

LA LEGITIMACIÓN DE TERCEROS PARA LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES EN SOCIEDADES DE CAPITAL*

Luis Antonio Velasco San Pedro
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid

SUMARIO:

1. ANTECEDENTES Y RÉGIMEN ACTUAL.
 2. ÁMBITO DE APLICACION
 - 2.1. Quién es tercero
 - 2.2. Tipos de acuerdos en los que opera la legitimación de terceros
 - 2.3. Procedimientos en los que opera
 3. EL REQUISITO DEL INTERÉS LEGÍTIMO
 4. GRUPOS DE CASOS
- BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. ANTECEDENTES Y RÉGIMEN ACTUAL

Buena parte de la litigiosidad que generan las sociedades de capital se produce como consecuencia de la impugnación de los acuerdos de sus juntas generales de socios o accionistas, como es bien sabido y revelan los repertorios de jurisprudencia¹. El establecimiento de un marco legal para estas impugnaciones, sin embargo, no es muy antiguo ya que se implantó en nuestro Derecho para las sociedades anónimas en los arts. 67 a 70 de la LSA de 1951²,

* Trabajo destinado al Libro en homenaje al Prof. Sequeira.

¹ El otro sector significativo de pleitos es de la responsabilidad de los administradores. Aunque actualmente, después de la *gran reforma* de 1989, se contempla asimismo la posibilidad de impugnar acuerdos del consejo de administración y de cualquier otro órgano colegiado de administración, lo cierto es que las sentencias en este último ámbito son bastante más escasas.

Hace unas interesantes consideraciones sobre la sociología de esa litigiosidad, muy vinculada a la dinámica de conflictos entre mayorías y minorías, BERCOVITZ, A., “Los acuerdos impugnables en la sociedad anónima”, en VV. AA., *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, I, pp. 377 y ss.

² En la ulterior LSRL de 1953 no se hizo lo propio para las sociedades de responsabilidad limitadas seguramente debido a que, como se señalaba en su exposición de motivos, “[s]e ha estimado que aquí no existe problema de defensa de minorías, a diferencia de lo que ocurre en la Sociedad Anónima”.

La estimación era inexacta porque también en estas sociedades se plantean problemas de tutela de la minoría como enseña la experiencia, razón por la cual tanto la doctrina como la jurisprudencia acabaron admitiendo también la posibilidad de impugnación de acuerdos sociales en estas sociedades: véase ARROYO, I., en ARROYO, I. *et alia*

inspirándose en lo que en aquel momento hacían algunas legislaciones del Derecho comparado³, aunque ya se había mantenido con anterioridad la posibilidad de impugnar estos acuerdos por autores del prestigio del profesor Garrigues y se había llegado a admitir en alguna sentencia del Tribunal Supremo⁴. Esta innovación se justificó en la exposición de motivos de la ley como un *mecanismo de tutela de las minorías*⁵; más concretamente frente a decisiones ilegales y/o lesivas del interés social adoptadas por la mayoría y así se subrayó por la doctrina que lo estudió⁶.

Aquel primer sistema de impugnación se articuló en torno a las dos categorías clásicas de ineficacia de los negocios jurídicos⁷ –nulidad y anulabilidad⁸–, distinguiéndose entre *acuerdos nulos* –los contrarios a la ley– y *acuerdos anulables* –los contrarios a los estatutos y

(coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2009, sub art. 56, pp. 710 y s. En cualquier caso, la *gran reforma* de 1989 extendió el mismo sistema de impugnación de las anónimas a las de responsabilidad limitada (nuevo art. 15.3 la LSRL que se introdujo en aquel momento), situación que ha pervivido hasta la actualidad, donde la cuestión se regula unitariamente para todas las sociedades de capital en los arts. 204 y ss. de la LSC.

³ Era el caso de las legislaciones alemana e italiana.

⁴ GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, I, 2, Revista de Derecho Mercantil, Madrid 1947, pp. 1012 y ss., quien cita esta jurisprudencia en las pp. 1022 y s. Esta obra se publicó en 1947, el mismo año que vio la luz el Anteproyecto de la LSA de 1947, elaborado en el seno del *Instituto de Estudios Políticos* por una comisión en la que participó él mismo junto a otros reconocidos juristas como el profesor Uría, y que recogía ya específicamente un sistema de impugnación de acuerdos: GARRIGUES, J. *et al.*, *Reforma de la Sociedad Anónima*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1947.

⁵ En este sentido señalaba que una “[p]ieza esencial del mecanismo impugnatorio había de ser la regulación del correspondiente procedimiento judicial, si se quería evitar que la impugnación de los acuerdos de las Juntas generales como medio de garantizar los derechos de las minorías quedase reducida a una reforma platónica...”

⁶ En este punto es de obligada cita la obra del profesor Duque precisamente titulada con referencia a este fundamento: DUQUE, J., *Tutela de la minoría. Impugnación de acuerdos lesivos (art. 67 L.S.A.)*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1957; fundamento sobre el que se extiende en las pp. 2 y ss. En la doctrina moderna se mantiene también con carácter general, y pese a las reformas experimentadas, este fundamento. Por todos, JUSTE, J., *Los derechos de minoría en la sociedad anónima*, Pamplona, Aranzadi, 1995, pp. 383 y ss; BAENA, P.J., *Legitimación activa para la impugnación de acuerdos sociales (de la junta general de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada y de la asamblea general de la sociedad cooperativa)*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006, p. 20 y ALFARO, J. y MASSAGUER, J., en JUSTE, J. (coord.), *Comentario de las reformas del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Cizur Menor, Civitas, Thomson Reuters, 2015, sub. art. 204, p. 163 (que señalan que “la impugnación es un *remedy* que el ordenamiento ofrece al socio para derrotar a la mayoría que ha incumplido, en sentido amplio, el contrato de sociedad”).

⁷ Los acuerdos sociales, como ya advirtió el profesor Girón, son plenamente reconducibles a la categoría de los actos y negocios jurídicos: GIRÓN, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1952, pp. 278 y ss.

⁸ Aunque la nulidad (o nulidad absoluta) y la anulabilidad (o nulidad relativa) no están bien reguladas en nuestro Derecho (los preceptos más directamente aplicables son los arts. 1300-1314 del CC, referidos solo a los contratos y que textualmente solo hablan de nulidad, pero que en realidad están regulando la anulabilidad), la diferenciación entre estos dos grados de ineficacia y los rasgos distintivos que se asignan a cada uno de ellos, son una *communis opinio* de doctrina y jurisprudencia: por todos, me remito a la obra clásica de DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1971, pp. 461 y ss.

los lesivos para el interés social en beneficio de algunos socios en particular⁹. Aunque con variaciones respecto a los perfiles generales de estas categorías, se trató de hacer patente la diferencia entre ambos tipos de acuerdos siguiendo *grosso modo* sus rasgos distintivos, en relación con la *legitimación activa*, más amplia la de los acuerdos nulos –todos los socios y los administradores–, que la de los anulables –solo los accionistas disidentes, ausentes o privados ilegítimamente de su voto–; los *plazos de ejercicio de las acciones* –sin plazo especificado para los acuerdos nulos¹⁰, y con un plazo de caducidad de 40 días desde su adopción o un mes desde su inscripción, si fueren inscribibles, para los anulables–; e, incluso, el *procedimiento especial de impugnación* que establecía el entonces art. 70 de la LSA y que, era únicamente utilizable si las acciones se interponían en los cortos plazos establecidos para los acuerdos anulables¹¹.

Esta diferenciación entre acuerdos nulos y anulables, pese al fundamento de tutela de la minoría al que acabamos de referirnos, llevó a que en relación con los *nulos* doctrinalmente se defendiera la legitimación de los *terceros con interés legítimo*, por coherencia con lo que se ha venido entendiendo en la nulidad de los negocios jurídicos¹². Esa regla era, además, la que se había recogido en el Anteproyecto del *Instituto de Estudios Políticos* de 1947 que sirvió de base a la futura LSA, aunque luego no pasó a ella¹³. Pero la jurisprudencia rechazó esta legitimación de terceros con alguna excepción¹⁴, ateniéndose a una lectura literalista de las disposiciones en aquel momento en vigor que, no obstante, podría también considerarse apoyada, al menos en parte, por la *ratio legis* del sistema que, como acaba de decirse, se entendía que era la tutela de

⁹ Dan otra explicación retrospectiva ALFARO, J. y MASSAGUER, J., *ob. cit.*, sub. art. 204, pp. 162 y ss., en consonancia con la *concepción contractualista* de las sociedades, que, con independencia del juicio que pueda merecer, no fue la que se tuvo en cuenta cuando se redactó en 1951 la LSA. No obstante, por lo que diré más adelante, me parece a mí que las últimas reformas no abonan las tesis contractualistas, sino más bien todo lo contrario.

¹⁰ Lo que se estimó que suponía la inexistencia de plazo alguno para interponer la acción en estos casos, como es característico de la nulidad, cuya acción, según de nuevo la *communis opinio*, es imprescriptible: *quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convallescere*.

¹¹ Sin perjuicio de poder encauzar por este procedimiento especial también las impugnaciones de acuerdos contrarios a la ley si se respetaban tales plazos. En otro caso había que ir al procedimiento ordinario.

¹² GIRÓN, J., *Derecho de SAs cit.*, p. 330; URÍA, R., en GARRIGUES, J./URÍA, R.: *Comentario a la Ley de sociedades anónimas*, 3ª ed. rev. por MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M., Madrid, Imprenta Aguirre, 1976 (la primera ed. es de 1952), I, sub. arts. 67, 68, 69 y 70, p. 777.

¹³ La legitimación de terceros se contemplaba en su art. 70, aunque la formulación del motivo de impugnación correspondiente era algo más amplia de la que finalmente se recogió en la LSA ya que, evocando lo que disponía y dispone el art. 1255 CC, se refería a los acuerdos contrarios a la ley, el orden público y las buenas costumbres.

¹⁴ Una referencia a esta jurisprudencia en BAENA, P.J., *Legitimación activa para... cit.*, p. 124, nota 104.

las minorías: esto es, de los accionistas y no de los terceros, quienes además podían tener a su disposición otros mecanismos de defensa de sus intereses¹⁵.

La cuestión cambió con la *gran reforma* de nuestro Derecho de sociedades de 1989, donde el nuevo art. 117.1 del TRLSA incluyó ya en el elenco de legitimados, en relación con los *acuerdos nulos* –categoría que se siguió manteniendo aunque estableciendo asimismo plazos de caducidad¹⁶–, a “cualquier tercero que acredite un interés legítimo”. También se admitió por vez primera la posibilidad de impugnar los acuerdos del consejo de administración y de cualquier otro órgano colegiado de administración¹⁷, pero en este caso solo se reconoció la legitimación de socios (que representasen un porcentaje del capital del 5 %) y administradores, sin incluir a los terceros. Después de la refundición de la LSA y la LSRL en la LSC, la ampliación de la legitimación a los terceros se mantuvo asimismo circunscrita a los acuerdos sociales nulos de la junta general de accionistas o socios.

En la actualidad, tras la reforma para la *mejora del gobierno corporativo* operada por la Ley 31/2014, se ha eliminado la diferencia entre acuerdos nulos y anulables en el nuevo art. 204 de la LSC. En coherencia con ello en el sucesivo art. 206 se ha unificado la legitimación, concediéndosela a los *terceros* para impugnar acuerdos *en todos* los supuestos contemplados, que son los anteriormente previstos con el añadido de acuerdos contrarios al reglamento de la junta¹⁸ y la aclaración de que los acuerdos impuestos abusivamente por la mayoría entran

¹⁵ RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, 2ª ed., Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1967, p. 226, de manera muy gráfica, señalaba que “los terceros no impugnan los acuerdos que, como actos internos de formación de la voluntad corporativa para nada les afectan, sino los actos y contratos llevados a cabo como persona jurídica por la sociedad en ejecución de tales acuerdos”.

¹⁶ El art. 116.1 del TRLSA 1989 estableció como plazo de caducidad de la acción contra los acuerdos contrarios a la ley el de un año, pero del que se exceptuaba a los acuerdos que por su “causa o contenido resultaren contrarios al orden público”; noción esta última que se ha venido vinculando doctrinalmente a los *principios configuradores de la sociedad* (ALCALÁ, Mª A., *La impugnación de acuerdos del Consejo de Administración de sociedades anónimas*, Madrid, Civitas, 1998, p. 231 y s.; SÁNCHEZ CALERO, F., *La Junta general de las sociedades de capital*, Cizur Menor, Civitas, 2007, p. 369; ROJO, A., en ROJO, A. y BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley de sociedades de capital*, Cizur Menor, Civitas, 2011, sub. art. 205, p. 1450) o con derechos o principios protegidos constitucionalmente (VICENT CHULIÀ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1991, t. I, vol. 1º, p. 612.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de sociedades*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, I, p. 679), o manteniendo simultáneamente ambos criterios (BERCOVITZ, A., *ob. cit.*, pp. 388 y s.). La jurisprudencia bascula entre estos dos fundamentos. *Ad ex.* SSTS nº 902/2005 de 28.11.2005; nº 222/2010, de 19.4.2010 y nº 120/2015, 16.3.2015.

¹⁷ La jurisprudencia del Tribunal Supremo, tras alguna vacilación inicial, había descartado la posibilidad de impugnar los acuerdos del consejo de administración, criterio que compartía la doctrina: URÍA, R., *ob. cit.*, p. 747.

¹⁸ Este reglamento es obligatorio en las sociedades cotizadas: art. 512 LSC.

dentro de los lesivos del interés social aunque no causen un daño a la sociedad¹⁹. Paradójicamente, se ha limitado la legitimación de los socios, salvo que se trate de acuerdos contrarios al *orden público*, exigiéndose, además de que hayan adquirido esa condición antes de la adopción del acuerdo, que representen, individual o conjuntamente, al menos el 1 % del capital; porcentaje que el art. 495.2, b) de la LSC reduce al 1 por 1000 en el caso de las sociedades cotizadas. Se sigue sin reconocer expresamente la legitimación a los terceros para impugnar acuerdos del consejo de administración y demás órganos colegiados de administración²⁰.

La finalidad de la norma limitando la legitimación de los socios, junto con la restricción de las impugnaciones basadas en motivos puramente formales, como indican los antecedentes de la reforma²¹, es dar mayor estabilidad a los acuerdos sociales²², en línea con lo que ya se había hecho en otros ordenamientos, evitando demandas puramente oportunistas de socios o accionistas, con la finalidad de presionar a los gestores de la compañía para obtener beneficios particulares, máxime cuando su participación en el capital sea poco relevante y/o se haya adquirido *ad hoc* para impugnar²³. Por otro lado, si finalmente el acuerdo en verdad lesiona a los socios o accionistas que no alcancen este porcentaje, hay otros mecanismos para su tutela sin estos costes para la estabilidad de la sociedad, como es el derecho al resarcimiento del daño que les haya ocasionado el acuerdo, que el nuevo art. 206.1, 2º de la LSC les reconoce.

Contrasta, sin embargo, esta reducción de la legitimación de los socios con la correlativa ampliación que ha experimentado la de los terceros; ampliación que parece incoherente con la

¹⁹ Esta categoría había sido ya configurada por la jurisprudencia menor aplicando el mecanismo general del abuso de derecho contemplado en el art. 7.2 del CC, y ha sido aceptada por el Tribunal Supremo: STS nº 510/2017, de 20.9.2017.

²⁰ Tras la reforma el nuevo art. 251 de la LSC establece para impugnar estos acuerdos los mismos porcentajes de participación en el capital que en los acuerdos de la junta general (1% que, en cotizadas, se reduce al 1 por 1000). El art. 491 de la LSC relativo a la sociedad anónima europea, no afectado por la reforma, sigue exigiendo no obstante el porcentaje del 5 % del capital para la legitimación de los accionistas.

²¹ En este sentido, véase el informe preparado por los autores de la propuesta de reforma: COMISIÓN DE EXPERTOS EN MATERIA DE GOBIERNO CORPORATIVO, *Estudio sobre propuestas de modificación legislativa*, Madrid 14.10.2013, ap. 3.8, pp. 28 y ss. [disponible en https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CEGC_EstModif_20131014.pdf]

²² Esta finalidad, junto a la de la tutela de la minoría, se ha mantenido asimismo como uno de los rasgos del actual sistema de impugnación: BAENA, P.J., *Legitimación activa para...* cit., pp. 26 y ss.

²³ En algunas jurisdicciones, como es el caso de Alemania, el tema llegó a ser un problema de gran relieve, particularmente en relación con la impugnación de acuerdos de exclusión del derecho de suscripción preferente en grandes sociedades: véase VÁZQUEZ, A.: “Las nuevas tendencias en materia de exclusión del derecho de suscripción preferente en Alemania”, en *Cuadernos de la RDBB*, nº 1, Madrid 1995, pp. 151 y sg.

finalidad de dar estabilidad a los acuerdos sociales y el fundamento, ya señalado, de toda esta disciplina de proteger a las minorías societarias.

Pero, más allá de esta aparente incoherencia, cabe plantearse la oportunidad de la ampliación de la legitimación a terceros fuera del ámbito de los acuerdos contrarios a la ley (incluidos, y con mayor razón, los que afecten al orden público), ya se trate del incumplimiento de reglas puramente internas de la sociedad (estatutos y reglamento de la junta), como de acuerdos lesivos para el interés de la sociedad. Si el *interés social* se reduce al que concurre, con una articulación u otra, en el grupo de socios, no sería muy apropiado que se permita que terceros ajenos a este grupo puedan inmiscuirse en cuestiones de orden puramente interno, que les compete decidir a los socios, como son los estatutos y el reglamento de la junta²⁴, y no digamos controlar la fidelidad de los acuerdos con dicho interés social.

En el fondo, creo que lo que está mostrando la reforma de 2014, de la que procede esta regla, y que se ha hecho pensando sobre todo en las sociedades cotizadas²⁵, es que en este tipo de sociedades el *interés social* va más allá de lo que representa el grupo de socios o accionistas. Ya lo advirtió en su momento el profesor Jesús Rubio cuando, al comentar la legitimación de los administradores para impugnar los acuerdos lesivos del interés social en la LSA de 1951, señaló con agudeza que ello podía poner de relieve que se estaba pensando en una concepción del interés social como el interés de “la empresa en sí” para escándalo de los que repudiaban dicha concepción²⁶.

Como ya he indicado en otros lugares, en grandes empresas y, en particular, en sociedades cotizadas, creo que debe mantenerse una concepción abierta del *interés social* que, partiendo, como no podía ser de otra forma, del interés de los socios (*Stockholders*), pero que tuviera también en cuenta el de otros interesados en la marcha de la sociedad: trabajadores,

²⁴ Doctrinalmente se ha mantenido la posibilidad de derogación singular de los estatutos con las mayorías exigidas para su reforma: CAMPINS, A., “Derogación singular de los estatutos sociales”, en RDM nº 242, 2001, pp. 1685 y ss. Postura que, a la vista de la legitimación ahora de terceros para combatir acuerdos contra estatutarios, podría quizá cuestionarse.

²⁵ Me remito al ya cit. *Estudio* de la Comisión de expertos que preparó la reforma.

²⁶ RUBIO, J., *ob. cit.*, pp. 225 y s. Con ello evocaba la conocida tesis de Rathenau sobre la *Unternehmen an sich*, paradigma de las teorías institucionalistas sobre el interés social.

En la reciente reforma operada por la Ley 5/2021, se recoge específicamente el criterio del *interés de la empresa* para todas las sociedades de capital, en el nuevo art. 225.1 de la LSC que señala que “[l]os administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos; y subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa”.

financiadores, proveedores, clientes... (*Stakeholders*)²⁷. Desde esta perspectiva, la ampliación de la legitimación de los terceros para impugnar acuerdos sociales fuera de los acuerdos estrictamente ilegales, lejos de considerarla criticable, me parece adecuada.

Con todo, la cuestión podría ofrecer dudas en relación con sociedades de menores dimensiones y menos componente personal, donde debe atenderse fundamentalmente al interés de los socios para conformar el interés social. Pero no siempre será fácil deslindar en la práctica donde están las fronteras de estos dos mundos, el de la gran empresa y el de la PYME, y un sistema de impugnación judicial de acuerdos lo primero que ha de ofrecer es seguridad jurídica. Por otro lado, también en estas estructuras societarias más contractuales nos podemos encontrar con supuestos donde sea adecuado permitir la intervención de terceros, máxime cuando después de la reforma se ha ampliado el ámbito de lo que se considera cómo lesión del interés social, incluyendo también los abusos de mayoría que, aun no afectando negativamente a la sociedad, pueden afectar a algunos terceros e, incluso, hacerse con el propósito deliberado de perjudicarles²⁸.

Teniendo muy en cuenta las anteriores consideraciones, este trabajo pretende analizar las principales cuestiones que, a mi juicio, plantea la legitimación de terceros para impugnar acuerdos sociales. En primer término, el ámbito subjetivo y objetivo en el que opera esta legitimación. En segundo lugar, qué ha de entenderse por interés legítimo. Finalmente, y en relación con lo anterior, cuáles son los grupos de casos más relevantes en los que pudiera existir ese interés legítimo.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Procede, en primer lugar, analizar el ámbito de aplicación del supuesto de legitimación que estamos examinando, tanto desde el punto de vista subjetivo –a qué personas beneficia–, como desde el objetivo –a qué tipo de acuerdos se refiere y en qué procedimientos opera–.

²⁷ He abordado anteriormente esta temática en VELASCO, L., “El derecho de suscripción preferente”, en ALONSO, A. *et al* (dir.), *Derecho de Sociedades Anónimas, III, Modificación de estatutos. Aumento y reducción del capital. Obligaciones*, vol. 1, Madrid, Civitas, 1994, pp. 558 y ss.

²⁸ Un ejemplo de lo señalado sería cuando, en caso de separación o divorcio entre personas que estuvieron casados en gananciales con acciones o participaciones gananciales, se utilizan los mecanismos societarios por quien tiene la legitimación como socio con la finalidad de diluir la participación de la comunidad postganancial en la correspondiente sociedad de capital (aumentando el capital, realizando una fusión, etc.) y, por consiguiente, la “participación” correspondiente al otro cónyuge.

2.1. Quién es tercero

Los beneficiarios del supuesto de legitimación que estamos considerando son “los terceros que acrediten un interés legítimo” (art. 206.1 de la LSC). Plantear quién debe considerarse como *tercero* a estos efectos, puede parecer una cuestión de Perogrullo; pero si se medita bien no lo es tanto. Empezando porque los socios no están legitimados en todos los casos para impugnar, sino solo cuando hayan adquirido tal condición con anterioridad a la adopción del acuerdo y tengan, además, un porcentaje que represente, individual o conjuntamente, al menos el 1 % del capital (el 1 por 1000 en cotizadas). ¿Podría considerarse en estos casos que el socio que no alcance este porcentaje o hubiera adquirido su condición de tal con posterioridad podría ser considerado tercero si acreditase un interés legítimo²⁹?

Una respuesta positiva a tal pregunta podría no ser descabellada si se considera que la condición de socio en relación con la impugnación de acuerdos, lo que realmente produce es hacer innecesario que el demandante tenga que acreditar interés alguno. Por ser socio se le presume y además *iuris et de iure*³⁰.

En ese contexto, podría argüirse que no alcanzando el socio el porcentaje mínimo, o habiendo adquirido su condición con posterioridad a la adopción del acuerdo, podría admitirse su legitimación como tercero, aunque con la carga de alegar y probar su interés en el asunto, y que además es *legítimo*; lo que, entre otras cosas, permitiría descartar los abusos que se han querido evitar con la limitación, que es la presión indebida y oportunista a la sociedad.

Sin embargo, esta interpretación sería poco respetuosa con la letra y la *ratio legis* de la norma, pues supondría meter por la ventana lo que la ley ha echado por la puerta: la no legitimación de socios con escasa participación societaria. En estos casos, además, los perjuicios quedan cubiertos por la propia norma, que establece una indemnización de daños y perjuicios a su favor³¹.

Pero fuera de este supuesto, nos encontramos con diversas situaciones en las que también puede ofrecer dudas si se es tercero o socio. Un primer caso, se refiere a las situaciones

²⁹ Da una respuesta positiva a esta pregunta SANCHO GARGALLO, I., en GARCÍA-CRUCES, J. A y SANCHO GARGALLO, I., *Comentario de la Ley de sociedades de capital*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, IV, sub. art. 205, p. 2891

³⁰ Habla también de esta presunción, aunque sin calificarla, BAEZA, P. J., *Legitimación activa para...* cit., p. 123.

³¹ No se dice quién tendría que resarcir el daño, pero por coherencia con la disciplina de impugnación, donde la legitimación pasiva corresponde a la sociedad, habrá que entender que la responsable sería la sociedad.

en las que sobre las acciones o participaciones concurren *derechos reales limitados* –prenda o usufructo–, o *gravámenes* –embargo– o limitaciones análogas –como puede ser la *sustitución fideicomisaria*–. A ello podríamos además añadir, por un lado, los titulares de *derivados* (*equity swaps*) sobre acciones, y, por otro, en caso de *sociedad de gananciales*, los derechos que ostenta el cónyuge del legitimado como socio sobre acciones o participaciones de carácter ganancial. En todos estos casos, hay una cierta escisión, limitación u obligación de compartir la titularidad dominical de las acciones o participaciones. En alguno de ellos, además, el *derecho de voto* puede corresponder, no al socio, sino al otro sujeto: al usufructuario o al acreedor prendario, si lo establecen los estatutos de la sociedad (arts. 127.1 y 132.1 de la LSC), al titular de los *equity swaps*, si así se ha pactado por las partes del contrato (es el llamado *voto vacío*).

En el pasado, en relación con el usufructo y la prenda, se originó una polémica doctrinal sobre quién estaba legitimado para impugnar, si el socio –nudo propietario o titular de las acciones pignoradas–, o el usufructuario o el acreedor prendario, debate en que, además, se abrían diversos escenarios dependientes de a quién se hubiera atribuido el derecho de voto³².

Hoy en día, habiéndose admitido en la legislación la legitimación de terceros en todos los supuestos de impugnación, creo que este debate es más bien bizantino y lo apropiado es considerar como legitimados para impugnar, tanto a los que ostentan formalmente la condición de socio (por estar inscritos como tales en los libros registros o tener la posesión de *títulos al portador*), como a los titulares de derechos limitados sobre las acciones o participaciones³³. Unos lo serán como socios que, después de todo, siguen siendo³⁴; los otros como terceros, cuyo interés legítimo, además, estimo que en estos casos se puede inferir de los derechos limitados que ostenten sin necesidad de una mayor acreditación³⁵.

³² Véase sobre el particular DUQUE, J., *ob cit.*, pp. 169 y ss., reflejando el estado del debate en la época.

³³ Esta posición es asimismo la que mantiene respecto a la prenda de acciones o participaciones, aunque solo en relación con los acuerdos nulos, al considerar que en los anulables le corresponderá la legitimación únicamente al que tenga el derecho de asistencia y voto, VEIGA, A., “Impugnación de acuerdos sociales. El papel del acreedor prendario”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. *et alia* (dir.), *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales*, Madrid, Academia Matritense del Notariado, 2015, p. 471.

³⁴ Naturalmente siempre que superen la participación exigida por la LSC.

³⁵ Un refrendo lo indicado se puede encontrar en el art. 10 de la LEC, que atribuye legitimación al titular de la relación jurídica u objeto litigioso.

Mantiene también que el interés se infiere respecto a usufructuarios y nudos propietarios, MASSAGUER, J., en JUSTE, J. (coord.), *Comentario de las reformas del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Cizur Menor, Civitas, Thomson Reuters, 2015, sub. art. 206, p. 258.

Podría también plantearse qué sucede en los casos de *copropiedad* de acciones o participaciones sociales³⁶. Aunque algunos autores consideran que los copropietarios a los que no se les haya conferido el derecho de impugnar solo lo podrían hacer como terceros³⁷, es indudable que todos ellos tienen la condición de socio y, por tanto, que podrían impugnar como tales. Aunque actualmente se configure la impugnación de acuerdos como un derecho de socio [art. 93 c) de la LSC] –lo que es bastante discutible–, y se exija que, para el ejercicio de tales derechos, los copropietarios nombren a un representante común (art. 126 LSC), hay que tener en cuenta que cuando se impugnan acuerdos sociales no se está propiamente ejercitando un derecho de socio, sino otro de carácter público que es el *derecho a la acción*³⁸.

Igualmente, cabría plantear el ejercicio de acciones por *asociaciones de accionistas* en representación de sus asociados. En mi opinión las acciones ejercitadas por estas asociaciones deben encuadrarse dentro de la legitimación que se confiere a los socios individualmente considerados, pues estas asociaciones solo podrían ejercitar acciones en representación de sus asociados, que deberán ser accionistas de la sociedad en cuestión y, además, haberles conferido la pertinente representación a estos efectos, pues no se reconoce legalmente *acción colectiva* en estos casos³⁹.

Creo que fuera del concepto de tercero hay que situar, asimismo, a determinadas *entidades públicas* legitimadas legalmente para impugnar ciertos acuerdos sociales, ya que esta habilitación es suficiente, sin que tengan que acreditar la existencia de un interés legítimo. Son los casos del *Banco de España*, al que le reconoce esta legitimación el art. 20, a) de la Ley

³⁶ Fuera de este supuesto, aun siendo seguramente comunidades romanas, estarán las comunidades postganancial y hereditaria, cuando aún no se haya modificado la inicial legitimación del cónyuge o causante en los libros registros de la sociedad, por lo que transitoriamente los comuneros no reconocidos como socios, podrían impugnar como terceros. En este sentido, LLEBARÍA, S., “La legitimación para impugnar acuerdos sociales desde situaciones complejas de comunidad”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. *et al* (dir.), *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales*, Madrid, Academia Matritense del Notariado, 2015, pp. 487 y ss.

³⁷ MASSAGUER, J., *ob. cit.*, sub. art. 206, p. 258; BAENA, P.J., “Legitimación activa y pasiva para la impugnación de acuerdos sociales”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. *et al* (dir.), RONCERO, A. (coord.), *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada*, Cizur Menor, Aranzadi, Thomson Reuters, 2016, I, p. 557.

³⁸ Según la tesis dualista, que es actualmente la más extendida entre los procesalistas, la acción se distingue del derecho subjetivo privado. La acción “es un derecho que se ejerce frente al Estado para que satisfaga frente al demandado el interés de la tutela jurídica según la forma establecida en el ordenamiento procesal y se plantea frente al adversario para que tolere el acto de tutela”: ROBLES, J.A., en ROBLES, J.A. (coord.), *Conceptos básicos de Derecho procesal civil*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 2013, p. 123.

³⁹ Estima, en cambio, que estas asociaciones estarían legitimadas como terceros y que podrían ejercitar acciones al amparo del art. 11.2 de la LEC (¿), BAENA, P.J., “Legitimación activa y pasiva...” cit., p. 558. Por el contrario, considera que estas asociaciones en ningún caso estarían legitimadas, MASSAGUER, J., *ob. cit.*, sub. art. 206, pp. 259 y s.

10/2014, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito, en relación con los acuerdos adoptados por entidades de crédito con los votos de participaciones adquiridas irregularmente; y de la CNMV, a la que asimismo le reconoce legitimación el art. 132.4 de la LMV, respecto a los acuerdos adoptados en caso de incumplimiento de la obligación de formular una OPA⁴⁰.

Respecto a los administradores, el llamado *organicismo de terceros* característico de las sociedades de capital, permite que puedan ser personas que no sean socios, salvo que los estatutos exijan otra cosa (art. 212.2 de la LSC). No obstante, la ley les legitima directamente en su condición de tales administradores, por lo que no tendrán a estos efectos la condición de terceros, ni necesitarán, igual que los socios, acreditar un interés legítimo.

Por último, tenemos que tener en cuenta que los socios pueden tener derechos contra la sociedad distintos de los derechos de socio: son los llamados *derechos como tercero*⁴¹. Por ejemplo, un socio puede ser también trabajador de la sociedad. Si la impugnación se hace, no como socio, sino en función de estos derechos como tercero, debería considerárseles a estos efectos como terceros y no como socios y, por tanto, sometidos también al requisito de alegar un interés legítimo.

2.2. Tipos de acuerdos en los que opera la legitimación de terceros

En cuanto a los acuerdos para los que se legitima a los terceros para impugnar, la norma lo hace solo en relación con los acuerdos sociales adoptados por la junta general de socios o accionistas. Por otro lado, en la medida en que deben considerarse impugnables las decisiones del socio único en sociedades unipersonales cuando este está ejercitando las competencias de la junta general⁴², debe estimarse que también los terceros estarán legitimados para impugnar este tipo de decisiones.

Cabría, no obstante, plantearse qué ocurre en relación con los *acuerdos sociales negativos*. Con ello me refiero a aquellos casos en que planteada a la junta general una

⁴⁰ Así también MASSAGUER, J., *ob. cit.*, sub. art. 206, p. 259. En contra, considerando a estas entidades como terceros, BAENA, P.J., “Legitimación activa y pasiva...” *cit.*, p. 559.

⁴¹ Sobre la diferenciación de los derechos del socio como tal y los derechos como tercero, véase GIRÓN, J., *Derecho de Sociedades*, Madrid, Artes Gráficas Benzal, 1976, pp. 287 y ss.

⁴² En doctrina la impugnabilidad de tales decisiones es controvertida. Por ejemplo, la admite ROJO, A. *ob. cit.*, sub art. 204, p. 1435; pero la rechazan ALFARO, J. y MASSAGUER, J., *ob. cit.*, sub. art. 204, p. 162.

determinada propuesta de acuerdo, por administradores o socios, esta no prospera al no obtener las mayorías requeridas por la ley o los estatutos para la adopción del correspondiente acuerdo.

Con carácter general, la posibilidad de impugnar estos *no-acuerdos* es controvertida⁴³. En contra de esta posibilidad milita que no es apropiado que se permita que los jueces puedan sustituir la voluntad social conformando un acuerdo que no existe⁴⁴, lo que incluso podría considerarse contrario al derecho de propiedad y a la libertad de empresa reconocidos en los arts. 33 y 38 de la Constitución. En el caso de los terceros, que pretendan impugnar el acuerdo negativo, habría que entender esto con mayor razón si cabe al ser, por definición, personas ajenas a la sociedad que no tienen derecho a participar en la conformación de la voluntad social.

En mi opinión, sin embargo, la respuesta debe ser matizada en conexión con la variada casuística que puede presentarse, para la que la jurisprudencia disponible aporta bastante luz (aunque los fallos no sean siempre compartibles)⁴⁵. Si bien con carácter general me parece razonable que la impugnación de acuerdos negativos no deba ser admitida, hay que exceptuar aquellas situaciones en las que el juez, de admitir la impugnación, no estaría conformando la voluntad social allí donde no existe, sino declarando un resultado (el acuerdo) que legalmente era insoslayable a la vista de las circunstancias concurrentes.

En esa situación, en mi opinión, están claramente los casos en que la no adopción del acuerdo se debe a irregularidades en la convocatoria, que impidió su conocimiento por socios que presumiblemente habrían votado a favor del acuerdo, o a un indebido *cómputo de votos*, bien sea por que se tomaron en cuenta votos que no debieron serlo (de personas que ya no eran socios, de personas en conflicto de interés que debían haberse abstenido o por haber dado mayor peso a determinados votos que el debido), o no se admitieron votos que sí debieron haberlo sido (no se permitió votar a quien tenía derecho o no se les dio a su voto el peso debido), incluyendo aquí los correspondientes errores en el escrutinio de los votos. En estos casos, pasada la prueba de resistencia del voto que ahora acoge expresamente el art. 204.3. d) de la LSC, creo que el *no-acuerdo* es impugnable porque el juez, si estimase la demanda, no estaría sustituyendo la

⁴³ Véase el documentado y amplio estudio, con ulteriores referencias legales y jurisprudenciales, de BUSTILLO, M^a M., “Apuntes sobre el régimen de los acuerdos negativos inválidos de la junta de socios en las sociedades de capital”, en *La Ley Mercantil*, n^o 31, diciembre 2016 y n^o 33, febrero 2017.

⁴⁴ Insiste en este convincente argumento ROJO, A., *ob. cit.*, sub. art. 204, p. 1439.

⁴⁵ Hay un estudio de esta casuística en BUSTILLO, M^a M., *ob. cit.*

voluntad social, sino más bien todo lo contrario, asegurando su respeto⁴⁶; razón por la que tampoco veo inconveniente en que la impugnación la pueda instar un tercero con interés legítimo. Las consecuencias de la impugnación, en todo caso, serían distintas, porque en la convocatoria irregular lo único que puede hacer el juez es anular la junta, mientras en el caso del cómputo indebido de votos lo procedente sería proclamar la adopción del acuerdo que realmente sí llegó a tomarse.

No me parece, en cambio, que pueda seguirse el mismo criterio en los casos en que concurren situaciones reconducibles al *abuso de derecho*, bien sea porque la mayoría ha usado abusivamente de sus votos negativos en contra del interés social o en situación de conflicto de interés (que no obligaba forzosamente a abstenerse⁴⁷), bien porque lo hizo la minoría con poder de bloqueo del acuerdo (abuso de minoría). Aunque la jurisprudencia ha admitido la impugnación en alguno de estos supuestos, accediendo a la declaración del acuerdo no adoptado –cese de administradores incurso en incompatibilidad, reparto de dividendos no acordados (antes del art. 348 bis de la LSC), exclusión de socio que incumplió deberes⁴⁸–, la existencia de un cierto ámbito discrecional en estos acuerdos, creo que impide con carácter general la admisión de la impugnación, máxime si el que pretende impugnar es un tercero que no forma parte de la sociedad. A ello se añade que el *abuso de derecho*, que está en la base de estos supuestos, podría combatirse, como apunta el art. 7.2 del CC, mediante la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios ocasionados contra quienes hayan abusado en el ejercicio de su derecho de voto.

Por último, cabe también plantearse qué sucede en relación con la *impugnación de los acuerdos del consejo de administración* y de otros órganos colegiados de administración. El art. 251 de la LSC no incluye a los terceros entre el elenco de legitimados para impugnar este tipo de acuerdos, pero, al igual que sucedía con el texto originario de la LSA, que asimismo omitía a los terceros en relación con los de la junta general, cabría plantearse si, aplicando consideraciones semejantes a las que se hacían en aquel momento por la doctrina, podría considerarse a los terceros legitimados para impugnar en los casos en que tales acuerdos vulnerasen la ley, y, aún con mayor razón, si la vulneración fuera de tal entidad que, como dice

⁴⁶ En contra ROJO, A., *ob. cit.*, sub. art. 204, p. 1439, quien considera, no obstante, que en este caso podrían ejercitarse acciones para declarar nulos los votos ilegítimos o la decisión de no permitir votar a quien tenía derecho.

⁴⁷ Me estoy refiriendo al supuesto contemplado en el art. 190.3 de la LSC.

⁴⁸ Hay un detallado estudio de esta jurisprudencia en BUSTILLO, M. M^a, *ob. cit.*

ahora el art. 205.1 de la LSC, por “sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público”⁴⁹.

En mi opinión la respuesta debe ser negativa. Los terceros en ningún caso estarían legitimados para impugnar acuerdos del consejo de administración y de los demás órganos colegiados de administración. A estos efectos no solo hay que hacer relevante el silencio de la LSC que, sin embargo, sí menciona a los terceros en la impugnación de acuerdos sociales de la junta general, sino sobre todo la superación de la distinción entre acuerdos nulos y anulables que expresa el nuevo régimen⁵⁰ y, a mayor abundamiento, la no diferenciación en el caso de la impugnación de los acuerdos de los órganos colegiados de administración, de los contrarios al orden público, ni siquiera para ampliar el plazo de impugnación, por lo que ya no habría base dogmática para defender tal extensión de la legitimación⁵¹.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que los acuerdos de estos órganos, particularmente del consejo de administración, si tienen transcendencia negocial por tratarse de *acuerdos de gestión*, son cuestiones que pertenecen a la esfera interna de la sociedad y que, en el caso de que afecten a terceros por reflejarse en el contenido de negocios celebrados con ellos, estos podrían reaccionar con los mecanismos generales de ineficacia de los negocios jurídicos⁵². Si tuvieran transcendencia *corporativa*, por afectar al funcionamiento de la sociedad como corporación, normalmente acabarían derivando en acuerdos de la junta general, momento en el que los terceros podrían entablar la acción de impugnación, no ya contra los acuerdos del consejo o del órgano colegiado de administración, sino contra el acuerdo social adoptado por la junta general sobre su base⁵³. Con independencia de ello, si la actuación de los

⁴⁹ La fórmula procede de la reforma de 2014, que trataba de clarificar de esta manera el alcance de la vulneración del *orden público* en relación con los acuerdos sociales.

⁵⁰ Con todo el ya citado art. 491 de la LSC relativo a la sociedad anónima europea, sigue hablando todavía de “acuerdos nulos y anulables”.

⁵¹ En contra, considerando que los terceros estarían legitimados para impugnar los acuerdos contrarios a la ley, POLO, E., *Los administradores y el consejo de administración en la sociedad anónima*, en URÍA, R. *et alia*, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, VI, Madrid, Civitas, 1992, pp. 539 y s., y, en relación únicamente con los contrarios al orden público, ALCALÁ, M^a A., *ob. cit.*, pp. 438 y ss.

⁵² Por poner un ejemplo, pensemos en unas condiciones generales de la contratación contrarias a la ley (por desconocer normas de Derecho imperativo o no superar el *test de abusividad* específico de la legislación de consumidores), que sean objeto de un acuerdo del consejo o de un órgano colegiado de administración. Los terceros afectados, contratantes a lo que se apliquen estas condiciones, podrán reaccionar ejerciendo la acción de nulidad que contempla el art. 8 de la Ley de condiciones generales.

⁵³ Por poner otro ejemplo: las cuentas anuales tienen que formularse por el órgano de administración, pero son aprobadas por la junta general (arts. 253 y 272 de la LSC).

administradores de la sociedad, con o sin acuerdo formal del órgano⁵⁴, acaban perjudicando a terceros, estos siempre podrán utilizar el mecanismo de la acción individual de responsabilidad que se contempla en el art. 241 de la LSC.

2.3. Procedimientos en los que opera

Las acciones de impugnación tienen que entablarse en principio ante los órganos judiciales competentes. Sin embargo, la sociedad puede haber incluido en los estatutos una *cláusula de arbitraje*; cláusulas cuya validez hoy ya no es discutible si se ajustan a lo establecido en el art. 11 bis de la Ley de Arbitraje, introducido por la Ley 11/2011.

Si existe tal cláusula de sumisión a arbitraje, cuando la acción de impugnación de acuerdos pretenda interponerla un tercero, se plantea el problema de determinar cuál es el cauce por el que deberá hacerlo: el procedimiento arbitral o el judicial.

En mi opinión, los terceros no están sometidos al arbitraje estatutario, por lo que podrán interponer las correspondientes acciones de impugnación ante los tribunales competentes, debido a que, por una parte, al no ser socios no están vinculados por lo que digan los estatutos sociales y, por otra, el propio art. 11 bis de la Ley de arbitraje no los menciona, al referirse únicamente a la impugnación de socios y administradores⁵⁵. Con todo, no veo inconveniente en que los terceros puedan acogerse al procedimiento arbitral voluntariamente si, por las razones que fuera (rapidez, costas, etc.), lo prefirieran.

3. EL REQUISITO DEL INTERÉS LEGÍTIMO

La legitimación de los terceros para impugnar acuerdos sociales de la junta general se subordina a que “acrediten un interés legítimo”. En realidad, como ya se ha advertido, la fórmula trataba inicialmente de ser coherente con la legitimación para ejercitar la acción de nulidad de los negocios jurídicos, que se ha venido reconociendo a cualquier tercero con un

⁵⁴ Estas actuaciones pueden ser resultado de la *actuación informal* del consejo. Una referencia a la relevancia de la estructura informal de la empresa en relación con el consejo de administración, en SALELLES, J. R., *El funcionamiento del Consejo de Administración*, Madrid, Civitas, 1995, p. 34

⁵⁵ El art. 11 bis.3 de la Ley de arbitraje señala que “[l]os estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral”.

Mantiene esta misma posición, SÁNCHEZ JIMENO, S., “Impugnación de acuerdos y arbitraje”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 49-2018, pp. 109 y ss. (<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5894/documento/art010.pdf?id=8346>).

interés legítimo a pesar de no tener la condición de *parte* (que en este caso sería la de socio o accionista)⁵⁶. Pero, después de la reforma de 2014, la legitimación de los terceros y este requisito adicional se extiende a todo tipo de acuerdos, no solo a los que en la legislación anterior eran los acuerdos nulos (los contrarios a la ley), aunque curiosamente no se exija *expressis verbis* para los que sean contrarios al *orden público* que, sin embargo, son una variante de los contrarios a la ley, por lo que lógicamente también debe considerarse aplicable a los mismos⁵⁷.

Desaparecida esa base dogmática, el mantenimiento del requisito de la acreditación de un interés legítimo por parte del tercero cobra un nuevo significado: el de evitar su inmixción en el gobierno de las sociedades, que viene atribuido a los socios a través de la estructura orgánica de estas sociedades, mediante su participación directa en la junta, que también tiene atribuidas hoy en día algunas facultades de gestión [arts. 160, g) y 161 de la LSC], e indirecta en el órgano de administración, a través del nombramiento y separación de los administradores, la censura de la gestión social y la facultad de ejercer la acción social de responsabilidad [arts. 160, a) y b) y demás concordantes de la LSC] que le corresponden a la junta general.

Por esta razón se impone una interpretación prudente, que impida la consideración de las acciones de impugnación como si se tratase de una acción pública⁵⁸. Si partimos del DRAE para precisar qué hay que estimar como *interés*, vemos que en su primera acepción se considera como tal al “provecho, utilidad, ganancia”⁵⁹. Por consiguiente, el tercero tendría que obtener algún tipo de ventaja individual –esto es, que le afecte personalmente a él– constatable, incluida la evitación de un perjuicio, que sea de carácter patrimonial, puesto que estamos en el marco del Derecho privado, si prospera la acción de impugnación que ejercita⁶⁰. En el caso de perjuicios quedarían amparados no solo las que se estén ya sufriendo como consecuencia del

⁵⁶ Por todos, véase DE CASTRO, F., *ob. cit.*, p. 482.

⁵⁷ Mantiene también la necesidad de que concurra el interés legítimo, aunque considerando que en este caso habría una inversión de la carga de la prueba de dicho interés, de manera que sería la sociedad demandada quien tendría que acreditar esa falta de interés, BAENA, P.J., “Legitimación activa y pasiva...” cit., p. 560.

⁵⁸ Hacen consideraciones similares MASSAGUER, J., en JUSTE, J. (coord.), *Comentario de las reformas del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor 2015, sub. art. 206, p. 258; BAENA, P.J., “Legitimación activa y pasiva...” cit., p. 557.

⁵⁹ Recurre también al DRAE para concretar que hay que considerar como interés en la exigencia equivalente que contiene el art. 19 de la LJCA, GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 5ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2008, sub. art. 19, p. 505.

⁶⁰ Con unas palabras u otras, la doctrina insiste en planteamientos semejantes. Véase, entre otros, MASSAGUER, J., *ob. cit.*, sub art. 206, p. 258; BAENA, P.J., “Legitimación activa y pasiva...” cit., p. 557, donde se evocan criterios semejantes a los señalados.

acuerdo, sino los que pueden producirse en el futuro, siempre que se acredite en este último caso su carácter real y no meramente hipotético⁶¹.

La exigencia en estos momentos de una participación mínima a los socios para que puedan impugnar, debe servir de criterio para exigir una cierta entidad al interés alegado que sea proporcional al remedio que se impetra, quedando abierta en todo caso la vía de la indemnización de daños y perjuicios para los casos de menor entidad⁶². En el caso de escisión de la titularidad de las acciones o participaciones (por ejemplo, en caso de usufructo o prenda), la entidad del interés debe medirse por comparación con la participación en el capital que supongan dichas acciones o participaciones, por lo que no tendrá entidad suficiente cuando estas acciones o participaciones no alcancen los límites legales para que los socios impugnen

El término *legítimo*, por otro lado, debe entenderse en el sentido, no de limitar los intereses invocables, sino de impedir que se utilice el proceso de manera arbitraria o abusiva. Se trata de evitar tanto la actuación del querulante, como del oportunista que pretende obtener de su actuación ventajas más allá de lo que suponga la estimación de su pretensión. Lo que conectaría de alguna manera con el mandato a los jueces y tribunales para que rechacen las acciones que se produzcan con *abuso de derecho*, que se contiene en el artículo 11.2 de la LOPJ⁶³.

¿En qué momento debe concurrir el interés legítimo? La LSC no se pronuncia sobre este aspecto, pero en relación con la legitimación de los socios actualmente se exige que hayan adquirido tal condición con anterioridad a la adopción del acuerdo, con la finalidad de evitar acciones oportunistas como la adquisición *ad hoc* de acciones o participaciones para impugnar⁶⁴; exigencia que, sin embargo, se omite en relación con los acuerdos contrarios al orden público, probablemente para evitar que las situaciones resultantes de estos acuerdos puedan perpetuarse.

⁶¹ BAENA, P.J., “Legitimación activa y pasiva...” cit., p. 557 admite también los daños futuros, aunque sin hacer esta matización.

⁶² En similar sentido, BAENA, P.J., “Legitimación activa y pasiva...” cit., p. 557.

⁶³ Dice este artículo: “[l]os Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal”.

⁶⁴ Esta fue una cuestión debatida antes de la modificación legal. A favor de que únicamente se reconociera legitimación a los socios que tuvieran esa condición antes de la adopción del acuerdo, entre otros, se manifestaba URÍA, R., *ob. cit.*, sub. arts. 67, 68 ,69 y 70, pp. 774 y s.; en contra, DUQUE, J., *ob. cit.*, pp. 164 y ss.

Creo que estos criterios podrían aplicarse por analogía al presente caso. Con carácter general el *interés legítimo* tendría que existir en el momento de la adopción del acuerdo⁶⁵, pero en relación con acuerdos que creen situaciones jurídicas contrarias al orden público, por la razón ya indicada de evitar que se perpetúen, debe entenderse con que basta con que tal interés exista en el momento de la interposición de la demanda.

Con independencia de lo indicado, el interés legítimo del tercero deberá mantenerse durante todo el proceso de impugnación, ya que si desapareciera determinaría la finalización de dicho proceso por pérdida sobrevenida del objeto, conforme está previsto en el art. 22 de la LEC.

Por último, el interés legítimo debe alegarse por el tercero en el momento de interponer la demanda. Si esta circunstancia no fuera aceptada por la sociedad demandada, debería ser objeto de prueba en el proceso⁶⁶. Con todo, en algunos grupos de casos, este interés se infiere directamente de los derechos que el tercero ostenta sobre acciones o participaciones sociales, como ya se señaló anteriormente.

4. GRUPOS DE CASOS

Los principales grupos de casos en que terceros que podrían tener este interés legítimo, serían los que se indican a continuación⁶⁷.

A. Los *usufructuarios* y los *acreedores prendarios* de las acciones o participaciones dadas en prenda, tengan o no atribuido el derecho de voto, según se argumentó anteriormente. Los nudos propietarios y los propietarios de las acciones, en cambio, deben ser considerados a estos efectos como socios y, por tanto, su legitimación sería la de estos⁶⁸. Lo mismo sucederá

⁶⁵ En contra, parece entender que el interés solo debe concurrir en el momento de interponer la demanda, BAENA, P.J., “Legitimación activa y pasiva...” cit., p. 544.

⁶⁶ Señala SANCHO GARGALLO, I., *ob. cit.*, sub. art. 205, p. 2891, “que para ello (el tercero) deberá ligar su condición y los derechos que se deriven de ella con el acuerdo impugnado, para mostrar en qué medida quedan afectados por él, y para la tutela de sus derechos e intereses es lógico reconocerle interés legítimo en la impugnación”. Asimismo, este autor estima que cuando la falta de legitimación sea muy clara podría advertirse en la audiencia previa y evitar la continuación del procedimiento, pues eso está en el espíritu de la reforma en relación con lo que se prevé en el art. 204.3 de la LSC (pp. 2897 y s.).

⁶⁷ Una enumeración más detallada en BAENA, P.J., “Legitimación activa y pasiva...” cit., pp. 557 y ss., aunque no todos los casos que menciona pueden considerarse en puridad supuestos de legitimación de terceros, algunos de los cuales ya he mencionado y otros se indicarán a continuación.

⁶⁸ En contra, MASSAGUER, J., *ob. cit.*, sub art. 206, p. 258 (para el caso de que el voto corresponda al usufructuario o al acreedor pignorante); BAENA, P.J., “Legitimación activa y pasiva...” cit., pp. 557.

con los titulares de participaciones o acciones embargadas, que continúan siendo socios, ya que el embargo por sí mismo no priva al titular de sus derechos como tal (art. 132.1 de la LSC)⁶⁹.

B. Los *fideicomisarios* en las *sustituciones fideicomisarias*. Los fiduciarios, en cambio, como socios *ad tempus* que son, deberían ser considerados legitimados como socios⁷⁰.

C. En *sociedad de gananciales* y en relación con acciones o participaciones gananciales, el cónyuge del que figure legitimado como socio frente a la sociedad⁷¹. Este último, en cambio, estará legitimado como socio.

D. En el caso de *derivados (equity swaps)* sobre acciones, los titulares de estos derivados. La circunstancia de que a estos titulares se les pueda atribuir el voto (*voto vacío*) y, en todo caso, se les someta en las sociedades cotizadas a deberes de notificación semejantes a los que penden sobre los accionistas, para evitar el fenómeno de la *propiedad oculta (hidden ownership)*, no les confiere la condición de socios, aunque sí evidentemente la de terceros interesados⁷².

E. Aquellos a los que se les niega la condición de socio por parte de la sociedad, cuando la acción de impugnación tiene el objetivo final de que se les reconozca como tales (por ejemplo, en el caso de un acuerdo de exclusión de socios)⁷³. Asimismo, en el caso de personas a las que se niega la condición de administradores, liquidadores o auditores, en relación con los correspondientes acuerdos de separación.

⁶⁹ En contra, considerando todos estos supuestos como de legitimación de terceros, BAENA, P.J., “Legitimación activa y pasiva...” cit., p. 557.

En relación con el embargo, estimando asimismo de que el embargado sigue conservando en principio sus derechos, véase RETORTILLO, O, *El embargo de acciones de la sociedad anónima*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2011, pp. 229 y ss.

⁷⁰ Sobre esta figura, que no encuentra regulación específica en la legislación societaria, véase MENÉNDEZ, A., “Consideraciones sobre la sustitución fideicomisaria de acciones”, en RCDI, n° 512, 1976, pp. 9 y ss., que considerará al fiduciario como socio *ad tempus* con el deber de conservar y administrar el paquete de acciones, en las pp. 16 y ss.

⁷¹ Dice en este sentido ECHEBARRÍA, M. (2009), en ARROYO, I. *et alia* (coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2009, sub art. 35, p. 478, que “en el matrimonio en régimen de sociedad de gananciales no existe cotitularidad en los términos del art. 35 de la LSRL, cuando los derechos aparecen constituidos a nombre de un sólo cónyuge, que a estos efectos será considerado como único administrador (arts. 1384 y 1385 C. c.)”.

⁷² En relación con este tema, me remito a las consideraciones que con mayor detalle hacía en VELASCO, L., “El llamado voto vacío («empty voting»): transparencia y conflicto de interés”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. *et alia* (dir.); RONCERO, A. (coord.), *Sociedades cotizadas y transparencia en los mercados*, Cizur Menor, Aranzadi, Thomson Reuters, 2019, I, pp. 55 y ss.

⁷³ Hace una referencia casuística a estas situaciones BAENA, P.J., “Legitimación activa y pasiva...” cit., p. 558.

F. En cuanto a los *acreedores* de la sociedad, la legitimación debe reconocérseles solo en aquellos casos en que sus créditos resulten directamente perjudicados por el acuerdo y no tengan otros medios para defender sus intereses⁷⁴. Por ejemplo, en acuerdos de reducción de capital, entiendo que no tendrían esta legitimación en la medida en que se les reconozca el derecho de oposición.

G. Respecto a los *trabajadores*, debe reconocerse su legitimación, tanto individualmente como de sus representantes sindicales, en relación con acuerdos que afecten negativamente a sus condiciones laborales. Hay que descartar, no obstante, que puedan encauzarse por esta vía acuerdos que, por perjudicar a la sociedad, pudieran acabar perjudicando hipotéticamente a los trabajadores, quienes además cuentan desde el Derecho laboral con otros mecanismos para defender sus derechos, ya que las meras hipótesis de un perjuicio futuro no son suficientes para integrar el interés legítimo, según se argumentó anteriormente⁷⁵.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCALÁ, M^a A., *La impugnación de acuerdos del Consejo de Administración de sociedades anónimas*, Madrid, Civitas, 1998
- ALFARO, J. y MASSAGUER, J., en JUSTE, J. (coord.), *Comentario de las reformas del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Cizur Menor, Civitas, Thomson Reuters, 2015, sub. art. 204
- ARROYO, I., en ARROYO, I. *et alia* (coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, 2^a ed., Madrid, Tecnos, 2009, sub art. 56
- BAENA, P.J., *Legitimación activa para la impugnación de acuerdos sociales (de la junta general de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada y de la asamblea general de la sociedad cooperativa)*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006
- BAENA, P.J., “Legitimación activa y pasiva para la impugnación de acuerdos sociales”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. *et alia* (dir.), RONCERO, A. (coord.), *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada*, Cizur Menor, Aranzadi, Thomson Reuters, 2016, I, pp. 533-

⁷⁴ En contra, considerándolos terceros con interés legítimo en todas las situaciones, BAENA, P.J., “Legitimación activa y pasiva...” cit., p. 558.

⁷⁵ Parece en cambio entender que estarían legitimados para impugnar cualquier acuerdo que afecte a la marcha de la sociedad, pues ello podría incidir de manera directa o indirecta en sus condiciones laborales, BAENA, P.J., “Legitimación activa y pasiva...” cit., p. 556.

- BERCOVITZ, A., “Los acuerdos impugnables en la sociedad anónima”, en VV. AA., *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, I, pp. 373-396
- BUSTILLO, M^a M., “Apuntes sobre el régimen de los acuerdos negativos inválidos de la junta de socios en las sociedades de capital”, en *La Ley Mercantil*, n^o 31, diciembre 2016 y n^o 33, febrero 2017.
- CAMPINS, A., “Derogación singular de los estatutos sociales”, en RDM n^o 242, 2001, pp. 1685-1710
- DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1971
- DUQUE, J., *Tutela de la minoría. Impugnación de acuerdos lesivos (art. 67 L.S.A.)*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1957
- ECHEBARRÍA, M. (2009), en ARROYO, I. *et alia* (coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, 2^a ed., Madrid, Tecnos, 2009, sub art. 35
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de sociedades*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010
- GARRIGUES, J. *et alia*, *Reforma de la Sociedad Anónima*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1947
- GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, I, 2, Madrid, Revista de Derecho Mercantil, 1947
- GIRÓN, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1952
- GIRÓN, J., *Derecho de Sociedades*, Madrid, Artes Gráficas Benzal, 1976
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 5^a ed., Cizur Menor, Civitas, 2008, sub. art. 19
- JUSTE, J., *Los derechos de minoría en la sociedad anónima*, Pamplona, Aranzadi, 1995
- LLEBARÍA, S., “La legitimación para impugnar acuerdos sociales desde situaciones complejas de comunidad”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. *et alia* (dir.), *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales*, Madrid, Academia Matritense del Notariado, 2015, pp. 479 y ss.
- MASSAGUER, J., en JUSTE, J. (coord.), *Comentario de las reformas del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Cizur Menor, Civitas, Thomson Reuters, 2015, sub. art. 206
- MENÉNDEZ, A., “Consideraciones sobre la sustitución fideicomisaria de acciones”, en RCDI, n^o 512, 1976, pp. 9-30
- POLO, E., *Los administradores y el consejo de administración en la sociedad anónima*, en URÍA, R. *et alia*, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, VI, Madrid, Civitas, 1992
- ROBLES, J.A., en ROBLES, J.A. (coord.), *Conceptos básicos de Derecho procesal civil*, 5^a ed., Madrid, Tecnos, 2013
- ROJO, A., en ROJO, A. y BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley de sociedades de capital*, Cizur Menor, Civitas, 2011, sub. arts. 204 y 205

- RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, 2ª ed., Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1967
- SALELLES, J. R., *El funcionamiento del Consejo de Administración*, Madrid, Civitas, 1995
- SÁNCHEZ CALERO, F., *La Junta general de las sociedades de capital*, Cizur Menor, Civitas, 2007
- SÁNCHEZ JIMENO, S., “Impugnación de acuerdos y arbitraje”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 49-2018, pp. 104-114
- SANCHO GARGALLO, I., en GARCÍA-CRUCES, J. A y SANCHO GARGALLO, I., *Comentario de la Ley de sociedades de capital*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, IV, sub. art. 205
- URÍA, R., en GARRIGUES, J./URÍA, R.: *Comentario a la Ley de sociedades anónimas*, 3ª ed. rev. por MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M., Madrid, Imprenta Aguirre, 1976, I, sub. arts. 67, 68, 69 y 70
- VEIGA, A., “Impugnación de acuerdos sociales. El papel del acreedor prendario”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. *et alia* (dir.), *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales*, Madrid, Academia Matritense del Notariado, 2015, pp. 453 y ss.
- VELASCO, L., “El derecho de suscripción preferente”, en ALONSO, A. *et alia* (dir.), *Derecho de Sociedades Anónimas, III, Modificación de estatutos. Aumento y reducción del capital. Obligaciones, vol. I*, Madrid, Cívitas, 1994, pp. 517 -601.
- VELASCO, L., “El llamado voto vacío («empty voting»): transparencia y conflicto de interés”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. *et alia* (dir.); RONCERO, A. (coord.), *Sociedades cotizadas y transparencia en los mercados*, Cizur Menor, Aranzadi, Thomson Reuters, 2019, I, pp. 55-86.
- VICENT CHULIÀ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, 3ª ed., t. I, vol. 1º, Barcelona, Bosch, 1991, t. I, vol. 1º