

TENDENCIAS EN MATERIA DE IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES

Jesús Quijano González ()*

Sumario

1. Planteamiento de la cuestión: significado y crisis del modelo tradicional de impugnación de acuerdos sociales.
2. Nueva disciplina de la impugnación en algunos ordenamientos europeos.
3. El caso español: estado de la cuestión y alternativas.

Resumen

La impugnación de los acuerdos sociales adoptados por la asamblea o junta general de los socios (también, aunque en menor medida, por el órgano de administración) se configuró históricamente como un espacio de equilibrio entre el ejercicio legítimo de la mayoría y la tutela de la minoría. Se trataba de establecer límites que evitaran el ejercicio abusivo del poder y, a la vez, salvaguardaran tanto el interés social como los derechos individuales de los socios. A este objetivo ha venido respondiendo la orientación de los regímenes legales de la impugnación (causas, legitimación, plazos, procedimiento, efectos, etc.) en los diversos ordenamientos societarios.

En la última época se han extendido las tendencias que pretender revisar, y restringir, las amplias posibilidades de impugnación que, en muchas ocasiones, con evidente abuso de la minoría, han producido paralizaciones innecesarias y perjuicio a la sociedad. En el ámbito europeo

(*) Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Valladolid, España.

ya hay algunos ordenamientos que en recientes reformas han modificado profundamente el modelo de impugnación en distintas direcciones, lo que también es previsible que ocurra en la legislación española.

La Comunicación pretende exponer el estado de la cuestión y establecer algunos criterios orientativos al respecto.

1. Planteamiento de la cuestión: significado y crisis del modelo tradicional de impugnación de acuerdos sociales

Como tantas veces se ha puesto de manifiesto tanto en el ámbito teórico como en el práctico, la impugnación de los acuerdos sociales expresó tradicionalmente una suerte de transacción entre el interés de la mayoría en adoptar las decisiones que considere convenientes usando de su poder legítimo y el de la minoría en no quedar sometida irremediabilmente a decisiones mayoritarias que implicaran abuso o menoscabo de los derechos reconocidos al socio como inderogables. Sin duda, el supuesto interés de la minoría no es en muchos casos un interés distinto al de la propia sociedad, contrapuesto al de la mayoría que pretende lesionarlo y hecho valer por la minoría que ve en él la salvaguarda de su posición. Obviamente, una correcta delimitación del significado del interés social como límite al poder de la mayoría exigiría un análisis más profundo, que no cabe hacer aquí, de tal concepto, pues las distintas formulaciones ensayadas (interés social como interés de la sociedad, o de la empresa societaria en sí, o como interés común de los socios, o, directamente, como interés de la mayoría) conducen a planteamientos diferentes en materia de impugnación.

Este punto de partida se fue materializando en los ordenamientos societarios siguiendo un modelo bastante aproximado que, a grandes rasgos, se basaba en los siguientes principios:

- la validez de los acuerdos limita con la legalidad; los acuerdos deben respetar la legalidad, especialmente la imperativa, tanto si son normas sustantivas que atañen al contenido del acuerdo, como si son normas de procedimiento que regulan los presupuestos, condiciones o requisitos con que debe ser adoptado.

- los estatutos de la sociedad pueden modificarse por el cauce legal previsto, pero en tanto no se modifiquen obligan en sus términos a la asamblea y podrán ser objeto de impugnación los acuerdos que vayan en su contra.

- la lesión del interés social, aun cuando el acuerdo sea legal y estatutario, puede ser motivo de impugnación, especialmente si el acuerdo se adopta en beneficio de otro interés particular, de socio o tercero.

- la sanción jurídica de la causa de impugnación del acuerdo puede admitir grados en función de que se puedan aplicar categorías civiles acogidas en el derecho común nacional (anulación, nulidad absoluta o relativa, anulabilidad, inexistencia, ineficacia, etc.). Esta circunstancia es tomada en consideración para atribuir legitimación para impugnar (todos los socios, sólo algunos, discrepantes o ausentes, los administradores, otros terceros afectados), para fijar el plazo de ejercicio de la acción, y para abrir posibilidades de subsanación, sustitución, etc. del acuerdo impugnado.

- la impugnación habrá de tramitarse por un procedimiento, general o específico, que contemple la posibilidad de suspender la vigencia del acuerdo impugnado, para que cese entretanto el deber de ejecutarlo por parte de los administradores y la exigencia de responsabilidad por no ejecutarlo. Cabe igualmente la posibilidad de requerir algún tipo de fianza o cautela a los ejercientes de la acción impugnatoria, así como de reconocerles derecho de reembolso a costa de la sociedad. Y los efectos de la sentencia, si es estimatoria, se producirán para todos los socios y no sólo para los impugnantes: lo mismo que un acuerdo válido es vinculante para todos los socios, incluso los discrepantes y ausentes, como acuerdo corporativo que es, su anulación lo hace desaparecer también para todos.

Con mayor o menor detalle o desarrollo, estas bases han venido inspirando la disciplina legal de la impugnación, al menos en los ordenamientos europeos continentales. También en ellos la utilización abusiva o desproporcionada de un modelo tan abierto de impugnación, especialmente en alguno de sus aspectos (la legitimación individual, por ejemplo) y en relación con cierto tipo de sociedades (las anónimas cotizadas, en concreto), ha sido reflexión común. Baste recordar las situaciones de paralización o incertidumbre, con elevadas consecuencias socioeconómicas, relacionadas con impugnaciones de acuerdos por motivos poco fundados o por la falta de alguna "formalidad menor", o el tan citado comportamiento de accionistas ocasionales (los famosos "accionistas ladrones" en el sistema alemán) que adquieren acciones inmediatamente antes de la junta con la intención deliberada de impugnar, provocando la causa de impugnación con alguna pregunta comprometida que permita alegar

falta de respeto a su derecho de información, y luego, una vez obtenida la paralización de los acuerdos (que es más drástica aún en ese caso por la imposibilidad de inscribirlos hasta tanto se resuelva la impugnación), negocian la compra de sus acciones por la propia sociedad con sustancioso rendimiento.

En este contexto, un modelo de impugnación históricamente vinculado a la pequeña sociedad de capitales ha ido entrando en crisis progresivamente, a medida que generaba disfunciones en su aplicación a una tipología societaria más variada. Una crisis de desproporción, sin duda, con reacciones y propuestas variadas en virtud del punto de partida de los distintos ordenamientos.

2. Nueva disciplina de la impugnación en algunos ordenamientos europeos

Durante la última década se ha producido, en efecto, una revisión notable de los presupuestos en que se basó la disciplina tradicional de la información. Simplificando los modelos resultantes cabría diferenciar tres tipos de orientaciones materializadas en otros tantos ordenamientos nacionales.

En primer lugar, los ordenamientos que han procedido a una refundición o remodificación de la materia societaria (caso del Código de Comercio francés en 2001, e incluso del Código portugués de Sociedades de 1986) han configurado un sistema general de impugnación, notablemente simplificado. El Código francés, manteniendo un criterio tradicional en la materia, concibe la nulidad de acuerdos como un aspecto de la nulidad societaria en general (art. L.235). Si se trata de acuerdos modificativos de los estatutos, y entendiendo que participan de una cierta naturaleza fundacional, la disciplina de la nulidad es la misma que la del acto constitutivo, muy limitada a los supuestos en que está expresamente previsto o a los que deriven de la nulidad de los contratos; en los demás acuerdos, la nulidad sólo puede resultar de la violación de disposiciones imperativas societarias (art. L.225-121) o contractuales, con amplias posibilidades de regularización y plazo único de prescripción de tres años. El Código portugués distingue entre deliberaciones nulas y anulables (arts. 53 a 63), teniendo en cuenta la gravedad de la causa (la falta de convocatoria, la incompetencia orgánica, la violación de preceptos imperativos, conducen a la nulidad; la violación de otras

disposiciones, del derecho de información, o del interés social con ventaja para socio o tercero, conducen a la anulabilidad). La acción puede ser ejercitada por el órgano de fiscalización o por los socios, con breve plazo de caducidad en treinta días y con posibilidad de renovación sustituirá del acuerdo.

En segundo lugar, la reforma alemana, operada por la UMAG (Ley sobre integridad de la empresa y modernización del derecho de impugnación, de 2005) sobre los artículos 243, 245 y 246 de la AktG., introduce medidas muy directamente relacionadas con las posibilidades de abuso que el sistema anterior permitía y, probablemente, excesivamente condicionadas por las prácticas antes denunciadas. Por un lado, se ha limitado de forma bastante drástica la impugnación de acuerdos que pretenda apoyarse en una infracción del derecho de información: sólo cuando la información sea incorrecta o incompleta o se haya denegado la información solicitada y, además, se aprecie que tal información era objetivamente imprescindible para la defensa de los derechos del socio, cabrá la impugnación, pero no cuando la infracción sea mínima o la información no sea relevante; tampoco cabrá si la información se refiere a una compensación debida por la sociedad al socio y éste puede utilizar un procedimiento especial de jurisdicción voluntaria legalmente previsto para resolver controversias internas. Por otro lado, se trata de evitar el supuesto de adquisición intencionada de acciones con el objetivo de prefigurar la causa de impugnación, actuando sobre la legitimación, de modo que sólo estará legítimado quien haya adquirido la condición de accionista antes de la publicación del orden del día de la asamblea; pueden eludirse así los casos más “groseros” de voluntad de extorsionar, aprovechando sobre todo la adopción de acuerdos de modificación estructural, que son los más sensibles si quedan en suspenso por la impugnación, aunque ya la doctrina alemana ha señalado el relativo impacto de la medida, que no evita impugnaciones de quienes ya son socios, para lo cual se proponían otras medidas finalmente no aceptadas (así, la fijación de un plazo más amplio de adquisición previa de las acciones, la conversión del derecho individual de impugnar en un derecho de minoría, la emisión de acciones privadas del derecho a impugnar, a semejanza de las acciones sin voto, etc.). A todo ello se ha añadido, como interesante novedad, un procedimiento especial de jurisdicción voluntaria dirigido a obtener, a instancia de la sociedad, la inscripción del acuerdo impugnado en ciertos casos (ampliación o reducción de capital, contratos de grupo o

entre empresas, etc.), siempre que el tribunal considere prevalerte el interés social o estime, prima facie, que la impugnación es inadmisibile o manifiestamente improcedente; la decisión judicial en este sentido vincula al registro y da lugar a una inscripción definitiva, pero si el impugnante tiene éxito en su pretensión, deberá indemnizársele el daño o perjuicio.

En tercer lugar, la reforma italiana de 2004, que afecta a los arts. 2377, 2378, 2379 y 2379 bis y ter, es, de entre las citadas, la que supone una revisión de más calado en el modelo de impugnación. Se establecen primero dos principios básicos: el carácter vinculante para todos los socios, también para los ausentes y disidentes, de los acuerdos de la asamblea tomados conforme a la ley y al acto constitutivo; la impugnabilidad de actos contrarios a la ley o a los estatutos por los socios ausentes, disidentes o abstenidos, por los administradores, por el consejo de vigilancia y por el colegio sindical. Pero se establece de inmediato una eficaz restricción: la legitimación de los socios se condiciona a la tenencia de acciones con derecho de voto, en relación con el acuerdo a impugnar, que representen, individual o conjuntamente, el uno por mil del capital social si la sociedad es cotizada (“sociedad que recurre al mercado de capital de riesgo”) o el cinco por ciento en los demás casos, requisito que puede ser reducido o eliminado por los estatutos y que debe computarse respecto del capital formado por acciones de la categoría si se trata de acciones especiales. Los socios que no alcancen esa porción, así como los que no están legitimados para impugnar por carecer de voto, tienen derecho alternativo a la indemnización del daño que les haya sido causado. El artículo 2377 precisa además los acuerdos que quedan expresamente excluidos de la posibilidad de impugnación, individualizando causas que no se pueden esgrimir a este fin: la participación en la asamblea de personas no legitimadas, salvo si su presencia fue determinante para la regular constitución; la invalidez de votos individuales, o su erróneo cómputo, salvo si fueron determinantes para reunir la mayoría exigida; el defecto o inexactitud del acta, salvo que impidieran la certidumbre sobre el contenido, los efectos o la validez del acuerdo. En todo caso, la acción, tanto de impugnación como de indemnización, debe ejercerse dentro de los 90 días siguientes a la celebración de la asamblea, o, en su caso, a la inscripción o al depósito registral. Dictada la anulación, vincula a todos los socios y los órganos de dirección y vigilancia deben tomar bajo responsabilidad las decisiones oportunas, quedando a salvo los

derechos adquiridos por terceros de buena fe. Por fin, la anulación queda enervada si el acuerdo impugnado es sustituido por otro conforme a ley o a estatutos, siendo los gastos de cuenta de la sociedad por regla general, y quedando también a salvo los derechos adquiridos por terceros en base al acuerdo sustituido. Sentadas así las bases del nuevo modelo, el artículo 2378 desarrolla el procedimiento de impugnación, en el que se contempla tanto la suspensión de la ejecución del acuerdo como la exigencia de garantía por parte de los socios impugnantes. Complementariamente, los artículos 2379, y 2379 bis y ter, configuran una especie de "impugnación de régimen especial" para determinados casos: la falta de convocatoria, la falta de acta y la imposibilidad o ilicitud del objeto, son causas de nulidad de los acuerdos para las que está legitimado cualquiera que tenga interés y en plazo de tres años (e incluso sin límite de tiempo en los citados vicios del objeto), pudiendo ser también estimadas de oficio por el juez. Esto no obstante, el precepto se cuida de aquilatar lo que hay que entender por falta de convocatoria y de acta, y añade requisitos adicionales en ambos casos (no puede alegar falta de convocatoria quien consintió el desarrollo de la asamblea y no habrá falta de acta si ésta queda sanada antes de la siguiente asamblea). Finalmente, y aún en el contexto anterior, los acuerdos de ampliación y reducción del capital, y los de emisión de obligaciones, quedan aún más protegidos por la fijación de un plazo de impugnación preclusivo de cien días desde la inscripción o de noventa desde la aprobación del balance de ejercicio, si faltaba convocatoria y el acuerdo ya ha sido parcialmente ejecutado. La inscripción, y la ejecución parcial del aumento, reducción o emisión de obligaciones, operan también como causas de exclusión de la impugnación en las sociedades cotizadas, siempre sin perjuicio del derecho al resarcimiento que pueda corresponder a socios o terceros.

3. El caso español: estado de la cuestión y alternativas

La vigente legislación española de sociedades anónimas (texto refundido de 1989) mantiene, con algunos añadidos, el modelo de impugnación clásico que procedía de la Ley de 1951. Los artículos 115 a 122, en efecto, definen los supuestos (acuerdos ilegales, antiestatutarios y lesivos), asignan la sanción jurídica (nulidad de los ilegales y anulabilidad de los demás), fijan los plazos de caducidad

de la acción (un año para los nulos, salvo si son contrarios al orden público; cuarenta días para los demás), atribuyen legitimación (todos los socios, los administradores, y terceros interesados para los nulos; socios discrepantes, ausentes y privados de voto, además de los administradores, para los anulables). En la nueva redacción se incluyó la posibilidad de sustituir, dejar sin efecto, y subsanar el acuerdo impugnado y, con posterioridad, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 vino a sustituir los aspectos de procedimiento.

En breve plazo, el sistema descrito experimentará previsiblemente transformaciones. Algunos indicios así lo indican: el reciente “Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo”, elaborado en el seno de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, añade a las recomendaciones dirigidas a las sociedades cotizadas otras de alcance normativo dirigidas a diversas instancias, entre ellas el Gobierno de la nación; una de estas recomendaciones propone estudiar reformas en el sistema de impugnación que “eviten el uso indebido, excesivo o abusivo” de la facultad de impugnar. La ocasión, probablemente, la proporcionará la actualización que se está realizando en la Comisión General de Codificación de la “Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles”, elaborada en 2002 y paralizada desde entonces, con el fin de recuperarla. En este texto, la impugnación de acuerdos (artículos 104 a 108), junto con la previsión expresa de cláusulas estatutarias de arbitraje, forma parte de lo que sería la “parte general” o reglas comunes a los distintos tipos de sociedades. Las alternativas son ciertamente variadas: desde una reforma en profundidad que simplificara las causas, restringiera la legitimación y limitara los plazos, alumbrando un nuevo modelo, hasta una modificación parcial que actuara sobre alguno de estos elementos pero sin alterar las bases del modelo. Tal vez la alternativa más recomendable, en un espacio intermedio, fuera combinar algunas medidas limitativas (singularmente la configuración de la impugnación como un derecho de minoría y no individual, al menos en ciertos casos) con la incorporación al texto legal de algunas condiciones para impugnar (que el vicio o defecto formal en que se apoya la impugnación sea determinante o relevante, que haya sido previamente denunciado por el impugnante que pudo hacerlo, etc.) que han venido siendo ya aplicadas por la jurisprudencia en algunas ocasiones. Una opción de este tipo propiciará un sistema de impugnación más acorde con la realidad, especialmente cuando estén en juego intereses complejos como suele ocurrir en las sociedades cotizadas.