***Estatuto jurídico de la minoría en las sociedades (cerradas) de capital***

**Isaac Ibáñez García**

**Abogado**

**isaacibanez.es**

**Resumen:**

En el presente estudio se expone el régimen jurídico de la minoría en las sociedades (cerradas) de capital, pues, en términos prácticos, la mayoría de los derechos del **socio/accionista** en las sociedades de capital, entendidos como **derechos subjetivos**, contenidos en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC), están pensados o se configuran como **derechos de la minoría**, pues los socios más beneficiados son los no integrados en el grupo que controla de forma efectiva la sociedad. Lo mismo puede decirse de los principales tipos penales que contempla el Código Penal como **delitos societarios**, que pretenden perseguir los actos más groseros que atentan contra los derechos de los socios/accionistas y que suelen perpetrarse por los administradores sociales o por los socios mayoritarios, en sociedades con conflicto.

**Sumario:** I.- Introducción II.- Otros derechos distintos o complementarios a los reconocidos en el artículo 93 del TRLSC III.- El derecho al dividendo en las sociedades no cotizadas IV. El Derecho de información V.- Restricciones relativas a la impugnación de acuerdos sociales (especialmente por vulneración del derecho de información) VI.- La impugnación del acuerdo de aprobación de cuentas por no reflejar éstas la imagen fiel VII.- Los efectos mero-declarativos de las sentencias recaídas en la impugnación de acuerdos sociales VIII.- La causa de disolución por el cese en el ejercicio de la actividad IX.- Los delitos societarios y la administración desleal. X.- Los administradores y el grupo mayoritario pleitean a costa de la sociedad. Referencias bibliográficas.

**I.- Introducción**

En mi opinión, en términos prácticos, la mayoría de los derechos del **socio/accionista** en las sociedades de capital, entendidos como **derechos subjetivos[[1]](#footnote-1)**, contenidos en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC), están pensados o se configuran como **derechos de la minoría**, pues los socios más beneficiados son los no integrados en el grupo que controla de forma efectiva la sociedad. Lo mismo puede decirse de los principales tipos penales que contempla el Código Penal como **delitos societarios**, que pretenden perseguir los actos más groseros que atentan contra los derechos de los socios/accionistas y que suelen perpetrarse por los administradores sociales o por los socios mayoritarios, en sociedades con conflicto.

Ello cobra especial visibilidad en la existencia, en el derecho societario, de las **sociedades unipersonales**, es decir, de socio único, reguladas en los artículos 12 y ss. Del TRLSC. De poco le sirve al socio/accionista único que se le reconozca el derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales; el de asistir y votar en las juntas generales e impugnar los acuerdos sociales o el derecho de información, pues es, él mismo, el *dueño y señor*. Lo mismo puede decirse respecto a **“la mayoría”** en las sociedades pluripersonales, pues difícilmente la mayoría tendrá problemas para decidir sobre la participación en las ganancias, problemas derivados de su asistencia a las juntas generales o relacionados con el derecho a la información.

Todo lo contrario sucede con **la minoría**, que sí está necesitada de dicho reconocimiento. Si pensamos en el derecho social por antonomasia, el de participar en el reparto de las ganancias sociales (principalmente vía **dividendos**), es necesario tanto el reconocimiento del mismo como –así se ha puesto de manifiesto por la jurisprudencia- de mecanismos de tutela para evitar el abuso de la mayoría, tales como el establecido por el artículo 348 bis TRLSC (**Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos**).

El artículo 93 del TRLSC contempla los siguientes ***“Derechos del socio”***:

“En los términos establecidos en esta ley, y salvo los casos en ella previstos, el socio tendrá, **como mínimo**, los siguientes derechos:

a) El de participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación.

b) El de asunción preferente en la creación de nuevas participaciones o el de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones.

c) El de asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales.

d) El de información”.

De dicho primer catálogo de derechos (mínimos) y de los demás que surcan el texto de la ley societaria, la experiencia nos demuestra que la mayoría de ellos están pensados en beneficio de la minoría social. De hecho, la jurisprudencia sobre los mismos se ha construido por las acciones que en defensa de sus derechos ha ejercido la minoría; pues **la esencia de las herramientas legales que tutelan al socio/accionista minoritario es la de resultar útiles, precisamente, en supuestos de conflicto**.

Según García de Enterría (2015), respecto a una forma de valorar la práctica en las acciones de impugnación de acuerdos sociales, “al menos en multitud de ocasiones operan a menudo como un instrumento de presión que generalmente encubre fines distintos a los que motivan la propia interposición de la acción… Es muy habitual que el derecho de impugnación se ejercite por razones oportunistas o estratégicas o, por decirlo en otros términos, de forma abusiva”.

Este autor alude a que en el Derecho español y en la práctica existen causas «comodín» de impugnación, siendo ejemplos clásicos los relativos al derecho de información y los acuerdos de aprobación de las cuentas anuales.

Sin embargo, como señala Sánchez Ruiz (2021), “el «atesoramiento» de los beneficios de la sociedad, entendido como la falta de reparto de las ganancias sociales legalmente distribuibles entre los socios en concepto de dividendos y su incorporación sistemática a reservas voluntarias, **es un problema frecuente en las sociedades de capital, en especial las cerradas**. Prueba de ello es la gran litigiosidad existente en esta materia”.

Por tanto, otra perspectiva sobre este asunto es *ponerse en la piel* del socio/accionista minoritario que soporta durante años el abuso de la mayoría. Las **tretas más comunes** **arbitradas por la mayoría,** que pueden darse de forma aislada o cumulativa, son las siguientes:

* **Sequía de dividendos** (atesoramiento injustificado de beneficios).
* La **fijación de abultadas retribuciones para los administradores sociales**, que suelen coincidir con personas vinculadas a la mayoría o son los socios mayoritarios. Retribuciones que no tienen proporción ni con la preparación ni con la dedicación de los administradores, que en ocasiones son meros testaferros de quienes realmente toman las decisiones.
* **Organización de la forma de administración de la sociedad,** de tal suerte que no pueda aplicarse la representación proporcional de la minoría en el órgano de administración.
* **Contratación irregular y ficticia de familiares** que no desarrollan actividad laboral alguna y que perciben abultados sueldos y se benefician de las cotizaciones a la Seguridad Social.
* **Celebración de contratos mercantiles con familiares o allegados, con beneficios para éstos y pérdidas para la sociedad.**
* **Aprovechamiento ilícito de los bienes de la sociedad**. Por ejemplo, adquisición de vehículos de alta gama para el disfrute particular de los administradores.
* **Vulneración sistemática del derecho de información** establecido en la Ley de Sociedades de Capital, especialmente con ocasión de las juntas de aprobación de cuentas.
* **En las sociedades de responsabilidad limitada**, modificaciones estatutarias tendentes a eliminar el derecho legal de examen directo por el socio y un experto contable de la contabilidad y documentación contable.
* **Generación de “dinero negro”** a través de facturas falsas, para su reparto entre los socios/accionistas mayoritarios y “sus” administradores.

**II.- Otros derechos distintos o complementarios a los reconocidos en el artículo 93 del TRLSC**

Los preceptos legales son del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Como se observa, los preceptos otorgan legitimación a “cualquier socio” o, en otros casos a los que tengan al menos el uno o el cinco por ciento del capital social.

**Derecho del socio a instar la disolución (artículo 40)**

“En caso de sociedad devenida irregular, **cualquier socio** podrá instar la disolución de la sociedad ante el juez de lo mercantil del lugar del domicilio social y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la cuota correspondiente, que se satisfará, siempre que sea posible, con la restitución de sus aportaciones”.

**Valoración de las aportaciones no dinerarias en la sociedad anónima (artículo 69)**

“En este caso, si los administradores no hubieran solicitado el nombramiento de experto debiendo hacerlo, **el accionista o los accionistas que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social**, el día en que se adopte el acuerdo de aumento del capital, podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un experto para que se efectúe la valoración de los activos. La solicitud podrán hacerla hasta el día de la realización efectiva de la aportación, siempre que en el momento de presentarla continúen representando al menos el cinco por ciento del capital social”.

**Legitimación para el ejercicio de la acción de responsabilidad por las aportaciones no dinerarias (artículo 74.2)**

“2. La acción de responsabilidad podrá ser ejercitada, además, por **cualquier socio** que hubiera votado en contra del acuerdo **siempre que represente, al menos, el cinco por ciento de la cifra del capital social** y por cualquier acreedor en caso de insolvencia de la sociedad”.

**Igualdad de trato (artículo 97)**

“La sociedad deberá dar un trato igual a los socios que se encuentren en condiciones idénticas”.

**Modificaciones estatutarias lesivas que afecten a las participaciones sociales y acciones sin voto (artículo 103)**

“Toda modificación estatutaria que lesione directa o indirectamente los derechos de las participaciones sociales o de acciones sin voto exigirá el acuerdo de la **mayoría de las participaciones sociales o de las acciones sin voto afectadas**”.

**Examen y certificación del libro registro de socios (artículo 105)**

“1. **Cualquier socio** podrá examinar el Libro registro de socios, cuya llevanza y custodia corresponde al órgano de administración”.

**Solicitud de convocatoria de la junta por la minoría (artículo 168)**

“Los administradores deberán convocar la junta general cuando lo soliciten **uno o varios socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social**, expresando en la solicitud los asuntos a tratar.

En este caso, la junta general deberá ser convocada para su celebración dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se hubiere requerido notarialmente a los administradores para convocarla, debiendo incluirse necesariamente en el orden del día los asuntos que hubiesen sido objeto de solicitud”.

**Competencia para la convocatoria (artículo 169)**

“1. Si la junta general ordinaria o las juntas generales previstas en los estatutos, no fueran convocadas dentro del correspondiente plazo legal o estatutariamente establecido, podrá serlo, a solicitud de **cualquier socio**, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial o Registrador mercantil del domicilio social.

2. Si los administradores no atienden oportunamente la solicitud de convocatoria de la junta general efectuada por la minoría, podrá realizarse la convocatoria, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial o por el Registrador mercantil del domicilio social”.

**Complemento de convocatoria (artículo 172)**

“1. En la sociedad anónima, **los accionistas que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social**, podrán solicitar que se publique un complemento a la convocatoria de una junta general de accionistas incluyendo uno o más puntos en el orden del día. El ejercicio de este derecho deberá hacerse mediante notificación fehaciente que habrá de recibirse en el domicilio social dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria.

2. El complemento de la convocatoria deberá publicarse con quince días de antelación como mínimo a la fecha establecida para la reunión de la junta.

La falta de publicación del complemento de la convocatoria en el plazo legalmente fijado será causa de nulidad de la junta”.

**Derecho de asistencia (artículo 179)**

“1. En la sociedad de responsabilidad limitada **todos los socios** tienen derecho a asistir a la junta general. **Los estatutos no podrán exigir para la asistencia a la junta general la titularidad de un número mínimo de participaciones.**

2. En las sociedades anónimas los estatutos podrán exigir, respecto de todas las acciones, cualquiera que sea su clase o serie, la posesión de un número mínimo para asistir a la junta general **sin que, en ningún caso, el número exigido pueda ser superior al uno por mil del capital social”**.

**Especialidades en el ejercicio de los derechos de asistencia y voto en las sociedades anónimas (artículo 189)**

“1. Para el ejercicio del derecho de asistencia a las juntas y el de voto será lícita la agrupación de acciones”.

**Acta notarial (artículo 203)**

“1. Los administradores podrán requerir la presencia de notario para que levante acta de la junta general **y estarán obligados a hacerlo siempre que, con cinco días de antelación al previsto para la celebración de la junta, lo soliciten socios que representen, al menos, el uno por ciento del capital social en la sociedad anónima o el cinco por ciento en la sociedad de responsabilidad limitada. En este caso, los acuerdos sólo serán eficaces si constan en acta notarial.**

2. El acta notarial no se someterá a trámite de aprobación, tendrá la consideración de acta de la junta y los acuerdos que consten en ella podrán ejecutarse a partir de la fecha de su cierre.

3. Los honorarios notariales serán de cargo de la sociedad”.

**La experiencia nos dice que la presencia notarial es muy conveniente en aquellas sociedades en las que se produce abuso de mayoría, pues permite que no se tergiverse el desarrollo de la Junta y se hagan constar en el acta las manifestaciones que la minoría considere convenientes y la unión al acta de documentos que puedan resultar relevantes, así como evitar actitudes intimidatorias o groseras.**

**Legitimación para impugnar los acuerdos sociales (artículo 206)**

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

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

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

**Acción social de responsabilidad (artículo 238)**

“1. La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado **a solicitud de cualquier socio** aunque no conste en el orden del día. Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la ordinaria para la adopción de este acuerdo.

2. En cualquier momento la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, s**iempre que no se opusieren a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social.**

3. El acuerdo de promover la acción o de transigir determinará la destitución de los administradores afectados.

4. La aprobación de las cuentas anuales no impedirá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supondrá la renuncia a la acción acordada o ejercitada”.

**Legitimación de la minoría (artículo 239)**

“1. El socio o socios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general, podrán entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando este hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad.

El socio o los socios a los que se refiere el párrafo anterior, podrán ejercitar directamente la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad sin necesidad de someter la decisión a la junta general.

2. En caso de estimación total o parcial de la demanda, la sociedad estará obligada a reembolsar a la parte actora los gastos necesarios en que hubiera incurrido con los límites previstos en el [artículo 394 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil](https://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l1-2000.l2t1.html#I1147), salvo que esta haya obtenido el reembolso de estos gastos o el ofrecimiento de reembolso de los gastos haya sido incondicional”.

**Sistema de representación proporcional (artículo 243)**

“1. En la sociedad anónima las acciones que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de componentes del consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción.

2. En el caso de que se haga uso de esta facultad, las acciones así agrupadas no intervendrán en la votación de los restantes componentes del consejo”.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28, nº 173/2022), de 18 de marzo de 2022, analiza un caso de situación de conflicto societario y entiende que en esta situación está justificado que los accionistas que representan a la mayoría pierdan la confianza en el socio minoritario y pretendan evitar que el órgano de administración se instrumentalice para ejercer presión al servicio de los intereses particulares del administrador finalmente cesado. Entiende la Audiencia que la mayoría no está obligada a tener que soportar dicho conflicto, pues lo que se consagraría no es un abuso de la mayoría, sino la dictadura de la minoría.

**Sobre la representación proporcional en la SL**, es de interés la “*Resolución de 28 de marzo de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles III de Vizcaya a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos adoptados por la junta general de una sociedad”*. «BOE» núm. 93, de 19 de abril de 2022.

Para evitar en el futuro posibles **abusos de mayoría** (nada infrecuentes), uno de los cuales es la configuración estatutaria del órgano de administración para mantener alejada del mismo a la minoría, conviene que se tenga presente, en la constitución de sociedades de responsabilidad limitada, la introducción en los estatutos de cláusulas similares a las siguientes:

**«Artículo 19 bis. Sistema de representación proporcional.**

Las participaciones sociales que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de componentes del consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción.

En el caso de que se haga uso de esta facultad, las participaciones sociales así agrupadas no intervendrán en la votación de los restantes componentes del consejo.»

**«Artículo 28. Derecho de separación de socios.**

28.1 Se establecen como causas estatutarias de separación de socio tanto la supresión por acuerdo de la Junta General del sistema de representación proporcional incorporado en el artículo 19.º bis de estos Estatutos, como el acuerdo de la Junta General en el que se apruebe la supresión del Consejo de Administración como órgano de administración de la compañía (…).»

La Resolución citada de la Dirección General confirma que dichas cláusulas son conforme a Derecho:

**“Finalmente, admitido carácter inscribible del pacto estatutario sobre sistema de representación proporcional para el nombramiento de consejeros, debe decaer el defecto invocado por el registrador sobre el pacto estatutario que establece como causa de separación del socio tanto la supresión por acuerdo de la junta general de ese sistema de representación proporcional, como el acuerdo de la junta general por el que se apruebe la supresión del consejo de administración como órgano de administración de la sociedad”.**

Puede leerse en la referida Resolución que

**“El sistema de representación proporcional se muestra acorde con la idea rectora de protección de la minoría”.**

**Impugnación de acuerdos del consejo de administración (artículo 251)**

“1. Los administradores podrán impugnar los acuerdos del consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración, en el plazo de treinta días desde su adopción. Igualmente podrán impugnar tales acuerdos **los socios que representen un uno por ciento del capital social**, en el plazo de treinta días desde que tuvieren conocimiento de los mismos y siempre que no hubiere transcurrido un año desde su adopción.

2. Las causas de impugnación, su tramitación y efectos se regirán conforme a lo establecido para la impugnación de los acuerdos de la junta general, con la particularidad de que, en este caso, también procederá por infracción del reglamento del consejo de administración”.

**Competencia para el nombramiento de auditor (artículo 265)**

“1. Cuando la junta general no hubiera nombrado al auditor antes de que finalice el ejercicio a auditar, debiendo hacerlo, o la persona nombrada no acepte el cargo o no pueda cumplir sus funciones, los administradores **y cualquier socio** podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social la designación de la persona o personas que deban realizar la auditoría.

En las sociedades anónimas, la solicitud podrá ser realizada también por el comisario del sindicato de obligacionistas.

2. En las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, **los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social** podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio.

3. La solicitud de nombramiento de auditor y su designación se realizarán de acuerdo con lo dispuesto en el [Reglamento del Registro Mercantil](https://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rd1784-1996.html). Antes de aceptar el nombramiento el auditor de cuentas deberá evaluar el efectivo cumplimiento del encargo de acuerdo con lo dispuesto en la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas”.

**Revocación del auditor (artículo 266)**

“1. Cuando concurra justa causa, los administradores de la sociedad y las personas legitimadas para solicitar el nombramiento de auditor podrán pedir al Secretario judicial o Registrador mercantil la revocación del que hubieran nombrado ellos o del designado por la junta general y el nombramiento de otro.

2. La solicitud dirigida al Registrador mercantil se tramitará de acuerdo a lo dispuesto en el [Reglamento del Registro Mercantil](https://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rd1784-1996.html).

Si la revocación se instará ante el Secretario judicial, se seguirán los trámites establecidos en la legislación de jurisdicción voluntaria.

3. La resolución que se dicte sobre la revocación del auditor será recurrible ante el Juez de lo Mercantil.

Adicionalmente, tratándose de sociedades de interés público, los accionistas que representen **el 5 por ciento o más de los derechos de voto o del capital**, la Comisión de Auditoría o el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas podrán solicitar al juez la revocación del auditor o auditores o la sociedad o sociedades de auditoría designados por la Junta General o por el Registro Mercantil y el nombramiento de otro u otros, cuando concurra justa causa”.

**Acción social de responsabilidad. Legitimación (artículo 271)**

“La legitimación para exigir responsabilidades frente a la sociedad al auditor de cuentas se regirá por lo dispuesto para los administradores de la sociedad”.

**Nuevas obligaciones de los socios (artículo 291)**

“Cuando la modificación de los estatutos implique nuevas obligaciones para los socios deberá adoptarse **con el consentimiento de los afectados**”.

**La tutela individual de los derechos del socio en la sociedad de responsabilidad limitada (artículo 292)**

“Cuando la modificación afecte a los derechos individuales **de cualquier socio** de una sociedad de responsabilidad limitada deberá adoptarse con el consentimiento de los afectados”.

**La tutela colectiva de los derechos de los titulares de clases de acciones en la sociedad anónima (artículo 293)**

“1. Para que sea válida una modificación estatutaria que afecte directa o indirectamente a los derechos de una clase de acciones, será preciso que haya sido acordada por la junta general, con los requisitos establecidos en esta ley, **y también por la mayoría de las acciones pertenecientes a la clase afectada**. Cuando sean varias las clases afectadas, será necesario el acuerdo separado de cada una de ellas.

2. Cuando la modificación solo afecte a una parte de las acciones pertenecientes a la misma y, en su caso, única clase y suponga un trato discriminatorio entre ellas, se considerará a efectos de lo dispuesto en este artículo que constituyen clases independientes las acciones afectadas y las no afectadas por la modificación; siendo preciso, por tanto, el acuerdo separado de cada una de ellas. Se reputará que entraña trato discriminatorio cualquier modificación que, en el plano sustancial, tenga un impacto, económico o político, claramente asimétrico en unas y otras acciones o en sus titulares.

3. El acuerdo de los accionistas afectados habrá de adoptarse con los mismos requisitos previstos en esta ley para la modificación de los estatutos sociales, bien en junta especial o a través de votación separada en la junta general en cuya convocatoria se hará constar expresamente.

4. A las juntas especiales será de aplicación lo dispuesto en esta ley para la junta general”.

**El acuerdo de aumento (artículo 296)**

“1. El aumento del capital social habrá de acordarse por la junta general con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos sociales.

2. Cuando el aumento haya de realizarse elevando el valor nominal de las participaciones o de las acciones será preciso el consentimiento **de todos los socios**, salvo en el caso de que se haga íntegramente con cargo a beneficios o reservas que ya figurasen en el último balance aprobado”.

**Requisitos de la reducción (artículo 338)**

“1. Cuando la reducción del capital hubiere de realizarse mediante la adquisición de participaciones o de acciones de la sociedad para su posterior amortización, deberá ofrecerse la adquisición **a todos los socios**.

2. Si el acuerdo de reducción hubiera de afectar solamente a una clase de acciones, deberá adoptarse con el **acuerdo separado de la mayoría de las acciones** pertenecientes a la clase afectada, adoptado en la forma prevista en el artículo 293”.

**La oferta de adquisición (artículo 339)**

1. En las sociedades de responsabilidad limitada, la oferta se remitirá **a cada uno de los socios** por correo certificado con acuse de recibo.

2. En las sociedad anónimas, la propuesta de adquisición deberá ser publicada en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en un periódico de gran circulación en la provincia en que la sociedad tenga su domicilio, habrá de mantenerse, al menos, durante un mes, incluirá todas las menciones que sean razonablemente necesarias para la información de los accionistas que deseen enajenar y, en su caso, expresará las consecuencias que se deriven de no alcanzar las acciones ofrecidas el número fijado en el acuerdo.

Cuando todas las acciones sean nominativas, los estatutos podrán permitir que se sustituya la publicación de la oferta por el envío de la misma **a cada uno de los accionistas** por correo certificado con acuse de recibo”.

**Causas legales de separación (artículo 346)**

“1. **Los socios que no hubieran votado a favor del correspondiente acuerdo, incluidos los socios sin voto**, tendrán derecho a separarse de la sociedad de capital en los casos siguientes:

a) Sustitución o modificación sustancial del objeto social

b) Prórroga de la sociedad.

c) Reactivación de la sociedad.

d) Creación modificación o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias, salvo disposición contraria de los estatutos.

2. En las sociedades de responsabilidad limitada tendrán, además, derecho a separarse de la sociedad **los socios que no hubieran votado a favor** del acuerdo de modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales.

3. En los casos de transformación de la sociedad y de traslado de domicilio al extranjero los socios tendrán derecho de separación en los términos establecidos en la [Ley 3/2009, de 3 de abril](https://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l3-2009.html), sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”.

**Causas estatutarias de separación (artículo 347)**

“1. Los estatutos podrán establecer otras causas de separación distintas a las previstas en presente ley. En este caso determinarán el modo en que deberá acreditarse la existencia de la causa, la forma de ejercitar el derecho de separación y el plazo de su ejercicio.

2. Para la incorporación a los estatutos, la modificación o la supresión de estas causas de separación será necesario el consentimiento de **todos los socios**”.

**Separación de los liquidadores (artículo 380)**

“Los liquidadores de la sociedad anónima podrán también ser separados por decisión del Secretario judicial o Registrador mercantil del domicilio social, mediante justa causa, **a petición de accionistas que representen la vigésima parte del capital social**”.

**Interventores (artículo 381)**

“1. En caso de liquidación de sociedades anónimas, los accionistas que representen **la vigésima parte del capital social** podrán solicitar del Secretario judicial o del Registrador mercantil del domicilio social la designación de un interventor que fiscalice las operaciones de liquidación”.

**Sustitución de los liquidadores por duración excesiva de la liquidación (artículo 389)**

“1. Transcurridos tres años desde la apertura de la liquidación sin que se haya sometido a la aprobación de la junta general el balance final de liquidación, **cualquier socio** o persona con interés legítimo podrá solicitar del Secretario judicial o Registrador mercantil del domicilio social la separación de los liquidadores”.

**Balance final de liquidación (390)**

“2. El acuerdo aprobatorio podrá ser impugnado **por los socios que no hubieran votado a favor del mismo**, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha de su adopción. Al admitir la demanda de impugnación, el juez acordará de oficio la anotación preventiva de la misma en el Registro Mercantil”.

**Artículo 393. Contenido del derecho a la cuota de liquidación (artículo 393)**

“1. **Salvo acuerdo unánime de los socios**, éstos tendrán derecho a percibir en dinero la cuota resultante de la liquidación”.

También es de interés reseñar el artículo 160 f) (Competencia de la junta), que atribuye a la junta general la competencia para deliberar y acordar sobre “La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad **de activos esenciales**. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado”; pues favorece el control por la minoría de posibles operaciones que podrían resultar dudosas o comprometer el principio de lealtad y constituir conflictos de interés de los administradores sociales.

**III.- El derecho al dividendo en las sociedades no cotizadas**

Según Sánchez Ruiz (2021), “la vigencia del principio mayoritario permite afirmar la regla de **prevalencia del interés al mantenimiento de una política de autofinanciación, si esta ha sido la postura mayoritaria** en el momento de la adopción del acuerdo, frente al interés del socio, individualmente considerado, a la **obtención anual de dividendos.** En la praxis, este acuerdo es, generalmente, un acuerdo positivo, que aprueba la propuesta de aplicación del resultado, en el sentido de destinar los beneficios a reservas, formulada por los administradores sociales. A los efectos aquí considerados, no cambiaría nada que se tratase de un acuerdo negativo, por el que se rechazara la propuesta de reparto de dividendos presentada por la minoría y sometida a votación en la junta general”. Para esta autora, “puesto que la autofinanciación supone, intrínsecamente, un incremento de los fondos propios y, en definitiva, del patrimonio de la sociedad, difícilmente se puede considerar que tal acuerdo lesiona el interés social *en sentido estricto*, **incluso aunque la sociedad tenga ya una proporción suficiente (incluso excesiva) de reservas, según sus características y la media del sector en el que opera**. De ahí que, habiéndose respetado todos los requisitos legales y estatutarios aplicables, el acuerdo reúna los presupuestos generales de validez que cabe deducir, *a contrario*, del artículo 204.1, inciso primero, de la Ley de sociedades de Capital: es «conforme con el interés social» (en sentido estricto) porque no puede causar ningún daño patrimonial a la sociedad”.

Este planteamiento parece que está siendo actualmente muy matizado o cuestionado por la jurisprudencia. Creo que la retención **injustificada** de beneficios puede considerarse contraria al interés social y a la causa del contrato de sociedad, **el ánimo de lucro**. Además, considero que de la nueva corriente jurisprudencial puede desprenderse que el ánimo de lucro debe satisfacerse de forma periódica. Es decir, si existen beneficios y no se justifica por la mayoría social (y por los administradores) –de forma objetiva- la necesidad de retenerlos, ha de repartirse dividendos.

Paz-Ares (2005) considera que “en la sociedad la causa es el fin común que persiguen las partes. Este fin común encarna el elemento “comunitario” que diferencia el contrato de sociedad de los demás contratos y lo vertebra tanto en su dimensión obligatoria (el fin común es la causa de todas las obligaciones que se derivan del contrato de sociedad), como en su dimensión organizativa (el fin común es la ley de la entidad resultante del contrato de sociedad). El fin común se compone de dos subelementos: *el fin común último o abstracto* y *el próximo o concreto*. **El fin común último es normalmente, aunque no necesariamente, el ánimo de lucro**. El fin próximo es el objeto social, esto es, la actividad que se ha programado desarrollar para la consecución del fin común (por ej., la producción de energía eléctrica, la venta de calzado, la fabricación de muebles, etc). Ambos elementos son inseparables, pues ninguno de ellos es capaz por sí mismo de llenar la causa del contrato de sociedad”.

Acorde a esta nueva corriente jurisprudencial, Sánchez Ruiz (2021) puntualiza certeramente que “partiendo de una **concepción amplia de la noción de «interés social»** como la acogida en el actual artículo 204 de la Ley de sociedades de capital (que incluye cualquier interés –de la sociedad y de los socios singularmente considerados– tutelado por el Derecho de sociedades), es indudable que el **interés del socio individual** a participar **con una cierta periodicidad** en los beneficios sociales distribuibles también debería entenderse incluido. Se trata de un «interés societario», en el doble sentido de que deriva de su condición de socio y de que puede considerarse tutelado por la legislación societaria. El *grado de protección* que recibe, sin embargo, es *inferior*al que la regulación confiere al interés contrapuesto del socio mayoritario en este caso. En principio, **el socio de mayoría tiene el derecho de asignar a los beneficios distribuibles un destino distinto al reparto de dividendos** (la autofinanciación de la sociedad)”.

No tengo muy claro que el grado de protección sea inferior, dado que, aunque la mayoría tenga derecho a asignar los beneficios distribuibles a un destino distinto al reparto de dividendos, la decisión debe ir encaminada a satisfacer el objeto social y estar debidamente justificada. Es decir, **el fin distinto al reparto de dividendos no puede ser la retención injustificada de los beneficios distribuibles**, pues el acuerdo de la mayoría en este sentido devendría abusivo. Como bien señala Sánchez Ruiz, este tipo de acuerdos abusivos “están hoy tipificados como causa de impugnación en el segundo inciso del artículo 204.1 de la Ley de sociedades de capital. Su fundamento último no es otro, a mi juicio, que el *principio de buena fe objetiva* (**o el deber de lealtad de los socios de mayoría**, si se prefiere emplear una terminología de origen foráneo) y la *regla general de proscripción del abuso* en el ejercicio de los derechos, aplicados al ámbito de las relaciones sociales internas”.

Sobre el derecho abstracto, incluido entre los **“derechos del socio”, a participar en las ganancias sociales**, a que se refiere el citado artículo 93 LSC, es de interés la STS de 12 de noviembre de 2020 (recurso de casación nº 289/2018) y la jurisprudencia allí citada, cuyo FJ 4º tiene como expresivo título: *“El derecho del dividendo aprobado como derecho desprendido del vínculo societario”*. Para el TS:

“1.- Las sociedades de capital son ante todo personas jurídicas, y como tales constituyen un centro de imputación de derechos y obligaciones propios. La sociedad y sus socios ostentan personalidades distintas y patrimonios diversos sin comunicación entre sí.

Como declaramos en la sentencia del pleno de esta sala 60/2020, de 3 de febrero, en este marco de la autonomía de la sociedad con respecto a sus socios **corresponde a la junta general decidir, bajo propuesta no vinculante de sus administradores, la aprobación de las cuentas anuales y la aplicación del resultado del ejercicio económico** (arts. 160 a y 273 LSC), y, por consiguiente, el destino de los beneficios obtenidos, la constitución en reservas o el reparto de dividendos. **El socio puede, ante un acuerdo de esta naturaleza, ejercitar su derecho de separación al amparo del art. 348 bis de la LSC, siempre y cuando concurran los presupuestos normativos para ello; o impugnar el correlativo acuerdo de la junta general,** **en el caso de considerar haber sufrido una lesión injustificada de su derecho a participar en las ganancias sociales, como así lo ha venido admitiendo la jurisprudencia** (ver la doctrina de las SSTS 418/2005, de 26 de mayo y 873/2011, de 7 de diciembre).

Por ello, la jurisprudencia ha venido distinguiendo entre el **"derecho abstracto"** a participar en las ganancias sociales, y el "derecho concreto" al pago de los dividendos cuyo reparto se haya acordado en junta general. Así, por ejemplo, en la sentencia 60/2002, de 30 de enero (doctrina que reproducen las sentencias 873/2011, de 11 de diciembre y 60/2020, de 3 de febrero), declaramos: "el accionista tiene derecho a participar en los beneficios de la Sociedad Anónima, como derecho abstracto, pero es el acuerdo de la Junta general el que decide el reparto del dividendo, que hace surgir el derecho de crédito del accionista, **como derecho concreto**, quedando determinada la cantidad, el momento y la forma del pago".

…/…

A este fenómeno del desprendimiento o independencia del derecho al cobro del dividendo acordado respecto de la relación jurídica societaria, responde que en el catálogo de los "derechos del socio" del art. 93 LSC, al margen de que éste no sea exhaustivo, se incluya **el abstracto** de participar en las ganancias sociales, pero no el de la percepción del dividendo aprobado.

4.- Pero, en todo caso, los titulares de este derecho son los socios que ostenten esta condición en el momento de la aprobación del acuerdo…”

Parece que esta sentencia refiere un carácter alternativo a la opción del accionista: o ejercita su derecho de separación al amparo del art. 348 bis de la LSC (siempre y cuando concurran los presupuestos normativos para ello) **o** impugna el correlativo acuerdo de la junta general, en el caso de considerar haber sufrido una lesión injustificada de su derecho a participar en las ganancias sociales.

Desde un punto de vista procesal, comentando la SAP Córdoba de 16 de diciembre de 2020 (nº de Recurso: 721/2019), según la cual el socio había presentado una demanda pidiendo que se condenara a la sociedad a repartir dividendos porque llevaba años sin hacerlo a pesar de que se habían obtenido beneficios (tanto el juzgado como la audiencia desestiman su pretensión porque **la vía adecuada es la impugnación del acuerdo social sobre aplicación del resultado o el ejercicio del derecho de separación)**; Alfaro Águila-Real (2021 a) subraya la obviedad de que **es necesario, pues, impugnar un acuerdo social concreto**… *“una vez excluida la eventual aplicación al caso del derecho de separación ex artículo 348 bis LSC”,* **puesla sequía de dividendos se combate, bien ejerciendo el derecho de separación, bien impugnando el acuerdo social sobre aplicación del resultado**.

El **artículo 348 bis TRLSC** (Ibáñez García, 2021 b), de vida azarosa y seriamente contestado desde su origen, supone un auténtico cambio de paradigma en la formulación dogmática del **“derecho al dividendo”** en las sociedades de capital, respecto a cómo estaba concebido con anterioridad. Ahora, vigente este precepto, ampliamente reformado, y si se dan los requisitos establecidos en el mismo, el derecho abstracto del socio o accionista **(concretamente del minoritario)** a **“participar en el reparto de las ganancias sociales”** reconocido en el artículo 93 del TRLSC, se transforma en un derecho directamente exigible y cuantificable, anualmente, ante la Junta de socios o accionistas, so pena de ejercitarse, como represalia, un derecho tan gravoso como el de separación.

No obstante, como recuerda el Tribunal Supremo, ***“como cualquier otro derecho, el de separación del socio debe ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe (art. 7.1 CC) y sin incurrir en abuso de derecho (art. 7.2 CC)”*** (STS nº 38/2022, del 25 de enero de 2022 (procedimiento nº 1195/2019):

“Decisión de la Sala:

1.- En primer lugar, debe advertirse que la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida no es tanto que una junta general posterior acordara la distribución de dividendos previamente denegada, **como que el ejercicio del derecho de separación por parte del socio había sido abusivo.** Y ello es importante, porque el socio comunicó a la sociedad su intención de separarse cuando la segunda junta general ya estaba convocada.

2.- En las fechas en que se celebraron las juntas generales cuyos acuerdos son objeto del procedimiento, el apartado 1º del art. 348 bis LSC tenía el siguiente tenor: *"A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles"*.

**3.- Como cualquier otro derecho, el de separación del socio debe ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe (art. 7.1 CC) y sin incurrir en abuso de derecho ( art. 7.2 CC).**

**La finalidad del art. 348 bis LSC es posibilitar la salida del socio minoritario perjudicado por una estrategia abusiva de la mayoría de no repartir dividendos pese a concurrir los supuestos legales para ello; pero no amparar la situación inversa, cuando es el socio minoritario el que, so capa de la falta de distribución del beneficio, pretende burlar sus deberes de buena fe respecto de la sociedad con la que está vinculado por el contrato social. Es decir, la *ratio* del precepto no es proteger el derecho del socio a separarse (que es lo que pretende a toda costa el recurrente), sino el derecho al dividendo, que aquí se le había garantizado mediante el acuerdo adoptado en la segunda junta -muy próxima temporalmente a la primera- y el ofrecimiento que rechazó.**

4.- Por ello, cabe predicar, con carácter general, que, si los administradores convocan nueva junta general, con la propuesta de distribuir dividendos en los términos legales, antes de que el socio haya ejercitado el derecho de separación, el posterior ejercicio de este derecho puede resultar abusivo.

Y en este caso, la actuación del socio puso de manifiesto de manera palmaria que **su intención real no era obtener el dividendo, sino separarse de la sociedad en cualquier caso**, pues habiendo podido obtener con escaso margen temporal lo que supuestamente pretendía -el beneficio repartible-, se negó a recibirlo, ya que **su auténtico designio era la liquidación de su participación en la sociedad. Lo que no protege el art. 348 bis LSC.**

5.- Por lo demás, por vía de principio, no hay inconveniente en que una junta general deje sin efecto lo acordado en otra junta general previa. De hecho, los arts. 204.2 y 207.2 LSC parten de la base de que es válida la sustitución de un acuerdo por otro. Así lo mantuvimos en la sentencia 589/2012, de 18 de octubre, al declarar:

*"nuestro sistema admite de forma expresa que las sociedades mercantiles adopten acuerdos que dejen sin efecto los anteriores, mediante la adopción de otros para revocar expresamente los adoptados o mediante la adopción de otros incompatibles".*

6.- Es cierto que, con carácter general, el acuerdo posterior sólo tiene eficacia desde que se adopta y no elimina los efectos ya producidos por el anterior, especialmente cuando ha generado derechos a favor de terceros de buena fe. Porque como indicamos en la sentencia antes transcrita, con cita de la sentencia 32/2006, de 23 de enero:

*"no existe un "derecho al arrepentimiento" con proyección sobre derechos adquiridos por terceros e incluso por socios a raíz del acuerdo revocado, máxime si se tiene en cuenta que la propia evolución del mercado puede convertir en lesivos acuerdos inicialmente beneficiosos que los administradores deberían ejecutar de no ser revocados".*

Pero no cabe obviar que, en este caso, el ejercicio del derecho con fundamento en el primer acuerdo, posteriormente revocado, fue abusivo, en los términos que ya hemos expuesto, por lo que no puede tener amparo legal”.

El **derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales** es consustancial a la causa del contrato de la sociedad mercantil: el ánimo de lucro. Pero, según venía sosteniendo nuestro Tribunal Supremo, “... el derecho a percibir los beneficios y la cantidad que corresponde percibir, no debe ser confundida con conceptos afines. El accionista tendría derecho a participar en los beneficios de la Sociedad Anónima, como **derecho abstracto**, pero es el acuerdo de la Junta general el que decide el reparto del dividendo, que hace surgir el derecho de crédito del accionista, como **derecho concreto,** quedando determinada la cantidad, el momento y la forma del pago”.

Antes de la vigencia del artículo 348 bis LSC, para luchar contra los *abusos de mayoría* por la insuficiencia o *“sequía”* de dividendos, el expediente apto era, exclusivamente, la impugnación del acuerdo de distribución de resultados adoptado por la junta de socios o accionistas, si se probaba ante un tribunal que se había producido un abuso de derecho (Artículo 7.2 Código civil: *“La ley no ampara el abuso del derecho…”*).

La introducción en nuestro ordenamiento jurídico del artículo 348 bis LSC a través de la *“Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas,* tiene su justificación parlamentaria en atención a que el *“reconocimiento de un derecho de separación es un mecanismo técnico muy adecuado para garantizar un reparto parcial periódico y para reducir esa conflictividad”*.

Con independencia del juicio que merezca tal aseveración, la introducción originaria de dicho precepto en nuestro ordenamiento jurídico-mercantil, a través de una enmienda parlamentaria, fue considerada por la doctrina mayoritaria como un auténtico despropósito jurídico (Ibáñez García, 2011), sin que tal norma fuera sometida previamente a consulta pública de las partes interesadas, ni a los pertinentes informes de órganos consultivos sobre su acierto y oportunidad, principalmente de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia. Prueba del despropósito es su importante modificación al poco tiempo de su “vigencia” y de las continuas suspensiones que se han ido produciendo en su aplicación.

La mala calidad técnica de la norma provocó también importantes problemas sobre su aplicación temporal que afectaban al principio constitucional de seguridad jurídica.

En nuestra opinión, **el artículo 348 bis TRLSC supone un auténtico cambio de paradigma en la formulación dogmática del derecho al dividendo en las sociedades de capital**, respecto a cómo estaba concebido con anterioridad. Ahora, vigente este precepto y si se dan los requisitos establecidos en el mismo, el derecho abstracto del socio o accionista a *“participar en el reparto de las ganancias sociales”,* reconocido en el artículo 93 del TRLSC, se transforma en un derecho directamente exigible y cuantificable, anualmente, ante la Junta de socios o accionistas, so pena de ejercitarse, como represalia, un derecho tan gravoso como el de separación.

Con independencia de la aplicación del artículo 348 bis LSC cuando se cumplan las condiciones establecidas en el mismo, se está abriendo paso también una doctrina judicial consistente en que en el enjuiciamiento de las decisiones sociales sobre atesoramiento, la mayoría social debe justificar la falta de reparto de las ganancias entre los socios, pues en caso contrario se entiende que se ha producido una retención injustificada de los resultados, al destinar la mayor parte de los mismos a reservas voluntarias, sin la justificación suficiente por parte de la sociedad demandada, lo que constituye un abuso de derecho.

Con la actual regulación del artículo 348 bis *(“Lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos sociales y de responsabilidad que pudieran corresponder”*), parece que convive lo establecido en dicho artículo con el régimen tradicional de impugnación del acuerdo de distribución de dividendos por insuficiencia de reparto. Es decir, puede que en determinadas circunstancias el socio o accionista no se conforme con el 25% de dividendos e impugne el acuerdo de reparto. Estaríamos, por tanto, ante un *“dividendo mínimo”* exigible.

Constituye un dislate jurídico atribuir al Registrador Mercantil la competencia no sólo para nombrar a un experto independiente que valore las participaciones sociales o acciones de la compañía **sino también para analizar si concurren los requisitos del artículo 348 bis de la LSC, pudiendo incluso entrar a valorar los motivos de oposición alegados por la sociedad; como alternativa a la valoración jurisdiccional (el socio u accionista puede utilizar este expediente en vez de acudir a la jurisdicción a sostener su derecho).**

La separación del socio o accionista rige desde que se le paga el valor de su participación; naciendo previamente el crédito de reembolso en el momento del ejercicio del derecho de separación (comunicación recepticia). La clasificación en un concurso de acreedores de un crédito que ha surgido del ejercicio del derecho de separación, antes de la declaración del concurso, será normalmente la de subordinado, sin perjuicio de la contingencia derivada de la litigiosidad sobre la valoración de la participación. No es concursal la cuota de quien no ejercitó su derecho de separación, al ser posterior a los créditos de todos los acreedores sociales.

**IV. El Derecho de información**

El derecho de información del socio o accionista cobra toda su importancia, principalmente, en el escrutinio anual de la **gestión de los administradores**, a través del examen de las **cuentas anuales**. Especial relevancia tiene para los titulares de las participaciones o acciones sin voto. En muchas ocasiones esta la única oportunidad que tienen los socios/accionistas minoritarios de estar al tanto de lo que ocurre en la sociedad, en la que en muchas ocasiones tienen cautivas importantes inversiones.

Es esencial también para descubrir deslealtades y situaciones de conflicto de interés (VVAA 2022) de los administradores en la contratación con personas vinculadas (que en ocasiones no son debidamente comunicadas a la sociedad) y fundamentar así la acción social de responsabilidad contra los mismos. Así, según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 25 de mayo de 2020, el hecho de no explicar las operaciones con partes vinculadas en la Memoria de las Cuentas anuales es motivo para anular el acuerdo de aprobación de las cuentas.

La regulación que hace la Ley de Sociedades de Capital sobre el derecho de información es la siguiente:

**Derecho de información en la sociedad de responsabilidad limitada (artículo 196)**

“1. Los socios de la sociedad de responsabilidad limitada podrán solicitar por escrito, con anterioridad a la reunión de la junta general o verbalmente durante la misma, los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día.

2. El órgano de administración estará obligado a proporcionárselos, en forma oral o escrita de acuerdo con el momento y la naturaleza de la información solicitada, salvo en los casos en que, a juicio del propio órgano, la publicidad de ésta perjudique el interés social.

3. **No procederá la denegación de la información cuando la solicitud esté apoyada por socios que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social**”.

**Derecho de información en la sociedad anónima (artículo 197)**

“1. Hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la junta, los accionistas podrán solicitar de los administradores **las informaciones o aclaraciones que estimen precisas acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día, o formular por escrito las preguntas que consideren pertinentes.**

**Los administradores estarán obligados a facilitar la información por escrito hasta el día de la celebración de la junta general.**

2. **Durante la celebración de la junta general**, los accionistas de la sociedad podrán solicitar verbalmente las informaciones o aclaraciones que consideren convenientes acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día. **Si el derecho del accionista no se pudiera satisfacer en ese momento, los administradores estarán obligados a facilitar la información solicitada por escrito, dentro de los siete días siguientes al de la terminación de la junta**.

3. Los administradores estarán obligados a proporcionar la información solicitada al amparo de los dos apartados anteriores, salvo que esa información sea innecesaria para la tutela de los derechos del socio, o existan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales o su publicidad perjudique a la sociedad o a las sociedades vinculadas.

4. La información solicitada no podrá denegarse cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, **al menos, el veinticinco por ciento del capital social.** Los estatutos podrán fijar un porcentaje menor, siempre que sea superior al cinco por ciento del capital social.

5. La vulneración del derecho de información previsto en el apartado 2 solo facultará al accionista para exigir el cumplimiento de la obligación de información y los daños y perjuicios que se le hayan podido causar, **pero no será causa de impugnación de la junta general**.

6. En el supuesto de utilización abusiva o perjudicial de la información solicitada, el socio será responsable de los daños y perjuicios causados”.

**Aprobación de las cuentas (artículo 272)**

“1. Las cuentas anuales se aprobarán por la junta general.

2. A partir de la convocatoria de la junta general, **cualquier socio podrá obtener de la sociedad**, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como en su caso, el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas.

En la convocatoria se hará mención de este derecho.

3. **Salvo disposición contraria de los estatutos, durante ese mismo plazo, el socio o socios de la sociedad de responsabilidad limitada que representen al menos el cinco por ciento del capital podrán examinar en el domicilio social, por sí o en unión de experto contable, los documentos que sirvan de soporte y de antecedente de las cuentas anuales**.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no impide ni limita el derecho de la minoría a que se nombre un auditor de cuentas con cargo a la sociedad”.

**Convocatoria de la junta general para modificación estatutaria (artículo 287)**

“En el anuncio de convocatoria de la junta general, deberán expresarse con la debida claridad los extremos que hayan de modificarse y hacer constar el derecho que corresponde a todos los socios de **examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y, en el caso de sociedades anónimas, del informe sobre la misma, así como pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos**”.

**Aumento de capital con cargo a aportaciones no dinerarias (artículo 300)**

“1. Cuando para el contravalor del aumento consista en aportaciones no dinerarias, será preciso que al tiempo de la convocatoria de la junta **se ponga a disposición de los socios un informe de los administradores** en el que se describirán con detalle las aportaciones proyectadas, su valoración, las personas que hayan de efectuarlas, el número y valor nominal de las participaciones sociales o de las acciones que hayan de crearse o emitirse, la cuantía del aumento del capital social y las garantías adoptadas para la efectividad del aumento según la naturaleza de los bienes en que la aportación consista.

2. En el anuncio de convocatoria de la junta general se hará constar el derecho que corresponde a todos los socios de examinar el informe en el domicilio social, así como pedir la entrega o el envío gratuito del documento”.

**Aumento por compensación de créditos (artículo 301)**

“2. Al tiempo de la convocatoria de la junta general **se pondrá a disposición de los socios en el domicilio social un informe del órgano de administración** sobre la naturaleza y características de los créditos a compensar, la identidad de los aportantes, el número de participaciones sociales o de acciones que hayan de crearse o emitirse y la cuantía del aumento, en el que expresamente se hará constar la concordancia de los datos relativos a los créditos con la contabilidad social.

3. En la sociedad anónima, al tiempo de la convocatoria de la junta general **se pondrá también a disposición de los accionistas en el domicilio social una certificación del auditor de cuentas de la sociedad** que, acredite que, una vez verificada la contabilidad social, resultan exactos los datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos a compensar. Si la sociedad no tuviere auditor de cuentas, la certificación deberá ser expedida por un auditor nombrado por el Registro Mercantil a solicitud de los administradores.

4. En el anuncio de convocatoria de la junta general, deberá hacerse constar el derecho que corresponde a todos los socios de examinar en el domicilio social el informe de los administradores y, en el caso de sociedades anónimas, la certificación del auditor de cuentas, así como pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos”.

**Exclusión del derecho de preferencia (artículo 308)**

“2. Para que sea válido el acuerdo de exclusión del derecho de preferencia será necesario:

b) Que en la convocatoria de la junta se hayan hecho constar la propuesta de supresión del derecho de preferencia, el tipo de creación de las nuevas participaciones sociales o de emisión de las nuevas acciones **y el derecho de los socios a examinar en el domicilio social el informe o los informes** a que se refiere el número anterior así como pedir la entrega o el envío gratuito de estos documentos”.

**Deber de información a los socios (artículo 388)**

“1. **Los liquidadores harán llegar periódicamente a conocimiento de los socios y de los acreedores el estado de la liquidación por los medios que en cada caso se reputen más eficaces**.

2. Si la liquidación se prolongase por un plazo superior al previsto para la aprobación de las cuentas anuales, los liquidadores presentarán a la junta general, dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, las cuentas anuales de la sociedad y un informe pormenorizado que permitan apreciar con exactitud el estado de la liquidación”.

Con independencia de que la vulneración del derecho de información sea o no causa de impugnación de la junta general, la jurisprudencia ha examinado el alcance o amplitud de dicho derecho, llegando incluso a reconocer –sobre todo cuando el socio/accionista minoritario dispone de más de un 25% del capital social- que se tiene derecho a acceder a extractos bancarios, declaraciones tributarias, desgloses pormenorizados de cuentas de la contabilidad junto a sus soportes documentales, etcétera.

**V.- Restricciones relativas a la impugnación de acuerdos sociales (especialmente por vulneración del derecho de información)**

Las modificaciones introducidas por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, son de tal calado que puede decirse que estamos ante un cambio de paradigma respecto al derecho de información, que modifica o afecta claramente a la jurisprudencia sobre la regulación anterior a dicha modificación legal.

**Según el artículo 204 del TRLSC, son acuerdos impugnables[[2]](#footnote-2):**

“1. Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, **se impone de manera abusiva por la mayoría**. **Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios**.

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

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

**3. Tampoco procederá la impugnación de acuerdos basada en los siguientes motivos:**

a) La infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, salvo que se trate de una infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos, así como cualquier otra que tenga carácter relevante.

**b) La incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta, salvo que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación**.

c) La participación en la reunión de personas no legitimadas, salvo que esa participación hubiera sido determinante para la constitución del órgano.

d) La invalidez de uno o varios votos o el cómputo erróneo de los emitidos, salvo que el voto inválido o el error de cómputo hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible.

**Presentada la demanda, la cuestión sobre el carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación previstos en este apartado se planteará como cuestión incidental de previo pronunciamiento”**.

Como ha señalado Alfaro Águila-Real (2021 b), “tras la reforma de 2014, parece pacífico que el derecho de información del accionista o socio **es instrumental** del derecho de voto: el socio tiene derecho a obtener la información adecuada **para poder ejercitar su derecho de voto**”.

Por tanto, debe estarse a la **regla de la relevancia (art. 204.3 b) LSC).** Si aplicando la misma de forma objetiva se deduce que la información suministrada es suficiente *“para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación”*; el acuerdo social de aprobación de cuentas debe resultar inimpugnable; **con independencia de que pueda existir incorrección o insuficiencia de la información suministrada.** Y parece que una correcta interpretación del concepto de *“accionista o socio medio”* está desligada de cualquier consideración respecto al porcentaje de su participación en el capital social.

Ya vigente esta normativa, la sentencia del Tribunal Supremo nº 670/2021, del 5 de octubre de 2021 **ratifica la nulidad de la junta general**, argumentando que:

La jurisprudencia de la Sala Primera ha calificado el derecho de información como *“derecho mínimo”*, inderogable (no puede ser eliminado por acuerdo de la junta o del órgano de administración) e irrenunciable, sin perjuicio de que el socio sea libre de ejercitarlo o no en cada caso, según su conveniencia.

Sin embargo, la configuración amplia de este derecho de información se ha visto afectada tras la reforma operada por la Ley 31/2014, que restringe la impugnabilidad de los acuerdos por infracción del derecho de información, a los casos en que *“la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación”*.

En el caso de autos hubo incumplimiento tanto de las **obligaciones genéricas de información**, **como las específicas** para el tipo de acuerdos incluidos en el orden del día — **aprobación de cuentas anuales y modificaciones estatutarias**—, **y no puede considerarse irrelevante, en los términos del artículo 204.3.b) de la Ley de Sociedades de Capital, la información no suministrada, sino esencial para aprobar los acuerdos adoptados, por lo que la junta general en la que se adoptaron dichos acuerdos es nula.**

La trascendencia de la información no depende de la actitud del socio (no es un requisito subjetivo), sino de la exigencia legal de su suministro a los socios en función de los puntos del orden del día que se van a tratar y votar en la junta general (carácter objetivo). Y el cumplimiento de tales exigencias compete a la sociedad.

**No existe, según el Tribunal Supremo, abuso de derecho en la impugnación** de acuerdos sociales porque no se trata de un simple error u omisión, dado que la información obligatoria nunca se puso a disposición de los socios, que votaron sin tener a la vista la documentación necesaria para decidir sobre los acuerdos sociales sometidos a la Junta.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de julo de 2020 no sólo anula los acuerdos de aprobación de las cuentas anuales, sino que estima las peticiones “accesorias” que contiene la demanda: declara el derecho de la socia a obtener la información de la que fue indebidamente privada y, a tal efecto, **condena a la sociedad a convocar una nueva junta y a poner a disposición de la demandante la información solicitada**. Respecto a la **“reserva de información por perjuicio para el interés social”** (artículo 196.2 LSC), esta Sentencia entiende que la decisión de los administradores resulta jurisdiccionalmente revisable y no se puede ejercer de forma abusiva o arbitraria; no es suficiente con negar la información solicitada aludiendo a este artículo, pues es necesario exteriorizar una mínima justificación objetiva, bien basada en la naturaleza de la información solicitada bien basada en las circunstancias del solicitante, como la posible existencia de conflicto de intereses con la sociedad.

Dentro de la jurisprudencia que valora la entidad de la infracción del derecho de información para establecer si el acuerdo es o no impugnable, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, del 19 de noviembre de 2021, considera que si en el acto de la Junta el presidente no permite al socio **formular preguntas verbales durante la reunión**, los acuerdos son impugnables.

Según la Sentencia de 27 de octubre de 2021, de la Audiencia Provincial de Madrid, la **carga de la prueba**, con arreglo al artículo 217 LEC, es del actor (socio recurrente), tanto sobre la denegación de la información como sobre la esencialidad de la denegada.

**VI.- La impugnación del acuerdo de aprobación de cuentas por no reflejar éstas la imagen fiel**

Una cosa es la impugnación del acuerdo de aprobación de cuentas por vulnerarse un derecho formal o instrumental, el de información, y otra es la impugnación de dicho acuerdo por defectos materiales de carácter imperativo, es decir, **la exigencia legal de que las cuentas anuales reflejen la imagen fiel del patrimonio** **y de la situación financiera de la Sociedad**. Según el artículo 254 de la Ley de Sociedades de Capital, las cuentas anuales comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria. Estos documentos, que forman una unidad, deberán ser redactados con claridad **y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, de conformidad con esta ley y con lo previsto en el Código de Comercio**.

Debe tenerse en cuenta, además, que según el artículo 34 del Código de comercio, “Cuando la aplicación de las disposiciones legales no sea suficiente para mostrar la imagen fiel, se suministrarán en la memoria las informaciones complementarias precisas para alcanzar ese resultado”, y que “en casos excepcionales, si la aplicación de una disposición legal en materia de contabilidad fuera incompatible con la imagen fiel que deben proporcionar las cuentas anuales, **tal disposición no será aplicable. En estos casos, en la memoria deberá señalarse esa falta de aplicación, motivarse suficientemente y explicarse su influencia sobre el patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa**”.

También es evidente que no toda infracción de la normativa contable es acreedora de la nulidad del acuerdo de aprobación de cuentas. Así el artículo 3º del Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, establece como uno de los **principios contables** el de “**Importancia relativa**. Se admitirá la no aplicación estricta de algunos de los principios y criterios contables cuando la importancia relativa en términos cuantitativos o cualitativos de la variación que tal hecho produzca sea escasamente significativa y, en consecuencia, no altere la expresión de la imagen fiel. Las partidas o importes cuya importancia relativa sea escasamente significativa podrán aparecer agrupados con otros de similar naturaleza o función.

En los casos de conflicto entre principios contables, deberá prevalecer el que mejor conduzca a que las cuentas anuales expresen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa”.

La impugnación del acuerdo de aprobación de cuentas anuales, obviamente, la va a realizar la minoría, pues la experiencia nos dice que las cuentas las formulan los administradores sociales designados por la mayoría y las cuentas se aprueban, cuando hay conflicto, en Junta por el grupo mayoritario.

El acuerdo de aprobación de cuentas que no reflejen la imagen fiel es un acto contrario a la Ley (artículo 204 TRLSC) y no está afectada por las restricciones establecidas por este precepto legal.

Las infracciones o irregularidades contables pueden llegar a ser constitutivas de delito[[3]](#footnote-3), como veremos.

Debe quedar claro que la sociedad puede haber realizado operaciones cuestionables (operaciones vinculadas que reportan beneficios a los administradores o a la mayoría social, por ejemplo), pero que están debidamente contabilizadas y explicadas en la Memoria de las Cuentas Anuales. En este caso es improcedente impugnar el acuerdo de aprobación de las cuentas, pues las mismas reflejan la imagen fiel del patrimonio. El socio disconforme debe atacar, vía acciones de responsabilidad contra los administradores u otras que resulten convenientes, las operaciones vinculadas que considere lesivas. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de noviembre de 2017, considera que “con este planteamiento, el recurrente desenfoca el objeto del proceso, que no se centra en la reclamación de responsabilidades de los administradores sino en determinar si el acuerdo de aprobación de cuentas del ejercicio 2010 es nulo porque las irregularidades a que se refiere la demanda impidan que tales cuentas reflejen la imagen fiel de la situación patrimonial y financiera de la sociedad. **En ese sentido, lo relevante para reflejar la imagen fiel de la sociedad es la contabilización de gastos efectivamente realizados, aunque su finalidad haya sido espúrea o no haya redundado en beneficio de la sociedad.**Por otro lado, el impacto de las supuestas irregularidades denunciadas en la demanda **no es significativo** en relación a la imagen fiel de la situación patrimonial y financiera de la sociedad. Debe indicarse además que el dictamen pericial practicado en autos revela la existencia de un informe emitido por el auditor designado por el Registro Mercantil, que expresa una opinión favorable respecto a las cuentas anuales del ejercicio 2010 en tanto que las mismas reflejan la imagen fiel de la compañía. **Esta Sala viene reiterando que la contabilidad social debe cumplir la finalidad informativa que le es propia y por tanto, debe reflejar todas las decisiones económicas adoptadas, sean o no acertadas o convenientes para la sociedad, pues de otro modo las cuentas no reflejarían la imagen fiel de la compañía**...” En el mismo sentido la Sentencia de la AP de Cuenca de 4 de febrero de 2020.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 28 de mayo de 2020 consideró que las cuentas no ofrecen la imagen fiel porque no se explican convenientemente en la Memoria las **operaciones vinculadas**: “pues no tiene en cuenta que aquí lo denunciado es la infracción producida en la Memoria, que completa, amplía y comenta la información contenida en los otros documentos que integran las cuentas anuales (art 35.5 CCo). Al omitir la información mínima legal exigible en orden a terceros vinculados, que no aparece identificada y desglosada como tal en el resto de documentos que conforman las cuentas anuales, no resulta hábil para permitir el conocimiento de la situación y actividad de la empresa en el ejercicio…

… la Memoria del ejercicio 2015 no permite obtener una representación exacta de la compañía y del curso de sus negocios, porque omite su vinculación con una empresa vinculada y no se explica en qué condiciones tienen lugar transacciones por importe de más de cuatro millones de euros, que suponen casi una décima parte de su facturación. **Y ello supone que las cuentas anuales de Tana, SA del ejercicio 2015 del que aquella forma parte no refleje la imagen fiel de la empresa, y, por ende, deba declararse su nulidad**…”

**VII.- Los efectos mero-declarativos de las sentencias recaídas en la impugnación de acuerdos sociales**

Señala Campins Vargas (2020) que “frente a la impugnación de acuerdos de atesoramiento injustificado de beneficios nos encontramos con tres tipos de fallos judiciales, además de los que no consideran ilícita la decisión de no repartir beneficios: los que se limitan a declarar la nulidad o ineficacia del acuerdo abusivo impugnado; los que, además, obligan a la sociedad a la adopción de un nuevo acuerdo de reparto y los que, si lo solicitan las partes, condenan a la sociedad al reparto de los beneficios del ejercicio impugnado. Solo estos últimos aseguran el cumplimiento del contrato de forma eficaz, impiden la persistencia del abuso y, además, evitan que los socios se vean abocados a recurrir al derecho de separación, previsto no como una acción de cumplimiento sino como un mecanismo de resolución del contrato social”.

Ese último tipo de acuerdos con pretensiones de condena, señalados por Campins, son contrarios a nuestro ordenamiento procesal (Ibáñez García, 2008). Por ello, propone dicha autora una reforma del artículo 204 TRLSC en el sentido de recoger un régimen más completo de los *remedios* a disposición del impugnante victorioso: además de preverse la nulidad del acuerdo (sentencia mero-declarativa) y sus consecuencias registrales, qué otras pretensiones pueden sostenerse en tal impugnación, singularmente, en el caso de impugnación del acuerdo social de aplicación del resultado, la condena a la sociedad a repartir los beneficios (pronunciamiento de condena).

El Tribunal Supremo tiene dicho (entre otras, Sentencia de 6 de octubre de 2010), refiriéndose al artículo 204.1 LSC (acuerdos impugnables), que dicho precepto no autoriza al Juez a suplir la voluntad social. *“El control judicial de las decisiones societarias se limita al examen de la regularidad de los acuerdos adoptados, pero no a la conveniencia o no de adoptar otros…”*. La SAP de Pontevedra de 3 de junio de 2015, refiriéndose a los acuerdos “negativos”, sentencia que *“el Juez podrá, si concurren los requisitos, anular la decisión pero en modo alguno suplir la voluntad de la sociedad no expresada en determinado sentido… y si hay varias posibilidades igualmente asumibles, el Juez carece de legitimidad para elegir e imponer una concreta por encima de la voluntad de la sociedad”*. Parece claro que al ser las sentencias estimatorias de la impugnación de acuerdos sociales meramente declarativas y no de condena, no son susceptibles de ejecución (art. 521 Ley de Enjuiciamiento Civil) y, por tanto, no procede despachar ejecución.

A nuestro entender, claramente *contra legem*, la SAP Barcelona de 30 de noviembre de 2020 (recurso nº 248/2020), aunque recaída en un caso patológico, confirma la resolución de instancia:

“1.- Declaro la nulidad de pleno Derecho del acuerdo adoptado en la junta general extraordinaria de la sociedad de capital demandada "INFAGI, S.L." celebrada en fecha de doce de abril de dos mil dieciocho, por el que se decidió destinar a dividendos el 35% del resultado del ejercicio 2015,**que se sustituye, a todos los efectos legales pertinentes, por otro acuerdo por el que la compañía demandada habrá de destinar a dividendos el 100% del resultado del ejercicio 2015 de la sociedad demanda** (190.856, 05 euros), que habrá de ser repartido entre los tres socios de la sociedad demandada en la proporción que les corresponda.

 2.- Condeno a la sociedad de capital "INFAGI, S.L." a que reemplace con todas las formalidades legales el acuerdo declarado nulo de pleno Derecho por el acuerdo aquí dispuesto, incluidos los trámites pertinentes en el Registro Mercantil; a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a pagar las costas procesales de la primera instancia de este juicio".

Considerando la Audiencia Provincial en dicha sentencia que no es suficiente con repartir el mínimo establecido en el artículo 348 bis LSC para impedir el derecho de separación. En el caso enjuiciado, ante la situación de conflicto existente entre los socios, la sentencia concluye que el acuerdo adoptado infringe el interés social, **y en atención a las circunstancias del caso**, considera que no estaba justificado objetivamente que la sociedad decidiera repartir solo una parte de los beneficios obtenidos en el ejercicio cuando la sociedad estaba saneada, contaba una con liquidez muy importante, ingresos regulares y no tenía a la vista proyectos de inversión que pudieran justificar seguir atesorando las ganancias. Y sobre las consecuencias de la nulidad del acuerdo, dice[[4]](#footnote-4):

 **“SEXTO. Consecuencias de la nulidad del acuerdo.**

 29. Aunque las partes no hayan discutido sobre las consecuencias que de la nulidad del acuerdo se derivan, no podemos ignorar el hecho de que se trata de una **cuestión compleja sobre la que no existe unanimidad en la doctrina**. **Los tribunales tendemos a limitarnos, como ha venido haciendo esta Sección hasta la fecha, a declarar la nulidad del acuerdo y remitir la cuestión a la junta general para que adopte de nuevo un acuerdo**, como también hizo el juzgado mercantil la primera vez que fue impugnado el acuerdo de distribución de los beneficios del ejercicio 2015. No obstante, con esa decisión no siempre se puede dar satisfacción al derecho del impugnante, que puede verse una y otra expuesto a decisiones abusivas de la junta general y sin que la tutela judicial de su derecho resulte adecuada o suficiente.

30. Por otra parte, no podemos ignorar que, al menos como regla, la función judicial al revisar si los acuerdos sociales se acomodan a la ley y a los estatutos o no infringen el interés social es una **actividad de carácter esencialmente declarativo, de manera que no le compete al juez sustituir la voluntad judicial modificando el contenido de los acuerdos para adaptarlos a lo que exige la ley, los estatutos o la tutela del interés social**. No obstante, tal regla debe ceder en algunos casos, particularmente cuando se constate que con tal proceder no se pueda ofrecer una tutela adecuada a los derechos de los socios vulnerados por el acuerdo considerado nulo.

31. Cuando se trata de la nulidad del acuerdo de reparto de los beneficios, aceptamos que la forma de proceder más común ha de ser la de remitir la decisión de nuevo a la junta de socios, que es el órgano que tiene la competencia para hacerlo. No obstante, cuando pueda considerarse que el proceder de la junta constituye una **reiterada violación de los derechos del socio minoritario**, tal solución no ofrece una respuesta adecuada a los intereses en conflicto, pues la tutela del socio se convertiría en ilusoria o ficticia.

32. El art. 7 del Código Civil, después de establecer que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, establece que la ley no ampara el abuso de derecho o su ejercicio antisocial y establece que el juez debe adoptar las medidas que impidan la persistencia en el abuso. En nuestro caso, está justificado el abuso de mayoría y también que el juez deba adoptar, como en el caso ha hecho, medidas que impidan que tal abuso pueda persistir.

33. Somos conscientes de que esa posibilidad solo puede ser entendida como excepcional, esto es, aplicable solo en los casos en los que el fundamento de la impugnación sea el abuso de derecho (o la violación del interés social) y exista riesgo de que el mismo se pueda prolongar, como en el caso creemos que podría ocurrir. Por ello estimamos que también en este punto es preciso seguir el criterio que ha seguido la resolución del juzgado mercantil, **que no se ha limitado a declarar la nulidad, sino que ha dispuesto que sean repartidos la totalidad de los beneficios, en los mismos términos interesados en la demanda del socio**. Es decir, **ha acordado la sustitución del acuerdo social impugnado** por otro cuyo contenido es distinto y consiste en acordar el reparto de todos los beneficios del ejercicio. Por tanto, **aunque el pronunciamiento judicial tenga un mero carácter declarativo, sus efectos serán los propios de un acuerdo adoptado por la junta general a efectos de su efectividad inmediata**”.

Creo que este asunto debería ser clarificado por nuestro Tribunal Supremo. En mi opinión, es de gran actualidad la *sentencia* de Gómez Orbaneja[[5]](#footnote-5): ***“Porque nada sería señores, tan erróneo y tan peligroso como suponer que es misión del Juez entrar a determinar el contenido de la voluntad de una Sociedad mercantil”***.

Para Campins, “tras la reforma de la Ley de Sociedades de Capital de 2014 debería ser pacífico, “partiendo del carácter lucrativo de la causa del contrato de sociedad, cambiar la aproximación y hacerlo, no desde la perspectiva del abuso, sino de la consideración como regla general la del reparto en lugar de, como viene siendo habitual, considerar el reparto como excepcional. **Esto significa que la carga de la argumentación respecto de la decisión de atesorar los beneficios sociales debe recaer sobre la sociedad cuando existan beneficios y estén cubiertas las reservas legales y estatutarias.**

El traslado de la sede legislativa del criterio de anulación del acuerdo —del art. 7 CC al art. 204.1 II LSC— implica, también, una modificación de los elementos del supuesto de hecho que justifican la anulación y la condena al reparto de los beneficios. En efecto, si como sostiene la más reciente doctrina, las acciones de impugnación de acuerdos sociales son acciones de incumplimiento, los acuerdos que se anulan sobre la base del art. 204.1 II LSC se anulan porque su contenido implica un incumplimiento por parte de la mayoría del contrato de sociedad por infracción de los deberes de conducta que impone la buena fe contractual (art. 1258 CC), no porque la mayoría haya «abusado» de su derecho de voto al adoptar el acuerdo social correspondiente.

Esta explicación resulta, por lo demás, plenamente coherente con la doctrina civilista que afirma que la categoría del abuso debe reservarse para los derechos absolutos que se ostentan frente a cualquiera y que se dan en el marco de relaciones extracontractuales, mientras que la buena fe se aplica en el marco de relaciones intersubjetivas que imponen un deber de mutua consideración o lealtad recíproca, normalmente una relación contractual o cuasicontractual… el criterio para decidir si ha de anularse o no un acuerdo social de atesoramiento de beneficios no debe ser ya el del abuso de derecho sino el del incumplimiento contractual por infracción del deber de lealtad de la mayoría como manifestación concreta del principio de buena fe contractual”.

Los mismos efectos mero-declarativos se aplican, por ejemplo, en el caso de **impugnación de los acuerdos sociales de aprobación de las cuentas anuales**, pues (Ibáñez García. 2016), la modificación sustantiva de las cuentas anuales a raíz de una declaración judicial de nulidad del acuerdo que aprueba las mismas ha de efectuarse por los trámites que dispone la normativa mercantil-contable de obligado cumplimiento sobre la corrección de errores procedentes de ejercicios anteriores; dado que la misma ha arbitrado los mecanismos adecuados a tales efectos.

**VIII.- La causa de disolución por el cese en el ejercicio de la actividad**

El artículo 363.1 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que “la sociedad de capital deberá disolverse por el cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social. En particular, se entenderá que se ha producido el cese tras un período de inactividad superior a un año”.

Esta previsión es de interés en el caso de sociedades zombies controladas por una mayoría que tiene prisioneros a socios minoritarios.

El artículo 365 impone a los administradores sociales el deber de convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, ésta inste el concurso. **Cualquier socio podrá solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera alguna causa de disolución o la sociedad fuera insolvente.** Y según el artículo 370.3 (Reactivación de la sociedad disuelta), **El socio que no vote a favor de la reactivación tiene derecho a separarse de la sociedad**.

Es de interés desentrañar qué se entiende por “inactividad” a los efectos del artículo 363.1 LSC, pues parece claro que es una cuestión fáctica que debe analizarse teniendo en cuenta los estados financieros de la sociedad en cuestión y el origen de la actividad o cifra de negocio de la entidad.

Si la sociedad tiene, en comparación con sus fondos propios, una actividad residual, parece que podría concluirse que está inactiva. Por ejemplo, importantes fondos propios e importantes activos, pero con unos ingresos (p.e.) por arrendamientos verdaderamente ridículos, o con el auxilio de sociedades vinculadas con las que realiza operaciones para mantenerse viva o en situación zombie.

**IX.- Los delitos societarios y la administración desleal**

Como recuerda Sequeros Sazatornil (2006), “el alumbramiento de los delitos societarios en el Código de 1995 fue motivado por el persistente clamor de la doctrina en general… Los comportamientos seleccionados como delitos societarios tienen en común la represión de una serie de comportamientos irregulares perpetrados por los órganos de gestión y administración de las sociedades de manera individual o colegiada… Delitos que tienen por objeto **tutelar penalmente** a la sociedad mercantil como persona jurídica, **a los socios** como miembros integrantes de la misma y finalmente a terceros de buena fe frente a conductas fraudulentas llevadas a cabo por los administradores y gestores de aquélla…

Es dentro del Título XIII del Libro II del Código Penal vigente, dedicado a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, donde se recogen en el Capítulo XIII los denominados **delitos societarios**, por cometerse en el ámbito de las sociedades mercantiles.

El artículo 290 castiga a “los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, **de forma idónea para causar un perjuicio económico** a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero”. Su objeto es proteger la veracidad y transparencia de la información empresarial.

El artículo 291 está dirigido a “los que, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma”. Y el artículo 292, “a los que impusieren o se aprovecharen para sí o para un tercero, en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios, de un acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia, obtenida por abuso de firma en blanco, por atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente carezcan del mismo, por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por la Ley, o por cualquier otro medio o procedimiento semejante, y sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito”. Como señala Sequeros Sazatornil (2006), ambos reproches penales están “caracterizados por el *abuso de una posición de dominio* ostentada por los administradores o socios que conforman el grupo de control de la sociedad, manifestada a través de la imposición de acuerdos lesivos para los socios minoritarios, o lesivos para los demás socios o la sociedad obtenidos a través de mayorías ficticias”.

El artículo 293 reprende a “los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las Leyes”. Es decir, castiga el comportamiento obstaculizador del ejercicio de los derechos políticos y económicos de los socios. Se entiende que está, obviamente, dirigido a proteger a los socios minoritarios.

El artículo 294 castiga a “los que, como administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa, negaren o impidieren la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras”.

Debe tenerse en cuenta que, según el artículo 296, “los hechos descritos en el presente capítulo, sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal”, no siendo “precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas”.

Dice también en artículo 297 que “a los efectos de este capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado”.

El **delito de administración desleal**, que Sequeros Sazatornil (2006) considera como el *paradigma de los delitos societarios*, estaba contemplado en el artículo 295 CP, pero este artículo fue suprimido por el número ciento sesenta del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo. Vigencia: 1 julio 2015).

Ahora, la administración desleal se encuentra regulada también en el ámbito de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, pero en el capítulo VI (de las defraudaciones), sección II (de la administración desleal), artículo 252 del Código Penal, que castiga a “los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado”. Ya no se refiere expresamente a los administradores sociales, pero obviamente quedan incluidos en el tipo penal los que con abuso de sus funciones propias realicen actos de disposición fraudulenta o contraigan obligaciones a cargo de la sociedad, con daño para ésta, sus socios, etcétera.

**X.- Los administradores y el grupo mayoritario pleitean a costa de la sociedad**

Siempre me ha llamado la atención la normativa general de vencimiento que en materia de **costas procesales** se aplica en cuestión de impugnación de acuerdos sociales y cuestiones relacionadas con conflictos societarios, que supone un fuerte desincentivo para que los accionistas minoritarios defiendan sus derechos ante los tribunales. Si el socio o accionista minoritario pierde el pleito, carga con las costas. Sin embargo, si lo pierda la mayoría, dado que la demandada es la sociedad, las costas se asumen en sede societaria, sin que los accionistas o socios mayoritarios, que son los que adoptaron el acuerdo abusivo sufran un perjuicio patrimonial de su propio bolsillo. Lo que constituye un incentivo perverso a su favor. Se da el caso de minorías con fuerte participación en el capital social (por ejemplo, del 30%) que ganando el pleito ven como, en la práctica, asumen buena parte de las costas procesales.

Debería estudiarse una modificación legal para que fueran los socios o accionistas que votaron a favor del acuerdo declarado lesivo los que legalmente cargaran con las costas procesales (incluso en solidaridad con los administradores que propusieron el acuerdo o acto lesivo y no se opusieron a él; generalmente afectos a la mayoría).

Dicha medida tendría por objeto reducir el riesgo moral en los conflictos societarios, haciendo que la mayoría y los administradores soporten los gastos derivados de la adopción de actos lesivos.

**Referencias bibliográficas**

Alfaro Águila-Real, J (2021 b) *“Derecho de información: si no hay daño (al ejercicio del voto), no hay nulidad de los acuerdos”*. 12 de julio de 2021. <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2021/07/derecho-de-informacion-si-no-hay-dano.html>

Alfaro Águila-Real, J (2021) *La sequía de dividendos se combate, bien ejerciendo el derecho de separación, bien impugnando el acuerdo social sobre aplicación del resultado, tertium non datur”.* <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2021/07/la-sequia-de-dividendos-se-combate-bien.html>

Álvarez Sánchez de Movellán, P (2015): *Estudio sobre el proceso de impugnación de acuerdos sociales. Adaptado a la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo*. Dykinson, SL.

Campins Vargas, A (2020): *Protección judicial frente al atesoramiento injustificado de beneficios*.  [La Ley mercantil](https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=21839), nº 65.

García de Enterría, J (2015): *La impugnación de acuerdos sociales. Una visión práctica*, en la obra colectiva *«El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital»*, dirigida por Rodríguez Artigas, Farrando Miguel y Tena Arregui. Academia Matritense del Notariado. Colegio Notarial de Madrid.

Ibáñez García, I:

(2021b) *Regulación actual del “derecho al dividendo” en las sociedades de capital no cotizadas (Un cambio de paradigma)*. CEFLEGAL, nº 251.

(2021a) *De nuevo, sobre rectificación de errores contables, reformulación de cuentas anuales, calificación registral y efectos tributarios*. <https://isaacibanez.es/de-nuevo-sobre-rectificacion-de-errores-contables-reformulacion-de-cuentas-anuales-calificacion-registral-y-efectos-tributarios/>

(2018) *Corrección de errores contables y reformulación de cuentas anuales*. <https://almacendederecho.org/correccion-errores-contables-reformulacion-cuentas-anuales#comments>

(2016) *Efectos de la impugnación de los acuerdos sociales de aprobación de cuentas*. Diario La Ley, nº 8815.

(2011) *Sobre el derecho obligatorio al dividendo, ¡Qué barbaridad!*. Blog Hay Derecho <https://hayderecho.expansion.com/2011/07/27/sobre-el-derecho-obligatorio-al-dividendo-%C2%A1que-barbaridad/>

(2008) *La impugnación de las cuentas anuales, su calificación registral y el derecho al dividendo*. CEFLEGAL, nº 94.

Massaguer Fuentes, J (2016) *Legitimación en materia de impugnación de acuerdos sociales.*

<https://almacendederecho.org/lecciones-legitimacion-materia-impugnacion-acuerdos-sociales>

Paz-Ares, C (2005) *Las sociedades mercantiles*. En la obra colectiva *“Lecciones de Derecho Mercantil”*. Director: Menéndez, A. Thomson/Civitas.

Sánchez Ruiz, M (2021) *La tutela del derecho al dividendo en sociedades de capital cerradas: presupuestos y fundamentos*. <https://almacendederecho.org/la-tutela-del-derecho-al-dividendo-en-sociedades-de-capital-cerradas-presupuestos-y-fundamentos>

Sequeros Sazatornil, F (2006) *“Delitos societarios y conductas afines (La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores)”*. Wolters Kluwer España, SA

VVAA (2022) *“Las sociedades de capital: sus intereses y sus conflictos”*. Tirant lo Blanch.

1. “**Derechos subjetivos**: El derecho subjetivo es una situación jurídica de un sujeto jurídico que determina un título y un poder concretos organizados ambos interna y externamente por el sistema jurídico, componiéndose dicho poder de un conjunto de posibilidades de acción lícitas **(facultades), entre las que destaca la de defensa del derecho,** y asimismo prohibiciones o limitaciones (abuso de derecho), y cuyo ejercicio se deja a la libre decisión de su titular…” (2020) Robles Morchón, G. *“Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el Siglo XXI”*. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas / Boletín Oficial del Estado. [↑](#footnote-ref-1)
2. Artículo 204 redactado por el apartado siete del artículo único de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo («B.O.E.» 4 diciembre). Vigencia: 24 diciembre 2014. [↑](#footnote-ref-2)
3. “La Audiencia Provincial de Badajoz ha condenado**a un hombre a cuatro años y medio de prisión por los delitos de falsedad contable, estafa e insolvencia punible, entre otros por ofrecer “una imagen distorsionada” frente a terceros de la real situación de la empresa que administraba.**

La sentencia de la Audiencia pacense, remitida por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (TSJEx), **considera probado que el acusado, que ejercía como administrador social único de una constructora llevó a cabo “una ilícita despatrimonialización” de la empresa, con perjuicio de sus acreedores.**

De esta forma, señala que en las cuentas sociales correspondientes a los ejercicios 2011 y 2012 “existen graves irregularidades contables, relevantes en tanto que**intencionadamente ofrecían una imagen distorsionada frente a terceros de la real situación económica y patrimonio” de la empresa.**

Para ello **se sirvió de dos vías: la “sobrevaloración de determinados activos” y la utilización “para incrementar el patrimonio neto de la empresa” de un ingreso contingente “obtenido en una ejecución judicial provisional”.** <https://www.canalextremadura.es/noticias/provincia-de-badajoz/condenado-a-cuatro-anos-y-medio-de-prision-por-falsedad-contable-y>

**Debe tenerse en cuenta que la normativa contable de obligada observancia prohíbe reconocer como ingreso la ejecución provisional de una sentencia.** [↑](#footnote-ref-3)
4. Criterio que se reitera en SAP Barcelona de 30 de noviembre de 2020 (recurso 1381/2020). [↑](#footnote-ref-4)
5. Citada por Álvarez Sánchez de Movellán, P (2015): *Estudio sobre el proceso de impugnación de acuerdos sociales. Adaptado a la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo*. Dykinson, SL. [↑](#footnote-ref-5)