



Universidad
Zaragoza



Trabajo de Fin de Máster

Dictamen que emite D. Alberto Bona Equiza

Con objeto de analizar la viabilidad jurídica de un
incidente de previo pronunciamiento en
impugnación de acuerdos sociales

Director

Alberto José Lafuente Torralba

Facultad de Derecho y Real e Ilustre Colegios de
Abogados de Zaragoza

2021-2022

ÍNDICE

I.	ANTECEDENTES DE HECHO.....	7
II.	CUESTIONES JURÍDICAS QUE SE PLANTEAN.....	11
III.	NORMATIVA APLICABLE.....	11
IV.	FUNDAMENTOS JURÍDICOS.....	11
	1. EL DERECHO Y EL DEBER DE INFORMACIÓN DE LOS SOCIOS DE LAS SOCIEDADES LIMITADAS.....	11
	1.1 Contenido del derecho de información.....	13
	1.2 Tutela del derecho de información: referencia a la impugnación de acuerdos sociales.....	14
	2. LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES.....	16
	2.1 Acuerdos impugnables.....	17
	2.2 Acuerdos no impugnables.....	17
	2.3 Legitimación activa.....	18
	A. Los socios.....	19
	B. Los administradores.....	21
	C. Los terceros con un interés legítimo.....	22
	2.4 Legitimación pasiva.....	23
	A. La sociedad.....	23
	B. Adhesión del socio que votó a favor.....	25
	3. EL INCIDENTE DE PREVIO PRONUNCIAMIENTO.....	26
	3.1 El incidente de previo pronunciamiento en demanda de impugnación de acuerdos sociales.....	27
	A. Legitimación.....	27
	B. Requisitos y momento procesal.....	28
	C. Efectos de su resolución.....	30
V.	CONCLUSIONES.....	31
VI.	BIBLIOGRAFÍA.....	34

ABREVIATURAS

- Art. (Arts.) → Artículo(s).
- ATS → Auto del Tribunal Supremo.
- BORME → Boletín Oficial del Registro Mercantil.
- CE → Constitución Española.
- LEC → Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- LSC → Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- SAP → Sentencia de la Audiencia Provincial.
- SJMer → Sentencia del Juzgado de lo Mercantil.
- STS (SSTS) → Sentencia del Tribunal Supremo (Sentencias del Tribunal Supremo).
- TS → Tribunal Supremo.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

La sociedad mercantil objeto del trabajo es una Sociedad Limitada estrictamente familiar, constituida en los años 80 por cuatro hermanos, formando el capital social actualmente:

- a) Un 30% el único socio fundador sobreviviente al que llamaremos Antonio.
- b) Un 30% el hijo de uno de los socios fundadores, al que llamaremos Borja.
- c) Un 30% la viuda de otro de los socios fundadores, a la que llamaremos Carmen.
- d) Un 10% la viuda del cuarto socio fundador a la que llamaremos Daniela, por haber adquirido el 25% de las participaciones mediante adjudicación en escritura de noviembre 2010 de liquidación de sociedad consorcial, y cedido el 15% en escritura de 2015 a sus cuñados y sobrino políticos.

La Administración de la sociedad corresponde a tres administradores mancomunados desde el año 2009 siendo Antonio, Borja y el hijo de Carmen (al que llamaremos Carlos). Nunca se ha realizado una gestión social formal o rigurosa de la documentación, dado que los socios iniciales eran cuatro hermanos, y posteriormente, al ir falleciendo, sus respectivos herederos. El esposo fallecido de Daniela quien ostenta el 10% de las participaciones, fue administrador hasta 2009, y jamás se realizó otra cosa que Juntas en reuniones familiares, no constando en más de 30 años una sola convocatoria formal -en periódico o BORME- en ningún ejercicio.

Su designación y aceptación para el cargo que ostentan, por tiempo indefinido, resulta de la escritura otorgada en Zaragoza el día 6 de julio de 2009, ante el notario. Hasta entonces (2009) eran cuatro administradores solidarios, los cuatro hermanos socios fundadores, incluido el esposo de Daniela.

A lo largo de toda la vida de esta familia, ha ido prestándose dinero, pagando deudas el uno de los otros, o los otros de uno, haciendo negocios conjuntamente, o participando en sociedades de forma igualitaria o desigual. Tras una serie de vicisitudes, la crisis de 2008-2010 y otras causas, y siendo tanto Daniela como su marido grandes deudores con sus cuñados y hermanos respectivamente, por contrato privado de fecha 30 de junio de 2010 firmado por la totalidad de socios -hermanos y tíos/sobrinos- de la

compañía, tanto Daniela como su marido renuncian a recibir beneficio, reparto o cantidad alguna de la compañía mientras no se compense con una deuda que mantienen con la sociedad y resto de socios por importe superior a un millón quinientos mil euros.

En octubre de 2020, Daniela presenta una demanda de impugnación de junta general extraordinaria y de impugnación de acuerdos sociales en base en los siguientes argumentos:

a) Que la actora no ha tenido información alguna desde 2010, y que se enteró en 2019 de que se había vendido un inmueble.

b) Que ha requerido infinidad de veces información, que se le ha negado y que no ha podido formarse una opinión razonada para votar en las juntas.

c) Que, por todo lo anterior, la junta de 2019 impugnada es nula y sus acuerdos también, y además por lo genérico de distintos puntos de la convocatoria, y por no haber asistido jamás la actora a las juntas de 2014 a 2018 cuyas cuentas se pretendían aprobar.

La convocatoria de la Junta de 30 de octubre de 2019, relativa a la aprobación de cuentas de 2018, se realizó a la actora de forma personal, fehaciente, notarial e individual para ella, la comunicación notarial la recibió su hijo el 15 de octubre.

La actora, la cual muestra su queja sobre su vulneración al derecho de información, no acudió a la misma, a pesar de que se le había ofrecido toda la información y se le hacía constar en la convocatoria que la tenía a su disposición en las oficinas de la sociedad. No fue a las oficinas a retirarla, ni acudió a la Junta, ni realizó acto eficaz alguno tendente a obtener la información salvo unas quejas derivadas de la falta de datos que tenía en cuanto al funcionamiento, contabilidad y liquidez de la sociedad. En el punto cuatro del orden del día se trataba de dar todo tipo de explicaciones a Daniela, sobre el devenir social y la información que requería a presencia de notario, porque su hija, que es quién gestiona su patrimonio tenía información de las cuentas de la sociedad. Y en la convocatoria se le advertía que tenía todos los documentos necesarios para formar su voluntad en la Junta General, a su disposición, en las oficinas de la compañía.

En la junta convocada en diciembre de 2020 y celebrada en enero del presente año, para aprobar las cuentas del año 2019 notarialmente para enero de 2021, siendo

retrasada la Junta respecto del plazo legal por motivos de la pandemia del COVID-19. Influyeron también los sucesivos estados de alarma decretados por el Gobierno de la Nación y las normas sanitarias de la Comunidad de Aragón, las cuales impedían reunirse a más de un determinado número de personas, Por todo lo anterior, no era muy conveniente por motivos de salud pública y personal reunir a los seis socios, más un administrador no socio, más el Notario, más el Letrado asesor de la compañía en una misma sala. A esta Junta, tampoco acudió, ni presente ni representada, aun habiendo mandado el 13 de enero un burofax para retrasarla y posponerla. Y otro más para solicitar información que se le entregó en fecha 19 de enero, apenas dos días antes de la Junta, en la fecha y hora que ella misma señaló.

En definitiva, se le convoca a Junta General para aprobar las cuentas de 2019, se le ofrece en la convocatoria la documentación para esa Junta, se le entrega un ejemplar de las cuentas anuales a aprobar en la fecha elegida por ella, se le exhibe toda la contabilidad asociada a dichas cuentas y a las de los últimos años que se niega a analizar, y finalmente no acude en absoluto a la junta, interesando la suspensión de la misma.

Un administrador y socio lleva a la junta las cuentas de 2019 para someterle la aprobación de la contabilidad íntegra, por si alguien quiere examinarlas o preguntar algún detalle y al no comparecer, la socia actora no examina ni pregunta nada.

En la demanda interpuesta se plantea una cuestión de previo pronunciamiento, donde se plantea la cuestión sobre el carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación de acuerdos sociales. Es en este momento en el que se emite el dictamen.

II. CUESTIONES JURÍDICAS QUE SE PLANTEAN

- A. El derecho y el deber de información de los socios de las sociedades limitadas. Se realiza un análisis de este derecho y deber haciendo especial hincapié en su tutela en impugnación de acuerdos sociales.
- B. La impugnación de acuerdos sociales. Se realiza un estudio de los acuerdos impugnables, así como los no impugnables. Además, se procede a analizar la legitimación de las partes en el proceso, tanto activa como pasivamente.
- C. El incidente de previo pronunciamiento. Se realiza un análisis del incidente de previo pronunciamiento, sobre el carácter esencial del mismo, así como su viabilidad jurídica. Se concreta su estudio al supuesto de la impugnación de acuerdos sociales con un motivo de falta de información al socio demandante.

III. NORMATIVA APLICABLE

Al supuesto objeto de dictamen, y en atención a las cuestiones que plantea, resulta de aplicación la normativa siguiente:

- LEC: En particular los preceptos referidos a la legitimación, acumulación y al incidente de previo pronunciamiento.
- LSC: En particular los preceptos referidos al derecho y deber de información de los socios y a la impugnación de acuerdos sociales.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. EL DERECHO Y EL DEBER DE INFORMACIÓN DE LOS SOCIOS EN LAS SOCIEDADES LIMITADAS.

El derecho de información de los socios en las sociedades es un derecho que se caracteriza por ser mínimo, inderogable e irrenunciable, encuentra su regulación en el art. 93 LSC. Este derecho no se puede restringir a los socios ni tan siquiera por los estatutos sociales.

El derecho de información permite a los socios recabar los elementos de juicio necesarios para poder ejercitar su derecho de voto de forma reflexiva, además de que les permite tener la posibilidad de adquirir un conocimiento preciso de la marcha de la sociedad.

El derecho de información puede ejercitarse, o bien por escrito antes de la Junta General, o bien verbalmente durante la misma. Este derecho debe ejercitarse ante los administradores de la sociedad. «La jurisprudencia ha ido extremando el rigor para con los administradores hasta el punto de manifestar en alguna ocasión (STS de 8 de noviembre de 2007) que la satisfacción por la sociedad del derecho de información del socio puede llegar a exigir la entrega en mano de la información solicitada»¹. Es importante tener en cuenta que existe la posibilidad de que la documentación que se debe suministrar a los socios antes de la Junta General se les puede hacer llegar por medios electrónicos o por carta o burofax, así como el acceso a la misma en la sede u oficinas de la sociedad con el fin de que el socio que quiere ejercitar su derecho de información pueda hacerlo. Es necesario matizar lo expuesto anteriormente, ya que para que se pueda suministrar al socio la información por estos medios de comunicación, la LSC exige en el art. 11 quáter que el socio haya aceptado expresamente estos medios.

El ejercicio verbal del derecho de información de los socios se satisface durante el desarrollo de la Junta General, generalmente mediante preguntas formuladas durante la misma que realizan los socios sobre cualquiera de los asuntos que se hallan en el orden del día. Los administradores tienen la obligación de suministrar la información, existiendo una excepción para las sociedades anónimas cuando «no sea posible satisfacer el derecho del accionista en ese momento». En dicho caso, los administradores están obligados expresamente por el art. 197.2 LSC a suministrar la información por escrito en el transcurso de los siete días siguientes a la finalización de la Junta General.

Es necesario matizar la obligación de los administradores de la sociedad en cuanto al suministro de la información, ya sea de forma verbal o escrita, ya que existe la posibilidad de que la publicidad de esa información sea perjudicial para los intereses

¹ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, Volumen I, Tecnos, 28ª edición, Madrid, 2020, p. 481.

sociales, que sea innecesaria para la tutela de los derechos de los socios, que existan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extra sociales. Esta última limitación no rige cuando el solicitante o solicitantes de la información representen el 25 por 100 del capital social, en virtud de los arts. 196.3, 197.3 y 4 LSC².

1.1 Contenido del derecho de información.

«El derecho de información en sentido estricto es aquel que permite al socio o accionista obtener informaciones o aclaraciones sobre los asuntos comprendidos en el orden del día, previsto en los artículos 196 y 197 LSC, aplicables a las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades anónimas.»³.

Comprende el derecho de los socios a solicitar los informes o las aclaraciones que se estimen precisas ya sea de forma verbal o escrita, derecho que contiene la obtención de informaciones o aclaraciones y la formulación de preguntas, y que no legitima a los socios a obtener los documentos en los que se fundamenta la información solicitada a excepción de lo relativo a las cuentas anuales en los que la Ley reconoce un derecho de información documental⁴.

La jurisprudencia califica el derecho de información como un derecho instrumental del derecho de voto⁵. En otro sentido lo consideran otras sentencias, ya que consideran que es un derecho autónomo, el cual, aunque esté vinculado a la celebración de una junta y a los asuntos que se van a tratar en la misma, sin perjuicio de la finalidad instrumental de otros derechos como el derecho de voto⁶. Cumple además la función de control en los supuestos en los que hay conflictos entre los administradores, ya que es un mecanismo que permite la transparencia de la gestión de la sociedad, pudiendo aprobar o censurar la gestión social.

² BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, Volumen I, cit., p. 481.

³ VÁZQUEZ ALBERT, D., *El derecho de información en las sociedades mercantiles capitalistas*, 2019, eLibro, Bosch editor, p. 15.

⁴ VÁZQUEZ ALBERT, D., *El derecho de información en las sociedades mercantiles capitalistas*, cit. p. 16.

⁵ Vid. SSTS 830/2011 de 24 de noviembre de 2011, 530/2010 de 26 de junio y 183/2009 de 27 de marzo. Estas sentencias son extraídas de VÁZQUEZ ALBERT, D., *El derecho de información en las sociedades mercantiles capitalistas*, cit. p. 19.

⁶ Vid. SSTS 406/2015 de 15 de julio y 608/2014 de 12 de noviembre. Estas sentencias son extraídas de VÁZQUEZ ALBERT, D., *El derecho de información en las sociedades mercantiles capitalistas*, cit. p. 19.

Es un derecho de carácter imperativo, inderogable e irrenunciable⁷. Está reconocido a todos los socios, aunque no tengan derecho a voto, por ser titulares de acciones o participaciones sociales.

1.2 Tutela del derecho de información: referencia a la impugnación de acuerdos sociales.

La LSC prevé en su art. 204.3.b) que no será motivo de impugnación la incorrecta o insuficiencia de la información que se solicite antes de la celebración de la Junta General, exceptuando los casos en que esa información sea esencial para el ejercicio razonable por el socio medio del derecho al voto o de cualquier otro derecho de participación. Este precepto hace necesaria la distinción entre el derecho de información ejercitado de forma previa a la celebración de la Junta General y el ejercitado durante la celebración de la misma, ya que el artículo no expresa nada de este último aspecto⁸.

El autor Vázquez Albert considera que «la ausencia total de información no está amparada en las causas de impugnabilidad, por tanto, ante la negativa del órgano de administración de proporcionar la información solicitada el socio podrá impugnar el acuerdo social afectado, pues el precepto se refiere a la información incorrecta o insuficiente como causas de impugnabilidad. Sin embargo, la ley prevé, como excepción, que se admitirá la impugnación del acuerdo social si la información hubiese sido esencial para el ejercicio razonable del derecho de voto o de cualquier derecho de participación»⁹.

La ley, podemos afirmar, basa la excepción en conceptos jurídicos indeterminados, ya que se refiere a la información esencial, al ejercicio razonable del derecho y, por último, a la condición de socio medio.

En lo referente al primer concepto, la información esencial, para considerar si una información es o no esencial debemos entenderla en el sentido de que los administradores no están obligados a entregar información a los socios cuando sea innecesaria para la tutela de los derechos del socio con base en el art. 197 LSC, y que el art. 204.3.b) del

⁷ SSTS 531 de 19 de septiembre y 858/2011 de 30 de noviembre. Estas sentencias son extraídas de VÁZQUEZ ALBERT, D., VÁZQUEZ ALBERT, D., *El derecho de información en las sociedades mercantiles capitalistas*, cit. p. 20.

⁸ VÁZQUEZ ALBERT, D., VÁZQUEZ ALBERT, D., *El derecho de información en las sociedades mercantiles capitalistas*, cit. p. 195.

⁹ VÁZQUEZ ALBERT, D., VÁZQUEZ ALBERT, D., *El derecho de información en las sociedades mercantiles capitalistas*, cit. p. 197.

mismo cuerpo legal determina que la información será esencial cuando sea sustancial para el ejercicio de los derechos del socio. La información es esencial cuando sea sustancial para el ejercicio de los derechos, en el sentido en el que el socio podría haber modificado su voto si hubiese conocido la información solicitada¹⁰.

En cuanto al segundo concepto, el ejercicio razonable del derecho, se refiere al ejercicio de la buena fe y no abusivo, ejercicio que ha de ser analizable en cada caso concreto. El derecho de información ha de ejercitarse de buena fe y de forma no abusiva, ya que, en caso contrario, el órgano de administración tiene la facultad de denegar la información solicitada sin que el socio pueda impugnar el acuerdo social afectado alegando una vulneración del derecho de información.

En cuanto al tercer concepto, el que se refiere a la condición de socio medio, el Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca, en sentencia 268/2018 de 15 de mayo, lo considera como aquel que está informado y es razonablemente perspicaz¹¹. Esta valoración de condición de socio medio depende de muchas circunstancias por lo que ha venido siendo criticada por la doctrina.

En atención a lo expuesto, podemos concluir que la vulneración del derecho de información, cuando se ha ejercitado de forma previa a la celebración de la Junta General, por resultar la información proporcionada insuficiente o incorrecta, únicamente podrá ser causa de impugnación del acuerdo social afectado cuando haya sido sustancial para un socio informado y razonablemente perspicaz para el ejercicio de sus derechos de participación¹².

¹⁰ VÁZQUEZ ALBERT, D., VÁZQUEZ ALBERT, D., *El derecho de información en las sociedades mercantiles capitalistas*, cit. p. 198.

¹¹ VÁZQUEZ ALBERT, D., VÁZQUEZ ALBERT, D., *El derecho de información en las sociedades mercantiles capitalistas*, cit. p. p. 199.

¹² Vid. Auto del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 1 de abril de 2016: «Pues bien, habida cuenta que lo que se iba a someter a la aprobación de los socios era justamente la aprobación de las cuentas anuales, la gestión del órgano de administración, y en su caso, que el cargo de administrador pasara a ser retribuido y su importe, tal información supera el test de idoneidad, relevancia y proporcionalidad, pudiendo considerarse, desde un punto de vista objetivo, esencial y relevante para que cualquier socio pudiera conocer, de forma previa a la junta, la situación contable y financiera de la compañía, la marcha del negocio, si el administrador está gestionando correctamente el patrimonio social o no y un uso debido de un bien de la compañía. Sin embargo, de todos esos documentos solicitados, la administradora solo hizo entregar en el mismo acto de la Junta, el balance de situación y la memoria de las cuentas anuales (documentos que, además, no cumplen, a simple vista, los requisitos exigidos por la normativa contable) no haciendo entrega de los restantes (como el estado de las cuentas de pérdidas y ganancias, contrato de alquiler, movimientos bancarios, etc..) hasta el día 29 de junio de 2015. Tal déficit de información no puede ser sino considerado como relevante, al imposibilitar al socio formarse criterio y emitir su voto en un sentido u otro, así como

El art. 204.3 LSC no se pronuncia sobre la vulneración del derecho de información ejercitado durante la celebración de la Junta General, lo que puede llevar a plantearnos que la vulneración de ese derecho puede ser motivo de impugnación de los acuerdos sociales. Para dar respuesta a esa cuestión se debe diferenciar entre las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada. Nos centraremos en estas últimas por ser el caso objeto de dictamen.

El art. 196 LSC establece el derecho de información en las sociedades de responsabilidad limitada. En dicho precepto no se encuentra una negativa a la posibilidad de acudir a la impugnación de los acuerdos sociales ante la vulneración del mismo. Por ello, se puede concluir que, en las sociedades de responsabilidad limitada, la vulneración del derecho de información ejercitado durante la celebración de la Junta General puede ser motivo de impugnación de acuerdos sociales¹³. Sin embargo, tal y como han declarado los Magistrados de lo Mercantil en las Conclusiones de las Jornadas que se celebraron en Pamplona en 2015, y se reiteró en el Seminario sobre Criterios Interpretativos de la Reforma de la Ley de Sociedades del Capital por la Ley 31/2014 que tuvo lugar en Madrid en 2016 no son impugnables los acuerdos sociales por infracción del derecho de información del socio ejercitado durante la Junta General a pesar de que el art. 196 LSC no se pronuncie al respecto¹⁴.

2. LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES.

La impugnación de acuerdos sociales es el proceso judicial por el que un legitimado cuestiona la viabilidad jurídica de las decisiones adoptadas por la Junta general de una sociedad. Los acuerdos que se toman por parte de la Junta general deben imponerse y respetarse por todos los socios y los órganos de la sociedad, pero estos acuerdos deben ajustarse a los Estatutos de la sociedad y a la Ley. La LSC prevé la situación en la que los acuerdos adoptados por la Junta General de una sociedad sean contrarios a los estatutos o a la ley, además de cuando perjudiquen al interés social en beneficio de uno o varios

ejercitar los demás derechos de participación en la vida societaria, entre ellos, su derecho a conocer la marcha de la sociedad.»

¹³ VÁZQUEZ ALBERT, D., VÁZQUEZ ALBERT, D., *El derecho de información en las sociedades mercantiles capitalistas*, cit. p. 201.

¹⁴ VÁZQUEZ ALBERT, D., VÁZQUEZ ALBERT, D., *El derecho de información en las sociedades mercantiles capitalistas*, cit. pp. 202-204.

socios, por lo que establece el mecanismo de la impugnación de acuerdos sociales para que cualquier persona que esté legitimada pueda cuestionar la legalidad de los acuerdos.

2.1. Acuerdos impugnables.

El art. 204 LSC establece los acuerdos sociales que son susceptibles de impugnación por los legitimados. Existen tres causas, por ser contrarios a la Ley, por oponerse o infringir lo establecido en los estatutos o en el reglamento de la Junta, o por lesionar, en beneficio de uno o varios socios o de terceros, la sociedad. Respecto del último motivo expuesto «el Tribunal Supremo ha señalado que la lesión no ha de ser necesariamente efectiva, siendo suficiente con que exista un peligro potencial de que dicha lesión se produzca; el beneficio, por su parte, no debe entenderse limitado al puramente económico, sino que también puede consistir en cualquier ventaja de carácter político-social o profesional, exigiéndose que el beneficiario sea socio aunque la utilidad la reciba a través de una persona interpuesta (STS de 19 de febrero de 1991 RJ 1511) »¹⁵. Además, en el segundo párrafo del art. 240.1 se precisa que la lesión del interés social se produce cuando con independencia de que se cause un perjuicio al patrimonio social o no, el acuerdo se impone de manera abusiva por la mayoría.

2.2 Acuerdos no impugnables

No todas las violaciones son igualmente reprobables, ya que es importante ver si lo que se ha producido causa un grave perjuicio y es contrario al orden público. Se enumeran dentro de los cuerpos legislativos diferentes supuestos en los que no procede la impugnación de acuerdos sociales. No es posible una vez el acuerdo impugnado ha sido dejado sin efecto, o bien sustituido por un nuevo acuerdo que cumple con todos los requisitos exigibles. Esto último no significa que no se puedan reclamar los daños, o solicitar la reparación de los mismos o sus efectos durante el tiempo en el que el acuerdo se mantuvo en vigor.

Existen cuatro motivos que impiden que prospere una impugnación de acuerdos sociales, los cuales se encuentran recogidos en el apartado tercero del art. 204 LSC:

¹⁵ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, Volumen I, Vigésimo octava edición, Madrid, 2020, Tecnos, p. 487.

- a) La infracción de los requisitos que sean meramente procedimentales y establecidos por la ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, con excepción de aquellos requisitos que se puedan considerar relevantes o todas aquellas reglas que sean esenciales.
- b) La incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta, con la excepción de que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el socio medio de la sociedad, para ejercer el derecho a voto o cualquier otro de los derechos de participación.
- c) La participación en la reunión de personas no legitimadas, salvo que la participación de esas personas hubiera sido determinante para la constitución del órgano.
- d) La invalidez de uno o varios votos o el cómputo erróneo de los emitidos, salvo cuando el voto que resulte inválido o erróneo hubiera sido determinante para la consecución de la mayoría exigible.

Para saber acerca del carácter esencial o determinante de los motivos a los que se acaba de hacer referencia será necesario que en la demanda de se plantee una cuestión incidental de previo pronunciamiento. Señala la jurisprudencia que cuando las normas infringidas afectan a varios puntos de la convocatoria o al procedimiento para la constitución de la Junta, deben denunciarse al inicio de la sesión, de tal manera que estos puedan esgrimirse como causas de impugnación, (STS de 4 de mayo de 1978 [RJ 1978/1858] y SSTS de 20 de febrero de 1968 [RJ 1968/1155]; y de 23 de noviembre de 1970 [RJ 1970/2241]).

La precisión que se ha hecho en el párrafo anterior viene recogida en la propia ley, señalando en el apartado quinto del art. 206 LSC que no se puede alegar defecto de forma en el proceso de adopción del acuerdo quien habiendo tenido ocasión de denunciarlo en el momento oportuno no lo hubiera hecho.

2.3 Legitimación activa.

La legitimación para la impugnación de acuerdos sociales la encontramos en el art. 206 LSC.

A. Los socios.

El derecho de los socios a impugnar acuerdos sociales ha venido siempre un derecho individual del socio. En el art. 93.c de la LSC se considera un derecho mínimo por el único hecho de ser socio, aunque se pueden llegar a advertir ciertos requisitos como que es necesario poseer la condición de socio con anterioridad a la adopción del acuerdo susceptible de impugnación, o que es necesario que el socio o socios que decidan impugnar un acuerdo social representen el 1% del capital social o un 0,1% si se trata de una sociedad cotizada.

En el caso en el que las acciones o participaciones sociales se encontrasen dentro de herencias yacentes o bien incluidas en sociedades de carácter ganancial en la cual no se haya producido al reparto del activo, se puede considerar legitimado al propio ente sin personalidad jurídica. Es la forma que tiene el ordenamiento jurídico de salvaguardar uno de los principios fundamentales de la CE, el art. 24 que recoge el derecho a la tutela judicial efectiva¹⁶.

Aquel socio que desee impugnar un acuerdo social debe seguir siendo socio de la sociedad en el momento en el que decida interponer la demanda de impugnación de acuerdos sociales, ya que es ese momento, el de la interposición de la demanda, el que servirá para apreciar el cumplimiento de los requisitos que posibiliten la admisión a trámite de la impugnación. Si el socio decide transmitir, sea cual sea la forma, sus acciones o participaciones antes de que exista litispendencia dejará de estar legitimado para el ejercicio de la acción, aunque contase con la condición o no de socio en el momento en el que se adoptó el acuerdo que desee impugnar.

La cuestión anterior es desarrollada por el TS en la sentencia de 30 de enero de 2002, (RJ 2002/2311), la cual se califica como lógica, ya que un ex socio no puede ejercer la acción de impugnación de un acuerdo social cuando previamente se ha desprendido voluntariamente de las acciones o participaciones de la sociedad. Continúa el alto Tribunal argumentando que una vez se transmiten las acciones o participaciones sociales, el socio en cuestión deja de formar parte de la sociedad, careciendo entonces de cualquier

¹⁶ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación de acuerdos sociales [arts.206.1, 2 y 3, 251.1 y 495.2.b LSC]», en Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad Cotizada, Roncero Sánchez (coord.), Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, consultado en soporte electrónico disponible en Thomson Reuters Proview.

tipo de interés en la impugnación de los acuerdos ya que los efectos que produzca el ejercicio de la acción no le van a afectar.

El tribunal enjuiciador tendrá diferentes opciones una vez se percate de la falta de legitimación del ex socio: la inadmisión de la demanda por ausencia de legitimación, el sobreseimiento del proceso en la audiencia previa al juicio o mediante la desestimación de las pretensiones del actor en la sentencia. Sobre esta espinosa cuestión el Dr. Lafuente Torralba realiza diferentes precisiones «Con carácter general, la legitimación aparece estrechamente ligada a la cuestión de fondo debatida en el proceso e incluso llega a identificarse con ella, de modo que no consiente un examen previo y al margen de la sentencia. Sin embargo, existen supuestos singulares en los que esa naturaleza material de la legitimación parece diluirse y ésta acaba asemejándose a los genuinos presupuestos procesales, reclamando, al igual que ellos, un control preliminar e independiente del fondo del asunto. (...) En estos casos el control *a limine* de la falta de legitimación no sólo resulta conveniente, sino también necesario.»¹⁷. Se hace referencia a lo estudiado por el Dr. Torralba ya que hemos de dilucidar si la legitimación es cuestión de fondo. En principio la legitimación aparece estrechamente ligada al fondo del asunto y debe resolverse con la sentencia, aunque hay supuestos excepcionales en los que la legitimación aparece desligada de la cuestión de fondo y la ley establece los sujetos legitimados designándolos mediante circunstancias objetivas que son fácilmente verificables al inicio del proceso. En este caso la ley establece que es requisito indispensable ser socio para tener legitimación para impugnar por lo que en caso de no ser socio no se estaría legitimado y esta circunstancia sería verificable al inicio del proceso. Regresando a lo que se ha comentado en párrafos anteriores se excepcionan de estos supuestos las acciones o participaciones que se han transmitido *mortis causa*, ya que los herederos podrán sustituir al premuerto legitimado y ejercitar ellos la acción de impugnación.

Existe una figura que resulta controvertida, la pérdida de la condición de socio con posterioridad a la interposición de la demanda de impugnación de acuerdos sociales. Se ha considerado que la pérdida sobrevenida de la condición de socio del impugnante era consecuencia de la falta o pérdida de interés del socio y que por ese motivo era

¹⁷ LAFUENTE TORRALBA, A.J. LAFUENTE TORRALBA, A.J., «Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacidad judicial», REDUR 10, diciembre 2012, pág. 135.

necesario finalizar el procedimiento¹⁸. El Tribunal Supremo siguió esa tendencia, hasta que de un tiempo hasta hoy ha ido matizando su postura, llegando a considerar que la pérdida de la condición del socio durante el desarrollo del procedimiento no implica la desaparición del beneficio que el actor deseaba obtener, por lo que no siempre procede la terminación anticipada del litigio.

El ATS de 23 de abril de 2014 (JUR 2014/133380), muestra el cambio de tendencia del Tribunal Supremo, ya que considera que ha de mantenerse el procedimiento y no considerar que existe una causa de terminación anticipada del proceso. Esto se debe a que el impugnante, en su demanda, establece cuál es su verdadero interés legítimo, considerando el TS que la desaparición de su condición de socio no influye en el interés del actor en obtener una resolución sobre el fondo del asunto¹⁹.

Por otra parte, la STS de 7 de julio de 2003, RJ 2003/4332, sostiene que la pérdida sobrevenida de la condición de socio del actor no causa efectos en el procedimiento, ya que considera el TS que una vez iniciado el proceso por quien poseía legitimación, se conserva hasta la finalización del procedimiento. Esta tesis genera otra tendencia jurisprudencial que es criticada por algunos autores en base a la incoherencia que supone tener que dictar una sentencia sobre un asunto en el que una de las partes no tiene interés alguno.

B. Los administradores.

La legitimación que tienen los administradores de la sociedad está fundamentada en dos esferas básicas que se encuentran dentro de la labor que deben desarrollar. La primera de ellas, la que contiene el art. 225 LSC, la obligación de «desempeñar el cargo

¹⁸ ATS de 5 de diciembre de 2001, RJ (2002/1790) y ATS de 22 de enero de 2002, JUR (2002/48765). En ambos procedimientos, el socio que inicia la acción de impugnación de acuerdos sociales pierde la condición de socio transfiriendo de manera voluntaria sus acciones a terceros, entendiéndose el TS, que el desprendimiento voluntario de las acciones y el abandonar la sociedad comporta la pérdida de interés legítimo en la obtención de tutela judicial.

¹⁹ En el fundamento jurídico tercero del ATS de 23 de abril de 2014 (JUR 2014/133380) se desarrolla la legitimación y el interés legítimo, concluyendo que, si en la demanda de impugnación de acuerdos sociales se alega un interés legítimo distinto al existente por ser socio, se continuará con el procedimiento de impugnación si la pérdida de la condición de socio no implica la pérdida del interés legítimo argumentado. En concreto la *ex socia* impugnante se vio obligada a la venta de parte de sus acciones, y, además, indicó que su interés no era otro que resolver si RMC o cualquier otra sociedad del grupo ACS, mediante agrupación de acciones, puede o no nombrar un consejero, posibilidad que le fue negada en el acuerdo social que impugnaba. En consecuencia, al no desprenderse de manera voluntaria de las acciones y a su vez, al subsistir su interés legítimo de manera independiente al mantenimiento de la condición de socio, el Tribunal Supremo consideró continuar con el procedimiento.

y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario». Lo que viene a decir este artículo es que los administradores, en el desempeño de sus funciones deben evitar la adopción de todo acuerdo que sea susceptible de motivar una impugnación, ya que deben actuar con diligencia y en interés de la sociedad. En la segunda esfera, nos percatamos de que existe el régimen de responsabilidad individual y solidaria de los administradores ante las posibles consecuencias negativas que deriven de un acuerdo viciado.

Las dos esferas resultan básicas a la hora de comprender la legitimación que tienen los administradores para poder impugnar acuerdos sociales: para no verse perjudicado por las posibles responsabilidades que puedan derivar de la ejecución de un acuerdo social impugnado se hace preciso obrar de la manera más diligente posible en el desempeño de sus funciones como administrador, lo que provoca que se ejercite la acción de impugnación, favoreciendo el interés social que impone el art. 227 LSC a los administradores²⁰.

C. Los terceros con un interés legítimo.

La legitimidad de un tercero se basa en el principio de que ese tercero posee un interés propio y objetivo que se verá materializado en el momento en el que un determinado acuerdo sea declarado ineficaz.

El interés legítimo es la situación jurídica en la que determinadas personas son titulares de un interés propio distinto a los demás ciudadanos, a obtener un beneficio o a eliminar un perjuicio como consecuencia de un resultado en un proceso²¹. En cuanto al alcance del concepto de interés legítimo, existen dos pronunciamientos de la doctrina que son contradictorios, el primero lo considera limitado a la existencia únicamente de interés directo, mientras que el segundo considera concurrente la existencia tanto de interés directo como del indirecto.

El TS pone fin a la discusión mediante STS de 14 de febrero de 2018, (RJ 2018/542), argumentando en el tercer fundamento de derecho que «cualquier persona que

²⁰ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico disponible en Thomson Reuters Proview.

²¹ MASSAGUER FUENTES J., «Artículo 206. Legitimación para impugnar» en *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014): sociedades no cotizadas*, Juste Mencía(coord.), Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 247 a 269.

justifique que el acuerdo le afecta directa o indirectamente, pero de forma perjudicial, está legitimada para impugnar el acuerdo social». Se entiende, por tanto, que están íntimamente relacionados, aunque sea de carácter indirecto ese interés legítimo, porque se corresponde con el art. 24 CE, donde se consagra el derecho a la tutela judicial efectiva²².

No obstante lo anterior, en el caso de que exista un tercero que se considere que no tiene suficiente capacidad para poder encontrarse legitimado y formular demanda de impugnación de acuerdos sociales, siempre tendrá la posibilidad de ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios provocados por la ejecución del acuerdo.

El tercero que considera que tiene un interés legítimo no posee una presunción de interés como la tiene un socio o un administrador de la sociedad, lo que supone que, en la demanda, el tercero deba invocar su interés legítimo de manera clara para que la sociedad pueda contradecir su legitimación. A consecuencia de lo anterior, el tercero tendrá la carga de la prueba de dicho interés, que podrá acreditar durante el proceso, sin necesidad de una demostración exhaustiva en la presentación de la demanda.

2.4 Legitimación pasiva.

A. La sociedad.

La demanda de impugnación de acuerdos sociales adoptados por la junta general de la sociedad se basa en la impugnación de actos realizados por la propia sociedad. Por ello, el art. 206.3 LSC dispone que «las acciones de impugnación deberán dirigirse contra la sociedad». Por otra parte, en virtud del art. 10 LEC, al ser la sociedad titular de la relación jurídica litigiosa, es el único sujeto que puede obtener la consideración de parte procesal legitimada pasivamente.

No es posible demandar a otro individuo por la impugnación de acuerdo social, ni a socios que hayan votado a favor del acuerdo impugnado ni a los administradores que lo hayan promovido o que fueran a ejecutar la decisión de la junta general²³.

²² La parte recurrente en la STS de 14 de febrero de 2018 (RJ 2018/542) intentó limitar el concepto de interés legítimo, alegando que el impugnante no gozaba de tal tipo de interés puesto que su interés no era directo. Sin embargo, en la citada sentencia se aclara que el concepto de interés legítimo es más amplio que el de interés directo, y, de hecho, es el identificado en el artículo 24 CE.

²³ MASSAGUER FUENTES J., «Artículo 206. Legitimación para impugnar» cit. p. 261.

Si la intención del actor es demandar a la sociedad, así como a los sujetos que buscaron que el acuerdo social saliera adelante, el tribunal desestimará la existencia de litisconsorcio pasivo necesario. La demanda solo cabe presentarla contra la sociedad que adoptó el acuerdo, ya que es la única que se encuentra vinculada de forma directa al acto jurídico realizado, por lo que no es posible la concurrencia de otro sujeto legitimado pasivamente como demandado²⁴. Por ello, la demanda solo se puede dirigir con el sujeto que esté directamente vinculado al pronunciamiento, y no a otros sujetos que puedan verse afectados indirectamente por la adopción del acuerdo o su ejecución como puede ser el administrador o administradores de la sociedad²⁵. La sentencia del tribunal que conozca de la demanda de impugnación de acuerdos sociales decidirá sobre dejar con o sin efecto el acuerdo social impugnado, no entrando a valorar otras cuestiones, por lo que la ineficacia o no del acuerdo será soportada íntegramente por la sociedad²⁶. Se ha tenido en cuenta la posibilidad de acumular la acción de responsabilidad contra el administrador de la sociedad en el caso de que éste hubiera promovido la adopción del acuerdo social impugnado. En lo referente a esta cuestión entiendo que se pueden acumular ya que los artículos 71 y 73 LEC están redactados de forma negativa, infiriéndose de ambos preceptos que este supuesto no entre en los supuestos de prohibición o no procedencia. Asimismo, considero que procesalmente no tiene sentido que se inste primeramente un procedimiento mercantil para determinar la impugnación del acuerdo y posteriormente otro civil.

²⁴ La SAP de Zaragoza de 6 de octubre de 2003 (JUR 2003/25107), indica en su fundamento primero la no concurrencia de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, alegada por la recurrente al considerar que era necesario demandar a los sujetos que habían propiciado la adopción del acuerdo social además de la sociedad. La Audiencia Provincial niega dicha posibilidad argumentando que «los demandantes no son libres para accionar frente a quien estimen oportuno, sino que deben dirigir su acción frente a cuantos estén vinculados de forma inseparable con los actos o negocios jurídicos en que funden sus pretensiones o puedan resultar afectados por los pronunciamientos que la sentencia dicte». Del fundamento extraemos que la demanda de impugnación de acuerdos sociales, no puede dirigirse a otro sujeto distinto que no sea la sociedad, ya que es ella la que se encuentra directamente vinculada, y de forma inseparable, con el acuerdo a impugnar.

²⁵ La Audiencia Provincial de Madrid, en la SAP de Madrid de 24 de septiembre de 2012 (Jur 2012/358275) niega la existencia de litisconsorcio pasivo en la impugnación, exponiendo que la presentación de la demanda es únicamente contra la sociedad y no contra el administrador al estar éste solamente vinculado de manera indirecta.

²⁶ El Tribunal Supremo en la STS de 15 enero de 2014 (RJ 2014/1264) argumenta que no debe demandarse de manera adicional a los socios que propician la adopción del acuerdo impugnado, ya que se trata de una excepción impuesta por la LSC a la norma del art. 12 LEC, que trata el litisconsorcio necesario. Esta sentencia también aclara que si bien es cierto que no se puede demandar a los socios que hubieran votado a favor del acuerdo, éstos pueden adherirse de manera voluntaria y a su costa al proceso, con el objetivo de preservar la validez del acuerdo social objeto de impugnación.

La falta de legitimación pasiva es una circunstancia que deberá ser alegado por la parte demandada en contestación a la demanda²⁷. La ausencia de legitimación pasiva, en el caso en el que sea inadvertida por los sujetos demandados será apreciable de oficio por el tribunal competente²⁸.

B. Adhesión voluntaria del socio que votó a favor.

De acuerdo a lo ya expuesto, la legitimación pasiva en el procedimiento de impugnación de acuerdos sociales únicamente la ostenta la sociedad, aunque esto no significa que los socios que votaron a favor del acuerdo impugnado no puedan intervenir en el procedimiento. Es el art. 206.4 LSC el que permite a los socios que votaron a favor del acuerdo impugnado «intervenir a su costa en el proceso para mantener su validez».

El art. 13 de la LEC ya regula la intervención en el procedimiento judicial de los sujetos que no han sido llamados como partes del proceso, disponiendo en su párrafo primero que «mientras se encuentre pendiente el proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quién acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito». Por ello, algunos autores consideran innecesario y redundante el apartado cuarto del artículo 206 LSC. Se ha llegado a calificar incluso de incompleto, al establecer únicamente la intervención procesal del socio que vota a favor, no teniendo en cuenta la posible intervención de otros sujetos, como socios, administradores o terceros que no impugnan, pero desean lograr la ineficacia del acuerdo social impugnado²⁹.

²⁷ La SJMer de San Sebastián de 6 de junio de 2018 (JUR/2018/273690) sirve de ejemplo claro para esta afirmación. En este procedimiento la sociedad demandada alega falta de legitimación pasiva por estar la sociedad disuelta, liquidada y extinguida previamente a la interposición de la demanda por parte del actor. El Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián estima que una sociedad disuelta, liquidada y extinguida carece de legitimación pasiva frente a una impugnación de acuerdos sociales que no tienen que ver con la disolución, liquidación y extinción de la sociedad. Se desprende de la sentencia que la reclamación contra una sociedad que presenta las citadas características, únicamente si tiene carácter pecuniario y guarda relación con las labores de liquidación se entiende que queda latente la personalidad jurídica de la sociedad para ser parte demandada en el proceso.

²⁸ Así lo indica MASSAGUER FUENTES J., «Artículo 206. Legitimación para impugnar» cit. p. 261, quien usa la SAP Alicante de 3 de abril de 2014 (JUR 2014/155862) con la intención de expresar el hecho de que la demandada no haya solicitado la excepción por falta de legitimación pasiva. La sentencia establece que el socio demandante no ejercitó la acción contra quien realmente tendría que haberlo hecho, la empresa que adoptó el acuerdo, sino contra la compañía administradora de la misma. De esta forma, el Juzgado de Alicante aprecia de oficio la falta de legitimación pasiva de la compañía administradora argumentando que no se puede hacer valer una acción contra un sujeto que no ha tenido en ningún caso la titularidad del acto que se pretende impugnar.

²⁹ MASSAGUER FUENTES J., «Artículo 206. Legitimación para impugnar» cit. p. 263, critica la referencia a la facultad de intervención procesal de los socios que votaron a favor del acuerdo impugnado y VÁZQUEZ LÉPINETTE, T., *Estrategia jurídica en los conflictos...* cit., pp. 78 y 79, lo apoya opinando que el art. 206.4 LSC no será de aplicación frecuente, debido a la falta de interés que ostenta el socio

Ya sea innecesario o no, el art. 206.4 LSC concreta de manera muy clara la posibilidad de intervención del socio que votó a favor del acuerdo³⁰. Para poder entrar en el proceso defendiendo la validez del acuerdo impugnado, el socio ha de cumplir dos requisitos: poseer la condición de socio de forma anterior a la adopción del acuerdo impugnado y haber emitido un voto favorable al acuerdo³¹.

Existe también la posibilidad de interpretar este precepto de manera restrictiva, valorando que los socios ausentes, los privados del voto y los que se abstuvieron no están legitimados para adherirse al proceso³². De igual manera no tiene sentido permitir la facultad de adhesión al proceso del socio que no pudo emitir su voto por existir un conflicto de intereses, ya que únicamente posee interés legítimo, pero no directo. Otras consideraciones que se hacen en la materia son que es oportuno admitir la adhesión al proceso del socio ausente o que se abstuvo en la votación, aunque es cierto que se niega al socio que votó en contra del acuerdo social impugnado ya que se pasaría por alto la doctrina procesal de los actos propios, aunque si bien es cierto que podría adherirse pero secundando la postura procesal del impugnante³³. La conclusión que podemos extraer al respecto es que los socios ausentes y los que se abstuvieron no posicionándose ni en apoyo ni en discrepancia del acuerdo social impugnado, no manifestando, por tanto, ningún interés directo en el mismo, sino que como en el caso del socio privado de voto por estar en situación de conflicto de interés, solo ostentan un interés legítimo, no están legitimados para intervenir una vez iniciado el procedimiento.

3. EL INCIDENTE DE PREVIO PRONUNCIAMIENTO.

Son cuestiones incidentales aquellas que, siendo distintas de las que constituyan el objeto principal del pleito, guardan con él relación inmediata, así como las que susciten respecto de presupuestos y requisitos de influencia en el proceso.

mayoritario en defender a su costa la validez del acuerdo social, ya que, la defensa del acuerdo impugnado la va a efectuar la sociedad.

³⁰ Toda persona que posea interés directo en el resultado del proceso podrá intervenir en él, por ello, igualmente podrán intervenir en el procedimiento judicial todos aquellos socios que votaron en contra del acuerdo con el objetivo de lograr su ineficacia en virtud del art. 13.1 LEC.

³¹ SÁNCHEZ CALERO. F, «La impugnación de acuerdos sociales y la intervención...» p. 816.

³² SÁNCHEZ CALERO. F, «La impugnación de acuerdos sociales y la intervención...» p. 817.

³³ BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación...» consultado en soporte electrónico disponible en Thomson Reuters Proview.

La LEC, en el art. 390 define las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento como aquellas que suponen un obstáculo para la continuación del proceso por sus trámites ordinarios, suspendiéndose el curso de las actuaciones hasta que sean resueltas.

3.1 La cuestión de previo pronunciamiento en demanda de impugnación de acuerdos sociales.

A. Legitimación.

La cuestión de previo pronunciamiento encuentra su primer problema en la legitimación para plantearla, si corresponde al actor, al demandado, a ambos, o incluso si puede suscitarse de oficio por el juez. Esta cuestión fue abordada en el Acuerdo de los jueces de lo Mercantil y Letrados de la Administración de Justicia de Barcelona de 17 de marzo de 2015, sobre aspectos procesales introducidos por la Ley 31/2014 en materia de impugnación de acuerdos sociales. De este acuerdo se desprende que la legitimación es principalmente del demandado ya que tiene la carga de advertir o suscitar aquellas excepciones procesales que impiden la válida prosecución del proceso³⁴.

La autora Orella Cano considera que «siendo cierto que la mera presentación de la demanda ya presupone que el actor parte de considerar que el motivo de impugnación es relevante, determinante o esencial, según los casos y, que es al demandado al que le interesa negar dicho carácter, lo que habrá de efectuar mediante el planteamiento de la cuestión a través del incidente de previo pronunciamiento, no es menos cierto que, dado que dicho incidente, que bien puede servir no sólo para evitar demandas infundadas sino para alargar el procedimiento, puede interesarle al actor exponer las razones por las que considera que el motivo de impugnación es relevante, esencial o determinante, tal vez como desincentivo al planteamiento de la cuestión de forma absolutamente infundada, por lo que considero que es perfectamente admisible que exponga como parte de la fundamentación jurídica de la demanda, los motivos que fundan la procedencia de la

³⁴ ORELLA CANO, N.A., «La cuestión incidental de previo pronunciamiento: legitimación, requisitos para su formulación, momento procesal en que debe suscitarse y resolverse, efectos de su resolución» en *Derecho de sociedades: cuestiones sobre órganos sociales*, González Fernández (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 1351-1352.

impugnación y la no concurrencia de motivo alguno de exclusión de la impugnación.»³⁵
Argumento que legitimaría por tanto también a la parte actora.

También cabe plantearnos si podría considerarse legitimado al socio que votó a favor del acuerdo impugnado. Ya que el socio pretende la validez del acuerdo, tendría un interés legítimo y directo en el resultado del pleito y dadas las facultades que le otorga el art. 13.3 LEC podría plantear la procedencia del motivo de impugnación pese a no haberlo planteado la sociedad, incluso en el caso de personarse una vez ya ha contestado a la demanda la sociedad, si bien tiene el límite previsto en el art. 393, esto es el juicio en el proceso ordinario³⁶.

Por último, en cuanto al planteamiento de la cuestión de oficio por el juez, al regir el propio dispositivo no es posible el planteamiento de la misma³⁷.

B. Requisitos y momento procesal.

La LSC establece en el art. 204.3.2º a la tramitación por los cauces incidentales, al establecer que una vez presentada la demanda, la cuestión sobre el carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación como cuestión incidental de previo pronunciamiento.

En la definición realizada anteriormente sobre el incidente de previo pronunciamiento encaja la decisión sobre la concurrencia de algunos supuestos de inimpugnabilidad del art. 204.3 LSC, debiendo ventilarse de forma previa. En cuanto a los requisitos, el Acuerdo de Jueces y Letrados de la Administración de Justicia de Barcelona de 17 de marzo de 2015 se concluyen los trámites a seguir, detallando los siguientes:

«1.- En caso de que se impugne un acuerdo social por alguno de los motivos previstos en el art. 204.3 LSC, si el demandado no está conforme con el carácter relevante, esencial o determinante del tal motivo de impugnación, lo planteará mediante demanda

³⁵ ORELLA CANO, N.A., «La cuestión incidental de previo pronunciamiento: legitimación, requisitos para su formulación, momento procesal en que debe suscitarse y resolverse, efectos de su resolución» cit. pp. 1353-1354.

³⁶ ORELLA CANO, N.A., «La cuestión incidental de previo pronunciamiento: legitimación, requisitos para su formulación, momento procesal en que debe suscitarse y resolverse, efectos de su resolución», cit. pp. 1354-1356.

³⁷ Conclusión extraída del Encuentro de Magistrados/as de lo Mercantil de Pamplona de noviembre de 2015.

incidental de previo pronunciamiento bien mediante otrosí bien a continuación de su escrito de contestación. En ambos casos, como se trata de una “demanda incidental”, deberá reunir los requisitos del art. 399 LEC, a la que deberá acompañar los documentos necesarios e indicar los medios de prueba de los que intente valerse, siendo éste un momento preclusivo (art. 392 LEC).

2.- El secretario judicial dará cuenta al juez de dicha cuestión de previo pronunciamiento quien deberá resolver mediante providencia sucintamente motivada, si la admite o no. En caso afirmativo, suspenderá el curso de las actuaciones del pleito principal hasta que ésta no se resuelva.

3.- A continuación, el secretario judicial, mediante diligencia de ordenación, dará traslado por 5 días al resto de partes para que se pronuncien por escrito sobre la cuestión de previo pronunciamiento planteada. Aun cuando el art. 393.3 LEC nada diga al respecto, en ese escrito de contestación, también deberán proponerse los medios de prueba pertinentes.»³⁸.

El momento en el que debe plantearse es con la interposición o con la contestación de la demanda, en función si se es parte actora o demandada. Únicamente en el caso de adhesión de un socio que votó a favor del acuerdo impugnado puede plantearse la cuestión de previo pronunciamiento de formar posterior a la contestación a la demanda, teniendo en cuenta el límite previsto en el art. 393 LEC.

La cuestión ha de resolverse si hubiera acuerdo de las partes al comienzo de la vista, homologando el juez el acuerdo. Si no se estima procedente convocar a vista en los casos del art. 438-4 LEC, se dictará resolución en forma de auto. Si se celebra vista, se dictará en el plazo de 10 días, auto resolviendo la cuestión y disponiendo lo que sea procedente respecto de la continuación del proceso. Contra este auto, si se acordare poner fin al proceso, cabrá recurso de apelación y, si se decidiere su continuación no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que la parte perjudicada pueda impugnar la resolución al apelar la sentencia definitiva³⁹.

³⁸ Acuerdo de Jueces y Letrados de la Administración de Justicia de Barcelona de 17 de marzo de 2015

³⁹ ORELLA CANO, N.A., «La cuestión incidental de previo pronunciamiento: legitimación, requisitos para su formulación, momento procesal en que debe suscitarse y resolverse, efectos de su resolución», cit. p. 1362.

C. Efectos de su resolución.

Si el juez no aprecia el carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación, en el auto que así lo declare, ordenará el archivo del procedimiento principal.

Por el contrario, si el juez considera que el motivo de impugnación fue esencial o determinante, según los casos, lo declarará mediante auto, no susceptible de recurso alguno y ordenará continuar el procedimiento principal de impugnación de acuerdos sociales.

Podemos plantearnos otra posibilidad, en el caso de que no se suscitase la cuestión de previo pronunciamiento, ¿podría la sentencia valorar el carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación conforme el art. 204.3 LSC?. La autora Orella, resuelve entendiendo que «no encuentro obstáculo para ello, el hecho de no plantearse la cuestión de previo pronunciamiento no puede funcionar como una suerte de preclusión a modo de cosa juzgada que impida al juez que resuelve sobre el fondo, pronunciarse sobre los motivos de impugnación, cuando no hubo un previo pronunciamiento»⁴⁰. Si el socio que impugna los acuerdos considera el carácter esencial el motivo de impugnación y el demandado tampoco plantea debate, entiendo que el juez debe suscitar la cuestión de previo pronunciamiento de forma previa, ya que concluir en sentencia sobre la esencialidad o no de los motivos de impugnación y que se puede desestimar la demanda por falta de esencialidad puede resultar sorprendente para las partes.

Antes de la reforma de la Ley 31/2014 que introduce el incidente de previo pronunciamiento, se encuentran sentencias que aplican la prueba de la resistencia, en lo referido a la constitución y en lo referido a la adopción de acuerdos. Un ejemplo se encuentra en la STS de 15 de enero de 2014 (TOL 4390917), que resuelve sobre la impugnación de acuerdos sociales de ampliación de capital de la Sociedad Anónima

⁴⁰ ORELLA CANO, N.A., «La cuestión incidental de previo pronunciamiento: legitimación, requisitos para su formulación, momento procesal en que debe suscitarse y resolverse, efectos de su resolución», cit. pp. 1363-1364.

Deportiva Club Atlético de Madrid, ratificándose el fallo de segunda instancia que declaró su nulidad⁴¹.

V. CONCLUSIONES.

Refiriéndome al caso objeto de dictamen hemos de recordar los puntos que centran la demanda de impugnación de acuerdos sociales ejercitada por Daniela:

a) Que la actora no ha tenido información alguna desde 2010, y que se enteró en 2019 de que se había vendido un inmueble.

b) Que ha requerido infinidad de veces información, que se le ha negado y que no ha podido formarse una opinión razonada para votar en las juntas.

c) Que, por todo lo anterior, la junta de 2019 impugnada es nula y sus acuerdos también, y además por lo genérico de distintos puntos de la convocatoria, y por no haber asistido jamás la actora a las juntas de 2014 a 2018 cuyas cuentas se pretendían aprobar.

Una vez recordados se efectúan las conclusiones en función de lo estudiado.

I. La LSC no establece en precepto alguno la posibilidad de impugnar una junta general, lo que sí permite es impugnar los acuerdos adoptados en las juntas. La referida impugnación ha de fundarse en determinadas causas, bien de nulidad, bien de anulabilidad. Son nulos los acuerdos de los órganos colegiados de la sociedad cuando son contrarios a la ley. Esta infracción legal determinante de la nulidad del acuerdo puede producirse respecto de normas sustantivas que regulan el contenido de los acuerdos sociales y en tal caso, será nulo exclusivamente el acuerdo que infrinja la

⁴¹ En la sentencia, el TS razona qué relevancia tuvieron en los acuerdos que finalmente se adoptaron la participación de Gil y Cerezo, por lo que se debe realizar el test o prueba de resistencia argumentada en los siguientes términos: «Aunque no contemos en la actualidad con una regulación expresa en nuestro derecho de sociedades y la norma proyectada carezca de toda eficacia, nada impide entender, como ha venido haciéndolo la doctrina desde hace sesenta años, que la prueba de resistencia estaría implícita en el cómputo de quórum y mayorías, a los efectos de la impugnación de acuerdos. Una muestra de ello es que la misma ratio iuris subyace en la regla adoptada por la Ley al regular supuestos con los que existe una relación de analogía, como es el alcance de la infracción de la prohibición de voto en caso de conflicto de intereses en la sociedad de responsabilidad limitada. Conviene advertir que esta regla se refiere únicamente a los casos en que se permitió de forma indebida la asistencia y el voto de quien no gozaba del derecho de asistencia o del derecho de voto. No se extiende a los casos en que fue denegada de forma indebida la asistencia de quien sí gozaba de derecho para ello, pues en este segundo caso se impidió que su participación en la deliberación pudiera incidir en la conformación de la voluntad, más allá de la irrelevancia de su voto para alcanzar la mayoría exigida por la ley.»

norma legal, por defectos intrínsecos, pero no los demás adoptados en esa junta general. Pero la infracción legal puede también producirse respecto de las normas que regulan la convocatoria, constitución o celebración de las juntas.

En estos casos puede ser que se trate también de un motivo de nulidad que afecte exclusivamente a determinados acuerdos (por ejemplo, la denegación al socio de la información solicitada respecto de un determinado punto del orden del día o la no indicación en la convocatoria del derecho que tienen los socios a examinar los documentos contables que van a ser sometidos a aprobación de la junta, bajo el punto de aprobación de las cuentas anuales en una junta en la que se van a tratar también otros extremos no relacionados con las cuentas anuales). El resto de los acuerdos aprobados por la junta que no estén relacionados con la infracción del derecho de información no están afectados por el motivo de nulidad.

II. El art. 272 LSC establece que, a partir de la convocatoria de la junta general, cualquier socio podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas y que en la convocatoria se hará mención de este derecho, y en este caso, existe vulneración del derecho de información de la demandante.

Dado que las cuentas de 2018 fueron solicitadas por la demandante mediante burofax y el órgano de administración no contestó a dicha solicitud se puede considerar vulnerado el derecho de información de la actora. Es importante en este punto señalar que en la convocatoria de la junta general no se hace constar que las tiene a su disposición en el domicilio social. Por ello debe ser declarado nulo el acuerdo de aprobación de las cuentas anuales de 2018.

En lo referente al resto de pretensiones que ejercita la actora considero que estando formalmente aprobadas y depositadas las cuentas anuales no le asiste a la demandante el derecho de información que sí le asiste en las referentes a 2018. El hecho de que no se haya acompañado copia de los documentos relacionados con las cuentas anuales de 2014 a 2017 no justifica la nulidad del acuerdo (estas cuentas están depositadas en el Registro, teniéndolas allí a su disposición) ya que el derecho de información no ampara cualquier solicitud de remisión de copia de documentos de la sociedad, siendo posible que se

responda a la información solicitada de forma oral en la junta, en este caso innecesaria al no haber asistido la actora a la junta pese a estar debidamente convocada.

III. En lo referente al incidente de previo pronunciamiento concluyo que hemos de analizar el art. 204.3 LSC, en este caso la demandante establece como motivos de impugnación la forma de la convocatoria y la inexistencia de información sobre los acuerdos a adoptar. En este último punto no cabe la cuestión de previo pronunciamiento ya que para que pueda concurrir es necesaria una respuesta por parte de la sociedad, valorando si esa respuesta era insuficiente o incorrecta, vulnerando el derecho de información de la socia. Se debe valorar si la información solicitada es esencial para que un socio medio pudiera formular su derecho de voto o ejercer cualquiera de los derechos de participación en la sociedad. En el caso objeto de dictamen no hay una respuesta activa de la sociedad, por lo que no se puede valorar con carácter previo si es suficiente o incorrecta, lo que nos lleva a concluir que esta cuestión habrá de valorarse en el procedimiento, donde se planteará si se ha ejercitado el derecho de información y se ha cumplido con el mismo.

En cuanto a la forma de la convocatoria, el defecto ha de considerarse no esencial ya que la demandante fue notificada mediante acta notarial, y este medio viene previsto en los estatutos de la sociedad por lo que el defecto no puede ser considerado relevante para sustentar la impugnación.

Por ello la cuestión de previo pronunciamiento debe ser estimada en parte, declarando el juez mediante auto la no esencialidad del motivo de impugnación relativo a la convocatoria de la junta general y ordenando la continuación del procedimiento por el motivo de impugnación alegado (falta de información).

Esta es la opinión que se emite como dictamen y que se somete a cualquier otra mejor fundada en Derecho, firmándola en Zaragoza a 5 de diciembre de 2021 Don Alberto Bona Equiza.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

1. Libros y artículos de revista.

- ALFARO ÁGUILA REAL. J y MASSAGUER FUENTES. J, «Artículo 204. Acuerdos impugnables» en Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014): sociedades no cotizadas, Juste Mencía (coord.), Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 155 a 229.
- ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN. P, Estudios sobre el proceso de impugnación de acuerdos sociales, Dykinson, Madrid, 2015.
- BAENA BAENA P. J., «Legitimación activa y pasiva para la impugnación de acuerdos sociales [arts.206.1, 2 y 3, 251.1 y 495.2.b LSC]», en Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad Cotizada, Roncero Sánchez (coord.), Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, consultado en soporte electrónico disponible en Thomson Reuters Proview.
- BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., Manual de Derecho Mercantil, Volumen I, Vigésimo octava edición, Madrid, 2020, Tecnos, p. 480-489.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ M.B. «Reglas de legitimación e impugnabilidad: el conflicto entre mayorías inmanente en la impugnación de acuerdos», Revista de Derecho de Sociedades, nº50, 2017, pp. 67 a 111.
- LAFUENTE TORRALBA, A.J. LAFUENTE TORRALBA, A.J., «Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacitación judicial», REDUR 10, diciembre 2012, pág. 135.
- LARGO GIL. R y HERNÁNDEZ SAIZ. E, Derecho Mercantil I, Vol. 2: El empresario. Empresario individual y Derecho de sociedades, 3ª edic. Kronos, Zaragoza, 2017.
- MASSAGUER FUENTES J., «Artículo 206. Legitimación para impugnar» en *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley*

31/2014): *sociedades no cotizadas*, Juste Mencía(coord.), Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 247 a 269.

- MUÑOZ PAREDES, M.L, «Los acuerdos impugnables», *Revista de Derecho Mercantil*, n° 296, 2015, pp. 159 a 182.
- ORELLA CANO, N.A., «La cuestión incidental de previo pronunciamiento: legitimación, requisitos para su formulación, momento procesal en que debe suscitarse y resolverse, efectos de su resolución» en *Derecho de sociedades: cuestiones sobre órganos sociales*, González Fernández (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 1345-1367.
- SÁNCHEZ CALERO. F, «La impugnación de acuerdos sociales y la intervención del socio que votó a favor» en *Derecho de Sociedades y de los Mercados Financieros. Libro Homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, Fernández Torres et al. (coord.), Iustel, Madrid, 2018, pp. 811 a 827.
- VÁZQUEZ ALBERT, D., *El derecho de información en las sociedades mercantiles*, 2019, eLibro, Bosch editor.
- VÁZQUEZ LÉPINETTE. T, *Estrategia jurídica en los conflictos societarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp., 78 y 79.
- VÉRGEZ SÁNCHEZ, «Los órganos de las sociedades de capital» en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Menéndez Menéndez et. al (dir.), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2012, pp. 481-487.

2. Jurisprudencia.

a. Sentencias.

- STS de 20 de febrero de 1968 (RJ 1155).
- STS de 23 de noviembre de 1970 (RJ 2241).
- STS de 4 de mayo de 1987 (RJ 1858).
- STS de 19 de febrero de 1991 (RJ 1511).
- STS de 30 de enero de 2002 (RJ 2002/2311).
- STS de 7 de julio de 2003 (RJ 2003/4332).
- STS de 15 de enero de 2014 (RJ 2014/1264).
- STS de 14 de febrero de 2018 (2018/542).
- SAP de Zaragoza de 6 de octubre de 2003 (JUR 2003/25107).

- SAP de Madrid de 24 de septiembre de 2012 (JUR 2012/358275).
- SJMer de San Sebastián de 6 de junio de 2018 (JUR 2018/273690).
- SJMer de Palma de Mallorca 268/2018 de 15 de mayo.

b. Autos.

- ATS de 5 de diciembre de 2001 (RJ 2002/1790).
- ATS de 22 de enero de 2002 (JUR 2002/48765).
- ATS de 23 de abril de 2011 (JUR 2014/133380).