

Recurso contra sentencia desestimatoria en acción de impugnación de un acuerdo de disolución de una sociedad limitada

Pedro Mario González Jiménez

Profesor contratado doctor (acred.) de Derecho Mercantil.

Universidad de Córdoba (España)

d12gojip@uco.es | <https://orcid.org/0000-0002-4684-2751>

Enunciado

Un empresario español y otro extranjero constituyen una sociedad limitada para realizar nuevos proyectos empresariales dedicados a la energía renovable fuera de España. Como administrador único designan al empresario extranjero, puesto que contaba con experiencia en el sector y en los países donde se pretendía invertir. En cuanto a la distribución del capital, la mayoría (más del 70 %) la ostenta una sociedad mercantil propiedad del administrador, mientras que una sociedad propiedad del inversor español se queda con una participación minoritaria (menor al 12 %). Por otro lado, casi todo el capital se destina a comprar unos terrenos en cierto país extranjero con el propósito de que fuesen utilizados para la explotación de un proyecto de energía solar. Sin embargo, según se le comunica al socio español, llegado un momento resulta imposible llevar a cabo ese proyecto ya que, según parece, existen revueltas en los terrenos adquiridos que incluso ponen en peligro la integridad física de los trabajadores y del administrador.

En febrero de 2014 la demandada remite al cliente mediante burofax la convocatoria de una junta general que se habría de celebrar en el domicilio social el 24 de marzo de 2014. Esta estaba firmada por el administrador de la sociedad (el empresario extranjero) y su orden del día era el siguiente: 1.º Aprobar, en su caso, las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2011 y 2012 y la propuesta de aplicación del resultado de cada uno de ellos; 2.º

Aprobación, en su caso, de la gestión del administrador único; 3.º Análisis de situación de la sociedad y medidas a adoptar, así como la conveniencia de proceder a la liquidación de la sociedad; 4.º Redacción y aprobación del acta.

El socio minoritario (en este caso, potencial recurrente) no acude a la junta convocada, en la creencia razonable de que, tal como se deduce de conversaciones telefónicas que obran en el expediente, había quedado suspendida, con motivo de la imposibilidad de asistencia del administrador. Sin embargo, finalmente el administrador no apareció, pero sí un representante.

De la literalidad del acta aprobada de la junta de socios supuestamente celebrada en marzo de 2014 se verifica, a efectos del presente procedimiento, lo siguiente: a) el único socio que asiste es el socio mayoritario, una sociedad administrada por el empresario extranjero que también era el administrador único de la sociedad cuya junta se celebra; b) no asisten los socios minoritarios; c) se dice que asiste el administrador único, si bien esto queda refutado por las pruebas aportadas por la sociedad demandante; d) los puntos primero y segundo, referidos a las cuentas anuales de 2011 y 2012, se aprueban, y e) se acuerda la liquidación de la sociedad en virtud del artículo 363.1 c) del TRLSC, esto es, por la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social.

Con fecha 18 de abril de 2014 el administrador único de la sociedad que se pretende liquidar remite un burofax al recurrente, socio minoritario, con la finalidad de «hacerle partícipe del alcance de los acuerdos a los que se llegó en la Junta General de la sociedad celebrada en su sede social en marzo de 2014». Tal comunicación fue recibida por el socio minoritario el día 23 de abril. En la misma se indicaba la existencia de un acuerdo de liquidación materializado a través de un sistema de liquidación de activos por medio de subasta pública, aclarando que la misma se había señalado para el 23 de abril de 2014 en una notaría de cierto país extranjero, esto es, el mismo día en que el socio minoritario recibía la notificación. De modo que a pesar de la trascendencia de la información que se traslada al socio minoritario (liquidación de la sociedad y venta de activos mediante subasta en el extranjero), la comunicación sobre el acuerdo adoptado el 24 de marzo se realiza mediante comunicación tan solo días antes de la celebración de la subasta y casi un mes después de la adopción del acuerdo.

Más tarde, se convoca una junta para aprobar el balance de liquidación el 5 de enero de 2015, el cual es aprobado por el socio mayoritario. El socio minoritario solicita información, pero la administración niega todas y cada una de las peticiones del minoritario sobre la base de justificaciones de carácter jurídico formal.

El resultado final es que de la inicial aportación por el empresario español de la cantidad de 300.000 euros, de los cuales 275.000 euros son en concepto de prima de emisión, se queda (como resultado del acuerdo de disolución, operaciones liquidatorias y reparto del haber social) con 450 euros. Los fondos van a parar, por un lado, a las enormes minus-

valías de los terrenos a cuya subasta no pudo acudir la socia minoritaria y que adolece de gran opacidad, y por otro, a trabajos realizados por otras empresas en las que el empresario extranjero es administrador o tiene una participación considerable. El asunto se lleva a la jurisdicción penal donde es desestimado.

Insatisfechas las pretensiones en la vía penal, dado que en el acta notarial el representante del demandante en la junta, al final de su intervención, dejó salvaguardados los derechos de impugnación tanto de la junta de 5 de enero de 2015 como de la de 24 de marzo de 2014, decide interponer una demanda para impugnar los acuerdos.

Por lo que respecta a la junta general de marzo de 2014, la acción de impugnación de acuerdos sociales ejercida por la parte actora se fundó en lo siguiente: a) su nulidad por no asistencia a la junta del administrador de la sociedad demandada, b) nulidad del acuerdo de disolución y liquidación adoptado en la junta por la inexistencia de la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social, c) nulidad de la junta por defectuosa convocatoria, ya que el orden del día debe ser redactado con claridad, sin que sea suficiente una referencia genérica o expresada en términos ambiguos o indeterminados, y d) nulidad por conflicto de intereses. Inexistencia de real manifestación de voluntad en la junta presuntamente celebrada.

Por otro lado, en lo que concierne a los acuerdos adoptados en junta general de fecha 5 de enero de 2015, señaló como motivos de impugnación de los acuerdos sociales: a) que la liquidación y operaciones liquidatorias nunca fueron llevadas a cabo por la persona designada como liquidador, sino por el socio mayoritario, b) la vulneración del derecho de información y c) la falta de balance final.

A las causas de nulidad y anulabilidad expuestas por la parte actora se opuso la parte demandada, quien señaló que la acción entablada por la parte actora respecto a la impugnación de ambos acuerdos estaría caducada, a tenor de la legislación aplicable por la fecha de aprobación de los distintos acuerdos impugnados. En este punto el régimen legal aplicable es el siguiente:

Respecto de los acuerdos adoptados en junta general de fecha 24 de marzo de 2014, es de aplicación el artículo 205 de la TRLSC anterior a la reforma operada en dicho precepto por la Ley 31/2014, por la que se modifica la Ley de sociedades de capital para la mejora del gobierno corporativo (en adelante, LMGC). En cuanto a los acuerdos adoptados en junta general de 5 de enero de 2015, es de aplicación lo establecido en el artículo 390.2 de la TRLSC, en su redacción vigente en el momento de la adopción de estos acuerdos, es decir, el plazo de impugnación del acuerdo aprobatorio del balance de liquidación es de dos meses a contar desde la fecha de su adopción.

Así las cosas, la juzgadora le da la razón a la parte contraria al entender que tanto la acción de impugnación de la junta de 2014 como la referida a la junta de 2015 está caduca-

da. La acción para impugnación de los acuerdos adoptados en la junta general de fecha 5 de enero de 2015 lo estaría, a su juicio, por cuanto la misma fue entablada en fecha 24 de marzo de 2016 (fecha de interposición de la demanda), por ello transcurridos más de dos meses desde la adopción del acuerdo.

Igual suerte desestimatoria corre la acción entablada para impugnar los acuerdos adoptados en junta general de fecha 24 de marzo de 2014, una vez examinada la figura de la caducidad a la luz del texto de la norma vigente al tiempo de su aprobación. En opinión de la juzgadora, el artículo 205 del TRLSC aplicable al caso por razones temporales establece en su apartado primero que la acción de impugnación de los acuerdos nulos caducará en el plazo de un año, entendiéndose por tales los que puedan ser contrarios a la ley, quedando exceptuados de esta regla los acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público. Por ello, han de considerarse caducados debido a que en el presente caso no estamos ante un acuerdo contrario al orden público.

La juzgadora llega a esta conclusión citando la STS de 30 de mayo y de 29 de noviembre de 2007, que en lo que respecta a la doctrina sobre el concepto de orden público dice que

el concepto de orden público en el área de los acuerdos sociales es de los denominados indeterminados, y que generalmente se aplica a acuerdo, convenios o negocios que suponen un ataque a la protección de los accionistas ausentes, a los accionistas minoritarios e incluso a terceros, pero siempre con una finalidad, la de privarlos de la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 CE.

También cita la STS de 26 de septiembre de 2006, a tenor de la cual se resalta el carácter excepcional que el concepto de orden público presenta respecto de la caducidad de la acción de impugnación, fenómeno procesal que ha de ser la regla general. Destaca la juzgadora que la apreciación de la afectación al orden público de los acuerdos impugnados debe ir ligada al examen del caso concreto, sin que de manera genérica cualquier vulneración de los derechos del socio suponga que nos encontramos ante acuerdos contrarios al orden público, por esenciales y relevantes que sean tales derechos, como ocurre con la vulneración del derecho de información, para lo cual cita la STS de 10 de noviembre de 2004, entre otras.

De modo que, en síntesis, sostiene que para atender a la excepcionalidad del concepto de orden público se ha de estar en presencia, o bien de acuerdos que vulneren derechos fundamentales y, singularmente, en lo que nos ocupa, el derecho a la tutela judicial efectiva, o bien ante acuerdos que, de modo ineluctable, por su contenido, resulten contrarios a los principios configuradores del tipo social.

En particular, en el caso concreto de la junta general se podría apreciar que la existencia de acuerdos contrarios al orden público se relaciona con la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y parte de dos presupuestos: el primero es que el socio se

vea privado de su derecho de la propia participación en la formación de la voluntad social. Pero este presupuesto no es suficiente. Se requiere además que el acuerdo permanezca oculto. Al respecto, señala que incluso carece de sentido que acuerdos adoptados impidiéndose al socio ejercer su derecho, pero conocidos por este, puedan ser asimilados a los acuerdos contrarios al orden público, por lo que debe rechazarse que la mera vulneración del derecho ya sirva para destruir la regla de la caducidad, ya que ello no comporta por sí la infracción del derecho a la tutela judicial, dado que el socio interesado podrá acudir a los tribunales dentro del plazo de caducidad establecido para el ejercicio de las acciones de impugnación.

De ahí que la juzgadora concluya que no nos encontramos ante un acuerdo que haya permanecido oculto, sino que se conocía desde un principio, primero al haberle sido notificada la convocatoria a junta y después al haberle sido notificada el acta de la junta que contenía los acuerdos adoptados. Por último, tampoco nos encontramos ante acuerdos frontalmente atentatorios contra principios configuradores de la sociedad y, como tal, contrarios al orden público. El acuerdo de disolución y liquidación adoptado no solo no resulta contrario al orden público en esta vertiente, sino que contempla una posibilidad prevista en el TRLSC.

Tras su disertación sobre el concepto de orden público, la sentencia comentada examina la nulidad de los acuerdos adoptados en la citada junta por inasistencia a la misma del administrador social. En este punto trae a colación la STS de fecha 19 de abril de 2016, la cual advierte que la ausencia de los administradores sociales, como regla general, no puede ser considerada como causa de suspensión o nulidad de la junta general, puesto que ello sería tanto como dejar al albur de los administradores la posibilidad de expresar la voluntad social a través de las juntas generales. Cabe extraer así la conclusión de que la ausencia de los administradores en la celebración de la junta, a pesar de ser obligada y poder generar responsabilidad por incumplimiento de una obligación inherente al cargo, no determina de forma automática su suspensión o nulidad. Esto se matiza sensiblemente cuando la ausencia puede ser determinante de la privación de algún derecho de los socios, como el derecho de información. Circunstancia que en el presente caso considera la juzgadora que no concurre en tanto que la parte actora, socio de la demandada, tampoco concurrió a la celebración de esta junta, por lo que el ejercicio de ninguno de sus derechos se vio conculcado al tiempo de la celebración de esta y menos su derecho de información al tiempo de la misma, por cuanto no fue ejercitado debido precisamente a su propia ausencia. Además, advierte que aunque el administrador no puede delegar su asistencia, ello no implica una prohibición a que en el seno de la junta general pueda proporcionarse a los socios información que no provenga del órgano de administración (STS de 30 de abril de 2016).

Por último, en lo que respecta a la falta de claridad en la redacción de los puntos del orden del día a tratar, brevemente concluye la juzgadora que tampoco se puede compartir en tanto que el orden del día tras su lectura resulta claro y preciso, siendo un hecho evidente que no procederá la liquidación de la sociedad si con carácter previo no se acuerda la disolución de esta.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Están caducadas las acciones de impugnación de la junta celebrada en 2014 o de la junta celebrada en 2015?
2. ¿Es conforme a derecho cómo se formula el orden del día?
3. ¿Es motivo de impugnación la falta de asistencia efectiva del administrador a la junta general?
4. Comente si resulta controvertible o no el concepto de orden público al que alude la sentencia recurrida tomando en consideración cada uno de estos hechos: a) la simulación de la junta de socios; b) la falta de claridad en la convocatoria, la ausencia del administrador social y el incumplimiento del deber de información, y c) la causa legal de disolución.
5. ¿Es aplicable el plazo de 2 meses del artículo 390 de la TRLSC en lo que concierne a la junta de 2015?

Solución

1. ¿Están caducadas las acciones de impugnación de la junta celebrada en 2014 o de la junta celebrada en 2015?

El poder de la junta general no es omnímodo. Aunque se erige en el órgano soberano de la sociedad, su actividad debe acomodarse siempre al respeto de lo establecido en la ley y en los estatutos, así como a lo que constituye las bases esenciales de la sociedad. Sin embargo, cierto es que en la práctica societaria no son infrecuentes los casos en los que estos límites quedan socavados. Por esta razón, el derecho societario establece un sistema de impugnación de acuerdos que constituye, por un lado, la piedra angular de las garantías a favor de los minoritarios, del interés de la sociedad y de la legalidad de sus acuerdos y, por otro, un límite eficaz para frenar los abusos de poder de las mayorías.

Al respecto, cabe destacar que dicho régimen sufre una modificación importante a finales de 2014 con motivo de la aprobación de la LMGC. Con anterioridad a esta norma, eran acuerdos impugnables los contrarios a la ley, a los estatutos y aquellos que se adoptasen en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros y lesivos para los intereses de la sociedad. Contra los acuerdos contrarios a la ley se podía ejercitar acción de nulidad en el plazo de caducidad de un año a contar desde la adopción del acuerdo y contra los otros dos supuestos, esto es, contrarios a los estatutos o a los intereses de la sociedad, 40 días a contar desde la adopción del acuerdo o desde la inscripción en el BORME si es que estos fuesen inscribibles. Sin embargo, a partir de la reforma, si bien siguen siendo impugnables los mismos acuerdos, las acciones de impugnación difieren. No en vano, desaparece la distinción

entre nulidad y anulabilidad y, en consecuencia, también los distintos plazos de impugnación. En la actualidad, por lo tanto, todas las acciones tienen un plazo de caducidad de un año, salvo los acuerdos contrarios al orden público, cuya acción no caduca ni prescribe.

El régimen aplicable a la junta de marzo de 2014 ha de ser el establecido en el sistema de impugnación anterior a la aprobación de la LMGC, ya que esta entra en vigor en un momento posterior a la celebración de la junta y no puede ser aplicable. De modo que consideramos que *las acciones de nulidad no habrían caducado* y, por ello, no sería necesario atender a la excepción de orden público si tomamos en consideración dos argumentos:

Primero. El acuerdo se recoge por escrito, por lo que el primer día a considerar para el cómputo del plazo en lo que respecta a la caducidad de la acción de impugnación es aquel en que se recibe el acta¹. El motivo es fácil de entender. Como bien dice la juzgadora, el acuerdo no permaneció oculto. Pero también es una realidad que el recurrente no asistió a la junta, por lo que no pudo conocer el acuerdo hasta que le fue notificado. Si se trata con indiferencia este hecho, se otorga una vía a los administradores y a los socios mayoritarios para lograr que no prosperen impugnaciones acortando, intencionadamente, el plazo real del que dispone el socio minoritario para plantear la impugnación. De ahí que por sistemática jurídica deba de considerarse que el cómputo del plazo de caducidad no puede empezar el mismo día de celebración de la junta cuando este se adopte por escrito y el socio que ejercita la acción de impugnación haya estado ausente.

Segundo. Si seguimos un concreto criterio para la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo del año, la acción caducará el 25 de marzo, no el 24 (Álvarez Sánchez de Movellán, 2015a). En particular, consideramos que debe seguirse el criterio del *dies a quo non computatur in termino*. A favor de esta tesis se ha manifestado la doctrina justificando que como *dies a quo* debe entenderse, como criterio general, el siguiente día de la adopción del acuerdo (art. 5 CC) (Gimeno Sendra, 1990). Aunque hay voces que defienden la tesis contraria, esto es, empezar el cómputo desde la fecha del acuerdo (en nuestro caso, el 24 de marzo de 2014), esta interpretación no se comparte. El precepto que recoge el año de caducidad no constituye una norma especial frente a la común del artículo 5 del CC, además, en todo caso, al incidir dicho plazo en el ejercicio de un derecho fundamental, como es el de tutela, debe inclinarse la balanza hacia el lado de la interpretación más favorable a su ejercicio.

2. ¿Es conforme a derecho cómo se formula el orden del día?

Es jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo que la literalidad del orden del día no ha de ser plenamente coincidente con el acuerdo adoptado². Por el contrario, la ley úni-

¹ Entre otros, *vid.* González Pajuelo (2015) y Morales Barceló (2019).

² STS de 28 de noviembre de 1991, núm. 8573/1991.

camente requiere que el orden del día sea completo y que esté redactado con suficiente claridad, esto es, que se evite la vaguedad y se contenga la información suficiente para que los socios intervengan en las deliberaciones y votaciones con una preparación adecuada³. Esto, además, sin ser sorprendidos con deliberaciones sobre puntos que no hubiera motivo para pensar que iban a ser abordados en la junta general⁴. El carácter sorpresivo es, por tanto, el elemento clave para discernir si la convocatoria fue clara o no.

3. ¿Es motivo de impugnación la falta de asistencia efectiva del administrador a la junta general?

Respecto a la ausencia del administrador en la junta general, la argumentación de la juzgadora es intachable. Pese a existir esa obligación legal del administrador, esto no es lo que interesa al régimen de impugnación de acuerdos, no al menos en cuanto a aspecto formal. Preocupa en la medida que imposibilita el derecho de información del socio. Como bien asegura la juzgadora, al estar este ausente y acudir, en todo caso, un representante del administrador informado, no puede estimarse este motivo. Ello no es obstáculo, sin embargo, para que se analice la vulneración del derecho de información anterior a la celebración de la junta.

Al respecto, cabe destacar que el derecho de información de los socios se concibe por la jurisprudencia como un derecho de carácter esencial, irrenunciable y necesario para que el socio pueda conformar su voluntad y poder ejercer de forma responsable su voto⁵. No obstante, el derecho no puede convertirse en un entorpecimiento innecesario y perjudicial para la vida de las sociedades. Si bien, es cierto que esta jurisprudencia es matizada por aquella otra que afirma que no puede considerarse cumplido adecuadamente el derecho de información del socio en la junta general argumentando que ya antes tuvo ocasión de solicitar información más detallada por escrito⁶. A pesar de ello, huelga decir que no faltan casos en los que el Tribunal Supremo ha declarado la validez de los acuerdos señalando que la motivación de la impugnación del acuerdo en la infracción del derecho de información se había realizado de mala fe o abuso de derecho⁷. Ello ocurrirá cuando la única intención sea conseguir a toda costa la nulidad de un acuerdo contrario a los intereses del impugnante⁸.

³ SSTS de 28 de noviembre de 1991, núm. 8573/1991; 14 de junio de 1994, núm. 4820/1994; 17 de mayo de 1995, núm. 3924/1995, y 4 de marzo del 2000, núm. 1502/2000.

⁴ STS de 17 de mayo de 1995, núm. 3024/1995.

⁵ SSTS de 9 de julio de 1996, núm. 8788/1996; 21 de octubre de 1996, núm. 7167/1996, y STS de 15 de diciembre de 1998, núm. 9636/1998.

⁶ STS de 16 de diciembre de 2002, núm. 10750/2002.

⁷ STS de 8 mayo de 2003, núm. 3888/2003.

⁸ STS de 31 de julio de 2002.

4. Comente si resulta controvertible el concepto de orden público al que alude la sentencia recurrida tomando en consideración cada uno de estos hechos: a) la simulación de la junta de socios; b) la falta de claridad en la convocatoria, la ausencia del administrador social y el incumplimiento del deber de información, y c) la causa legal de disolución.
- a) La simulación de la junta y el concepto de orden público.

En el supuesto que nos ocupa parece razonable entender que la junta no se celebró en realidad, sino que tan solo hay una simulación *a posteriori*. Alcanzar tal conclusión no es descabellado en la medida en que puede ser una práctica habitual de la sociedad no reunirse y pactar el contenido de las actas. Además, la cancelación de la junta se puede sobreentender de las conversaciones mantenidas por los empresarios y de las contradicciones reflejadas en el acta, como por ejemplo la falsa presencia del administrador en la junta. De considerarse una simulación, ha de traerse a colación la doctrina que ha considerado que no ajustarse a la realidad y tener el propósito de eludir la intervención de algún socio es contrario al orden público⁹. Cabría preguntarse, por consiguiente, si interesaba que el socio recurrente no participase activamente en el fin de la sociedad.

No es inverosímil sostener que, en puridad, lo que se perseguía convocando, desconvocando y finalmente celebrando (presuntamente) la junta era evitar la intervención en la misma del socio-recurrente, el cual estaba pidiendo explicaciones de la gestión, las cuentas y las operaciones de la sociedad en mitad de un proceso que acabó, finalmente, con una empresa fuertemente descapitalizada. Ciertamente es que en ese caso la conducta ilegal debe ir acompañada de una intención con efectivo perjuicio, lo que se puede inferir de la STS de 18 de mayo de 2000 cuando afirma que el concepto de orden público «se aplica a acuerdos que suponen un ataque al socio siempre con una finalidad, la de privarlos de la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24 CE»¹⁰.

Sostiene esta consideración la STS de 30 de mayo de 2007, la cual asegura que «crear la apariencia de junta universal que no se ajusta a la realidad y con el propósito de eludir la intervención de los socios que desconocen su existencia ataca a los más elementales principios de la vida social; y los acuerdos, por su causa, infringen la normativa legal afectando al orden público»¹¹. Así, un acuerdo sería contrario al orden público por sus circunstancias si se hace valer un acuerdo adoptado en una junta que realmente no se celebró, esto es, aquellos acuerdos inexistentes o simulados (Morales Barceló, 2019).

⁹ STS de 5 de febrero de 2002, núm. 1600/2000.

¹⁰ STS de 30 de mayo de 2007, núm. 596/2007. *Vid.* Álvarez Sánchez de Movellán (2015b).

¹¹ STS de 30 de mayo de 2007, núm. 596/2007 (NCJ044804).

De hecho, tal es la relevancia de la noción de «circunstancias» en lo que respecta al orden público que tras la reforma introducida por la LMGC se introdujo el concepto de «acuerdos que por sus circunstancias fueran contrarios al orden público» frente a la redacción precedente que no se refería a las circunstancias, sino solo a los acuerdos que contradigan el orden público por sus «causas o contenido». Ciertamente es que hay quien no cree que la finalidad de esa incorporación sea ampliar el concepto de orden público ni que una expresión indeterminada como las «circunstancias» sirva para ello (González Fernández, 2017). Sin embargo, algún autor ha confirmado que, teniendo en cuenta sus antecedentes, este término debe referirse a acuerdos realmente inexistentes o, simplemente, falsos, tal como se desprende del Estudio de la Comisión de Expertos de la LMGC (Vidal Calvo, 2016).

- b) La falta de claridad en la convocatoria, la ausencia del administrador social y el incumplimiento del deber de información desde la perspectiva del concepto de orden público.

La ausencia del administrador como tal no conlleva la impugnación de los acuerdos. Es muy complicado pensar que la mera ausencia del administrador convierte el acuerdo en contrario al orden público, puesto que eso sería emplear una interpretación formalista que la doctrina y la jurisprudencia tienen más que descartada. Lo que interesa en todo caso no es la ausencia del administrador en sí, sino la cuestión acerca de si esa ausencia vulnera el derecho a la información del socio durante la junta. Dado que el recurrente no asistió y que en la junta había un representante informado, en ningún caso es posible estimar este motivo de impugnación.

Respecto de la vulneración del derecho de información antes de la celebración de la junta, cabe destacar que solo será impugnabile un acuerdo cuando la información no suministrada sea esencial para el ejercicio razonable del derecho de voto o cualquier otro derecho de participación. De hecho, el actual artículo 204.3 del TRLSC establece que no será motivo de impugnación la incorrecta o insuficiencia de la información solicitada antes de la celebración salvo que esa información fuese esencial para el ejercicio por parte del socio de algún derecho de participación. Lo que no estaría amparado en las causas de impugnación sería la ausencia total de información antes de la junta. A este respecto, cabe destacar que es esencial cuando sea sustancial para el ejercicio de los derechos y no es esencial cuando es innecesaria para la tutela de los derechos del socio. De modo que hay que acudir al llamado test de relevancia. Solo cuando la infracción sea relevante, por haber podido influir en el voto del socio, será posible impugnar el acuerdo social. Además, en todo caso, el ejercicio del derecho ha de ser razonable, lo que significa que el ejercicio debe ser de buena fe y no abusivo.

Con esto queremos decir que ya de por sí incluso en el supuesto general dentro del plazo de caducidad de un año la falta de información ha de revestir un carácter importante. Ello obliga a considerar la falta de información como motivo de que un acuerdo sea contrario

al orden público como algo muy excepcional y para los casos más graves. De manera que esto solo sería posible si se demuestra que la falta de información causó indefensión al recurrente. Además, el hecho de que se acudiese a la vía penal dificulta que se estime este punto, puesto que se podría entender que el ejercicio de la acción de impugnación y fuera del plazo de un año no es de buena fe y que reviste un carácter abusivo.

Por último, la falta de claridad del punto 3.º de la convocatoria es una cuestión controvertida. Hay argumentos a favor y en contra:

A favor. El orden del día no es una exigencia caprichosa del ordenamiento, sino que tiene una doble finalidad: por un lado, informa a los socios de los asuntos a tratar para que estos, junto con el ejercicio del derecho de información, puedan ejercer debidamente sus derechos políticos. Por otro, controla los acuerdos una vez adoptados, evitando acuerdos sorpresivos que pudieran adoptarse, bien en ausencia de un socio, bien sin el previo conocimiento de su adopción por parte de este. La única excepción a esta regla son los asuntos expresamente previstos en la ley y el supuesto de la junta universal del artículo 178 de la TRLSC¹².

De la doble finalidad expuesta, se deriva la jurisprudencia acuñada por la STS 95/2006, de 13 de febrero, merced a la cual el TRLSC

exige que la convocatoria cumpla una serie de formalidades con la función empírica de posibilitar información al socio y, al fin, servir de medio de defensa de su derecho a asistir a las juntas generales, votar de modo consciente y reflexivo en ellas, solicitar asesoramiento e información para valorar la trascendencia de los temas y, al fin, permitir al ausente ejercer un control de la legalidad de los acuerdos que se adopten mediante la impugnación de aquellos que no se correspondan con el orden del día de la convocatoria, derechos que son de difícil ejercicio en caso de convocatorias incompletas, ambiguas o indeterminadas.

Por este motivo,

la convocatoria debe contener el orden del día, en el que figuran los asuntos a tratar, como se ha dicho con el doble fin de que la emisión del voto vaya precedida de la necesaria reflexión y de que la buena fe de los socios que decidieron no asistir no se vea sorprendida por la inclusión de cuestiones no anunciadas¹³.

¹² Ampliamente, sobre la junta universal y los problemas que ha planteado en el Derecho societario español (hoy ya resueltos): Miranda Serrano (2002, pp. 71 y ss.).

¹³ En ese sentido, además, SSTS de 17 de mayo de 1995 y 12 de julio de 2005.

En el asunto que nos ocupa, el punto 3.º de la convocatoria señala como materia a tratar el «análisis de situación de la sociedad y medidas a adoptar, así como la conveniencia de proceder a la liquidación de la sociedad». Merced a lo cual se adopta la disolución de la sociedad por motivo del artículo 363 c) del TRLSC, esto es, por la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social. Cabe por tanto, en suma, preguntarse si dicho punto de la convocatoria adolece de ambigüedad o indeterminación, de modo que los derechos del socio se vean conculcados o que el socio que decidió no asistir se vea sorprendido por la inclusión de cesiones no anunciadas.

Cierto es que podría considerarse que (a) el punto 3.º no goza de la claridad debida por ser ambiguo e indeterminado y (b) dicha ambigüedad e indeterminación ha conculcado derechos del socio y sorprendido al socio no asistente.

a) El punto 3.º no goza de la claridad debida por ser ambiguo e indeterminado.

Por un lado, el adjetivo ambiguo significa que el sustantivo al que acompaña puede entenderse de varios modos o admitir distintas interpretaciones y dar, por consiguiente, motivo a dudas, incertidumbre o confusión. Por otro, el adjetivo indeterminado implica falta de determinación, esto es, de exactitud. En este sentido, ha de considerarse que el punto 3.º de la convocatoria es ambiguo e indeterminado por los siguientes motivos:

- 1.º Contraposición del lenguaje empleado en los puntos 1.º, 2.º y 3.º. En los puntos 1.º y 2.º se utiliza un lenguaje conciso que no deja lugar a dudas sobre la cuestión a tratar.
- 2.º La lectura del punto 3.º sugiere una mera discusión acerca de las posibilidades con las que cuenta la sociedad, entre las cuales se encuentra la liquidación, pero en ningún momento señala que la presente junta tenga por finalidad aprobar o no la disolución de la sociedad.

En otras ocasiones (STS de 25 de marzo de 1988) no se ha considerado suficiente un enunciado como el de «estudio de los estatutos» cuando después se ha producido la modificación de diversos artículos no especificados e, incluso, en doctrina muy rigurosa (STS de 29 de diciembre de 1999), el Tribunal Supremo ha entendido que se había producido la infracción de la exigencia legal referida cuando en la convocatoria no se fijaba el importe de la ampliación, ni se expresaba si podía hacerse por emisión de nuevas acciones o por elevación de valor.

En contra. A pesar de lo expuesto más arriba, cabe decir que no es suficiente afirmar que determinado supuesto incurre en falta de claridad para mantener la nulidad de la convocatoria y, por ende, de los acuerdos adoptados. Es preciso analizar el supuesto de hecho concreto para poder concluir si una determinada convocatoria, en atención a su contenido y a las circunstancias en que se ha producido, se ha llevado a cabo con violación de los

derechos individuales del socio. Es preciso determinar si según las circunstancias del supuesto concreto, la falta de claridad de la convocatoria ha derivado en una violación de la situación jurídica del socio disidente que justifique un reproche de nulidad. A este respecto, resultaría del todo punto desproporcionado considerar inválida la convocatoria y por ende los acuerdos sociales adoptados cuando del expediente resulta que el socio disidente conoció –o pudo conocer con antelación suficiente– con exactitud el concreto alcance y efectos de los asuntos a tratar en junta y las consecuencias económicas y societarias que de los mismos pudieran resultar.

En todo caso, es necesario enfatizar que la cuestión que consideramos controvertida es si la falta de claridad podría suponer la impugnación dentro del plazo general de caducidad de un año. En cambio, consideramos evidente que la falta de claridad en ningún caso puede ser considerada tan grave como para que se aplique el concepto excepcional y restrictivo de orden público. Antes bien, la palabra liquidación en el punto del día imposibilita esta conclusión, ya que hace que el carácter sorpresivo no tenga una entidad que pueda justificar la nulidad absoluta. Además, cabe destacar que cualquiera que fuese la causa invocada, el socio mayoritario disponía de votos suficientes para decidir la disolución societaria, por lo que sería desproporcionado retrotraer los efectos del acuerdo y por ello el juzgador se va a mostrar, con seguridad, muy reticente a admitir este motivo de impugnación, sobre todo si nos movemos dentro del concepto de orden público.

c) La causa legal de disolución y el concepto de orden público.

La doctrina viene también reconociendo que con la mención a la «causa y contenido», el legislador quiere decir que la motivación, fundamento o finalidad, es decir, la causa como la materia sobre la que versa el acuerdo, o el contenido, son suficientes para desencadenar la nulidad, si es que contradicen el orden público (Álvarez Sánchez de Movellán, 2015b). Un acuerdo es contrario al orden público por razón de su causa cuando lo es por el efecto que se pretende alcanzar (Morales Barceló, 2019). A este respecto, se nos ocurre que se podría argumentar que con la inexistente causa legal de disolución el efecto que se pretende lograr es la convalidación por ley de una mala gestión, de la realización de operaciones opacas y de un intento (finalmente alcanzado) de descapitalizar la sociedad en detrimento del socio minoritario, ahora recurrente.

Sin embargo, esa argumentación encuentra un obstáculo difícil de sortear como es el hecho de que por la mera voluntad del socio mayoritario, aun sin estar inmersa en causa de disolución legal, la sociedad hubiese tenido el mismo destino, esto es, la liquidación. Por este motivo, es difícil concebir que el juez retrotraiga los efectos a un momento anterior a la disolución (con la perturbación que ello implica para la seguridad en el tráfico) cuando el resultado sería el mismo, es decir, la disolución de la sociedad. Además, el juzgador cuenta con una herramienta evidente para ello, como es el carácter restrictivo del concepto de acuerdo contrario al orden público.

5. ¿Es aplicable el plazo de 2 meses del artículo 390 del TRLSC en lo que concierne a la junta de 2015?

En lo que respecta a la junta de 2015 sí que resultaría aplicable la reforma del sistema de impugnación de acuerdos que trae consigo la LMG. A este respecto, cabe destacar el plazo establecido en el artículo 390.2 de la TRLSC, en virtud del cual la impugnación del balance de liquidación habría caducado, puesto que este es de dos meses. En este contexto, además, conviene señalar que esta «fotografía contable» no forma parte de las cuentas anuales y, por tanto, no puede considerarse nulo el acuerdo que lo aprueba, al no reflejar la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la entidad (Palau Ramírez, 2004). Tampoco impide la validez del acuerdo el hecho de que en el balance final de liquidación pudieran haber incidido defectos de las cuentas anuales de ejercicios anteriores, puesto que aquí sigue el mismo criterio por el cual, aunque no se hayan aprobado las cuentas de ejercicios anteriores, nada impide la aprobación de las cuentas anuales del ejercicio en curso, como de hecho ocurre en el presente caso¹⁴. Es más, incluso no faltan sentencias merced a las cuales se ha resaltado que no es anulable el acuerdo de venta de un inmueble cuando la parte impugnante no acredita la existencia de ofertas más ventajosas por él ni el valor real del mismo mediante informe pericial¹⁵. De hecho, se ha llegado a sostener que para el caso de que el liquidador venda los activos más importantes del patrimonio social a un precio muy inferior a su valor de mercado (como ocurre en nuestro caso), se deba pedir la nulidad de los contratos demandando a la sociedad, al liquidador y al tercero que hubiera celebrado el contrato de compraventa. Así, la impugnación del acuerdo de aprobación del balance de liquidación no es el camino para deshacer ese negocio jurídico perjudicial para el socio impugnante¹⁶.

No obstante, es indubitado que una cosa es el balance de liquidación y otra muy diferente las formalidades y derechos que rodean a la junta general en la cual se aprueba el mismo, ya que no deja de ser una junta general en la que resultan aplicables las normas relativas a esta. Por este motivo, conviene analizar si el plazo de 2 meses se refiere tan solo al balance de liquidación en sí y en todo lo demás se remite al régimen general de impugnación o si, en cambio, la junta general en la que se aprueba el balance de liquidación en su totalidad y respecto de cualquier circunstancia a ella referida, supone una excepción en la que siempre y en todo caso el plazo de caducidad se reduce a 2 meses.

Es controvertido el hecho de que el brevísimo plazo de 2 meses entre en juego también cuando el motivo de impugnación alegado en lo que respecta a la junta de 2015 no es el balance en sí, sino la vulneración de otros derechos, como el de información, cuyo plazo

¹⁴ STS de 31 de diciembre de 2001, núm. 10132/2001.

¹⁵ STS de 6 de marzo de 1999, núm. 1361/1999.

¹⁶ Sobre este punto, *vid.* SAP de Murcia de 27 de octubre de 2016.

de caducidad es de un año. Sin embargo, esta línea de argumentación difícilmente puede llegar a obtener frutos si tomamos en consideración lo siguiente:

El objeto de la impugnación nunca es, en rigor, el balance final, sino el acuerdo de aprobación de los documentos de los que se desprende la cuota que corresponde a cada socio. De ahí que el artículo 390.2 del TRLSC se trate, en realidad, de una norma sobre impugnación de acuerdos sociales, que reviste un carácter especial (Beltrán, 2011). Su especialidad radica en dos cuestiones fundamentales: la legitimación activa y el plazo para la impugnación, que será en todo caso de 2 meses. Tanto es así que carece de sentido en este momento terminal de la vida social la distinción legal entre acuerdos nulos y anulables (art. 204 TRLSC) y sus consecuencias en materia de caducidad de la acción (art. 205 TRLSC). Por ello la remisión a estos preceptos resulta improcedente según ha puesto de manifiesto la doctrina citada.

De modo que se prevé un plazo único de 2 meses a contar desde la fecha de su adopción, sea cual sea el motivo de impugnación. Esto, aunque puede ser difícil de imaginar en un primer momento, tiene un claro fundamento. De no ser así la remisión en este punto al régimen general de impugnación de los acuerdos sociales obligaría a afirmar que nunca caducará la acción de impugnación del acuerdo de aprobación del balance final considerado contrario al orden público. Eso sería un lastre para la seguridad en el tráfico, razón por la cual la ley sencillamente prevé que no sea así, sino que la determinación concreta del plazo de impugnación de este acuerdo de tan solo 2 meses satisface el interés de todos los socios de no dilatar innecesariamente la vida social.

Conclusiones

La realidad empresarial ha demostrado que existen inconvenientes en que el socio minoritario encuentre en las acciones judiciales de impugnación una herramienta de presión frente a la mayoría, pudiendo llegar a interferir seriamente en la actividad normal y cotidiana de la sociedad. En efecto, es por esta realidad por lo que la reforma auspiciada por la LMGC busca limitar los motivos de impugnación de los acuerdos sociales, aunque no pueda presuponerse siempre que el socio minoritario vaya a hacer un uso abusivo de la facultad de impugnar judicialmente. Como ha afirmado muy acertadamente la doctrina, «si no hay conflicto intrasocietario, no hay impugnaciones» (González Fernández, 2017). Si bien tradicionalmente la impugnación de acuerdos se ha definido como un medio de defensa de los minoritarios frente a las conductas abusivas de la minoría, lo cierto es que la interposición de demandas constantes entorpecen y perjudican el normal desarrollo de la actividad de la sociedad.

De hecho, parte de la doctrina, sin dejar de reconocer la inconveniencia de sanar un acto que contraviene el orden público, no deja de mostrar reparo respecto a lo que puede

resultar de aplicar de forma estricta las consecuencias de la nulidad radical a un acuerdo social (González Fernández, 2017). Los acuerdos sociales no son actos que se agoten en sí mismos, sino que, por el contrario, normalmente van a incidir en acuerdos y actos posteriores de la sociedad. De aplicar aquellas consecuencias, la nulidad radical de uno de ellos debería arrastrar a los acuerdos subsiguientes y suponer también la nulidad de todos ellos, lo que a todas luces genera un serio problema de seguridad en el tráfico.

Con esto queremos decir que sin salir del lodazal que suponen las arenas movedizas de los acuerdos contrarios al orden público, es difícil lograr la impugnación, ya sea de la junta de 2014 o de la de 2015. Dicho de otro modo: consideramos que la jurisprudencia sobre el concepto de orden público y las consideraciones doctrinales no son proclives a entender que un supuesto como este sea contrario al orden público. Antes bien, parece que ante el dilema de tomar partido entre la seguridad en el tráfico y los derechos de los socios minoritarios la balanza se ha de decantar por lo primero, a no ser que la gravedad del incumplimiento sea tal que resulte del todo inaceptable para el ordenamiento, bien porque vulnere derechos fundamentales, o bien porque atente contra los principios configuradores del derecho de sociedades, entendiendo este no en su vertiente privada, sino en la esfera pública, que interesa al ordenamiento más allá de un interés meramente particular¹⁷.

¹⁷ Aunque respecto de los principios configuradores de los tipos societarios, hay que dar la razón a la doctrina que duda de su existencia, al afirmar que, dado que han de extraerse de la ley imperativa, es difícil –si no imposible– separarlos y diferenciarlos de ella: Miranda Serrano (2023).

Referencias bibliográficas

- Álvarez Sánchez de Movellán, P. (2015a). Caducidad de la acción de impugnación de acuerdos. *Estudios sobre proceso de impugnación de acuerdos sociales*. Dykinson.
- Álvarez Sánchez de Movellán, P. (2015b). Causas legales de impugnación. Régimen procesal de las mismas. *Estudios sobre proceso de impugnación de acuerdos sociales*. Dykinson.
- Beltrán, E. (2011). Artículo 390. Balance final de liquidación. En AA. VV., *Comentario de la Ley de sociedades de capital*, tomo II. Civitas.
- Gimeno Sendra, V. (1990). *La reforma procesal mercantil. Los nuevos procesos de impugnación de acuerdos y de la propiedad industrial*. Tirant lo Blanch.
- González Fernández, M. B. (2017). Reglas de legitimación e impugnabilidad. El conflicto entre mayorías y minorías inmanente en la impugnación de acuerdos. *Revista de Derecho de Sociedades*, 50.
- González Pajuelo, M. (2015). Impugnación de acuerdos sociales (capítulo 6). En AA. VV., *Mejora del Gobierno corporativo de sociedades no cotizadas (a propósito de la Ley 31/2014, de 3 de septiembre)*. Dykinson.
- Miranda Serrano, L. M. (2002). La junta universal de accionistas o socios: Una propuesta de solución a la problemática que encierran los requisitos de universalidad de las juntas. *Revista de Derecho Mercantil*, 243.
- Miranda Serrano, L. M. (2023). Adopción de acuerdos por escrito y sin sesión: encaje del ordenamiento español en una tendencia de Derecho comparado flexibilizadora de los procesos de formación de la voluntad social. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 15(1).
- Morales Barceló, J. (2019). Tutela del Derecho de información: especial referencia a la impugnación de los acuerdos sociales (capítulo 9). En AA. VV., *El derecho de información en las sociedades mercantiles capitalistas*. Bosch.
- Palau Ramírez, F. (2004). Nulidad y anulabilidad de acuerdos de la junta general de las sociedades de capital en la jurisprudencia española en la última década. *Revista Aranzadi Doctrinal*.
- Vidal Calvo, L. (2016). Caducidad y legitimación en la acción de impugnación de acuerdos sociales. En AA. VV., *Comentario práctico a la nueva norma de Gobierno Corporativo. Ley 31/2014 de reforma de la Ley de Sociedades de Capital*. Dykinson.