ante la pérdida del derecho de impugnar acuerdos sociales puede tener una faceta de interés para las *ultraminorías*, aunque se antoja, asimismo, de incierta eficacia y virtualidad. Así, éstas podrían, acaso, optar por ejercitar sus derechos de participación colegial no por contribuir en el proceso colegial dirigido a la adopción (o rechazo) de acuerdos sociales sino en función de que pueda quedar más o menos intensamente manifiesto el carácter impugnabile del acuerdo social que puedan interesar a fin de contar luego con mejor posición ante su pretensión de que les sea estimado judicialmente su derecho de obtener la compensación o resarcimiento al que aspiren.

## 2. OBSERVACIONES DE ORDEN POLÍTICO-LEGISLATIVO

### 2.1. Incompatibilidad del art. 206.1 pf. 2º LSC con la línea político-legislativa expresada en la exposición de motivos de la Ley en materia de junta general de socios

La opción político-legislativa excluyente del derecho de impugnar acuerdos a los socios ultraminoritarios no parece casar bien con los propósitos explícitos de la reforma en materia del régimen de funcionamiento de la junta general de socios. Según la exposición de motivos del texto legal (nº IV), con la reforma de las normas en materia de junta general (aunque el texto se refiere sólo a la junta de *accionistas*), *se pretende con carácter general reforzar su papel y abrir cauces para fomentar la participación accionarial*. En función de tales propósitos, se adoptan algunas medidas legales como la extensión a todas las sociedades de capital de la competencia de la junta general de

socios para impartir instrucciones al órgano de administración en materias de gestión, así como la ampliación de las competencias de la junta general en función de reservar a su aprobación operaciones societarias que por su relevancia tienen efectos similares a las modificaciones estructurales típicas según la Ley 3/2009, de 3 de abril, *de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*. Igualmente, se amplían los derechos de minoría en las sociedades cotizadas pues, también según la exposición de motivos, *se entiende conveniente rebajar el umbral necesario para que los accionistas puedan ejercer sus derechos hasta el tres por ciento del capital social y se establece en mil el número máximo de acciones que los estatutos podrán exigir para asistir a la junta general*.

Consideradas tales explícitas orientaciones de la reforma, parece obvio que la supresión inicial del derecho de impugnar acuerdos sociales para los socios *ultraminoritarios* no casa bien con tales propósitos de reforzamiento de las competencias de la junta general y de correlativa promoción legal del protagonismo de la misma en el funcionamiento de la sociedad de capital así como tampoco puede calificarse tal medida como compatible con la pretensión de fomentar la participación colegial de los accionistas minoritarios en las sociedades cotizadas.

## **2.2. Incompatibilidad más intensa de tal opción en sede de sociedad anónima cotizada**

La incompatibilidad de la supresión de la facultad de impugnación de acuerdos sociales con los referidos propósitos de la reforma en este orden puede ser bastante más intensa en el caso de la sociedad cotizada. Considérese al respecto que la titularidad de mil acciones de la sociedad cotizada como umbral legal imperativo de admisión del ejercicio efectivo de los derechos de participación colegial a todo socio o grupo de socios que cumpla tal premisa en la misma (art. 521.bis LSC), representará en la práctica totalidad de los casos un porcentaje de su capital social muy inferior al del uno por mil (0,1 por ciento) como umbral mínimo para obtener la legitimación activa para impugnar acuerdos sociales. Lo normal es que se den relativamente pocos casos reales de socios o grupos de socios titulares de porcentajes del capital inferiores al del uno por ciento del capital social en sociedades no cotizadas, mientras que será *muy frecuente* el caso de accionistas o grupos de accionistas de sociedades cotizadas titulares de proporciones inferiores (y también *muy inferiores*) al uno por mil del capital de tales sociedades.

Considerado ello, no deja de percibirse, entonces, cierta contradicción entre el propósito legal de hacer partícipes efectivos a los accionistas *minoritarios* en las juntas de accionistas de la sociedad cotizada (el citado nuevo art. 521.bis LSC tan sólo exige mil acciones para poder ejercitar los derechos colegiales en el seno de la junta, con independencia de cuál sea el porcentaje del capital representativo de las mismas) para después exigir un porcentaje mínimo del *uno por mil* del capital social para obtener la legitimación necesaria para impugnar los acuerdos sociales de esas mismas juntas respecto de las que se promueve la participación de las (más que) ultraminorías. Por tanto, o puede haber habido un ejercicio de cinismo legal en este aspecto, cosa que se ha

de descartar, o bien estamos ante un cierto error de técnica legislativa ya que en la sociedad cotizada lo normal es que mil acciones queden muy muy lejos de representar ese uno por mil del capital social que se fija como umbral mínimo para obtener la facultad de impugnar acuerdos sociales. Se revela, pues, una asimetría entre los parámetros de proporcionalidad que se utilizan ante la discriminación del régimen de exclusión de la legitimación activa entre los socios minoritarios de sociedades cotizadas y los de las no cotizadas. Es cierto que, desde una visión superficial, el criterio legal de discriminación entre ambas categorías de socios (uno por mil/ uno por ciento) podría parecer equilibrado ya que puede parecer razonable tal proporción discriminatoria de lo que pueda considerarse *ultraminoría* en la sociedad no cotizada (uno por ciento) y en la cotizada (uno por mil). Sin embargo, la realidad es que tal criterio legal comporta un formidable agravio, tanto directo como comparativo, en contra de los socios minoritarios de las sociedades cotizadas. Ello porque, en condiciones normales, un socio o grupo de socios titulares de porciones menores del uno por mil del capital social de una sociedad cotizada serán portadores de un interés cuyo valor patrimonial será normalmente muy superior al del valor patrimonial que el que en su caso represente el uno por cien del capital de una sociedad no cotizada. Piénsese al efecto que la referencia más o menos media del valor bursátil de una sociedad cotizada en el mercado continuo español está en torno a los 20.000 millones € y que bastantes de las sociedades que forman el Ibex-35 exceden con creces tal valor. El uno por mil de tal valor total representaría un valor patrimonial referencial de 20 millones €. Parece que esta cifra no está seguramente al alcance de cualquier clase de inversor o grupo de inversores como presupuesto para obtener legitimación para poder impugnar acuerdos sociales; es cierto que el porcentaje legal mínimo del 0,1 por ciento se computa sobre la base de la cifra del capital social y no sobre el valor de cotización de las acciones, pero no parece que deba partirse en este aspecto desde una perspectiva puramente formal -asépticos porcentajes de participación en el capital social- sino más bien desde la del valor del interés patrimonial real y efectivo del que son portadores los inversores en acciones de sociedades cotizadas ya que tal será seguramente el interés primordial que tales accionistas tratan de proteger. Por otra parte, si este criterio relativo al valor medio de una posición del 0,1 por ciento del capital en una sociedad cotizada lo traducimos al valor que correspondería en una sociedad no cotizada, el resultado es que ese uno por ciento debería alcanzar un valor razonable de unos 200 millones € puesto que en éstas el porcentaje mínimo para poder impugnar se eleva al 1 por ciento. Es obvia la dificultad de encontrar una sociedad no cotizada en España cuyo simple uno por ciento de su capital social alcance un valor real entorno a los 200 millones €.

Parece, por tanto, que son estos valores objetivos del interés los que deberían prevalecer y ser objeto de consideración ante la regulación legal sobre la simple consideración de porcentajes asépticos de participación en el capital social -en especial para la sociedad cotizada- ya que la sola consideración de estos últimos puede conducir a tratamientos legales inapropiados como es el del presente caso. El criterio de proporcionalidad elegido para discriminar entre ultraminorías de sociedades no cotizadas y de las cotizadas no es el más adecuado pues sus efectos son excesivos o desproporcionados en las sociedades cotizadas, mientras que se trata de una norma de

efectos prácticamente inocuos en las no cotizadas, al menos con carácter general. La norma tiene un impacto bastante relevante sobre los socios minoritarios de sociedades cotizadas de forma que penaliza a inversores cuyo interés patrimonial puede ser muy superior al propio de los socios de sociedades no cotizadas ante la misma situación de exclusión del derecho de impugnación de acuerdos sociales.

### **2.3. El mercado de valores como determinante de la inadecuada desproporción de efectos de la norma entre los socios ultraminoritarios de sociedades cotizadas y los de sociedades no cotizadas**

No obstante lo observado, la norma puede tener también un alcance más o menos superfluo en las sociedades cotizadas si se considera la faceta que supone la cotización de las acciones de éstas en mercados organizados de valores. Es razonable pensar que, con carácter general, los accionistas de tales sociedades con intereses inferiores al uno por mil del capital social no optarían por ejercitar acciones de impugnación de acuerdos ante su disidencia con el contenido de los mismos. Su opción más lógica y preferente sería la desinversión mediante la venta de sus acciones en el mercado de valores. Ello indica que los socios ultraminoritarios de la sociedad cotizada disponen de una vía indirecta más o menos aceptable para defender sus intereses y es la que les proporciona el mercado de valores organizado. En cambio, el titular de menos del uno por cien del capital en la sociedad no cotizada queda en bastante peor situación relativa. Éste no dispone de medios directos para recuperar su inversión porque no hay mercado organizado donde realizarla y es sabido que tendrá importantes dificultades para encontrar un comprador que aceptase pagar un precio más o menos remuneratorio por sus acciones o participaciones. Este socio tampoco puede defender sus intereses de forma más o menos efectiva ante acuerdos realmente *impugnables* (tiene, por tanto, que soportar forzosamente eventuales abusos de la mayoría) y tan sólo cuenta con una bastante incierta posibilidad de obtener una también incierta indemnización de unos no menos inciertos daños y perjuicios tras tener que incurrir en los costes económicos (y quizá también emocionales) de un proceso judicial que, no sin frecuencia, pueden ser superiores al valor efectivo de sus intereses patrimoniales en la sociedad no cotizada. Por tanto, el socio ultraminoritario de sociedad ordinaria o no cotizada está rodeado de elementos desincentivadores que le pueden situar en una posición de práctica o real indefensión que pudiera llegar a ser lesiva de su derecho constitucional *ex art. 24.1 CE*.

## **3. FUNDAMENTO Y FUNCIÓN DEL ART. 206.1 pf. 2º LSC**

### **3.1. La cuestionable concepción del art. 206.1 pf. 2º LSC como técnica "antiminoría" (en la *mens legislatoris*)**

El nuevo art. 206.1-2 LSC tiene su origen en el *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas* formulado a 14 de octubre de 2013 por la *Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo* creada por Orden ECC/895/2013, de 21

de mayo. Los textos antes transcritos de los arts. 206.1-2 y 495.2.b LSC propuestos por tal Comisión son los que finalmente se han convertido en Ley sin ninguna variación sustancial ni prácticamente formal a lo largo del íter legislativo (cf. págs. 31-32, 73 y 81 del referido *Estudio*; sólo ha habido una necesaria adaptación formal en el texto del nuevo art. 495 LSC respecto al inicialmente propuesto por la Comisión).

La justificación alegada por la referida Comisión de Expertos a la norma del referido art. 206.1 pf. 2º LSC es la siguiente:

Se propone la adopción de otras [medidas] que tratan de evitar el abuso del derecho de impugnación y su utilización con fines poco confesables. Se trata ahora de minimizar el riesgo del uso estratégico y oportunista del derecho. En esta línea se sugieren algunas medidas: La primera y seguramente más importante consiste en restringir la legitimación. Hasta la fecha cualquier accionista, aunque poseyera una sola acción, podía poner en jaque a la sociedad con una acción de impugnación, normalmente basada en vicios menores de procedimiento, según acredita la jurisprudencia. La PCM reaccionó frente a esta grave problemática de la práctica subiendo el listón, aunque seguramente ha ido demasiado lejos. De acuerdo con ella, sólo están legitimados para impugnar los accionistas que reúnan una participación de minoría, que se cifra en el 5 % del capital en las sociedades ordinarias y en el 1 % en las sociedades cotizadas. La Comisión de Expertos ha considerado que no debía llegarse a una restricción tan acusada y por eso propone umbrales considerablemente más bajos, inspirándose para ello en precedentes vecinos y, concretamente, en el caso italiano: el 1 % para las sociedades no cotizadas y el 0,1 % o uno por mil del capital para las cotizadas. Con todo, debe señalarse que los accionistas que queden debajo de ese umbral no quedan indefensos, ya que en todo caso se les reconoce el derecho de proceder contra la sociedad reclamando la indemnización de los daños y perjuicios que les haya ocasionado el acuerdo impugnado (se supone que se quiso decir "impugnable").

Por consiguiente, la *mens legislatoris* concibe la norma con un doble fundamento funcional: (i) actuar como técnica contra el *abuso del derecho de impugnación y su utilización con fines poco confesables* y (ii) *minimizar el riesgo del uso estratégico y oportunista del derecho de impugnación*. Se parte, pues, de la presunción bastante explícita de que el titular o titulares de menos del 1% del capital social en las sociedades no cotizadas y los del 0,1% en las cotizadas ejercitarían de mala fe o en abuso de derecho, casi por sistema, su eventual facultad de impugnación de los acuerdos sociales; las *ultraminorías*, por el simple hecho de ser tales, ejercitarían tal facultad en estado de abuso, "con fines poco confesables", o bien harían un "uso estratégico y oportunista" de tal derecho. Por tanto, si tal fuera la situación de partida típica, parece lógico y fundado que se juzgue adecuada la supresión directa de tal facultad con carácter legal, a salvo disposición estatutaria que la rehabilite. Se trata, sin embargo, de una *mens legislatoris* no digna de ser compartida.

(i) En primer lugar, porque parte de un juicio de intención de orden subjetivo que, al ser positivado, deviene legalmente objetivo: aquel o aquellos socios que se hallen en tales ínfimas proporciones de participación en el capital social (que representarán un número muy considerable en muchas sociedades cotizadas y, generalmente, un número más bien escaso en sociedades no cotizadas) ejercitarían su derecho de impugnación en condiciones de mala fe o con propósitos espurios. Esta concepción contraviene principios elementales del Derecho. En concreto, de aquél según el cual "la mala fe no se presume" (*mala fides non praesumitur*) o que "la

injusticia no se presume” (*iniuria non praesumitur*), principios concretados en nuestro Ordenamiento en el deber constitucional de respeto a la *dignidad* de la persona presente en el art. 10.1 CE.

(ii) En segundo lugar, cabe observar que la medida legal consistente en retirar el derecho de impugnación de acuerdos sociales como componente de la posición jurídica del socio para ciertos socios, no elimina el riesgo del uso oportunista y acaso estratégico del derecho de obtener una compensación económica como sustitutivo del mismo. Es este mismo derecho a la compensación económica el que puede ser ejercitado de forma oportunista y estratégica y también puede incentivar a tales socios a ejercitar sus restantes derechos colegiales (asistencia, información y voto en la junta) con el propósito real de preconstituir pruebas y reforzar el reconocimiento de tal derecho de obtención de la tal compensación o resarcimiento. Con todo, y en relación con esto último, se ha de observar que si por uso estratégico u oportunista del derecho de impugnación (o de cualquier otro derecho societario) se entiende el ejercicio del mismo con el propósito de obtener cierta fuerza o posición ante una negociación entre el socio minoritario y la sociedad (o con los socios de control de ésta) con el objeto de que aquél pueda llevar a cabo una desinversión en la sociedad bajo condiciones razonables, ello ha de reputarse como muy legítimo y defendible y no debería considerarse, si es que éste fuera el supuesto, como fin o propósito espurio, oportunista, estratégico o poco confesable ya que, en definitiva, tal socio está ejercitando las facultades que el Ordenamiento le proporciona a fin de proteger de la forma más adecuada en Derecho el contenido de su derecho constitucional a la propiedad privada (art. 33 CE).

### **3.2. El art. 206.1 pf. 2º LSC como sistema alternativo de tutela de la ultraminoría**

Las justificaciones que se suelen dar a esta norma por parte de la doctrina en aquellos Ordenamientos que, como el italiano (art. 2377 *Codice Civile*), la tienen incorporada con anterioridad al nuestro distan, asimismo, de ser aceptables.

Se justifica la norma, en primer lugar, sobre la base de que el socio o socios minoritarios desprovistos de la facultad de impugnar los acuerdos sociales no quedan desprotegidos en su posición como especie de forzosos “sufridores” de acuerdos *impugnables*. Según esta doctrina, sucede simplemente que el sistema de protección de tales intereses se especializa respecto del general. Así, mientras el socio ordinario dispone del instrumento de tutela “desactivadora” de los acuerdos ilícitos representado por la acción de impugnación de los mismos (se dice “desactivadora” porque, de prosperar, el acuerdo impugnado queda anulado y sin efectos), los intereses del socio minoritario son protegidos a través del instrumento de tutela *resarcitoria* representado por la acción dirigida a obtener la indemnización del daño que haya podido experimentar como consecuencia de un acuerdo afectado por un vicio invalidante (G.B. PORTALE, 2007, págs. 611 ss.). Los socios “ordinarios” (bajo esta óptica) son tutelados mediante la atribución de la facultad de demandar que un juez declare la ineficacia del acuerdo impugnado, de forma que, de ser estimada la acción, el acuerdo no deberá producir ningún efecto jurídico. Por su parte, los socios ultraminoritarios son tutelados mediante una aplicación especial del instituto general de la responsabilidad

civil puesto que, según se afirma, la sociedad de capital tiene, como todo sujeto, el deber general *naeminen laedere* así como el deber de cumplir sus obligaciones legales y contractuales con sus socios. De esta forma, la infracción de tal deber general o el no cumplimiento de sus obligaciones con sus socios (minoritarios o no) puede ser fuente de responsabilidad de la sociedad si tales infracciones o incumplimientos han causado daños a los mismos (F. D' ALESSANDRO, 2004, págs. 459 ss.).

La objeción que, a nuestro entender, presenta esta argumentación justificadora de la norma es que, realmente, el recurso al régimen de la responsabilidad civil, aunque con esenciales especialidades, como instrumento de tutela del socio ultraminoritario, no puede calificarse, en rigor, como alternativo o parangonable al de la acción de impugnación de acuerdos sociales en función de lograr que los mismos queden sin efecto jurídico alguno. La acción de responsabilidad no es realmente un instrumento de tutela del socio minoritario ante su obligación de soportar acuerdos anulables adoptados abusivamente por la mayoría ("abuso de mayoría" en el sentido de que el nacimiento de tal responsabilidad exige la previa acreditación de que los acuerdos son *impugnables* y, por tanto, ilícitos). Ello porque la responsabilidad del infractor ante el eventual perjudicado debe ser la mínima y elemental consecuencia jurídica que debe producirse ante supuestos de daños causados por el no cumplimiento de las obligaciones de cualquier obligado en el seno de una relación jurídica patrimonial o por virtud del deber general de indemnizar los daños causados en relaciones de orden extracontractual que afecta al responsable de los mismos. La responsabilidad del infractor es, por tanto, un sistema de "tutela" *adicional* -no alternativo ni sustituto, por tanto- que procedería a favor de todo socio dañado en sus intereses por efecto de decisiones o actuaciones *ilícitas* de la sociedad, sus administradores o sus consocios en el seno de cualquier relación societaria a salvo que, como es el caso de las sociedades de capital (entre otras, como las mutualistas), esta forma de tutela queda reforzada, en el sentido de anticipada, por la modalidad corporativa de la *actio pro socio* consistente en la atribución a todos los socios de una acción dirigida a dejar sin efecto tales decisiones o acuerdos ilícitos aunque sean adoptados con arreglo al dictado del principio mayoritario (formado sobre la base del capital social o del número de socios). Pero tal acción de impugnación contra los acuerdos sociales ilícitos no tiene efecto excluyente de las eventuales acciones generales con las cuenta todo socio dirigidas a obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios que haya podido experimentar respecto de los responsables civiles de los mismos.

### **3.3. ¿Medida coadyuvante a la estabilidad de los acuerdos y actos de los órganos sociales?**

Otra línea doctrinal justifica la norma del art. 206.1 pf. 2º LSC (en su referida equivalente en el *Codice civile*) sobre el sofisma de que la misma se establece en función de contribuir a garantizar la estabilidad de los acuerdos y actuaciones de los órganos sociales ante eventuales ejercicios abusivos de las acciones de impugnación de acuerdos por parte de la ultraminoría. Se llega a afirmar incluso, aunque sin fundamento suficiente en nuestra opinión, que tal norma es asimilable a las restricciones de los

contenidos y efectos de ciertas acciones judiciales en materia societaria como las dirigidas a obtener la declaración de nulidad de la sociedad inscrita o la nulidad de una fusión o escisión inscritas (P. MARCHETTI/ A. PICCIAU, 2008, págs. 321 ss.). Cabe observar que quizá sea esta la *mens legislatoris* implícita de nuestra norma (la explícita es bien distinta según ya se ha visto) si bien, si este fuera el caso, no correctamente expresada en la exposición de motivos de la Ley 31/2014 ni tampoco por parte de las ya expuestas argumentaciones de la Comisión de Expertos.

Pero esta es una justificación sofista por los siguientes grupos de razones.

(i) En primer lugar, porque la norma reconoce de forma implícita que los socios ultraminoritarios desprovistos de acciones de impugnación de acuerdos llevarían razón al impugnar los mismos si es que pudieran ya que su pretensión resarcitoria sólo podrá serles reconocida si el juez estima que los acuerdos lesivos base de la misma son ilícitos ("impugnables" según la norma). Es decir, se reconoce explícitamente que los acuerdos en cuestión serían declarados ineficaces si se ejercitasen acciones de impugnación contra los mismos por parte de cualquier socio o sujeto activamente legitimado. Pues bien, dada la exigencia legal de tal presupuesto para obtener la pretensión resarcitoria, no parece que se pueda argüir la garantía de la estabilidad de los acuerdos y actuaciones de los órganos sociales como fundamento de la norma cuando se reconoce (nada menos) que: (i') los acuerdos base de la pretensión resarcitoria deben ser ilícitos como condición *sine qua non* para obtener la misma, y (ii') que, por tanto, otros socios (o incluso terceros) pueden obtener la declaración judicial en tal sentido, de forma que estos otros socios o terceros que ejercitan sus acciones de impugnación sí tienen "licencia", entonces, para "desestabilizar" la sociedad mientras los ultraminoritarios quedan privados de tal facultad sólo por ser tales; *ergo* no hay garantía alguna de tal supuesta estabilidad societaria como supuesto fundamento de la norma.

(ii) En segundo lugar, esta supuesta justificación de la norma llevaría hacia una comprometida apuesta a favor de la supuesta estabilidad de la sociedad mediante el sacrificio de la legalidad aplicable, elementos ambos (estabilidad *vs.* legalidad) que residen en diferentes planos y que no deberían ser interconectados a fin de hacer prevalecer el primero a costa del segundo ya que el principio de legalidad es un principio jurídico de carácter constitucional (art. 9º.3 CE) y la estabilidad de la sociedad, aunque deseable, no es tan siquiera un principio jurídico sino de mera organización.

(iii) En tercer lugar, si se aceptase esta justificación, resultaría entonces que la norma partiría de una hipótesis fáctica bastante cuestionable: la de que los socios ultraminoritarios tienen capacidad efectiva (desde los prismas financiero, funcional y emocional, entre otros) para comprometer la estabilidad del funcionamiento de los órganos sociales. No hay pruebas ni estadísticas de que sea así ni tampoco de que no lo sea. Se trata, pues, de un razonamiento especulativo. Pero, ante ello, parece poco cuestionable que es más plausible la hipótesis contraria que aquella de la que parte la argumentación que tratamos. Parece más realista pensar que, ante acuerdos ilícitos de los órganos sociales, las ultraminorías optarían por permanecer pasivas en la mayor parte de los casos (salvo, acaso, ante lesiones muy directas, claras y graves de sus intereses). Esta tendencia hacia la pasividad de la ultraminoría se verificará en las

sociedades no cotizadas casi con total seguridad dados los estériles efectos prácticos que tales acciones impugnatorias de acuerdos pueden reportar a favor de posiciones cuantitativas inferiores al uno por cien del capital social, considerado, en particular, el mito de la justicia “gratuita” (especialmente y sobre todo si se considera el respaldo judicial otorgado a las abusivas minutas de abogados en concepto de más que infladas y supuestas costas procesales). En cambio, en las sociedades cotizadas, es más plausible que la defensa de los intereses de participaciones accionariales inferiores al uno por mil del capital social conviniese que fuera conducida a través de acciones de impugnación de acuerdos dado que, como se avanzó, las mismas pueden tener un valor económico medio considerablemente superior al que tendrían, también desde una perspectiva media, posiciones inferiores a las del uno por cien del capital en sociedades cerradas o semicerradas. Considerado ello, cabría afirmar que a tales socios de sociedades cotizadas les pudiese interesar optar por ejercitar acciones de impugnación para salvaguardar sus intereses y, con ellos, los propios de la sociedad y de los demás socios. Sin embargo, lo más directo y probable en la mayor parte de los casos, es que tales conflictos se resuelvan mediante la desinversión de su posición en el seno del mercado. Quizá por ello, la Ley debería haber regulado un derecho de opción entre ambas formas de actuación (resarcimiento e impugnación) a favor de los inversores en sociedades cotizadas, al menos.

### **3.4. El art. 206.1 pf. 2º LSC como posible técnica protectora de la ultraminoría no obstante su insuficiencia a tal fin**

#### 3.4.1. Ámbito funcional reducido

¿Qué concluir entonces sobre la *utilitas* o justificación *legítima* de la norma contenida en el art. 206.1 pf. 2º LSC? Con carácter previo, se ha de observar que su ámbito funcional predominante es bastante reducido aún dentro de su carácter muy sectorial dada la insignificancia relativa de los porcentajes del capital que delimitan su ámbito de aplicación, si bien con las reservas ya expresadas sobre el carácter inadecuado del porcentaje legal mínimo del 0,1 por ciento del capital social en sede de sociedad cotizada como umbral a partir del cual se reconoce legitimación activa para la interposición de la acción de impugnación de acuerdos sociales. Este ámbito funcional predominante puede situarse en torno a aquellos supuestos en los que concurren, al menos, las siguientes condiciones (además, obviamente, de los presupuestos propios de activación de la acción resarcitoria según se verá):

- a) que, por las razones expuestas -principalmente, la posibilidad real de desinversión directa y expeditiva de la que gozan los socios de sociedades cotizadas-, se trate de socios de una sociedad no cotizada, esto es, cerrada o semicerrada;
- b) que ante el ejercicio de la acción resarcitoria, los socios tengan una más que razonable perspectiva de éxito de la misma en función de obtener la declaración judicial del carácter “impugnable” (esto es, claramente ilícito) del acuerdo social base de su ejercicio;

- c) que el acuerdo social base referido no sea constitutivo de ilícito penal tipificado como delito societario (u otro tipo penal) ya que, de serlo, puede interesar el ejercicio de la acción penal antes que el de la resarcitoria ya que la primera incluye también a ésta en caso de ser estimada.

### 3.4.2. El art. 206.1 pf. 2º LSC como norma protectora de la ultraminoría y no tanto de la sociedad en la que ésta se integra

Desde esta perspectiva, quizá quepa concluir una justificación o *mens legis* de la norma en un doble aspecto.

(i) En primer lugar, la norma permite dotar a las ultraminorías de sociedades no cotizadas de un medio -si bien insuficiente, imperfecto o mejorable- que les coadyuve, bien a reforzar su posición ante una eventual negociación de sus intereses con sus consocios mayoritarios o de control, bien a obtener una opción de salida de la sociedad en términos equilibrados desde el prisma patrimonial. Piénsese en tal sentido que el ejercicio fundado de la acción resarcitoria puede mejorar la posición del socio ultraminoritario cuya pretensión real sea la muy legítima -y esto de *legítima* debe ser enfatizado- de dejar de ser socio bajo condiciones en las que tenga que soportar la aplicación de acuerdos sociales ilícitos.

(ii) En segundo lugar, y como aspecto complementario al anterior, la medida puede permitir dotar a tal clase de socios de un medio indirecto o acaso, persuasivo, de control de posibles abusos de la mayoría -los cuales, no obstante, deben soportar en línea de principio- acaso de mayor interés para ellos que la acción de impugnación de acuerdos sociales, pues piénsese que mientras una estimación judicial de una acción de impugnación no les reporta ninguna ventaja directa -en la mayor parte de las ocasiones tales minorías obtendrían una victoria "pírrica" al ser estimada una acción de impugnación ya que el efecto primordial de ésta es de orden "desactivador" del acuerdo declarado ilícito y, acaso, de algunos otros de los que traigan su causa de él-, la estimación de la acción resarcitoria les supondrá, en cambio, la atribución del derecho al pago de una cantidad de dinero con cargo a la sociedad, y sin que ello tenga por qué excluir, necesariamente, la virtualidad de otras medidas y acciones ejercitables según se verá. Quizá por estas razones, el umbral máximo del uno por ciento de participación en el capital social como criterio de atribución de la acción resarcitoria debería ser ampliado a fin de abarcar posiciones minoritarias de mayor entidad, incluso hasta, por ejemplo, un diez por ciento del capital, si bien a los socios que sobrepasasen un determinado umbral de participación en el capital -los titulares de entre un cinco por ciento y un diez por ciento, por ejemplo- deberían tener un *ius electionis* entre la acción resarcitoria y la acción de impugnación.

La mayor o menor eficacia de esta medida indirecta o, acaso, persuasiva, de control de los abusos de la mayoría por parte de las ultraminorías dependerá, en última instancia, de factores cuantitativos. Es decir, del número de socios minoritarios ejercitantes de la acción resarcitoria y de la cuantía de los daños a cuya indemnización tuviera que enfrentarse la sociedad demandada. Es obvio que tal aspecto puede tener un interés relevante en las sociedades cotizadas cuando los tales accionistas minoritarios se

organicen en asociaciones o grupos de accionistas protectores de sus intereses particulares como tales (piénsese, por poner un ejemplo, en los casos típicos en los que los potenciales beneficios a los que tendrían derecho tales accionistas resultan disminuidos como consecuencia de acuerdos por cuya virtud las mayorías de control que "se sientan" en los consejos de administración aprueban remuneraciones excesivas a favor de los administradores, esto es, cuando ellos mismos, en definitiva, se autoasignan remuneraciones desproporcionadas que, en mayor o menor medida, disminuyen la cuantía global del beneficio repartible).

Con todo, se ha de observar que la norma, según esta eventual función, dista de ser aceptable. Es una medida insuficiente. Se queda a mitad de camino en términos de correcta protección de las minorías ante acuerdos abusivos de las mayorías. La mejor medida a favor de los socios ultraminoritarios ante la afirmación legal del "derecho" de los socios mayoritarios de imponerles acuerdos ilícitos, sería la de reconocerles el *derecho de separación* de la sociedad por esta causa. Ello sería, probablemente, lo más justo y equilibrado. O, al menos, reconocer a los ultraminoritarios el *derecho de separación* como alternativa protectora más efectiva que el derecho de resarcimiento y, acaso, establecer un *ius electionis* entre ambos a favor del socio minoritario. Los socios ultraminoritarios deberían tener no tanto el derecho de obtener un resarcimiento de daños sino el derecho de obtener el valor razonable de su posición con cargo a la sociedad -especialmente en la sociedad no cotizada- ya que, al cabo, ésta incumple la Ley o los estatutos sociales y ello, en términos de Derecho común, puede ser suficiente causa de resolución contractual y nadie debería ser obligado a permanecer en una relación contractual en la que se hayan constatado infracciones de la ordenación jurídica de tal relación.

### 3.4.3. Función y constitucionalidad del art. 206.1 pf. 2º LSC

La expuesta perspectiva protectora de la ultraminoría como contenido funcional y justificación del art. 206.1 pf. 2º LSC -supone cierta faceta de mejora, aunque insuficiente, en el sistema de protección legal de la ultraminoría- podría permitir salvar las objeciones formuladas sobre su constitucionalidad en el Ordenamiento italiano, objeciones que pueden ser extensibles también a nuestro sistema. En concreto, algunos autores italianos han cuestionado la constitucionalidad de su equivalente en base a dos grupos de razones (vid., M. VENTORUZZO, 2013, págs. 662-664):

(i) En primer lugar, porque la exclusión legal de la facultad de impugnar los acuerdos sociales según el criterio cuantitativo que sirve al efecto -grado de participación del socio en el capital social- puede lesionar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los socios desprovistos de tal derecho por tal razón (art. 24 CE). (ii) En segundo lugar, porque la exclusión de la facultad de impugnar acuerdos sociales podría lesionar el contenido esencial del derecho de propiedad privada del socio minoritario sobre sus acciones o participaciones sociales ya que la misma implica una cierta expropiación del contenido ordinario del derecho de propiedad privada sobre ellas sin que concurra la necesaria causa de utilidad pública ni tampoco se aprecie que con ello se cumpla una función social, tal como exige el texto constitucional (art. 33 CE).

(i) La compatibilidad entre el nuevo art. 206.1-2 LSC en los aspectos que aquí se tratan y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no es fácil de conciliar. En concreto, porque la exclusión del derecho de impugnar los acuerdos sociales en función de criterios no sustantivos sino puramente *cuantitativos* -titularidad o representación de porcentajes mínimos del capital social- supone excluir a tales socios un contenido esencial de su posición como tales como es el derecho de instar el control jurisdiccional (o arbitral, en su caso) de la actividad de la sociedad de la que forman parte ya que uno de los medios de defensa de su posición como tales les resulta excluido directamente, mientras que, correlativa y paradójicamente, se condiciona su derecho de resarcimiento a la constatación del carácter ilícito (impugnable) del acuerdo fuente de tal derecho. Tiene lugar la poco admisible paradoja de que lo ilícito deviene lícito y no se reconoce medio judicial para obtener el control y remoción de tal ilicitud sobre la base de criterios no sustantivos. Este aspecto puede ser incompatible con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental de no tener que soportar indefensión dada la falta de plena posibilidad para los ultraminoritarios de contradicción en el seno de un proceso judicial dirigido a obtener la anulación de un acto ilícito (vid. L.M. DÍEZ-PICAZO, 2008, pág. 431). Ello puede ser especialmente relevante y lesivo ante la importancia del interés económico que puede tener la posición del socio minoritario, sobre todo en el caso de las sociedades cotizadas según ya ha sido explicado.

(ii) Asimismo, la norma presente en el art. 206.1-2 LSC resulta difícil de conciliar con el *contenido esencial* del derecho fundamental de propiedad privada (art. 33 CE) ya que este derecho del socio ultraminoritario sobre sus acciones o participaciones sociales puede resultar lesionado al ser excluido de su contenido el derecho de impugnar, esto es, de la facultad de instar su control judicial de legalidad, los acuerdos sociales bajo las condiciones expuestas. Se ha alegado para salvar tal objeción que el derecho de obtener un resarcimiento es un expediente compensatorio suficiente para equilibrar la relación y salvar la constitucionalidad de este aspecto (vid. M. VENTORUZZO, 2013, loc. últ. cit.). Sin embargo, no aparecen claras las causas de utilidad pública así como tampoco la función social justificadora de esta exclusión como causas de concurrencia inexcusable para salvar la constitucionalidad de la norma. Más bien al contrario, ya que el derecho de impugnación de acuerdos encierra en sí mismo una función social protectora del derecho de propiedad privada particular a favor de quien lo ejercita y también general a favor de todos los socios e, incluso, de terceros con interés legítimo (cf. L.M. DÍEZ-PICAZO, 2008, págs. 534-536), razón que explica, entre otras, que se reconozca legitimación activa a los terceros no socios para impugnar acuerdos sociales contrarios a la Ley. Cabe afirmar, por ello, que la posición de estos socios minoritarios con facultades disminuidas en este orden obtendría un mejor encaje constitucional -menos cuestionable- si se configurase un mejor equilibrio legal entre la importancia del derecho eliminado y el derecho “compensatorio” de resarcimiento que se les reconoce. Y ello sólo parece poder ser logrado, en línea de principio, mediante el reconocimiento a favor de los mismos del ya referido *derecho de separación* de la sociedad ante la atribución indirecta a la mayoría de la facultad de imponer acuerdos impugnables a la minoría, derecho de separación que sería más acorde con el principio

de justo equilibrio y onerosidad entre las posiciones de las partes en toda de relación jurídica patrimonial de carácter oneroso.

#### **4. CARACTERES DEL SISTEMA DE RESARCIMIENTO EX ART. 206.1 pf. 2º LSC**

##### **4.1. Aspectos preliminares**

El art. 206.1 pf. 2º LSC impone sobre la sociedad de capital un sistema de resarcimiento ante los socios ultraminoritarios de características especiales en cuanto que se separa de los contenidos y elementos propios del sistema de la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Conviene señalar que el texto literal del art. 206.1 pf. 2º LSC no contiene el término "responsabilidad" como calificativo de su contenido normativo. Se refiere al derecho que se atribuye a los socios ultraminoritarios de obtener el *resarcimiento* de los daños que les hubiere causado un acuerdo impugnado ante la pérdida de su derecho de impugnación como especie de compensación por su deber indirecto (y no exento de paradoja) de tener que soportar la eficacia de un acuerdo ilícito. Pero parece que se trata de una deuda de responsabilidad si bien no encaja en los moldes propios del sistema de la responsabilidad civil. No encaja en tales moldes tradicionales por varias razones.

(i) En primer lugar, se observa que el obligado al pago de la deuda en concepto de resarcimiento no es el o los causantes reales del daño sino que la misma se impone a la sociedad. Los autores y, por tanto, los responsables reales del daño infligido a los socios ultraminoritarios, son los socios que adoptan e imponen acuerdos ilícitos o, en su caso, los administradores miembros del consejo de administración que los adopte, así como, en su caso, los administradores que ejecuten acuerdos sociales no obstante su carácter ilícito. En este sentido, la sociedad actúa como especie de aseguradora legal de la responsabilidad de sus socios y administradores, en su caso, ya que se atribuye acción directa contra ella a las minorías para obtener el resarcimiento que les sea debido; de forma que, por ello, cabe mantener que la sociedad debe disponer de acción de repetición contra los socios o administradores directamente causantes del daño en función de obtener el debido resarcimiento, el cual cabe mantener que puede ser instado por administradores y socios en general.

(ii) En segundo lugar, se ha de observar que este sistema de resarcimiento presenta importantes especialidades en sus elementos estructurales respecto de los propios del régimen de la responsabilidad civil. Se trata, en un primer aspecto, de una responsabilidad imputable a la sociedad de forma objetiva o, acaso, en régimen de *acción directa* e inmune, por tanto, a la excepción de falta de culpabilidad que ésta podría oponer en un contexto ordinario de responsabilidad civil. En un segundo aspecto, se observa que la determinación y evaluación del daño resarcible presenta asimismo especialidades propias. Finalmente, se ha de observar que la relación de causalidad entre daño y acuerdo impugnado causante del mismo es o puede ser bastante etérea e,

incluso, más bien, irrelevante al efecto de que sea declarado el derecho de resarcimiento a favor del socio ultraminoritario.

(III) En tercer lugar, la función de este sistema de resarcimiento es de orden compensatorio. Esto es: no es en rigor un resarcimiento en el sentido de indemnización, ni tampoco puede entenderse que sea una sanción civil impuesta a la sociedad (entre otras cosas, porque ella no es la autora del acuerdo ilícito); es decir, no se trata de un resarcimiento en sentido propio porque el daño permanece y permanecerá (no es posible, por tanto, una indemnización en sentido propio) ya que el acuerdo ilícito no se anula y, por tanto, seguirá produciendo sus efectos o bien los producidos serán irremediables (si bien éstos no tienen por qué ser necesariamente dañinos fuera de su contenido ilícito, al menos en línea de principio); se trata, admítase la vulgarización-degradación, de conferir una especie de "premio de consolación" a los ultraminoritarios: Vds. deben estar y pasar por una ilicitud a cambio de recibir una más o menos aceptable compensación económica cuya cuantía fijará un juez considerado el nivel de "grosería" de la ilicitud a soportar, entre otros aspectos.

#### **4.2. Deuda de imputación objetiva a la sociedad de capital mediante atribución de acción directa contra ella a favor del socio ultraminoritario**

El régimen de nacimiento de la deuda de resarcimiento de la sociedad a favor de los socios ultraminoritarios puede calificarse como *objetivo* si se considera que se atribuye a favor de éstos una acción directa contra la sociedad para obtener de la misma el resarcimiento al que puedan tener derecho, a pesar de que la sociedad no es la causante ni la responsable real de la adopción del acuerdo ilícito. En este sentido, la sociedad ocupa una posición similar a la del asegurador en el seguro de responsabilidad civil. El perjudicado dispone de acción directa contra el asegurador, el cual no puede valerse de excepciones personales para evitar el nacimiento de su obligación de pago de la suma reclamada. Puede afirmarse, por ello, que la obligación de resarcimiento que se impone sobre la sociedad nace al margen de la concurrencia de dolo o de culpa de la sociedad ante la adopción del acuerdo social ilícito que actúa como fuente última de la obligación resarcitoria. Ello significa, por tanto, la irrelevancia de los elementos subjetivos propios del sistema de imputación de responsabilidad (dolo o culpa) ante el nacimiento de la deuda resarcitoria.

La relevancia práctica de este carácter objetivo-directo de nacimiento de esta obligación de resarcimiento es doble. (i) Por una parte, el socio ejercitante de la acción resarcitoria queda eximido de la carga probatoria de los tales elementos de imputación de la responsabilidad en el seno del proceso. Le basta en este aspecto con probar el carácter *impugnable* del acuerdo fuente de la obligación de resarcimiento, esto es, la existencia de una conducta antijurídica de la sociedad bajo la forma de acuerdo social de la junta general de socios o, en su caso, del consejo de administración. (ii) Por otra parte, resulta que la eventual falta de dolo o de culpa por parte de la sociedad (criterios de imputación que no recaen sobre ella sino sobre los socios o administradores adoptantes de los acuerdos ilícitos) incluso aunque fuera así probada en el seno del proceso, es irrelevante ante el nacimiento de la obligación resarcitoria. Por consiguiente,

el simple acuerdo social ilícito de la junta general de socios o del consejo de administración actúa como fuente exclusiva de la deuda resarcitoria de la sociedad ante el socio ultraminoritario según este particular régimen.

Como argumento explicativo de tal característica del sistema, se trae a colación la comparación entre las respectivas situaciones procesales del socio ordinario que ejercita la acción de impugnación de acuerdos y la del socio ultraminoritario privado de tal facultad que ejercita su pretensión resarcitoria *ex art. 206.1 pf. 2º LSC*. En efecto, si el régimen de la obligación resarcitoria *ex art. 206.1 pf. 2º LSC* obedeciese a los parámetros propios de los regímenes de responsabilidad civil contractual o extracontractual, resultaría entonces que el socio ultraminoritario quedaría claramente en peor situación que el socio legitimado para impugnar los acuerdos sociales. Y ello porque este último solamente tiene la carga de probar que el acuerdo social que impugna es contrario a la Ley, a los estatutos sociales o al interés social para activar el sistema de protección propio y colectivo, la acción de impugnación, dirigido a la desactivación del acuerdo ilícito. Si el régimen dispuesto por el art. 206.1 pf. 2º LSC fuese un régimen ordinario de responsabilidad civil, resultaría entonces que el socio ultraminoritario se vería obligado a probar, además del carácter ilícito del acuerdo, la concurrencia de dolo o culpa de la sociedad o, acaso, de los socios que, con sus votos, han sido los responsables reales de la adopción del acuerdo ilícito. No cabe imputar culpa a la sociedad es improbable ya que, como se ha visto, ésta solamente podría predicarse respecto de los socios que, con sus votos, contribuyen a la adopción de acuerdos ilícitos, de forma que sin tal prueba la sociedad demandada podría quedar exonerada de responsabilidad en base a la falta de concurrencia de tal elemento de imputación. Por su parte, valorar y probar el dolo o la culpa de los socios votantes a favor del acuerdo ilícito significaría exigir un requisito de casi imposible aportación en la mayor parte de los casos. Seguramente por estas razones, primordialmente, la Ley atribuye al socio ultraminoritario la acción directa contra la sociedad, inmune a sus posibles excepciones personales, para obtener el resarcimiento que se le reconoce así como para salvar a éste de los problemas tácticos y procesales que se le plantearían si tuviera que interponer demandas contra todos y cada uno de los socios o administradores que, con sus votos, son los responsables directos y reales de la adopción del acuerdo ilícito.

#### **4.3. Tratamiento del nexo o relación causal entre daño y acuerdo social ilícito**

Si fuere aplicable en este orden el sistema ordinario de la responsabilidad civil, resultaría que el socio ultraminoritario quedaría en una situación procesal inadecuada a su necesidad de protección ya que tendría la carga de probar la existencia del nexo causal entre el daño que recibe y el acuerdo social ilícito, esto es, que el acuerdo social ilícito es la causa del daño recibido cuyo resarcimiento se reclama. Si ello tuviera que ser así, se generarían situaciones incompatibles con la función protectora de la ultraminoría que permite explicar la norma, según antes se ha defendido. Basta para ello pensar en la multiplicidad de posibles situaciones que pueden plantearse al respecto. Piénsese que pueden darse acuerdos ilícitos que, por sí mismos, no sean susceptibles de

producir daño patrimonial alguno ni a sociedad, ni a socios ni a terceros (y, quizá, ni tan siquiera un mínimo daño moral). Es más, cabe afirmar que lo más probable en buena parte de los casos es que un acuerdo social por sí solo no produzca daños, aunque sea ilícito. Normalmente, será la *ejecución* de acuerdos ilícitos el acto que, en su caso, pueda ser la causa de los eventuales daños que puedan sufrir los socios minoritarios (y los no minoritarios y, acaso, la propia sociedad y los terceros) y cabe mantener que existirán diferentes escenarios de intensidad y tratamiento de la relación de causalidad ante simples adopciones de acuerdos ilícitos, de ejecución de acuerdos ilícitos y de los eventuales daños experimentados específicamente por los socios ultraminoritarios (M. VENTORUZZO, 2013, págs. 639-640) ya que éstos participarán de los daños más o menos generales que el acuerdo cause o pueda causar a los socios en general con independencia de cuál sea el porcentaje de participación en el capital social de cada uno. Así, por ejemplo, un acuerdo adoptado con el voto decisivo de un socio ejercitado a pesar de su deber de abstención del voto y cuyo contenido le beneficia particularmente pero que, en cambio, perjudica a la sociedad y a los socios, puede considerarse como causa suficiente y directa del daño causado a todos los demás socios y a la sociedad. En cambio, no es el mismo supuesto el que se plantearía ante el mismo acuerdo ilícito perjudicial para sociedad y socios que se aprueba por la mayoría, con el debido respeto al deber de abstención de voto por parte de los socios obligados al mismo, pero en previa infracción de las reglas de convocatoria de la junta general. El nexo causal quizá puede considerarse como directo y claro en el primer caso mientras que es meramente accidental y, acaso, bastante cuestionable, en el segundo supuesto. La cuestión que se plantea entonces es relativa a si la aplicación del sistema protector de ultraminorías *ex art. 206.1 pf. 2º LSC* ha de ajustarse en cada caso a las polimórficas situaciones de ilicitud de acuerdos que la *praxis* puede alumbrar, como las siguientes, que se aducen sin ánimo de exhaustividad:

- a) situaciones derivadas de la adopción de acuerdos ilícitos pero no dañosos por sí mismos ni tampoco tras o por virtud de su ejecución (piénsese, por ejemplo, en un inocente cambio del domicilio social dentro del mismo término municipal, o en un cambio del modelo de órgano de administración entre los ya previstos por los propios estatutos sociales, pero que son adoptados en infracción del régimen colegial, o piénsese en una mera modificación intrascendente del objeto social que, no obstante, se aprueba sin el respeto a la previa y preceptiva información debida a los socios);
- b) situaciones en las que, razonablemente al menos, se ha de esperar a la ejecución del acuerdo -en principio ilícito- porque sólo así es posible verificar si el mismo produce daños efectivos a la sociedad o a determinados socios (así, por ejemplo, ciertos aumentos de capital cuyo único objeto es dañar a ciertas minorías por virtud del efecto “dilución” del capital tras la ejecución del aumento, o la aprobación de operaciones que, sólo tras su ejecución, se revelan perjudiciales en efecto para la sociedad, sea o no en beneficio de socios o terceros);
- c) situaciones en las que se verifica y observa una clara y directa relación causal entre la causa de la ilicitud del acuerdo y los daños que el mismo pueda producir a sociedad y socios (así, por ejemplo, la aprobación de relaciones jurídicas entre

sociedad y administradores o socios de control por las que éstos resultan beneficiados, la sociedad perjudicada y que se aprueben sin respeto a obligaciones de abstención del ejercicio del derecho de voto, o la creación de acciones privilegiadas en abuso de mayoría y sin respeto a la decisión de los accionistas no receptores de privilegios o degradados en los mismos sin consentimiento de su junta especial) y,

- d) situaciones en las que la causa de la ilicitud del acuerdo no es directa sino meramente tangencial o accidental respecto de los daños producidos por el mismo, si es que tales daños se producen en efecto (así, por ejemplo, un acuerdo de aprobación de cuentas anuales que reflejen en efecto la imagen fiel del patrimonio y la situación financiera de la empresa pero que no han ido acompañadas del informe de auditoría o del informe de gestión cuando ambos son preceptivos, es decir, que la situación real de sociedad y socios no cambiaría en nada si se hubiesen aportado ambos informes junto con las cuentas anuales finalmente aprobadas).

Parece obvio que, dada la diversidad de los diferentes escenarios que, como los expuestos, pueden darse, la relación causal entre acuerdo ilícito y daño causado no debe tener relevancia alguna ante el ejercicio de la acción resarcitoria *ex art. 206.1 pf. 2º LSC*. Ha de bastar la constancia de la ilicitud del acuerdo social como único presupuesto de estimación de la misma sin atender a los polifacéticas situaciones que puedan surgir respecto a la relación de causa-efecto entre acuerdo ilícito y posible daño derivado del mismo.

#### **4.4. Deuda resarcitoria, no sancionadora**

La doctrina italiana ha discutido sobre el carácter resarcitorio o, en su caso, sancionador, de este particular régimen presente en el nuevo art. 206.1 pf. 2º LSC a propósito de su antecedente paralelo presente en el ya referido art. 2377 *Codice civile* (vid., entre otros, R. SACCHI, 2007, págs. 138 ss.). Se trata, sin duda, de una cuestión de interés porque del sentido de la respuesta a la misma pueden derivar consecuencias decisivas sobre su real efectividad en cada caso concreto.

La cuestión tiene también relación directa con el tratamiento que se aplique a la *relación causal* entre el daño sufrido por el perjudicado y la acción u omisión causante del mismo como presupuesto del nacimiento de la obligación resarcitoria; en este caso, la relación entre el daño y el acuerdo social ilícito fuente de la misma. En el régimen ordinario de la responsabilidad civil, es doctrina legal consolidada la necesaria existencia de tal relación causal como determinante del nacimiento de la obligación resarcitoria. Sin embargo, hay casos en los que la existencia de tal relación causal entre daño y hecho causante del mismo es un elemento superfluo (y perturbador) porque el sistema de responsabilidad no persigue una función resarcitoria sino servir de medio de garantía al cumplimiento de una obligación concreta por parte de su obligado. Tal es el caso de la normas que establecen un régimen *sancionador* de responsabilidad -no resarcitorio, por tanto- que se activa por virtud del simple incumplimiento por el eventual responsable de una norma vinculante ya que tales regímenes de

responsabilidad-sanción se establecen en función de dotar de cobertura o reforzar la garantía de cumplimiento de una norma o deber al cual se asocia, destina y regula tal sistema específico de responsabilidad. Es el caso, por poner un ejemplo suficientemente conocido, del régimen especial de responsabilidad de administradores ante el incumplimiento de sus deberes legales de promoción de la disolución de la sociedad presente en el art. 367 LSC. La activación de tal régimen de responsabilidad depende de un solo presupuesto: el incumplimiento de sus obligaciones legales de promoción de la disolución por parte de los administradores. En tales casos, no se requiere, por tanto, la concurrencia de culpa o dolo en el responsable del (supuesto) daño, ni concurrencia de relación de causalidad alguna entre la acción u omisión ilícita con el (supuesto) daño causado (cf. STS de 23 de febrero de 2004, entre muchas; vid. F. SÁNCHEZ CALERO, 2005, págs. 409-410; L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 2010, págs. 768 ss.). Asimismo, cabe observar que el daño sufrido por los perjudicados en estos casos no es un daño directo ni tampoco indirecto sino más, acaso, de orden especulativo. Por ello, la existencia de daño efectivo es también irrelevante en tales regímenes como presupuesto para desatar estos sistemas de responsabilidad-sanción ya que su función es persuasiva, inductora, hacia el cumplimiento de una norma por sus obligados y no, por tanto, de carácter resarcitorio.

Pues bien, en este contexto, es obvio que la acción reconocida a los socios ultraminoritarios por el art. 206.1 pf. 2º LSC no tiene naturaleza sancionadora que procedería ante la infracción consistente en adoptar acuerdos ilícitos. No es un sistema destinado a sancionar a la sociedad a consecuencia de los mismos ni es un sistema suficiente o efectivo como para inducir a los socios (o consejeros) a no adoptar tal clase de acuerdos. También desde esta perspectiva se revela clara su función compensatoria a favor de los socios ultraminoritarios. Por otra parte, se ha de considerar, como aspecto en tal sentido, la imposibilidad de imputación a la sociedad -deudora ante el socio- de la infracción consistente en la adopción por sus socios de acuerdos ilícitos, así como en el derecho que se ha de reconocer a la misma de repetir contra los responsables directos de la adopción de tales acuerdos. En efecto, si se tratase de un sistema-sanción, la responsabilidad debería recaer solamente sobre el infractor o infractores reales sin que, además, los tales dispusiesen de acción de repetición sobre nadie respecto de las consecuencias de la sanción soportada.

#### **4.5. Tratamiento del daño. Sistema de daño mínimo objetivo sin perjuicio de eventuales daños adicionales**

En el ámbito de la responsabilidad civil ordinaria, el elemento *daño* es esencial para el nacimiento de la obligación de resarcir. Sin daño no hay deuda de responsabilidad, incluso si existe comportamiento antijurídico imputable al actor. Sin daño no hay perjudicado y sin perjudicado no hay nada que resarcir. Es un principio propio del carácter resarcitorio inherente a la responsabilidad civil. Si ello fuere aplicable tal cual al régimen resarcitorio objeto de este estudio, se habría entonces de admitir que el socio ultraminoritario ejercitante de la acción *ex art. 206.1 pf. 2º LSC* debería probar necesariamente el daño recibido a causa del acuerdo ilícito ya que el *petitum* de tal

acción exigiría su probada existencia pues se trataría de obtener la condena a su indemnización. Obsérvese que en tal dirección se inclina la literalidad del precepto, el cual se refiere claramente *al resarcimiento del daño que les haya ocasionado el acuerdo impugnado* al regular el contenido del derecho que se atribuye. El mismo sentido parece imbuir el Estudio de la Comisión de Expertos: "Con todo, debe señalarse que los accionistas que queden debajo de ese umbral [1 por cien y 0,1 por cien] no quedan indefensos, ya que en todo caso se les reconoce el derecho de proceder contra la sociedad *reclamando la indemnización de los daños y perjuicios que les haya ocasionado el acuerdo impugnado*" (quizá debería decir "impugnado").

No parece, sin embargo, que esta haya de ser la posición adecuada si la norma se interpreta de acuerdo con su sentido y finalidad, cual es el de ofrecer a los socios ultraminoritarios un sistema protector-compensatorio ante la obligación (indirecta) de soportar acuerdos sociales ilícitos que se les impone. Como ha sido avanzado, no todo acuerdo social ilícito produce daños necesariamente y hasta es posible afirmar que una parte muy considerable de ellos no los produzcan *per se*. Puede haber acuerdos ilícitos inocuos y acuerdos ilícitos cuyos eventuales daños derivados de los mismos sean de difícil prueba y evaluación o que los mismos se produzcan tras el transcurso de períodos de tiempo más bien amplios contados desde la fecha de adopción del acuerdo social ilícito del que traigan causa. Puede incluso haber acuerdos ilícitos que inicialmente no produzcan daños y que sí los produzcan en un futuro próximo o lejano, después incluso de haber caducado las acciones dirigidas a su anulación. Pues bien, hacer recaer las *a priori* inciertas consecuencias jurídicas de este polifacético panorama sobre el socio ultraminoritario privado de entrada de la facultad de impugnar no parece lo más equilibrado y adecuado para atender a su justa necesidad de protección una vez queda desprovisto de acción de impugnación.

Por virtud de tales consideraciones, es adecuado defender que el derecho de compensación a favor de los socios ultraminoritarios ejercitantes de la acción *ex art. 206.1 pf. 2º LSC* exige entender que la Ley configura en este aspecto un daño *típico y mínimo en cualquier caso* de adopción de acuerdo impugnado. Este daño típico y mínimo es el derivado de la obligación de tener que soportar un acuerdo social ilícito con independencia de que tal acuerdo produzca o pueda producir daños reales y efectivos a sociedad, socios o terceros. Este es el daño típico: la obligación de soportar un acuerdo ilícito. Se trata de una suerte de daño moral prefigurado cuya producción no requiere actividad probatoria alguna por parte del socio que pretende obtener la compensación. Por tanto, se presume existente *iuris et de iure*. El socio ultraminoritario no tiene derecho de obtener la anulación de acuerdos ilícitos. Debe, por tanto, soportarlos. Entonces, la fórmula de compensación-protección que el Derecho le reconoce ante ello es el derecho al pago de un resarcimiento mínimo cuyo fundamento último quizá resida en el daño moral que supone tener que estar y pasar por un acto ilícito. Por consiguiente, para tener derecho a una indemnización mínima o básica, basta con que el socio pruebe la ilicitud del acuerdo base o causa de tal suerte de daño moral típico y mínimo. Cabe observar también que esta óptica interpretativa desplaza, por irrelevante, cualquier discusión en torno al carácter directo o indirecto de este supuesto

de daño típico y mínimo en función de reconocer al socio ultraminoritario su derecho de compensación o resarcimiento (vid. R. SACCHI, 2007, págs. 151 ss.).

La prefiguración de este daño típico, mínimo y objetivo no excluye el derecho del socio ultraminoritario de obtener la indemnización de aquellos otros daños *adicionales* cuya producción efectiva y real pueda probar en el seno del proceso. En este orden, se ha planteado el problema de si el socio ultraminoritario tendría derecho al resarcimiento no sólo de los daños *directos*, entendidos como los recibidos en su patrimonio personal como efecto del acuerdo ilícito, sino también de los daños *indirectos*, entendiendo por tales los daños derivados de los previamente recibidos por el patrimonio social que se reflejan en el patrimonio del socio, normalmente en forma de disminución del valor razonable de sus acciones o participaciones sociales.

A este respecto se ha de compartir la opinión que defiende también en este aspecto la irrelevancia del carácter directo o indirecto de este daño *adicional* ante el reconocimiento del derecho del socio ultraminoritario a obtener su resarcimiento. Se justifica tal opción por virtud de la necesaria equivalencia que debe existir entre las respectivas posiciones de los socios ordinarios y la de los ultraminoritarios ante la adopción de acuerdos impugnables. En efecto, el socio ordinario dispone de la facultad de impugnar los acuerdos sociales con independencia de cual sea la causa de su ineficacia y de cuales sean los sectores de intereses eventualmente perjudicados por el tal acuerdo y con independencia de que los eventuales daños producidos por los acuerdos ilícitos sean de orden directo o indirecto. Por ello, debe reconocerse la aplicación a favor del socio ultraminoritario del principio de paridad de trato en este aspecto (cf. art. 97 LSC), lo que conduce a afirmar el derecho de éste de obtener el resarcimiento del daño adicional soportado al que tenga derecho con independencia de su carácter directo o indirecto (R. SACCHI, 2007, págs. 154 ss.; M. VENTORUZZO, 2013, pág. 655).

## 5. PROBLEMAS DE LEGITIMACIÓN ACTIVA

### 5.1. Adquisición y mantenimiento de la legitimación activa

Del art. 206.1 pf. 2º LSC se deriva que el especial derecho de resarcimiento que regula se reconoce a favor de los *socios ultraminoritarios*. Estos se definen por virtud de la concurrencia en ellos de dos condiciones de orden circunstancial: (i) haber obtenido la condición de socio *antes de la adopción del acuerdo* impugnable base de la pretensión resarcitoria; y (ii) ser titulares de un porcentaje de participación en el capital social *inferior* al uno por ciento del mismo en el caso de sociedades ordinarias e *inferior* al uno por mil en el caso de la sociedad anónima cotizada (cf. art. 465.2 LSC para esta última); aunque no se disponga expresamente, se ha de entender que esta segunda condición debe ser reunida por el socio también al tiempo de la adopción del acuerdo impugnable ya que otra composición sería susceptible de propiciar negocios traslativos (sean para adquirir o bien para transmitir) de acciones o participaciones sociales con el simple propósito de obtener la legitimación necesaria para el ejercicio de una de las dos

acciones de tutela posibles, la de impugnación o la resarcitoria según interesase en cada caso.

El temario relativo al régimen legal de adquisición de la condición de socio y los presupuestos legales precisos para obtener la legitimación necesaria para el ejercicio de los derechos propios de tal posición jurídica en los diferentes supuestos y formas de sociedad de capital, debe quedar remitido al no ser objeto del tema propio de estas páginas (sobre ello, entre otros, A. VEIGA COPO, 2014, págs. 240 ss., A. PERDICES HUETOS, 2011, págs. 866 ss., A. DÍAZ MORENO, 2011, págs. 942 ss). No obstante, se ha de advertir que la falta de cumplimentación de los registros en los libros de acciones nominativas, de socios o de anotaciones en cuenta, no obsta la legitimación activa para el ejercicio de acciones de impugnación y que, por tanto, tampoco debe ser óbice para el ejercicio de la acción resarcitoria que asiste al socio ultraminoritario (vid. F. SÁNCHEZ CALERO, 2007, págs. 402-403, con cita de jurisprudencia en tal sentido; A. ROJO, 2011, págs. 1455-1456, advierte la oportunidad de, en su caso, acumular la acción de impugnación y la acción de inscripción en el registro de que se trate puesto que tales inscripciones tienen carácter declarativo de la obtención de la posición de socio).

En cuanto al entendimiento de la circunstancia "antes de la adopción del acuerdo" podrían caber dos líneas interpretativas. La línea atinente a la literalidad del precepto es clara. Se habría de atender a la fecha de celebración de la junta general o del consejo de administración en los que haya tenido lugar la adopción del acuerdo ilícito ya que los acuerdos sociales son vinculantes desde que son adoptados en la correspondiente sesión (cf. art. 159.2 LSC). Nótese que el art. 206.1 pf. 1º LSC sale al paso de la STS de 18 de junio de 2012 en la que el TS interpretaba el anterior art. 203 LSC (que reconocía legitimación activa para la impugnación de acuerdos nulos a favor de *todos* los socios) de forma extraordinariamente amplia al reconocer legitimación activa para impugnar incluso a los socios que carecían de tal condición al tiempo de la adopción del acuerdo impugnado, es decir, incluso a los que adquirieron la condición de socio *después* de ser adoptados los acuerdos cuya impugnación propugnaban.

Podría ensayarse otra línea atinente no a la fecha de la sesión de la junta o del consejo sino al régimen de caducidad de las acciones de impugnación. Este régimen distingue, como es sabido, entre acuerdos inscribibles y no inscribibles en función del establecimiento del *dies a quo* del plazo de caducidad de la acción de impugnación. Esta última línea ofrecería, acaso, la ventaja de que permitiría ampliar el círculo de eventuales legitimados activos respecto de los acuerdos inscribibles (la obtendrían quienes adquiriesen la condición de socio tras la adopción del acuerdo pero antes de que se produzca su eventual inscripción) al tiempo que ello podría proporcionar mayores posibilidades de difusión y conocimiento del hecho de la adopción del acuerdo ilícito en cuestión. No obstante, parece preferible la primera de las opciones ya que ofrece mayor claridad y seguridad jurídica que la segunda. Conviene anotar que a quienes tengan el propósito de ejercitar la acción resarcitoria les puede interesar conocer el sentido de la calificación registral del acuerdo eventualmente ilícito sometido al principio de inscripción registral obligatoria ya que de la misma pueden derivarse razones que confirmen el ejercicio de la acción o bien contribuyan a desistir del propósito.

Otra cuestión es la relativa a la circunstancia de tiempo en o durante la que se ha de ser titular de los porcentajes de capital que definen la condición de socio ultraminoritario en relación con el tiempo de interposición de la acción resarcitoria. Esto es, si basta con ser tal al tiempo de adopción del acuerdo supuestamente ilícito o si, además de ello, se ha de continuar siendo socio ultraminoritario también al tiempo de interposición de la acción resarcitoria y también se ha de aclarar si, una vez interpuesta la misma, es exigible al actor la continuidad como socio (ultraminoritario o, en su caso, como socio ordinario) hasta la finalización del proceso. La cuestión tiene también interés porque, al no regularse plazos específicos de prescripción ni de caducidad de la acción resarcitoria (el art. 205 LSC, regulador de los plazos de caducidad, no es aplicable a la acción resarcitoria ya que tal precepto deja suficientemente claro que su ámbito de aplicación se circunscribe a las acciones de impugnación), se ha de considerar que este plazo es de prescripción y que, salvo mejor opinión, debe ser el general de quince años ya que la raíz de este especial sistema de resarcimiento es de orden *contractual* puesto que tiene su fuente en la relación jurídica que liga al socio con la sociedad de capital.

Pues bien, parecen claros dos requisitos que no admiten interpretación: (i) que es inexcusable ser *socio* (no ya ultraminoritario necesariamente) al tiempo de *interponer* la acción resarcitoria y (ii) que la condición de socio *ultraminoritario* debe haber sido obtenida *antes* de que haya tenido lugar la adopción del acuerdo eventualmente ilícito (con ello se pretende, según ha sido avanzado, evitar el nacimiento de legitimaciones puramente artificiales respecto de las que se presumen objetivos espurios como, por ejemplo, el simple propósito de obtener la legitimación para interponer esta precisa acción).

No es necesario, por tanto, continuar siendo socio *ultraminoritario* hasta la terminación del proceso una vez interpuesta la acción resarcitoria. La posición relativa de éste en el capital social puede variar libremente y sin límite alguno a lo largo del proceso. Resta, pues, aclarar si el socio ultraminoritario que, en efecto, ha interpuesto la acción resarcitoria, ha de conservar su condición de *socio* hasta la terminación del proceso, aunque sea mediante la titularidad de una sola acción o participación social. Al respecto se ha de señalar que la cuestión no puede ser resuelta a la luz de las conclusiones sobre este mismo temario en materia de acción de impugnación de acuerdos. En esta sede, se juzga oportuno, con razón, la exigencia al actor de la obligación de mantener la condición de socio hasta la terminación del proceso ya que su pérdida supone la correlativa pérdida del interés legítimo preciso al efecto (F. SÁNCHEZ CALERO, 2007, cit., pág. 403, con cita de la STS de 27 de junio de 1988). En cambio, la acción resarcitoria no tiene por objeto obtener la declaración de nulidad de un acuerdo social sino que va dirigida a obtener el pago de una compensación en dinero a favor del socio ejercitante. Se trata, por tanto, de un proceso dirigido a que se declare la existencia de un *derecho de crédito* cuyo contenido es la entrega por el deudor de una suma de dinero a favor de su acreedor. Ello es determinante para resolver la cuestión ya que el interés legítimo respecto de tal clase de pretensión no decae por el hecho de que el socio instante deje de serlo constante el proceso. El socio ejercitante ya

ha sufrido el daño y, por tanto, es ya acreedor al pago de la compensación. Con el proceso persigue que ello sea así judicialmente declarado y que la sociedad sea condenada al pago. Mantiene, por tanto, su interés legítimo con independencia de que deje de ser socio antes de la terminación del proceso por lo que la pérdida de tal condición es irrelevante para la consecución del proceso hasta su terminación sin pérdida por el demandante de su legitimación activa. Del mismo modo, ya que se trata de que se declare la existencia de un derecho personal o de crédito, el socio demandante puede perfectamente ceder a cualquiera su eventual crédito litigioso constante el proceso según dispone el art. 17 LEC. Por las mismas razones, como se ha indicado, son irrelevantes al efecto las eventuales variaciones durante el proceso del porcentaje de capital bajo la titularidad del socio ultraminoritario tras la interposición de la acción resarcitoria. Su porcentaje de participación puede variar a lo largo del proceso y puede exceder el porcentaje límite excluyente de la acción resarcitoria sin que ello afecte al proceso ya entablado y en curso.

## **5.2. Modificación estatutaria de la condición de socio ultraminoritario**

La norma admite que los porcentajes máximos de capital (uno por cien y uno por mil) que actúan como excluyentes de la legitimación activa precisa para interponer la acción de impugnación de acuerdos sociales sean *reducidos* mediante disposición *estatutaria*. En este orden, parece que se ha de admitir que los estatutos sociales pueden incluso llegar hasta *eliminar* la misma acción resarcitoria mediante la extensión del derecho de impugnación de acuerdos sociales a favor de *todos* los socios, esto es, disponiendo la suficiencia al efecto de quien acredite la titularidad de una sola acción o participación social, aunque fueren sin voto.

## **5.3. El derecho de resarcimiento como derecho individual del socio ultraminoritario, sin perjuicio de la agrupación entre socios ultraminoritarios al efecto de obtener los porcentajes de capital precisos para poder ejercitar la acción de impugnación**

Un aspecto de interés del régimen de la acción resarcitoria propia de la situación del socio ultraminoritario es la relativa a su calificación como derecho individual a favor del mismo o si, por el contrario, su ejercicio ha de quedar supeditado al presupuesto de que su ejercicio no sea instado por socios que, en conjunto, superen los límites legal o, en su caso, estatutario, establecidos como delimitadores de la condición de socio ultraminoritario a estos efectos. En otras palabras, se trata de aclarar si asiste a la sociedad una excepción de conversión de la acción resarcitoria en ordinaria acción de impugnación de acuerdos sociales en aquellos supuestos en los que tenga lugar el ejercicio de sus acciones resarcitorias por parte de diferentes socios ultraminoritarios, cada uno de forma aislada (o también conjunta), cuando los diversos ejercitantes (organizados o no al efecto) exceden en conjunto los porcentajes de capital máximos al efecto, es decir, los ejercitantes superan, en conjunto, el porcentaje el uno por cien del capital si se trata de una sociedad ordinaria o el del uno por mil si se trata de una

sociedad cotizada (o, en su caso, exceden los porcentajes menores que puedan haber establecido los estatutos sociales). Tratamos de excepción de "conversión de la acción resarcitoria en acción de impugnación" porque, si tal excepción se admitiera, la sociedad podría optar a transformar la pretensión inicialmente resarcitoria en pretensión simplemente impugnatoria en el bien entendido de que las dificultades procesales al efecto parecen considerables a falta de previsión legal específica.

Entendemos que la cuestión se ha de resolver en sentido negativo. La sociedad no dispone de tal excepción. O, considerado desde la faceta del socio ultraminoritario, se ha de entender que el derecho de resarcimiento se atribuye con carácter de *derecho individual* a favor de todo socio que, *individualmente* considerado, no alcance por sí mismo los porcentajes de capital precisos para obtener la legitimación necesaria para el ejercicio de la acción de impugnación. Tampoco debe alterar esta opción la causa genérica de la eventual ilicitud del acuerdo social, esto es, si se trata de un acuerdo contrario a la Ley, a los estatutos sociales (o reglamentos de junta general de socios o de consejo de administración) o al interés social, en el sentido de la influencia de tales grupos de causas de eventual ilicitud de acuerdos sociales sobre los condicionamientos a la legitimación activa según se trate de socios ausentes, disidentes, o privados ilegítimamente de su derecho de voto.

A favor de esta opción negatoria se inclina, en primer lugar, (i) la clara literalidad del precepto, del cual se deriva que tal derecho de resarcimiento se reconoce a favor de *todos y cada uno* de los socios ultraminoritarios. El precepto dispone que "*en todo caso, los socios que no los alcancen tendrán derecho* al resarcimiento del daño que les haya ocasionado el acuerdo impugnado". (ii) En segundo lugar, se ha de considerar que, si bien el daño típico y mínimo es común a todos los ultraminoritarios (el daño objetivo que supone el deber de soportar un acuerdo ilícito), en cambio, los eventuales daños *adicionales* que puedan derivar del acuerdo impugnado pueden ser distintos para cada uno en función de la posición o, acaso, de los intereses particulares de cada uno de ellos, aspecto este que puede ser polifacético. (iii) En tercer lugar, se ha de considerar que las causas de impugnación del acuerdo pueden no ser las mismas para cada socio ultraminoritario ejercitante de la acción resarcitoria (por ejemplo, uno puede haber sido lesionado en su derecho de información mientras que otro ha tenido problemas con la convocatoria o con el ejercicio de su derecho de voto) aspecto este que podría ser impeditivo de una posible acumulación de diferentes procesos. (iv) En cuarto lugar, de admitirse la exclusión automática del derecho de resarcimiento cuando los ejercitantes de la correspondiente acción superen, en conjunto, los porcentajes de capital máximos establecidos, resultaría que tal derecho de resarcimiento podría quedar fácilmente enervado por virtud de actuaciones inversas idóneas a tal efecto por parte de los socios de control o, simplemente, por parte de los grupos no interesados en que prosperen las acciones de resarcimiento, es decir, tal derecho quedaría al socaire de los grupos de socios mayoritarios más o menos organizados (por ejemplo, mediante la creación artificial de un grupo de ultraminoritarios bajo control de los socios de control cuyo objetivo fuera el de acompañar a los ultraminoritarios reales en el ejercicio de sus acciones resarcitorias con el objeto de exceder los porcentajes máximos y así enervar tales acciones y convertirlas en acción de impugnación). (v) Por último, en apoyo de

esta opción, se ha de considerar que los ultraminoritarios pueden interponer sus acciones de resarcimiento en el tiempo que interese a cada uno; es decir, no han de actuar necesariamente al unísono ni concertarse a tal efecto. Es posible pensar que algunos esperasen para decidir sobre su interposición hasta conocer el resultado que hayan obtenido quienes hayan podido precederles teniendo acaso la precaución de realizar los actos de interrupción de la prescripción de la acción idóneos a tal efecto; y tampoco existe objeción a que un grupo de ultraminoritarios se concierte en función de que uno de ellos ejercite la acción de resarcimiento con carácter simplemente *experimental*, de forma que, una vez comprobadas las posibilidades de éxito de la misma, la acción sea o no interpuesta por los restantes de los concertados en función del resultado obtenido por parte del pionero.

## **6. RELACIONES ENTRE ACCIÓN DE RESARCIMIENTO Y ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN. INCIDENCIA DE LA REVOCACIÓN Y SUSTITUCIÓN DE ACUERDOS SOCIALES**

### **6.1. El enjuiciamiento del carácter impugnabile del acuerdo ha de realizarse con arreglo a los parámetros generales**

La reforma operada en la LSC por la Ley 31/2014 ha incidido en aspectos relevantes del régimen sustantivo de la impugnación de acuerdos sociales. Entre sus nuevas líneas destaca la tendencia, explicitada en el art. 204.3 LSC y ya avanzada antes por la Jurisprudencia, hacia la protección de la eficacia del acuerdo social incluso cuando se constate que en su adopción han sido infringidas normas imperativas en los casos en los que tales infracciones, por su levedad o bien por su intrascendencia, no pueden considerarse lesivas en efecto de los intereses en presencia dada su escasa significancia o bien su falta de entidad para afectar negativamente a los derechos de los socios actores o a la posición de la sociedad. Pues bien, tales excepciones a la pretensión de ineficacia de un acuerdo social son también oponibles por la sociedad ante la pretensión resarcitoria del socio ultraminoritario a fin de destruir el necesario presupuesto de éxito de la acción resarcitoria: que la misma se base en la adopción de un acuerdo ilícito o impugnabile. En el caso de que la acción resarcitoria se base en tales causas o motivos de impugnación de entidad insuficiente porque, aunque constitutivos de infracciones, carecen de la necesaria gravedad o entidad para determinar la ineficacia del acuerdo social de que se trate, la pretensión resarcitoria debe ser desestimada. Porque incurre en la falta de uno de sus presupuestos básicos: la existencia de un acuerdo realmente *impugnabile*. En definitiva, si el acuerdo es válido y eficaz porque no cabe su anulación, con mayor razón no debe proceder resarcimiento de daño alguno sobre tal base (M. VENTORUZZO, 2013, págs. 647-648).

## 6.2. Concurrencia entre acción de impugnación y acciones resarcitorias

Las acciones resarcitorias pueden coincidir en el tiempo con el ejercicio de acciones de impugnación sobre el mismo acuerdo sobre el que se basen las primeras. Esto no debe suponer problema de fondo alguno. No obstante, en los casos de concurrencia en el tiempo de ambas acciones, puede parecer adecuada la suspensión de los procedimientos relativos a las acciones resarcitorias por litispendencia hasta la terminación del proceso de impugnación ya que el sentido de la resolución de éste (estimación o no de la impugnación) tiene manifiesta incidencia sobre aquéllos. Es cierto que existe el riesgo de que se interpongan acciones de impugnación con el simple propósito de retrasar o entorpecer la resolución de las acciones resarcitorias hasta tanto haya sentencia firme sobre las primeras. Pero es un riesgo no evitable para los ultraminoritarios. Quizá estos podrían esperar al vencimiento de los plazos de caducidad de las acciones de impugnación antes de interponer sus acciones resarcitorias -cuyo plazo de prescripción es el general- a fin de paliar tal posible riesgo.

## 6.3. Acción resarcitoria y revocación y sustitución de acuerdos sociales

La LSC (art. 204.2) dispone la improcedencia de la acción de impugnación de un acuerdo social en los casos en los que haya tenido lugar su revocación ("haya sido dejado sin efecto") o bien si el mismo, en principio ilícito, ha sido sustituido por otro acuerdo válidamente adoptado (sobre este temario vid. F. SÁNCHEZ CALERO, 2007, págs. 377 ss.). Tras la Ley 31/2014, el nuevo art. 204.2 dispone en este aspecto:

2. No será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro adoptado *antes* de que se hubiera interpuesto la demanda de impugnación. Si la revocación o sustitución hubiera tenido lugar *después* de la interposición, el juez dictará auto de terminación del procedimiento por desaparición sobrevenida del objeto.

*Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio del derecho del que impugne a instar la eliminación de los efectos o la reparación de los daños que el acuerdo le hubiera ocasionado mientras estuvo en vigor.*

Tras la reforma según Ley 31/2014, acuerdos revocatorios y sustitutorios pueden ser adoptados y producir sus efectos tanto *antes como después* de ser interpuestas demandas de impugnación contra los acuerdos objeto de revocación o de sustitución. Tales circunstancias de tiempo (antes o después de la interposición de acciones de impugnación) inciden sobre la posición de los afectados por los acuerdos revocados o sustituidos. Pues bien, este régimen debe reputarse plenamente trasladable al ámbito de la acción resarcitoria reconocida a los socios ultraminoritarios. Del mismo modo que las acciones de impugnación decaen por virtud de acuerdos revocatorios y sustitutorios de los acuerdos ineficaces adoptados *antes* de la interposición de la demanda, también debe decaer la acción resarcitoria de los ultraminoritarios. Con el acuerdo revocatorio o sustitutorio desaparece también el presupuesto inexcusable para la estimación de la acción resarcitoria cual es la existencia de un acuerdo impugnado. Desaparecido el

acuerdo ilícito desaparece con él el daño y la consiguiente base de la acción resarcitoria del mismo.

Si el acuerdo revocatorio o sustitutorio es adoptado *después* de interpuesta alguna acción resarcitoria, el tratamiento difiere sólo en un aspecto. La norma transcrita elimina el efecto propio del principio *perpetuatio iusisdictionis* ya que el juez debe dictar auto de terminación del proceso por desaparición del objeto de la *litis*. Sin embargo, en este caso se reconoce a favor del impugnante el derecho de instar la eliminación de los efectos del acuerdo extinguido y a la "*reparación de los daños que el acuerdo le hubiera ocasionado mientras estuvo en vigor*." Esta última proposición es la que afecta a nuestro tema. El socio ultraminoritario no dispone de acción dirigida a la eliminación de los efectos del acuerdo ilícito mientras el mismo estuvo en vigor, pero sí sigue disponiendo de la acción resarcitoria referida cuyo contenido es el derecho de obtener la reparación de los daños que el acuerdo le haya podido causar durante tal mismo lapso de tiempo. Sin embargo, del cómputo de tales daños se ha de excluir el daño moral mínimo consistente en el causado a consecuencia de la obligación de soportar un acuerdo ilícito, al menos con carácter general ya que cabe la hipótesis de daño moral derivado de un tiempo prolongado de innecesaria aplicación del acuerdo no obstante su ilicitud. En cuanto a los daños que calificamos como *adicionales*, parece claro que la sociedad vendrá obligada a resarcir, al menos, los gastos procesales y extraprocesales en los que el socio haya podido incurrir en función de interponer la acción resarcitoria cuyo proceso, a diferencia del caso de las acciones de impugnación contra acuerdos sustituidos o revocados, sí debe continuar hasta su terminación por sentencia, allanamiento, desistimiento o transacción.

## **7. OTROS MEDIOS DE TUTELA DEL SOCIO ULTRAMINORITARIO Y TUTELA DE LA SOCIEDAD CONDENADA A RESARCIR**

(i) El especial sistema de tutela del socio ultraminoritario cuyos aspectos más destacables acaban de ser expuestos, no excluye la virtualidad de otras medidas protectoras de sus intereses que pueden asistir a éste, así como a favor de otros perjudicados (socios minoritarios ordinarios y terceros). Puede ser adecuado apuntar ahora las dos siguientes (cf. A. ROJO, 2011, págs. 1436-1437): a) la acción de responsabilidad civil contra los socios mayoritarios que, conscientes de la ilicitud, hubiesen emitido su voto favorable a una propuesta de acuerdo contraria a la Ley, a los estatutos sociales o al interés social ya que a tales socios de control incumbe el respeto al deber general de buena fe en el ejercicio de sus derechos de control (puede ser la sociedad dominante en el caso de grupo de sociedades); b) la acción de responsabilidad civil contra los administradores cuando la ejecución por parte de éstos de acuerdos ilícitos sea la causa de los daños directos causados a los socios. Obviamente, al tratarse de acciones de responsabilidad civil, no son aplicables a las mismas las especialidades expuestas en materia de nacimiento de la obligación resarcitoria, tratamiento del daño y la relación causal propios de la acción resarcitoria a favor del socio ultraminoritario.

(ii) La sociedad condenada al resarcimiento por virtud del éxito de la acción *ex art.* 206.1 pf. 2º LSC incurre en un supuesto de deuda sin responsabilidad. Es declarada legalmente deudora de una prestación que no le es imputable y de la que no es responsable ya que la tal responsabilidad sólo es imputable a los socios de control que, con su voto, han contribuido a la formación del acuerdo ilícito y, en su caso, a los administradores que lo hayan ejecutado indebidamente. Se trata de un recurso legal protector de la posición del socio ultraminoritario. Se reconoce a favor de éste una acción directa contra la sociedad ya que de otro modo podría tropezar con dificultades insalvables para identificar, demandar y obtener una condena contra los responsables directos de la adopción del acuerdo ilícito. Por consiguiente, debe reconocerse a la sociedad acción de repetición contra los responsables reales de este daño que se causa al patrimonio social (M. VENTORUZZO, 2013, págs. 666-667). Otra cuestión, en la que no podemos entrar aquí, es la relativa a las dificultades de diferente orden que hayan de superar los interesados en la interposición de tal acción de repetición en favor de la sociedad los cuales pueden tropezar, ya de entrada, con insalvables problemas de legitimación activa. Se debería valorar la regulación de una suerte de acción social de responsabilidad contra los socios de control bajo la inspiración de los criterios que rigen la acción social de responsabilidad contra los administradores, si bien bajo los mismos pesimistas augurios que tal clase de acción reporta a favor de los socios minoritarios. Es cierto que pudiera proceder la general *actio pro socio* ejercitable por cualquier socio en interés de la sociedad. Sin embargo, no son pocas las incertidumbres que ello plantea y cuyo estudio se halla al margen de estas páginas.

## BIBLIOGRAFÍA

- F. D' ALESSANDRO, "La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori", en AA.VV., *Le grandi opzioni della riforma, del diritto e del processo societario*, Padova, 2004.
- A. DÍAZ MORENO, "Artículo 116", en A. ROJO/ E. BELTRÁN (dirs.), *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, tomo I, Navarra, 2011.
- L.M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derechos fundamentales*, 3ª ed., Navarra, 2008.
- L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de sociedades*, tomo I, Valencia, 2010.
- J. GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952.
- J. GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, tomo I, Madrid, 1976.
- P. MARCHETTI/ A. PICCIAU, "Art. 2379-ter", en AA.VV. *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2008.
- A. PERDICES HUETOS, "Artículo 104" y "Artículo 105", en A. ROJO/ E. BELTRÁN (dirs.), *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, tomo I, Navarra, 2011.
- G.B. PORTALE, "L'invalidità delle delibere assembleari: tra tutela demolitoria e tutela risarcitoria", en AA.VV., *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, Milano, 2007.

- A. ROJO, "Artículo 205", en A. ROJO/ E. BELTRÁN (dirs.), *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, tomo I, Navarra, 2011.
- R. SACCHI, "Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza", en AA.VV., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum G.F. Campobasso*, Torino, 2007.
- F. SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital*, Navarra, 2005.
- F. SÁNCHEZ CALERO, *La junta general en las sociedades de capital*, Navarra, 2007.
- A. VEIGA COPO *et altri*, *Estudios jurídicos sobre la acción*, Navarra, 2014.
- M. VENTORUZZO, "Il risarcimento del danno da deliberazione assembleare invalida a favore dei soci di minoranza non legittimati a impugnare", *Rivista delle Società*, 2013.