

Junta Universal y Orden Público (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2010)

Aranzazu Pérez Moriones
Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

Recibido: 02.11.2011
Aceptado: 21.11.2011

Resumen: El artículo 178 de la Ley de Sociedades de Capital regula la llamada “junta universal”, es decir, aquella respecto de la cual no se han cumplido previamente los requisitos de convocatoria legalmente exigidos por los artículos 173 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, pero que se considera convocada y válidamente constituida siempre que se encuentre reunido todo el capital social y se haya aceptado por unanimidad dicha reunión. En sentencia de 19 de abril de 2010, el Tribunal Supremo entiende que el incumplimiento del requisito de la presencia de todo el capital social vulnera el orden público, lo que conlleva que dicho acuerdo social no caduca, por lo que puede ser impugnado en cualquier momento. De este modo, el Tribunal Supremo realiza una nueva aportación en la construcción de la noción de orden público en el ámbito societario.

Palabras clave: sociedad anónima, junta universal, requisitos, orden público.

Abstract: *Article 178 of the Spanish Companies Act regulates “universal shareholders meeting”, that exists when a shareholders meeting doesn’t fulfill the requirements legally required under Articles 173 and following of the Companies Act, but it is considered called and formed if the whole share capital has met and all the shareholders have accepted the meeting unanimously. In Judgement 19th April 2010, the Supreme Court understands that failure to comply with the requirement of the presence of all the social capital violates the public order, which involves that social agreement doesn’t expire, so it can be challenged at any time. Thus, the Supreme Court makes a new contribution to the construction of the notion of “public order” in corporation sphere.*

Key words: *corporation, universal shareholders meeting, requirements, public order.*

SUMARIO. 1. Planteamiento. 2. *Excursus:* la celebración de junta con carácter de universal. 2.1 Fundamento. 2.2. Requisitos. 2.2.1. La presencia de la totalidad del capital social. 2.2.2. La aceptación por unanimidad de la celebración de la junta. 3. La impugnación de acuerdos sociales. 3.1. Fundamento. 3.2. La impugnación de acuerdos sociales contrarios al orden público. 3.3. En particular, el incumplimiento del requisito de la presencia de la totalidad del capital social en tanto supuesto de vulneración del orden público. 4. Conclusiones

1. PLANTEAMIENTO

En la crónica de jurisprudencia del Tribunal Supremo del año judicial 2009-2010 se incluye como única sentencia destacada en materia de Derecho de sociedades la dictada con fecha 19 de abril de 2010¹, en la que se declara la nulidad de varias juntas celebradas con el carácter de universal al no concurrir la totalidad del capital social. La decisión adoptada por el Alto Tribunal resulta lógica, dado que uno de los requisitos que se han de satisfacer para poder celebrar válidamente juntas universales es la presencia –o, en su caso, representación– de la totalidad del capital social. Con todo, la trascendencia de la sentencia radica en la consideración de que la celebración de junta universal sin encontrarse presente la totalidad del capital social vulnera el orden público, lo que conlleva que dicho acuerdo social no caduca, por lo que puede ser impugnado en cualquier momento. Como es conocido, los plazos para el ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos sociales dependen de la naturaleza de la pretensión, ya sea de nulidad o de anulabilidad: un año para los acuerdos nulos y cuarenta días para los acuerdos anulables. Ahora bien, la LSC excluye de esta regla a los acuerdos que por su causa o contenido resultan contrarios al orden público. Por tanto, los acuerdos sociales que violan el orden público pueden ser impugnados siempre, ya que no quedan sometidos al plazo de caducidad de un año, previsto para los acuerdos nulos. Son numerosas las ocasiones en que se ha ejercitado la pretensión de nulidad de un acuerdo social con base en una pretendida vulneración del orden público para, de este modo, evitar la aplicación del plazo de caducidad de un año. Sin embargo, desde que entró en vigor la LSA 1989, el Tribunal Supremo, en la mayoría de las ocasiones, ha declarado que el acuerdo impugnado no era contrario al orden público². De ahí la importancia que presenta la sentencia de 19 de abril de 2010, la cual nos va a servir como punto de partida para analizar, por un lado, el fundamento de la junta universal y los requisitos exigidos legalmente para su celebración –los cuales presentan una mayor problemática que la que, en una primera aproximación, pensamos encontrar– y, por otro lado, para reflexionar acerca de la impugnación de acuerdos sociales y, en particular, acerca del concepto de orden público en el ámbito societario. Tén-

¹ Ver STS de 19 de abril de 2010, Ref. Aranzadi n° 3538.

² Así, SSTs de 18 de mayo de 2000, Ref. Aranzadi n° 3934; de 26 de mayo de 2000, Ref. Aranzadi n° 4394; de 5 de febrero de 2002, Ref. Aranzadi n° 1600; de 4 de marzo de 2002, Ref. Aranzadi n° 2421; de 3 de abril de 2003, Ref. Aranzadi n° 2769; de 29 de septiembre de 2003, Ref. Aranzadi n° 6829; de 15 de julio de 2004, Ref. Aranzadi n° 4688; de 15 de noviembre de 2004, Ref. Aranzadi n° 7231; de 17 de febrero de 2005, Ref. Aranzadi n° 1303; de 24 de noviembre de 2005, Ref. Aranzadi n° 1233; y de 21 de febrero de 2006, Ref. Aranzadi n° 827. En cambio, en sentencia de 29 de noviembre de 2007, Ref. Aranzadi n° 32 /2008, el TS entiende contrario al orden público el acuerdo social por el que se donaban terrenos y edificaciones que constituían el principal activo de la sociedad, al ser adoptado con grave lesión de los derechos de los accionistas.

gase presente que la delimitación de qué debe entenderse por orden público no resulta una tarea fácil, dada la propia indeterminación del término y la parquedad con la que se manifiesta la LSC. Consecuencia de ello es que son doctrina y jurisprudencia quienes han asumido la labor de definir el concepto de orden público, que, en el marco específico de la impugnación de acuerdos sociales, presenta una especial importancia. No podemos olvidar que la calificación de un acuerdo social como contrario al orden público conduce a la inaplicación del plazo de caducidad de un año, por lo que el mismo puede ser impugnado en cualquier momento, con las consecuencias que de esta actuación se derivan.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2010 tiene su origen en la demanda de impugnación de acuerdos sociales presentada el día 12 de marzo de 2003 por dos de los cuatro socios de la mercantil “Te Andamios, S.A.”, con la finalidad de declarar la nulidad de los acuerdos sociales adoptados en las juntas universales celebradas los días 30 de marzo de 1992, 30 de junio de 1995, 29 de junio de 1996, 30 de junio de 1998, 30 de junio de 1999, 30 de junio de 2000 y 30 de junio de 2001. En concreto, en la junta universal de 30 de marzo de 1992 se adoptan los acuerdos de ampliar el capital social a 10 millones de pesetas, cambiar el domicilio social, adaptar los estatutos a la nueva legislación y sustituir el sistema solidario de administración por el de un administrador único. Ante esta situación, los demandantes alegan que, al no haber asistido a ninguna de las juntas universales, no cabe considerarlas celebradas y, por ello, los acuerdos adoptados en ellas son nulos y, en todo caso, contrarios al orden público. El Juzgado de Primera Instancia nº 41 de Madrid dicta sentencia el día 5 de junio de 2003, en la que declara la nulidad de los acuerdos sociales adoptados en las juntas mencionadas y ordena que se reponga la situación societaria al momento en el que se encontraba cuando se celebró la junta extraordinaria universal de fecha 30 de marzo de 1992, de modo que los demandantes puedan ejercitar su derecho de suscripción preferente proporcionalmente al valor nominal de las acciones que poseían con anterioridad a la celebración de aquella junta. La representación de “Te Andamios, S.A.” interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, que, en sentencia de 11 de mayo de 2005, confirma en su integridad los pronunciamientos contenidos en la sentencia de instancia.

Con posterioridad, la mercantil interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo, con base en dos motivos: por un lado, la infracción del art. 116.1 y 3 LSA 1989 –actual art. 205 LSC–, dado que la acción de impugnación había caducado cuando se interpuso la demanda, por haber vencido el tiempo establecido para los actos nulos y no ser los acuerdos contrarios al orden público; por otro lado, la infracción del art. 7 Cc y del art. 247 LEC, ya que la pretensión deducida era contradictoria con el comportamiento anterior de los demandantes y debía ser desestimada por aplicación de la regla “venire contra actum proprium”. En contestación al primer motivo –sobre el que, por otra parte, recaen las observaciones contenidas en este trabajo–, el Tribunal

Supremo recuerda que “(E)l término orden público se suele emplear para designar el conjunto de principios o directivas que, por contener los fundamentos jurídicos de una determinada organización social, reflejan los valores que, en cada momento, informan sus instituciones jurídicas –sentencia de 21 de febrero de 2006–”. Igualmente, añade que “(E)ntre las normas que incorporan esos valores se encuentran aquellas que disciplinan aspectos esenciales del sistema societario –sentencia de 26 de septiembre de 2007–” y que “(L)as mismas son reflejo, en efecto, de los principios configuradores del tipo de sociedad mercantil de que se trata –sentencias de 28 de noviembre de 2005 y 29 de noviembre de 2007–”. Por ello, aquel concluye que “la celebración de reuniones de socios como juntas universales sin cumplir la primera de las condiciones exigidas en el artículo 99 –la presencia de todo el capital– se ha considerado por la jurisprudencia viciada de nulidad y, además, contraria al orden público –sentencias de 29 de septiembre de 2003, 30 de mayo y 19 de julio de 2007–, con independencia de cuál sea el contenido de los acuerdos adoptados –sentencias de 19 de julio y 28 de noviembre de 2007, no obstante la de 18 de mayo de 2000–, ya que la nulidad de éstos no deriva de vicios o defectos intrínsecos, sino, por repercusión, de no valer como junta la reunión de socios en que se tomaron”. El rechazo de los dos motivos esgrimidos por la sociedad conduce a que el Alto Tribunal declare no haber lugar al recurso en sentencia de 10 de abril de 2010³.

2. EXCURSUS: LA CELEBRACIÓN DE JUNTA CON CARÁCTER DE UNIVERSAL

2.1. Fundamento

La Ley de Sociedades de Capital –en adelante, LSC– exige el cumplimiento de una serie de requisitos para la válida convocatoria de junta general, que afectan a la forma, al contenido y al plazo previo de dicha convocatoria. Precisamente, algunos de estos requisitos han sido recientemente objeto de reforma mediante Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma

³ En relación con el segundo motivo alegado por la parte recurrente, el TS sostiene que “la sociedad recurrente pretende servirse de la referida doctrina para unos fines distintos de aquellos para los que fue elaborada. En efecto, por un lado, ataca la valoración de la prueba sobre la asistencia de los demandantes a las juntas declaradas nulas y sobre su participación en la ejecución de los acuerdos en ellas adoptados –en particular, en la ampliación de capital, supuestamente acordada en la primera de las impugnadas–, lo que el recurso no tolera. Por otro lado, señala como actos propios de los actores unos comportamientos que no permiten tal calificación –como el consistente en no haber sido impugnadas en la demanda alguna otra junta universal supuestamente celebrada–. Y, por último, pretende la aplicación de una excepción a la doctrina antes expuesta, cual la de tratarse de una sociedad de tipo familiar, sin ningún fundamento –sobre ello, sentencia de 29 de septiembre de 2003–.

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 cotizadas⁴. Se trata de requisitos de Derecho necesario, de tal manera que su incumplimiento conlleva la invalidez de la convocatoria y, lógicamente, la nulidad de los acuerdos adoptados. Pero, al mismo tiempo, son requisitos mínimos, de modo que, por vía estatutaria, cabe exigir la observancia de otros requisitos de convocatoria, en cuyo caso, el cumplimiento de los mismos es igualmente necesario. La razón última de la exigencia de convocatoria no es otra que facilitar que todos los socios tengan conocimiento de la celebración de la junta general, así como de los asuntos que se van a tratar, para, de este modo, poder asistir y decidir la orientación que van a adoptar en ella. De hecho, la única excepción a esta regla general es el supuesto de junta universal, la cual carece de convocatoria o, al menos, de convocatoria *ex arts.* 173 y ss. LSC, ya que, en la práctica, las juntas universales suelen ir precedidas de una convocatoria o aviso informal. En efecto, resulta sumamente improbable –aunque no imposible– la reunión espontánea de todos los socios, que conduzca a la reunión en junta con carácter de universal una vez que hayan aceptado por unanimidad su celebración.

El art. 178 LSC regula la llamada “junta universal”, es decir aquella respecto de la cual no se han cumplido previamente los requisitos de convocatoria legalmente exigidos por los arts. 173 y ss. LSC, pero que se considera convocada y válidamente constituida siempre que se encuentre reunido todo el capital social y se haya aceptado por unanimidad dicha reunión. Con todo, la admisión de esta modalidad de junta no implica un debilitamiento de la inderogabilidad de las normas reguladoras de las formalidades de la convocatoria, ya que estas han de ser respetadas en todos los demás supuestos que no sean el de junta universal⁵. En último término, la razón de que en este caso concreto no se plantee la necesidad de cumplir los requisitos de convocatoria radica en que la finalidad que se persigue mediante su exigencia –es decir, el conocimiento por parte de todos los socios de la celebración de la junta y de los asuntos a tratar en ella–, queda satisfecha como consecuencia del cumplimiento de los requisitos exigidos por el art. 178 LSC. En este sentido, la LSC

⁴ Ver 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, *Boletín Oficial del Estado*, 2 de agosto de 2011, n° 184, pág. 87462. En relación con dicha reforma, ver las observaciones de PÉREZ MORIONES, A., “Observaciones en materia de convocatoria de Junta General de Sociedades de Capital tras la nueva reforma de la Ley de Sociedades de Capital”, *La Ley*, n° 7713, 2011, 11 de octubre de 2011.

⁵ Así, URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M^º, *La Junta general de accionistas (Arts. 93 a 122 de la Ley de Sociedades Anónimas)*, en *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo V, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1992, pág. 101.

supedita la celebración de junta universal a la concurrencia de dos requisitos, que han de ser cumplidos de modo conjunto. Es más, aunque la propia redacción legal no deja duda alguna al utilizar una conjunción copulativa “y”, el TS ha reiterado esta circunstancia en distintas ocasiones⁶. Recuérdese que dichos requisitos son: i) que esté presente o representado todo el capital social; y ii) que los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la junta. Como fácilmente se deduce, estas exigencias únicamente se pueden satisfacer en sociedades con un número de socios reducido, es decir, en sociedades “cerradas”. Pero, además de ser poco numerosos, tales socios normalmente disfrutaban de una relación fluida entre ellos. De hecho, el distanciamiento entre socios o, incluso, los cambios en las relaciones personales suelen llevar aparejadas situaciones de litigiosidad en materia de junta universal, tal y como queda confirmado en distintos pronunciamientos jurisprudenciales.

Por lo demás, con excepción de los requisitos expresamente exigidos en esta materia, la junta universal queda regida por las mismas normas que cualquier junta normalmente convocada –presidencia, derecho de información de los accionistas, deliberación y adopción de acuerdos, acta, etc.⁷–. Así, atendiendo a la redacción del art. 178 LSC, la junta universal puede tratar “cualquier asunto”, es decir, toda materia incluida dentro de la competencia de la junta, tanto ordinaria como extraordinaria⁸. La única salvedad que es necesari-

⁶ Véanse, entre otras, SSTS de 27 de octubre de 1964, Ref. Aranzadi nº 4734; de 14 de marzo de 1985, Ref. Aranzadi nº 1164; de 5 de marzo de 1987, Ref. Aranzadi nº 1416; de 30 de abril de 1988, Ref. Aranzadi nº 3329; de 28 de febrero de 1989, Ref. Aranzadi nº 1407; de 23 de diciembre de 1997, Ref. Aranzadi nº 9189; o de 29 de diciembre de 1999, Ref. Aranzadi nº 9619. En el mismo sentido, la STS de 21 de octubre de 1994, Ref. Aranzadi nº 7678, considera “radical” la nulidad de la junta universal por falta de unanimidad de todos los accionistas.

⁷ Como apuntan URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M.^a, *La Junta general...*, ob. cit., pág. 108.

⁸ Así, URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M.^a, *La Junta general...*, ob. cit., pág. 109; y OTERO LASTRES, J. M., “El requisito de la *aceptación unánime* en la Junta universal de la sociedad anónima”, en *Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Volumen II, McGraw-Hill, Madrid, 2002, págs. 1239; SÁNCHEZ CALERO, F., *La Junta General en las sociedades de capital*, 1ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, págs. 157 y 171; y GARCÍA-CRUCES, J. A., en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (directores), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I, 1ª ed., Civitas-Thomson Reuters, 2011, pág. 1289.

De hecho, como señala OTERO LASTRES, J. M., “El requisito de la *aceptación unánime...*”, en *Estudios Sánchez Calero*, Volumen II, ob. cit., págs. 1238 a 1240, precisamente la STS de 31 de mayo de 1999, Ref. Aranzadi nº 4282, se sirve de una interpretación errónea de la expresión “para tratar cualquier asunto”, ya que la identifica con innecesaria sujeción a un orden del día determinado, por lo que dicho pronunciamiento concluye que el requisito de la aceptación unánime debe recaer únicamente sobre la celebración en sí de la junta universal y no sobre los asuntos a tratar en ella, al no quedar vinculada a orden del día alguno –según su propia interpretación de aquella expresión–. En este sentido, la mencionada Sentencia afirma que “...la Junta se entenderá convocada y quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto (y por lo tanto no vinculada materialmente a ningún restrictivo orden del día o mención concreta de “asuntos a tratar”) siempre que esté presente todo el capital social y los asistentes acepten por unanimidad la celebración de la Junta”.

rio realizar es que, a diferencia de la junta normalmente convocada, que, salvo disposición en contra de los estatutos, tiene que celebrarse en el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio –art. 175 LSC–, la junta universal puede reunirse en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero, tal y como queda confirmado por el art. 178.2 LSC. De hecho, con anterioridad a la Ley actualmente en vigor, doctrina y jurisprudencia ya entendían que la junta universal podía celebrarse en cualquier lugar, dados los términos tan amplios en que se manifestaba el art. 99 LSA 1989, a lo que se añadía la circunstancia de que, en el caso de celebración de junta universal, no concurre la necesidad de protección de los accionistas, al encontrarse presente –o, en su caso, representado– todo el capital social⁹. Precisamente, esta circunstancia ha sido esgrimida por cierto sector doctrinal en defensa de la validez de la junta universal virtual, siempre y cuando exista comunicación simultánea y bidireccional entre los participantes en la misma –por ejemplo, multiconferencia telefónica o “chat”–¹⁰.

El cumplimiento de los requisitos exigidos en el art. 178 LSC para la válida celebración de junta universal suscita distintos interrogantes, debido en gran medida a la defectuosa redacción de la norma¹¹; circunstancia que justifica dedicar unas observaciones a los mismos, así como a algunos de los prin-

⁹ Ver URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M^a., *La Junta general...*, ob. cit., págs. 108 y 109; o DE ELÍAS-OSTUA RIPOLL, R., “La junta universal”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n^o 3, 1994, pág. 197. No así para RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, 2^a ed., Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1967, pág. 193. Igualmente, ver SSTs de 25 de noviembre de 1967, Ref. Aranzadi n^o 4770; de 23 de noviembre de 1970, Ref. Aranzadi n^o 4885; y de 25 de abril de 1978, Ref. Aranzadi n^o 1456.

¹⁰ En este sentido, MUÑOZ PAREDES, J. M^a., *Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las Juntas generales y de los Consejos de administración*, 1^a ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, págs. 205 y 206, y “Ejercicio a distancia de los derechos de socio en la Junta General de Sociedades cerradas”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n^o 27, 2006, pág. 323. No así para VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, 22^a ed., Volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 541, que entiende que el legislador debería admitir la junta universal virtual, pero la impide con la exigencia de reunión física en la localidad del domicilio social.

¹¹ A esta circunstancia se refieren tanto SÁNCHEZ LINDE, M., “El acuerdo unánime de celebrar Junta universal en la sociedad anónima. Aspectos materiales y formales”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n^o 105, 2007, págs. 32 y 33, como FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente la regulación de la Junta universal en la Ley de Sociedades Anónimas”, *Revista de Derecho Mercantil*, 2006, págs. 1321 y 1322, que ha propuesto una interpretación correctora de la misma, al sostener que la que la correcta redacción del art. 99 LSA debería haber vinculado la validez de la junta universal a la concurrencia de todos aquellos que poseen derecho de asistencia –y no a la presencia de todo el capital social– y que la exigencia del segundo requisito –unanimidad a la celebración de la reunión– omite la necesidad de llegar a un acuerdo previo respecto de las materias que han de ser tratadas en la junta.

cipales problemas que surgen con ocasión de su obligado cumplimiento. Ahora bien, esta circunstancia negativa no ha dificultado el indudable éxito de las juntas universales en la práctica societaria. En este sentido, el procedimiento de junta universal conlleva un claro ahorro económico al eludir el coste de los anuncios en diarios; constituye un recurso óptimo frente a la imposibilidad de realizar una convocatoria regular; hace posible remediar las insuficiencias formales de una convocatoria realizada conforme al trámite normal¹² y permite eludir la aplicación de ciertas normas legales o estatutarias que, en determinadas situaciones, pueden resultar incómodas –piénsese, por ejemplo, en el plazo mínimo de un mes o quince días entre publicación del anuncio de convocatoria y celebración, en el plazo mínimo de 24 horas entre primera y segunda convocatoria, en la obligación de nueva convocatoria para reunirse en segunda convocatoria si la primera fracasa y no se ha previsto su celebración en segunda o en la necesidad de que la junta se reúna en la localidad donde la sociedad tenga su domicilio–¹³. Con todo, la ventaja que tradicionalmente ha presentado la junta universal en tanto forma de evitar los costes económicos derivados de la publicación de la convocatoria ha de ser matizada. En efecto, atendiendo a la nueva redacción del art. 173.1 LSC, las sociedades de capital han de convocar la junta mediante la inserción del anuncio en el BORME y en la página web de la sociedad o, si ésta no existe –o aun existiendo, si así se desea– en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social¹⁴. Pero el art. 173.2 LSC autoriza a sustituir el sistema mencionado por la previsión en los estatutos sociales de que la convocatoria se realice mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad o por cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción del mismo por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la

¹² Siempre, evidentemente, que se cumplan los requisitos exigido por el art. 178 LSC para la válida celebración de la junta con carácter de universal, tal y como ocurre en la STS de 29 de diciembre de 1999, Ref. Aranzadi nº 9619.

¹³ En relación con las ventajas de la junta universal, ver, por todos, FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, *ob. cit.*, págs. 1319 y ss.

¹⁴ Como resultado, el sistema de convocar queda condicionado por la existencia o no de página web de la sociedad. Así, en caso de que la sociedad disponga de página web, el anuncio de convocatoria se ha de publicar en el BORME y en la página web de la sociedad y, de forma voluntaria –y cumulativamente a las publicaciones en los medios citados–, aquel se puede publicar en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social. Por tanto, la publicación en el BORME y en la página web de la sociedad resulta de obligado cumplimiento, pero no así su publicación en el diario. En cambio, si la sociedad no dispone de página web, el anuncio necesariamente se debe publicar en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social. En este caso, tanto la publicación en el BORME como en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia son obligatorias.

sociedad –aunque con carácter voluntario y adicional, la convocatoria se puede publicar en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social–¹⁵. Evidentemente, esta modificación conlleva un importante ahorro económico para las sociedades de capital, aunque los requisitos fijados en la LSC en materia de contenido y plazo previo de convocatoria –arts. 174 y 176 LSC–, así como respecto del lugar de celebración de la junta –art. 175 LSC–, habrán de ser necesariamente respetados; obligatoriedad de la que se exime en caso de que la junta sea celebrada como universal.

2.2. Requisitos

2.2.1. *La presencia de la totalidad del Capital Social*

El necesario cumplimiento del requisito de la “presencia de la totalidad del capital social” plantea distintos interrogantes, en particular: i) si la presencia del capital social ha de ser personal o es admisible la representación; ii) el modo en que se satisface el mencionado requisito en supuestos de disgregación entre propiedad de la cuota del capital social y legitimación para el ejercicio de los derechos de socio, limitaciones al ejercicio personal del derecho de asistencia, limitaciones estatutarias al ejercicio del derecho de asistencia y privación del derecho de voto con muy distinto origen –acciones sin voto o accionistas morosos–; y iii) la trascendencia de la concurrencia en la junta de otras personas no socios, que pueden o deben asistir a dicha reunión.

La primera cuestión que se suscita en relación con la satisfacción del requisito de “la totalidad del capital social” no es otra que la admisibilidad o no de la representación de los accionistas en la celebración de junta universal, dado que en la redacción inicial tanto de la LSA 1951 como de la LSA 1989 no se hacía referencia expresa a esta posibilidad. Y aunque, en un primer momento, cierto sector doctrinal consideró incompatible el concepto mismo de junta universal –entendida como reunión espontánea de accionistas– con la posibilidad de otorgar poder de representación debido al obligado cumplimiento de los requisitos exigidos a tal efecto por la propia LSA, un análisis posterior de la práctica societaria –que constató que, en general, la celebración de junta universal solía venir precedida de una convocatoria siquiera informal–, unido a distintos pronunciamientos favorables por parte del TS y de la

¹⁵ Por tanto, si los socios de una sociedad de capital hacen uso de la autorización contenida en el art. 173.2 LSC, desaparece la tradicional forma de publicar la convocatoria de junta general en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia del domicilio social, ya que es suficiente con su publicación en la página web de la sociedad o, incluso, ni siquiera esta última, si aquellos optan por establecer un procedimiento de comunicación, individual y escrita, siempre que se asegure su recepción por todos los socios.

DGRN¹⁶, condujo a la admisión doctrinal generalizada de que el requisito de la presencia de todo el capital social queda satisfecho tanto si el capital social se encuentra físicamente presente como si se encuentra representado¹⁷. Con posterioridad, esta interpretación del requisito de la presencia de la totalidad del capital social ha quedado expresamente confirmado por la redacción del párrafo primero del art. 178 LSC –“...siempre que esté presente o representada la totalidad del capital social”–. En efecto, la celebración de reuniones de junta espontáneas o casuales es casi inexistente, ya que suelen estar programadas atendiendo a las circunstancias –por ejemplo, inmediatamente después al otorgamiento de la escritura de constitución de la sociedad– o están precedidas de convocatorias informales o no ajustadas a lo exigido legal y/o estatutariamente¹⁸. Con todo, la jurisprudencia exige poder válido por parte del representante con las correspondientes instrucciones en su caso, lo que implica que el representado debe haber tenido previamente noticias fidedignas del orden del día para así impartir al primero órdenes respecto del ejercicio del derecho de voto¹⁹.

¹⁶ Ver SSTs de 8 de mayo de 1962, Ref. Aranzadi n° 2195, y comentario a la misma de MUÑOZ PLANAS, J. M^a., *Revista de Derecho Mercantil*, 1962, 2, págs. 168 y ss.; de 30 de mayo de 1975, Ref. Aranzadi n° 2240; de 30 de octubre de 1985, Ref. Aranzadi n° 5134; de 5 de marzo de 1987, Ref. Aranzadi n° 1416; de 16 de marzo de 1990, Ref. Aranzadi n° 2302; de 17 de febrero de 1992, Ref. Aranzadi n° 1259; de 23 de diciembre de 1997, Ref. Aranzadi n° 9189; de 14 de marzo de 1998, Ref. Aranzadi n° 1488; o de 31 de mayo de 1999, Ref. Aranzadi n° 4282; y RRDGRN de 4 de mayo de 1981, Ref. Aranzadi n° 2183; de 16 de marzo de 1990, Ref. Aranzadi n° 2302; de 20 de noviembre de 1995, Ref. Aranzadi n° 8413; de 7 de febrero de 1996, Ref. Aranzadi n° 1026; de 5 de marzo de 1997, Ref. Aranzadi n° 2032; y de 27 de octubre de 1998, Ref. Aranzadi n° 8158.

¹⁷ Así, MUÑOZ PLANAS, J. M^a., “Comentario a la STS...”, ob. cit., págs. 168 y 169; RUBIO, J., *Curso de Derecho...*, 2^a ed., ob. cit., pág. 193; VICENT CHULIÀ, F., *Introducción...*, 22^a ed., ob. cit., pág. 540; LÓPEZ CERECEDA, E., “Comentario a la Sentencia de 30 de octubre de 1985”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1985, pág. 3040; o DE ELÍAS-OSTUA RIPOLL, R., “La junta universal...”, ob. cit., págs. 197 y ss.

Además, para un análisis más profundo sobre la representación en el marco de las juntas universales, ver SÁNCHEZ LINDE, M., “El acuerdo unánime...”, ob. cit., págs. 16 y ss.; o SÁNCHEZ CALERO, F., *La Junta General...*, 1^a ed., ob. cit., págs. 163 y ss.

¹⁸ Ver FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., pág. 1313. En un sentido similar, SÁNCHEZ LINDE, M., “El acuerdo unánime...”, ob. cit., págs. 16 y 17 o SÁNCHEZ CALERO, F., *La Junta General...*, 1^a ed., ob. cit., págs. 156 y 157. En efecto, como señala GARCÍA-CRUCES, J. A., en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (directores), *Comentario de la Ley de Sociedades...*, Tomo I, 1^a ed., ob. cit., pág. 1287, “...la junta universal no es tanto una junta sin convocatoria como una junta convocada al margen de la forma prevista legalmente”.

¹⁹ Así, SÁNCHEZ LINDE, M., “El acuerdo unánime...”, ob. cit., pág. 17; FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., págs. 1309 y 1310, que califica de “dudosa” esta exigencia jurisprudencial; BOQUERA MATARREDONA, J., *La Junta General de las Sociedades Capitalistas*, 1^a ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 32; o GARCÍA-CRUCES, J. A., en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (directores), *Comentario de la Ley de Sociedades...*, Tomo I, 1^a ed., pág. 1291.

Tal y como hemos señalado, también se pueden plantear problemas en los supuestos de disgregación entre propiedad de la cuota del capital social y legitimación para el ejercicio de los derechos de socio: usufructo o prenda de acciones en los que el ejercicio exclusivo de los derechos sociales está atribuido estatutariamente al usufructuario o acreedor pignoraticio. Mientras que cierto sector doctrinal sostiene la necesidad de la asistencia conjunta de nudo propietario y del titular del derecho real, correspondiéndole a este último votar para la celebración de la junta universal²⁰, otro sector doctrinal opina que podría establecerse en los estatutos que la constitución de junta universal requiera el consentimiento de los acreedores pignoraticios²¹ e, incluso, se ha defendido que es suficiente la presencia del usufructuario o acreedor pignoraticio²². Recientemente, una última opinión parte del reconocimiento de que no tiene sentido que para celebrar junta universal el propietario de las acciones tenga que participar concurriendo y aceptando previamente la celebración de aquélla, y aboga por que, en estos casos, debería indicarse que el consentimiento exigido por el art. 178 LSC ha de ser prestado por el legitimado para el ejercicio de los derechos sociales, salvo que los estatutos exijan la concurrencia de ambas voluntades; si bien hasta que se produzca dicha modificación la solución pasa por entender que lo que la Ley exige es la presencia, por el medio que sea, de todos los accionistas o sus representantes legales²³.

Por el contrario, existe un consenso doctrinal mayor en la interpretación que debe darse a este requisito en los casos de limitaciones al ejercicio personal del derecho de asistencia, es decir, copropiedad o cotitularidad sobre las acciones –art. 126 LSC– y de limitaciones estatutarias al ejercicio del derecho de asistencia –art. 179.2 LSC–. Respecto del primer caso, los socios tienen que nombrar un representante común para que acuda a junta, de modo que, en caso de que no lo hagan o la designación se haya realizado contrariando las reglas de la comunidad, no se podrá celebrar junta universal al no concurrir a la reunión la totalidad del capital social. Ahora bien, se admite que todos los demás socios autoricen a los copropietarios que no han designado representante común a manifestar su voluntad de celebrar junta universal y acordar el orden del día²⁴. Por lo que respecta a los casos de exigencia estatutaria de un número mínimo de acciones para poder asistir a junta prevista

²⁰ Ver SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M^a., “Junta universal, remoción de administrador y representación del socio”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n^o 13, 1999, págs. 295 y 298.

²¹ Ver VICENT CHULIÁ, F., *Introducción...*, 22^a ed., ob. cit., pág. 541.

²² Ver MIRANDA SERRANO, L. M^a., “La junta universal de accionistas o socios (Una propuesta de solución a la problemática que encierran los requisitos de *universalidad* de las juntas)”, *Revista de Derecho Mercantil*, 2002, pág. 140.

²³ En este sentido, FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., pág. 1327; y BOQUERA MATARREDONA, J., *La Junta General...*, 1^a ed., ob. cit., pág. 34.

²⁴ Por todos, FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., pág. 1329.

en el art. 179.2 LSC, podría pensarse que el respeto de esta modalidad de cláusula conduciría a que el cumplimiento de este primer requisito quedara satisfecho simplemente con la presencia de aquellos accionistas que fueran titulares del número de acciones necesarias para poder asistir a la reunión. Ahora bien, como la modalidad de junta prevista en el art. 178 LSC es excepcional y su celebración queda supeditada legalmente a la presencia de todo el capital social, la interpretación que debe realizarse del precepto debe ser literal, de modo que, en caso de que no sea posible la agrupación de accionistas para respetar la exigencia estatutaria y el consiguiente nombramiento de representante común, resultará obligado permitir que todos los accionistas consientan la celebración de la junta universal y el orden del día de la misma, aunque no sean titulares del número mínimo de acciones establecido estatutariamente²⁵. Con todo, se trata de un supuesto casi sin trascendencia práctica: recuérdese que la celebración de junta con carácter universal es posible en sociedades con un número reducido de socios, mientras que la cláusula mencionada se suele insertar en estatutos de sociedades con un accionariado disperso.

Del mismo modo, la satisfacción del requisito de la presencia de todo el capital social también puede plantear problemas en casos de privación del derecho de voto, como ocurre con las acciones sin voto –arts. 98 y ss. LSC– o con los accionistas morosos –arts. 82 y ss. LSC–. En relación con el primer supuesto, un sector entiende que aquel requisito únicamente se cumple si se encuentran presente o representado tanto el capital social con voto como el capital social sin voto, ya que, en caso contrario, se ignoraría el reconocimiento de la función que cumplen otros derechos complementarios atribuidos al accionista sin voto, como el derecho de asistencia e información²⁶. En cambio, otro sector ha rechazado esta interpretación por considerar que la misma conllevaría otorgar a los titulares de acciones sin voto un derecho que la Ley no les confiere –

²⁵ Ver VALLET DE GOYTISOLO, J., “La publicidad en la convocatoria de las Juntas generales y las llamadas Juntas universales (Glosas a los arts. 53 y 55 de la Ley del Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas)”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1952, Tomo II, pág. 318; URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M^a., *La Junta general...*, ob. cit., págs. 106 y 107; FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., pág. 1330, con ulteriores referencias doctrinales; SÁNCHEZ CALERO, F., *La Junta General...*, 1^a ed., ob. cit., pág. 161; o GARCÍA-CRUCES, J. A., en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (directores), *Comentario de la Ley de Sociedades...*, Tomo I, 1^a ed., pág. 1290. En contra, DE ELÍAS-OSTUA RIPOLL R., “La junta universal...”, ob. cit., págs. 193 y 194.

²⁶ Ver MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. Y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Las acciones sin voto (Comentario a los arts. 90 a 92 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas)”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1989, pág. 13, y, posteriormente, en “Las acciones sin voto”, en *La acción y los derechos del accionista, Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo IV, Volumen 1^o, 1^a ed., Civitas, Madrid, 1994, págs. 398 y 399; TAPIA HERMIDA, A. J., “Las acciones sin voto”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1989, pág. 816; FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., págs. 1337 y 1338; SÁNCHEZ CALERO, F., *La Junta General...*, 1^a ed., ob. cit., pág. 161; o BOQUERA MATARREDONA, J., *La Junta General...*, 1^a ed., ob. cit., pág. 33.

el derecho de decidir que la junta se celebre—, siendo suficiente con que todos los accionistas hayan sido convocados sin excepción alguna para entender cumplido el requisito de la presencia de todo el capital social²⁷. A nuestro juicio, la interpretación literal de la expresión “la totalidad del capital social” es suficiente para sostener que este requisito únicamente queda satisfecho en aquellos casos en que efectivamente se encuentra presente o representado todo el capital social, tanto con voto como sin voto, a lo que se suma que los accionistas sin voto carecen exclusivamente de derecho de voto pero no de derecho de asistencia. La misma solución ha de darse en el caso de existencia de accionistas morosos²⁸, ya que las acciones de las que son titulares forman parte de la “totalidad del capital social” y, además, aquellos únicamente se encuentran privados de su derecho de voto y no del derecho de asistencia a junta²⁹.

Por último, no podemos olvidar que a las juntas no sólo asisten accionistas, sino que también deben o pueden asistir administradores y directores, gerentes, técnicos u otras personas interesadas en la buena marcha de los asuntos sociales y que están autorizadas por vía estatutaria para acudir a Junta —art. 181 LSC—, así como el comisario del sindicato de obligacionistas —art. 427.2 LSC—. Por lo tanto, podemos preguntarnos si la inasistencia de cualquiera de ellos constituye obstáculo para la válida celebración de junta universal. Pues bien, la doctrina que se ha manifestado al respecto entiende que la ausencia de los administradores o de otras personas designadas en los estatutos no impide la válida celebración de junta universal, dado que no asisten en defensa de un interés propio sino en beneficio de los demás asistentes, que sí tienen verdadero derecho de asistencia, y que es razonable que su inasistencia no obstaculice la válida constitución de la junta salvo que alguno de quienes deben prestar su consentimiento se niegue a celebrarla³⁰. Ahora bien, existe

²⁷ Así, URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M^a., *La Junta general...*, ob. cit., págs. 102 y 103; e, *in extenso*, MUÑOZ PLANAS, J. M^a., “Junta universal y acciones sin voto (Nota *pro veritate*)”, *La Ley*, 1994, Tomo II, págs. 1046 y ss., con ulteriores referencias bibliográficas.

²⁸ Ver, por todos, GARCÍA-CRUCES, J. A., en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (directores), *Comentario de la Ley de Sociedades...*, Tomo I, 1^a ed., págs. 1290 y 1291; FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., pág. 1340; o BOQUERA MATARREDONA, J., *La Junta General...*, 1^a ed., ob. cit., pág. 33.

²⁹ En contra, URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M^a., *La Junta general...*, ob. cit., pág. 103; o SÁNCHEZ CALERO, F., *La Junta General...*, 1^a ed., ob. cit., pág. 162.

³⁰ En este sentido, URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M^a., *La Junta general...*, ob. cit., págs. 105 y 106; FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., págs. 1342 y 1343; BOQUERA MATARREDONA, J., *La Junta General...*, 1^a ed., ob. cit., pág. 35; o GARCÍA-CRUCES, J. A., en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (directores), *Comentario de la Ley de Sociedades...*, Tomo I, 1^a ed., pág. 1292. No así para SÁNCHEZ CALERO, F., *La Junta General...*, 1^a ed., ob. cit., pág. 167, que sostiene que es necesario insistir en la obligación de presencia de los administradores, por lo que, en caso de inasistencia de estos últimos, entendiéndole preferible no celebrar la junta universal, sino que los socios se pongan de acuerdo respecto de la separación de los administradores o el ejercicio de la acción social de responsabilidad.

discrepancia respecto de la necesidad de asistencia de otras personas, que, por ley o por estatutos, tienen derecho de asistencia a junta y cuya presencia en ella se dirige a proteger sus propios intereses económicos o, en su caso, los de ciertas colectividades que representan –por ejemplo, el comisario del sindicato de obligacionistas, administradores concursales o personas interesadas en la buena marcha de los asuntos sociales como representantes de los trabajadores o de las autoridades públicas–. En efecto, mientras que un importante sector doctrinal entiende innecesaria la presencia del comisario del sindicato de obligacionistas y de todos los demás sujetos que tienen derecho a asistir a las juntas a la hora de la válida celebración de junta universal³¹, otro sector sostiene que esta última no puede celebrarse si aquellas personas no concurren a la reunión, aunque reconoce que su presencia podrá obviarse siempre que se pueda acreditar de modo fehaciente que se les convocó informalmente a la junta y que, por tanto, su inasistencia se debió a una decisión propia y no a la ignorancia de que estaba prevista la mencionada reunión³².

2.2.2. *La aceptación por unanimidad de la celebración de la junta*

El segundo requisito a cuyo cumplimiento condiciona el art. 178 LSC la validez de la junta universal es que los concurrentes acepten por unanimidad su celebración. Se trata, como acertadamente ha sido señalado, de evitar que una mera coincidencia de todos los legitimados en un mismo espacio geográfico y temporal para examinar ciertos asuntos determine inexorablemente su reunión en junta universal³³. De ahí que se exija una manifestación de voluntad indubitada sobre sus intenciones, es decir, su aceptación unánime de constituirse en junta. Y aun cuando en una primera aproximación puede parecer que este segundo requisito presenta menos problemas de naturaleza interpretativa que el primero, ello no es así, tal y como se confirmará en los siguientes párrafos. En efecto, es necesario determinar, por un lado, qué sujetos tienen que aceptar la celebración de la junta con carácter de universal y, por otro lado, el objeto de dicha aceptación, únicamente la celebración en sí o también el orden del día a tratar en la reunión.

El primer interrogante que se suscita es determinar qué debe entenderse por “concurrentes”; término utilizado por el texto legal y que resulta a todas luces relevante dado que son precisamente los concurrentes quienes tienen que cumplir el requisito que analizamos. Obsérvese que una interpretación li-

³¹ Ver URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M^a., *La Junta general...*, ob. cit., págs. 105 y 106; o GARCÍA-CRUCES, J. A., en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (directores), *Comentario de la Ley de Sociedades...*, Tomo I, 1^a ed., págs. 1292 y 1293.

³² En este sentido, FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., págs. 1344 y ss.

³³ Ver FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., pág. 1347.

teral de la expresión podría conducir al absurdo de entender que dicho requisito debe ser satisfecho no sólo por los accionistas, sino también por otras personas no accionistas que pueden o deben asistir/concurrir a junta –administradores, directores, gerentes o técnicos o el comisario de obligacionistas–. En buena lógica, por “concurrentes” debe entenderse exclusivamente aquellos sujetos que contribuyen a la formación de la voluntad social, por tanto, accionistas, representantes de accionistas o titulares del derecho de voto de acciones ajenas –casos de usufructo y de prenda de acciones–, de modo que los sujetos que pueden o deben asistir a la junta universal sin ostentar o ejercer la condición de socio no tienen que concurrir a la aceptación de su celebración³⁴. Sin embargo, no existe unanimidad doctrinal respecto de si dicha aceptación ha de emitirse por parte de todos los accionistas, tanto con voto como sin voto, o si se limita exclusivamente a los accionistas con voto. A favor de esta segunda opinión, se esgrime el argumento de que una eventual exigencia de consentimiento de los accionistas sin voto implicaría el otorgamiento a estos últimos de un derecho del que, por principio, carecen³⁵. Pero, como acertadamente ha sido sostenido³⁶, por un lado, la aceptación ex art. 178 LSC no es una manifestación del ejercicio del derecho de voto –del que efectivamente, aquellos carecen–, sino una expresión de su previa voluntad a celebrar junta, y, por otro lado, la alusión a los “concurrentes” debe ponerse en conexión con el requisito de la presencia de todo el capital social y no únicamente del capital social con derecho a voto.

Por otra parte, puede sorprender que la aceptación de la celebración de la junta haya de realizarse por “unanimidad”, frente a la regla general de mayorías utilizada en sede de sociedades anónimas. Pues bien, la unanimidad constituye el mecanismo para evitar problemas de desinformación e indefensión del socio disconforme con la celebración de la junta³⁷, de tal manera que el mencionado criterio garantiza que todos los accionistas conocen la celebración de la junta así como los asuntos a tratar en ella lo que, a su vez, constituye la finalidad última perseguida por los requisitos de convocatoria legal o estatutariamente exigidos. Pero, además, la unanimidad es un medio decisorio menos dificultoso en cuanto a su operatividad y comprobación práctica que el principio mayoritario, puesto que funciona de modo automático y es fácilmente constatable por todos, ya que decae desde el momento en que un solo

³⁴ En un sentido similar, FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., pág. 1347; y BOQUERA MATARREDONA, J., *La Junta General...*, 1ª ed., ob. cit., pág. 36.

³⁵ Así, DE ELÍAS-OSTUA RIPOLL, R., “La junta universal...”, ob. cit., págs. 194 y 196; y URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. Mª., *La Junta general...*, ob. cit., págs. 102 y 107, con la diferencia de que en este caso se rechaza igualmente que los accionistas sin voto tengan que cumplir el primero de los requisitos exigidos por el art. 99 LSA.

³⁶ Ver, por todos, FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., pág. 1348.

³⁷ Por todos, SÁNCHEZ LINDE, M., “El acuerdo unánime...”, ob. cit., págs. 10 y 11.

participante exprese su opinión contraria³⁸. Con todo, esta exigencia no implica que la misma haya de prestarse necesariamente de forma expresa, siempre, desde luego, que de las circunstancias del caso concreto se deduzca sin lugar a dudas la existencia de dicha aceptación³⁹. Así ocurrirá cuando al silencio se le pueda atribuir un valor positivo, como cuando nadie conteste a la pregunta de si alguien se opone a la celebración de junta universal o tiene algún inconveniente en celebrarla⁴⁰. E, igualmente, cuando se pruebe que el socio actuó como si estuviese reunido en junta universal –por ejemplo, mediante intervenciones, formulación de preguntas o votación de los asuntos–, es decir, adoptando una postura activa, ya que el ejercicio posterior de tales derechos sólo es posible en caso de estar reunidos en junta⁴¹. Como resultado, la junta universal quedará constituida de modo válido desde el momento en que se constate, directa o indirectamente, que no existe negativa alguna a la celebración de la misma por parte de ningún asistente.

Por lo demás, aún cuando el art. 178 LSC no alude al orden del día de la junta universal y, por tanto, tampoco exige expresamente que los socios se pronuncien al respecto, tanto doctrina como jurisprudencia entienden que la aceptación ha de recaer no sólo respecto de la celebración de la junta, sino también en relación con el orden del día de la misma⁴². Esta exigencia tiene

³⁸ Ver SÁNCHEZ LINDE, M., “El acuerdo unánime...”, ob. cit., págs. 11 y 12.

³⁹ En este sentido, las SSTs de 6 de marzo de 1999, Ref. Aranzadi nº 1361, y de 31 de mayo de 1999, Ref. Aranzadi nº 4282, admiten el consentimiento tácito.

⁴⁰ Así, URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M^a., *La Junta general...*, ob. cit., pág. 107; FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., pág. 1349, que cita las SSTs de 30 de mayo de 1975, Ref. Aranzadi nº 2240; y de 14 de febrero de 1989, Ref. Aranzadi nº 835; BOQUERA MATARREDONA, J., *La Junta General...*, 1^a ed., ob. cit., pág. 37; o SÁNCHEZ CALERO, F., *La Junta General...*, 1^a ed., ob. cit., pág. 167.

⁴¹ Tal y como sostiene FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., pág. 1348, que cita la STS de 29 de septiembre de 1971.

⁴² Así, URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M^a., *La Junta general...*, ob. cit., pág. 107; VICENT CHULIÁ, F., *Introducción...*, 22^a ed., ob. cit., pág. 541; OTERO LASTRES, J. M., “El requisito de la *aceptación unánime...*”, en *Estudios Sánchez Calero*, Volumen II, ob. cit., págs. 1233 y ss.; SÁNCHEZ LINDE, M., “El acuerdo unánime...”, ob. cit., págs. 28 y ss.; FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., pág. 1351; SÁNCHEZ CALERO, F., *La Junta General...*, 1^a ed., ob. cit., pág. 171; BOQUERA MATARREDONA, J., *La Junta General...*, 1^a ed., ob. cit., pág. 37; o GARCÍA-CRUCES, J. A., en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (directores), *Comentario de la Ley de Sociedades...*, Tomo I, 1^a ed., pág. 1294. Del mismo modo, ver SSTs de 30 de octubre de 1985, Ref. Aranzadi nº 5134; de 23 de diciembre de 1997, Ref. Aranzadi nº 9189; de 14 de marzo de 1998, Ref. Aranzadi nº 1488; de 18 de marzo de 2002, Ref. Aranzadi nº 2850; o de 18 de octubre de 2005, Ref. Aranzadi nº 7222.

En cambio, la controvertida STS de 31 de mayo de 1999, Ref. Aranzadi nº 4282, varía la interpretación apuntada y entiende que la aceptación unánime exigida por el art. 99 LSA se limita a la celebración de la junta y no a los asuntos a tratar en ella, de tal manera que la junta universal queda válidamente constituida desde el momento en el que asiste, presente o representado, todo el capital social se inician los debates para la confección del orden del día.

su razón de ser, por un lado, en que los socios normalmente se encuentran alejados de la gestión de los asuntos sociales, por lo que es necesario indicar expresamente los temas justificativos de la celebración de la junta, y, por otro lado, en que la unanimidad en el orden del día es consustancial a la justificación de esta modalidad de junta⁴³. De hecho, en la práctica, puede darse el supuesto de que los accionistas acepten por unanimidad la celebración de la junta, pero que discrepen de los asuntos a tratar en ella. En buena lógica, la existencia de unanimidad para la celebración de la junta no conlleva necesariamente la existencia de unanimidad en relación con los temas a debatir. Con todo, existe aceptación del orden del día tanto si éste se aprueba de forma directa, es decir, al aprobar un orden del día en el que existen varios puntos a tratar, como de forma indirecta, al aprobar la celebración de una junta en la que únicamente está previsto tratar una sola cuestión⁴⁴. A su vez, la falta de unanimidad respecto de algún punto concreto determina la exclusión del mismo del orden del día, pudiendo celebrarse junta universal respecto de las demás cuestiones sobre las que efectivamente ha recaído la aceptación unánime de los asistentes⁴⁵. Ahora bien, la aceptación por unanimidad del orden del día no implica que los accionistas deban encontrarse presentes a lo largo de toda la reunión, por lo que, en principio, la ausencia posterior de cualquiera de ellos no afecta a la validez de la junta ni de los correspondientes acuerdos, ya que estos últimos serán adoptados respetando el régimen de mayorías establecido legal o estatutariamente⁴⁶. La única excepción a esta regla general se produce en el supuesto excepcional de formación sucesiva del orden del día u orden del día “abierto” –admitido sin problemas por la doctrina–, en cuyo caso la aceptación unánime de los accionistas debe recaer sobre cada punto in-

⁴³ En este sentido, FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., pág. 1351.

⁴⁴ Tal y como sostiene FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., pág. 1351.

⁴⁵ Ver STS de 30 de octubre de 1985, Ref. Aranzadi nº 5134, y, en la doctrina, URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M^a., *La Junta general...*, ob. cit., pág. 107; DE ELÍAS-OSTUA RIPOLL, R., “La junta universal...”, ob. cit., pág. 196; y LÓPEZ CERECEDA, E., “Comentario a la Sentencia...”, ob. cit., pág. 3044. No así para OTERO LASTRES, J. M., “El requisito de la *aceptación unánime*...”, en *Estudios Sánchez Calero*, Volumen II, ob. cit., pág. 1244, que sostiene que la oposición de un socio a que se incluya determinado asunto en el orden del día implica que no se ha logrado la aceptación unánime de los asistentes, por lo que la Junta universal no se puede celebrar.

⁴⁶ Así, GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid, 1952, pág. 274; RUBIO, J., *Curso de Derecho...*, 2^a ed., ob. cit., pág. 193; URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M^a., *La Junta general...*, ob. cit., pág. 108; DE ELÍAS-OSTUA RIPOLL, R., “La junta universal...”, ob. cit., pág. 196; y VICENT CHULIÁ, F., *Introducción...*, 22^a ed., ob. cit., pág. 541, que cita la STS de 31 de mayo de 1999, Ref. Aranzadi 4282.

dividual del orden del día a medida que la junta va avanzando⁴⁷, lo que, a su vez, impide un eventual abandono de cualquiera de aquellos una vez iniciada la celebración de la junta universal. Evidentemente, idéntica solución ha de adoptarse en el supuesto de prórroga de la junta durante dos o más días consecutivos, en cuyo caso la exigencia de unanimidad habrá de quedar satisfecha inicialmente⁴⁸.

3. LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

3.1. Fundamento

Analizados brevemente los requisitos exigidos legalmente para la válida celebración de junta con carácter de universal, resulta necesario pronunciarse acerca de las consecuencias de su incumplimiento. En buena lógica, la sumisión al voto de la mayoría nunca puede ser incondicional, sino que solamente debe predicarse respecto de acuerdos válidos e inatacables. De ahí que la impugnación de acuerdos sociales constituya uno de los mecanismos de que pueden servirse las minorías para su defensa frente al abuso de poder de la mayoría, aunque también puede ser utilizado de forma torticera, dificultando el correcto funcionamiento de la sociedad. En cualquier caso, toda impugnación de acuerdos sociales conlleva una situación de incertidumbre, la cual se acentúa, a nuestro juicio, en el marco del Derecho de sociedades español debido a distintos factores, tales como la excesiva duración de estos procesos, la mejorable redacción de la LSC y las criticables interpretaciones que ha realizado el TS acerca de aspectos puntuales de dicha regulación. Con todo, no podemos olvidar que, en la actualidad, no existe duda alguna acerca de la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales. Así, gradualmente se ha ido abriendo camino la opinión doctrinal favorable a su admisión, la cual fue acogida en la STS de 18 de abril de 1998⁴⁹, y ha quedado definitivamente confirmada en la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de Reforma de la Ley 60/2003, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado⁵⁰.

⁴⁷ Ver URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M^a., *La Junta general...*, ob. cit., págs. 107 y 108; DE ELÍAS-OSTUA RIPOLL, R., “La junta universal...”, ob. cit., pág. 196; FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., págs. 1352 y 1353; o BOQUERA MATARREDONA, J., *La Junta General...*, 1^a ed., ob. cit., págs. 38 y 39.

⁴⁸ Ver URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M^a., *La Junta general...*, ob. cit., pág. 108; DE ELÍAS-OSTUA RIPOLL, R., “La junta universal...”, ob. cit., pág. 196; y BOQUERA MATARREDONA, J., *La Junta General...*, 1^a ed., ob. cit., pág. 39.

⁴⁹ Ver STS de 18 de abril de 1998, Ref. Aranzadi n^o 2984.

⁵⁰ Ver Ley 11/2011, de 20 de mayo, de Reforma de la Ley 60/2003, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, *Boletín Oficial del Estado*, 21 de mayo de 2011, n^o 121, pág. 50797.

Según el artículo 204.1 LSA, “(S)on impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros”. Como resultado, la impugnabilidad de un acuerdo social puede tener su origen en una contravención de la ley o de los estatutos o en una lesión de los intereses de la sociedad, en beneficio de uno o varios socios o de terceros. Esta declaración inicial queda completada en el párrafo segundo del mismo precepto, en donde se señala que “(S)erán nulos los acuerdos contrarios a la ley”, mientras que “(L)os demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables”. Como consecuencia, mientras que los acuerdos contrarios a la ley son nulos, los acuerdos opuestos a los estatutos y los que lesionan los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros son anulables. A su vez, la doctrina mayoritariamente ha entendido que deben calificarse como nulos todos aquellos acuerdos sociales que contravienen cualquier clase de disposición legal, incluidas las reglamentarias, siempre que sean imperativas o prohibitivas⁵¹.

Aun cuando una enumeración de todos y cada uno de los supuestos de acuerdos nulos resultaría siempre incompleta, es posible determinar las grandes categorías de infracciones legales que conducen a la nulidad de un acuerdo social. En primer lugar, la validez de cualquier acuerdo implica el cumplimiento previo de los requisitos formales que la LSC exige para la constitución y el funcionamiento regular de la junta general. De ahí que todo acuerdo social adoptado en una junta general que no pueda calificarse como válida por incumplir los requisitos previstos a tal efecto por la LSC sea nulo⁵². En se-

⁵¹ Por todos, GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades...*, ob. cit., pág. 319; BERCOVITZ, A., “Los acuerdos impugnables en la sociedad anónima”, en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 384; JIMÉNEZ DE PARGA, R., “La impugnación de acuerdos sociales”, en *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*, 1ª ed., Editorial Civitas-Fundación Manuel Broseta, Madrid, 1995, pág. 322; SÁNCHEZ CALERO, F., *La Junta General...*, 1ª ed., ob. cit., págs. 365 y 366; y VICENT CHULIÁ, F., *Introducción...*, 22ª ed., ob. cit., pág. 564.

⁵² Como resultado, adolecen de nulidad los acuerdos sociales tomados en: i) junta sin convocatoria; ii) junta no convocada por los administradores de la sociedad o, en su caso, por el consejo de administración, o convocada defectuosamente por los administradores o por el consejo de administración o convocada exclusivamente por el presidente del consejo y no por el propio consejo de administración; iii) junta no convocada respetando los requisitos formales establecidos en la Ley; iv) junta celebrada con carácter de universal sin estar presente todo el capital social o sin haber existido unanimidad en los socios para su celebración; v) junta constituida sin respetar los quórums de constitución requeridos legalmente o los requisitos exigidos para la modificación de estatutos; vi) junta celebrada en localidad distinta de aquella en la que la sociedad tiene su domicilio social; vii) junta celebrada sin formar la lista de asistentes; y viii) junta en la que se ha privado a algún socio de modo ilegítimo del derecho de información en sus distintas manifestaciones, del derecho de asistencia, del derecho de voz o del derecho de voto.

gundo lugar, la nulidad de un acuerdo social puede tener su origen en la imposibilidad de formación de la voluntad colectiva, es decir, la junta se ha constituido y celebrado válidamente, aunque el acuerdo se ha adoptado sin respetar la mayoría de votos exigida legalmente, bien con carácter general, bien para supuestos especiales, o el acuerdo se ha adoptado de un modo decisivo con votos afectados por algún vicio que los invalida. Y, en tercer lugar, son asimismo nulos los acuerdos sociales con un contenido vulnerador de disposiciones legales –no sólo, recuérdese de la LSC, sino del Derecho de sociedades y, en general, del ordenamiento jurídico–; categoría en la que quedarían incluidos, entre otros, los acuerdos contrarios a la ley, la moral y el orden público –art. 1255 CC– o los acuerdos que infringen los derechos que la LSC reconoce a todo socio.

3.2. La impugnación de acuerdos sociales contrarios al orden público

Es en el art. 205 LSC en donde se regulan los plazos para el ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos sociales, los cuales, lógicamente, dependen de la naturaleza de la concreta pretensión, ya sea de nulidad o de anulabilidad. De este modo, mientras que la acción de nulidad caduca en el plazo de un año, con la única excepción de los acuerdos contrarios al orden público que no caducan –art. 205.1 LSC–, la acción de anulabilidad caduca a los cuarenta días –art. 205.2 LSC–. Por tanto, en materia de acuerdos sociales, la acción de nulidad caduca al igual que la acción de anulabilidad, con la única diferencia de que el plazo de caducidad es menor en este último supuesto –un año frente a cuarenta días–. De ahí que una vez transcurrido el plazo señalado de un año o de cuarenta días, tanto los acuerdos sociales nulos como los acuerdos sociales anulables devienen inimpugnables. La única excepción a la regla del sometimiento de la acción impugnatoria de los acuerdos nulos al plazo de caducidad de un año está constituida por “...los acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público” –art. 205.1 LSC–. Como consecuencia, los acuerdos sociales que violan el orden público pueden ser impugnados siempre, en la medida en que no quedan sometidos al plazo de caducidad de un año, propio de los acuerdos nulos⁵³.

Obsérvese que la LSC se sirve de las categorías de la nulidad y la anulabilidad de la teoría general de los actos y negocios jurídicos, pero contiene un régimen específico de impugnación que supone, en líneas generales, la inaplicación de la disciplina sobre nulidad y anulabilidad de los actos y nego-

⁵³ De hecho, la mejor doctrina ha sostenido que esta excepción a la regla general responde a su fundamento en los principios generales del derecho, por lo que, aunque no se formulara de modo expreso, habría de tenerse por existente –ver URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M^a., *La Junta general...*, ob. cit., pág. 325–.

cios jurídicos a los acuerdos de la junta general⁵⁴. En efecto, el legislador introdujo con ocasión de la elaboración de la LSA 1989 ciertas particularidades en aspectos jurídico-procesales en relación con el régimen previsto para la nulidad de actos y negocios jurídicos⁵⁵, excepción que parece estar inspirada, aunque no con una fidelidad absoluta, en el § 241-3 de la Ley alemana de sociedades por acciones de 1965⁵⁶. En este sentido, el art. 204 LSC reitera las causas de nulidad de los actos y negocios jurídicos previstas en el Derecho común –art. 6.3 CC–, ya que define como acuerdos sociales nulos los contrarios a la ley⁵⁷. Sin embargo, el art. 205 LSC diferencia dos supuestos dis-

⁵⁴ Circunstancia que fue objeto de importantes críticas. Ver, por todos, DE CASTRO MARTÍN, J. L., “La reafirmación de la voluntad social (delimitación del supuesto de hecho del art. 115.3 LSA)”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo II, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1996, págs. 1604 y 1605.

⁵⁵ Como es conocido, los civilistas atribuyen una serie de características a la nulidad absoluta o de pleno derecho –por todos, DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, reimpresión, Civitas, Madrid, 1991–. Así, la misma no necesita declaración judicial, ni previa impugnación del contrato, puesto que opera *ipso iure* o de pleno derecho; si bien puede resultar útil solicitar la intervención judicial ante la resistencia de quien sostenga la validez, cuando haya surgido cierta apariencia negocial, aunque se entiende que tanto las acciones como la sentencia judicial tienen carácter meramente declarativo. Del mismo modo, cualquier persona con interés legítimo puede instar la nulidad, reconociéndose, como consecuencia, una legitimación general para el ejercicio de la correspondiente acción. Por otra parte, conforme al aforismo *quod nullum est, nullum producit effectum*, el contrato nulo no produce efecto alguno, por lo que los desplazamientos patrimoniales realizados de acuerdo con el contrato nulo han de deshacerse, volviendo las cosas a la situación que tendrían si el contrato no se hubiera celebrado nunca. Además, la nulidad es definitiva, de modo que el transcurso del tiempo no la sana –*quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*–, es decir, la acción para hacerla valer puede ejercitarse en cualquier tiempo, sin que prescriba ni caduque. Igualmente, no es posible la confirmación ni ninguna forma de convalidación o subsanación por voluntad de las partes.

⁵⁶ Tal y como indica ROJO, A., en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (directores), *Comentario de la Ley de Sociedades...*, Tomo I, 1ª ed., ob. cit., pág. 1447.

⁵⁷ Por el contrario, en materia de anulabilidad de acuerdos sociales, la LSC no reitera las causas de anulabilidad de los actos y negocios jurídicos, sino que establece unas causas de anulabilidad específicas de los acuerdos de la junta general. En este sentido, la singularidad de tales acuerdos como negocio jurídico en relación con los negocios de cambio justifica la inaplicación de las causas de anulabilidad propias del Derecho común y, consiguientemente, una especificación por parte del legislador. Recuérdese que, según el art. 1301 CC, las causas de anulabilidad de los contratos son la incapacidad de una de las partes y los vicios del consentimiento –error, violencia o engaño–. En cambio, atendiendo al art. 204 LSC, son anulables los acuerdos sociales que se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad. Por lo demás, el régimen de anulabilidad de acuerdos sociales contenido en la LSC mantiene alguna de las características de esta categoría jurídica, como la legitimación tasada o la prescriptibilidad de la acción de impugnación y, en consecuencia, la sanación por el paso del tiempo. En efecto, el art. 206.2 LSC reconoce legitimación para la impugnación de acuerdos anulables a los accionistas asistentes a junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes, los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto y los administradores. Por su parte, frente

tintos de nulidad: la nulidad por infracción de ley y la nulidad por contravención al orden público; diferenciación que, por su parte, conlleva distinto plazo para el ejercicio de la acción de impugnación, ya que, mientras que, en el primer supuesto, la acción caduca en el plazo de un año, en el segundo supuesto, la acción no caduca. Tanto para uno como para otro caso, el art. 206 LSC reconoce legitimación para ejercer la impugnación a todos los accionistas, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo. Por tanto, la fijación de un plazo específico de un año para el ejercicio de la acción de impugnación conlleva la inaplicación del principio de imprescriptibilidad de la acción de nulidad del régimen general de los actos y negocios jurídicos, aunque este principio es de aplicación a los acuerdos que, por su causa o contenido, resulten contrarios al orden público, así como la sanación de aquellos acuerdos por el mero transcurso del mencionado plazo. A ello se ha de sumar que, aunque la LSC mantiene para el ejercicio de la acción de impugnación el principio de legitimación general a favor de toda persona que pruebe un interés legítimo, tal acreditación únicamente se exige en el supuesto de que sea un tercero quien ejercite la acción y no si la ejercitan los accionistas o los administradores, a los cuales se les presume tal interés debido a la posición que ocupan en la sociedad.

Evidentemente, el problema ulterior que se plantea es qué ha de entenderse por orden público o, siguiendo la terminología legal, cuándo un acuerdo social resulta contrario al orden público. Al respecto, la LSC se limita a indicar que la oposición del acuerdo social al orden público puede ser "...por su causa o contenido...". Por su parte, en las escasas ocasiones en que se ha pronunciado el Tribunal Supremo sobre esta cuestión subraya la dificultad que conlleva definir qué debe entenderse por orden público a efectos de evitar el plazo de caducidad a que se refiere el art. 205 LSC –antiguo art. 116 LSA⁵⁸. A la parquedad con que se pronuncia la Ley se suma el riesgo, claramente real, de abuso en la vida práctica de la excepción de orden público, mediante la alegación de que la acción se encuentra viva porque el acuerdo es calificado como contrario al orden público sin una fundamentación razonable⁵⁹. De ahí que sean los intérpretes y, en último término, los tribunales de justicia quie-

al plazo de cuatro años previsto en el art. 1301 CC, el art. 205.2 LSC señala un plazo de cuarenta días para ejercitar la acción de impugnación de acuerdos anulables, que se computa desde la fecha de adopción del acuerdo y, si es inscribible, desde la fecha de su publicación en el BORME –art. 205.3 LSC–, transcurrido el cual aquéllos no pueden ser combatidos.

⁵⁸ Ver STS de 28 de noviembre de 2005, Ref. Aranzadi nº 1233, a la que sigue la STS de 19 de julio de 2007, Ref. Aranzadi nº 5092.

⁵⁹ Al que se refieren URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M^a., *La Junta general...*, ob. cit., págs. 325 y 326.

Como confirmación de esta afirmación, véase nota nº 2 con ulteriores referencias jurisprudenciales.

nes hayan de solventar dicho interrogante⁶⁰. Obviamente, se trata de una tarea problemática, puesto que el orden público tiene un contenido dinámico, por lo que es susceptible de actualización conforme a los criterios que en cada momento rigen en dicha sociedad o grupo social⁶¹. O, como también ha sido sostenido, el orden público es un “concepto válvula”, cuya utilidad radica precisamente en su propia indeterminación⁶². En buena lógica, el Alto Tribunal ha sostenido que dicho concepto debe ser aprehendido en sentido restrictivo, al constituir una excepción a la regla de caducidad de las acciones, ya que “...podría suceder que un concepto lato generara tal ampliación de las posibilidades de impugnación que bien pudiera destruirse la regla de la caducidad de la acción de impugnación, sin duda establecida en seguridad del tráfico”⁶³.

Con todo, no podemos olvidar que el orden público opera como categoría delimitadora de la autonomía privada, tal y como queda confirmado en el art. 1.3 CC, en tanto límite a la fuerza normativa de la costumbre, en el art. 6.2 CC, como límite a la posibilidad de exclusión de la ley aplicable y a la renuncia de los derechos en ella reconocidos, en el art. 594 CC, en relación con la constitución de servidumbres voluntarias, y en el art. 1255 CC, al establecer los límites de la libertad contractual. En este sentido, la mejor doctrina civilista identifica el orden público con los principios o directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas, sea los que atribuyen primacía a una norma respecto de otra, sea los que inspiran el sentido cambiante de cada institución dentro del movimiento de ideas rectoras del sistema jurídico⁶⁴.

⁶⁰ Como apunta DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., *La noción de orden público en el Derecho civil español*, EUNSA, Pamplona, 1967, pág. 46, “(P)or este ajuste a la vida, la noción de orden público se refleja mejor en la jurisprudencia que en la determinación legal...Pero tampoco el orden público es sólo una noción jurisprudencial –por eso no es exacta la denominación orden público judicial–, como tampoco es solamente una noción legal, aunque cobre relieve de modo más ostensible a la hora de la aplicación de las leyes, en el plano de la realidad jurídica; en esa medida, el papel de la jurisprudencia es relevante y dicha concreción jurisprudencial resulta inexcusable para comprender en todo su alcance el desenvolvimiento del orden público en cada ordenamiento jurídico”.

⁶¹ En este sentido, DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., *La noción de orden público...*, ob. cit., pág. 49.

⁶² Nos servimos de la expresión que utiliza GORDILLO CAÑAS, A., voz “Orden Público”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Volumen III, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1995.

⁶³ Así, STS de 28 de noviembre de 2005, Ref. Aranzadi nº 1233, a la que sigue la STS de 19 de julio de 2007, Ref. Aranzadi nº 5092.

⁶⁴ Así, DE CASTRO Y BRAVO, F., “Notas a las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pág. 1034.

Por lo demás, para un análisis detallado de la noción de orden público, ver DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., *La noción de orden público...*, ob. cit., en particular, págs. 47 y 48, en donde diferencia un significado amplio, que entiende insuficiente –normas no derogables por la autonomía privada– y un significado estricto de la noción de orden público –conjunto de principios que se consideran parte esencial del bien común, integrante de toda la sociedad o de un grupo social, es decir, aquellos principios esenciales a la vida social en su conjunto–.

o, sirviéndose de otra expresión, con la organización general de la comunidad o sus principios fundamentales y rectores⁶⁵. De ahí que aquella sostenga que pertenecen al orden público las materias situadas dentro del orden constitucional, como por ejemplo la dignidad de la persona, sus libertades básicas, su derecho a la igualdad y a la no discriminación⁶⁶.

3.3. En particular, el incumplimiento del requisito de la presencia de la totalidad del Capital Social en tanto supuesto de vulneración del orden público

Ahora bien, el traslado de la noción de orden público al ámbito de las sociedades de capital debe ser objeto de algunas matizaciones. En este sentido, la doctrina que recientemente se ha pronunciado al respecto ha destacado de forma muy gráfica que “en la Ley de Sociedades de Capital, el concepto de orden público es en parte más restringido y en parte más amplio”, que aquel que postula su identificación con el conjunto de principios básicos en que se fundamenta la organización política y administrativa del Estado y la tutela de los derechos y libertades esenciales de los ciudadanos⁶⁷. En efecto, es más restringido puesto que, en las sociedades de capital, en tanto organizaciones privadas que son, se admiten discriminaciones basadas en razones objetivas

⁶⁵ Ver DÍEZ-PICAZO, L., “Comentario al art. 1255 CC”, en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pág. 432.

⁶⁶ Así, DÍEZ-PICAZO, L., “Comentario al art. 1255 CC”, en *Comentario del Código...*, Tomo II, 2ª ed., pág. 432; y en la doctrina mercantilista, BERCOVITZ, A., “Los acuerdos impugnables...”, en *Estudios Broseta*, Tomo I, ob. cit., pág. 389. Ver, igualmente, STC 43/1986, de 15 de abril de 1986, en donde se señala que “Este concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978. Aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan una vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del art. 24 CE”.

De hecho, la STS de 11 de abril de 2003, Ref. Aranzadi nº 3269 –al analizar si un acuerdo de exigencia de responsabilidad al administrador de una sociedad se ha adoptado con arreglo al quórum legal y si ello puede considerarse como materia de orden público– adopta un concepto de “orden público” similar al arriba indicado, ya que recoge la doctrina contenida en las STS de 5 de abril de 1966 y de 31 de diciembre de 1979, indicando que el orden público nacional está integrado por “aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada”.

⁶⁷ Tal y como señala ROJO, A., en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (coordinadores), *Comentario de la Ley de Sociedades...*, Tomo I, ob. cit., pág. 1449.

que chocan con el principio constitucional de igualdad⁶⁸ —piénsese en la exigencia estatutaria de determinadas condiciones para acceder al cargo de administrador de la sociedad o en el contenido de ciertas cláusulas de determinación de requisitos del adquirente en tanto modalidad de restricción estatutaria a la libre transmisibilidad de las acciones—. Al mismo tiempo, es un concepto más amplio, ya que en él se incluyen aquellos acuerdos sociales que vulneran los principios configuradores del tipo social —art. 28 LSC—⁶⁹.

A su vez, en la delimitación del concepto de orden público en el ámbito específico de la impugnación de acuerdos sociales, el Tribunal Supremo ha sostenido que el mencionado concepto “...generalmente se aplica a acuerdos, convenios o negocios que suponen un ataque a la protección de los accionistas ausentes, a los accionistas minoritarios e incluso a terceros, pero siempre con una finalidad de privarles de la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 CE”⁷⁰. Esta doctrina es recogida posteriormente en la STS de 4 de marzo de 2002⁷¹, la cual añade que “el concepto de orden público se sustenta especialmente en los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los principios básicos del orden social en su vertiente económica, ya que de sociedades se trata”; e, igualmente, en la STS de 26 de septiembre de 2006⁷², que concluye que “...de aquí que deba considerarse como contrario al orden público un acuerdo que vulnere de algún modo normas imperativas que afecten a la esencia del sistema societario, así como normas relativas a derechos fundamentales”. En un sentido similar, la STS de 21 de febrero de 2006 declara que “el término orden público se utiliza para designar un conjunto de principios o directivas que, por contener los fundamentos jurídicos de la organización social, reflejan los valores que informan cada una de las instituciones contempladas en el ordenamiento”⁷³. Con una mayor concreción, las sentencias de fecha 28 de noviembre de 2005 y de 19 de julio de 2007 iden-

⁶⁸ Ver ROJO, A., en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (coordinadores), *Comentario de la Ley de Sociedades...*, Tomo I, ob. cit., pág. 1450, que pone como ejemplos la sociedad anónima dedicada a la comercialización de productos para la mujer y en la que sería perfectamente admisible exigir la condición femenina para poder acceder al órgano de administración o la sociedad de responsabilidad limitada que tuviera como objeto la edición de publicaciones sobre el Islam y en la que se exigiera la condición de musulmán para participar en el órgano de administración.

⁶⁹ Como sostiene la mayor parte de la doctrina mercantil —así, URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M.^a, *La Junta general...*, ob. cit., pág. 326; EMBID IRUJO, J. M., voz “Impugnación de acuerdos sociales”, en *Enciclopedia Jurídica...*, Tomo II, 1^a ed., ob. cit.; SÁNCHEZ CALERO, F., *La Junta General...*, 1^a ed., ob. cit., pág. 369; VICENT CHULLA, F., *Introducción...*, 22^a ed., ob. cit., pág. 564; y ROJO, A., en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (coordinadores), *Comentario de la Ley de Sociedades...*, Tomo I, ob. cit., pág. 1450.

⁷⁰ Ver STS de 18 de mayo de 2000; Ref. Aranzadi n^o 3934.

⁷¹ Ver STS de 4 de marzo de 2002, Ref. Aranzadi n^o 2421.

⁷² Ver STS de 26 de septiembre de 2006, Ref. Aranzadi n^o 7477.

⁷³ Ver STS de 21 de febrero de 2006, Ref. Aranzadi n^o 827.

tifican orden público con los principios configuradores de la sociedad y con la protección de accionistas ausentes o minoritarios⁷⁴.

En efecto, los principios configuradores a que se refiere el art. 28 LSC constituyen uno de los límites a la autonomía de la voluntad de los socios fundadores en sede de escritura social. Téngase en cuenta que, aunque formalmente el legislador alude a los principios configuradores en la regulación de la constitución de la sociedad, no existe razón alguna para no entender que aquéllos han de ser igualmente aplicados a lo largo de toda la vida de la sociedad, cuando se modifican los estatutos o, como es nuestro caso, cuando actúan los órganos sociales en el ejercicio de sus competencias. Es más, en la práctica, resultaría inoperante la exigencia de cautelas en el momento fundacional si, posteriormente, aquéllas pudieran burlarse mediante una modificación de estatutos o mediante la adopción de decisiones por parte de los órganos sociales⁷⁵. De ahí que no quepa duda alguna de que los principios configuradores de la sociedad anónima deban ser utilizados para determinar la invalidez de los acuerdos adoptados por la junta general⁷⁶. Por lo demás, resulta imposible fijar una regla general a modo de contraste en la determinación y cualificación de todos y cada uno de los supuestos conflictivos que se pueden dar en la práctica, de tal manera que serán las circunstancias del supuesto de hecho concreto las que determinarán la calificación de un acuerdo social como contrario al orden público o no⁷⁷. Sin embargo, con base en observaciones anteriores, podemos afirmar, sin ánimo de exhaustividad, que un acuerdo social resultará contrario al orden público si choca con la finalidad lucrativa de la sociedad, el principio y deber de capitalización adecuada, el principio de separación de competencias y funciones entre los órganos sociales, el principio democrático o de mayoría en los órganos sociales colectivos y en la adopción de acuerdos por los socios, el principio de que quien ostenta poder de decisión debe responder, el principio o deber de fidelidad o lealtad entre los

⁷⁴ Ver STS de 28 de noviembre de 2005, Ref. Aranzadi n° 1233; y STS de 19 de julio de 2007, Ref. Aranzadi n° 5092.

⁷⁵ Adoptan una orientación similar, DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, en *Derecho de Sociedades Anónimas*, Tomo I, *La Fundación*, 1ª ed., Facultad de Derecho de Albacete, Editorial Civitas, Madrid, 1991, págs. 106 y 107, y VELASCO SAN PEDRO, L. A., “Acciones propias e igualdad de los accionistas (cuestiones de Derecho de sociedades y de Derecho del mercado de valores)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n° 2, 1994, pág. 20.

⁷⁶ Precisamente DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “Escritura, estatutos y límites...”, en *Derecho de Sociedades Anónimas...*, Tomo I, 1ª ed., ob. cit., págs. 96 y 107, recuerda que el ordenamiento alemán se sirve de criterios análogos a los principios configuradores, en concreto la esencia de la sociedad anónima –*die Wesen der Aktiengesellschaft*– y las buenas costumbres –*die guten Sitten*– para valorar la licitud de los acuerdos sociales.

⁷⁷ Así, URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M^a., *La Junta general...*, ob. cit., págs. 326 y 327.

socios, el principio de igualdad de trato para todos los socios, el principio de conservación de la empresa, el principio de administración de un patrimonio dinámico o el principio de libre transmisibilidad de las acciones.

Ahora bien, como hemos avanzado, el concepto de orden público en el ámbito societario no comprende única y exclusivamente los principios configuradores de la sociedad anónima. Por contra, en este contexto, la noción de orden público incluye también el orden público general u orden público que tiene su origen en otros principios generales extracorporativos y que igualmente habrá de ser respetado⁷⁸. Recuérdese que según la redacción del art. 205 LSC, los acuerdos sociales pueden resultar contrarios al orden público "...por su causa o contenido", es decir, la contrariedad al orden público puede tener su origen en el objeto mismo del acuerdo, pero también en el fundamento, motivo, razón o fin perseguido mediante el mismo. Y precisamente esta última circunstancia permite valorar el propósito práctico perseguido mediante la adopción del acuerdo. En el supuesto que nos ocupa resulta trascendente que las juntas se celebraron con la presencia de dos de los socios de la mercantil y la ausencia de otros dos socios, a pesar de lo cual los socios presentes fingieron o representaron su reunión con el carácter de universal. Es decir, parte de los socios crearon la apariencia de una junta universal, la cual no se ajustaba a la realidad, puesto que no había estado presente –o, en su caso, representado– todo el capital social. Dicha apariencia quedó reflejada en el acta de la junta, en relación con cuyo contenido el art. 97.4 RRM exige, para el supuesto específico de junta universal, que, a continuación de la fecha y lugar y del orden del día, se haga constar el nombre de los asistentes, que debe ir seguido de la firma de cada uno de ellos⁷⁹. Esta exigencia queda completada en el art. 112.3.2 RRM, que señala para el supuesto de certificación por extracto y si los acuerdos tienen que inscribirse en el Registro Mercantil, que es suficiente con consignar el carácter de universal de la junta y que en el acta figure el nombre y la firma de los asistentes que sean socios o representantes de éstos. Como resultado, se trata de un supuesto claro de simulación, que, evidentemente, choca de raíz con el concepto de orden público. Tal y como

⁷⁸ Así parecen entenderlo URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M^a., *La Junta general...*, ob. cit., pág. 327; o VICENT CHULIÁ, F., *Introducción...*, 22^a ed., ob. cit., pág. 564.

⁷⁹ Sin embargo, cierto sector doctrinal entiende que dicha norma reglamentaria debe considerarse nula, por carecer de norma de remisión de rango legal y permitir que un socio discolo paralice la ejecución del acuerdo una vez adoptado –así, VICENT CHULIÁ, F., *Introducción...*, 22^a ed., ob. cit., pág. 541; en contra, FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente...”, ob. cit., pág. 1350, nota n^o 127–. Ahora bien, tanto el TS como la DGRN entienden que la omisión de la firma de alguno de los socios constituye un mero defecto en el modo de documentar los acuerdos, que no afecta a su validez –ver SSTS de 29 de diciembre de 1999, Ref. Aranzadi n^o 9619; y de 18 de marzo de 2002, Ref. Aranzadi n^o 2850; y RDGRN de 17 de febrero de 1992. Ref. Aranzadi n^o 1531–.

ya señaló el TS en sentencia de 30 de mayo de 2007⁸⁰, a la que sigue la sentencia que analizamos, “no puede entenderse que el orden público resulte indenne a actos falsarios que, además, vulneran frontalmente el nivel participativo de los socios allí donde es conceptual y legalmente indispensable”.

4. CONCLUSIONES

La posibilidad de celebrar junta universal constituye una opción adecuada en el marco de sociedades cerradas, con un número reducido de socios, que, además, deben estar bien avenidos. Precisamente, el distanciamiento entre los socios o los cambios en las relaciones personales conducen a situaciones de litigiosidad en el marco de la celebración de juntas que hasta dicha fecha se habían celebrado sin problemas con carácter de universal, con independencia de que se cumplieran escrupulosamente o no los requisitos exigidos a tal efecto.

Entre las ventajas que presenta la celebración de junta universal destacan el ahorro en tiempo y en dinero que conlleva no tener que realizar una convocatoria siguiendo las prescripciones de la LSC o la posibilidad de utilizarla como remedio de defectos formales cometidos en convocatorias realizadas conforme a la LSC o en tanto mecanismo de elusión de ciertas normas calificables de “incómodas” para un funcionamiento más ágil o flexible de la sociedad. La reforma introducida en la LSC en materia de convocatoria de junta –que, en último término y siempre que así se prevea en los estatutos sociales, permite que la convocatoria se realice mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad o por cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción del mismo por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad– cuestiona la ventaja que presenta la junta universal en materia de ahorro de costes económicos. Como puede observarse, dicha reforma conlleva un importante ahorro económico para las sociedades de capital, aunque los requisitos fijados en la LSC en materia de contenido y plazo previo de convocatoria –arts. 174 y 176 LSC–, así como respecto del lugar de celebración de la junta –art. 175 LSC–, habrán de ser necesariamente respetados; obligatoriedad de la que se exime en caso de que la junta sea celebrada como universal.

La parquedad con la que se pronuncia la LSC en relación con el concepto de orden público en el ámbito de la impugnación de acuerdos sociales ha obligado a la doctrina y a los tribunales de justicia a delimitar dicho concepto. Se trata de una tarea delicada, ya que el orden público se caracteriza por su in-

⁸⁰ Ver STS de 30 de mayo de 2007, Ref. Aranzadi nº 3608.

determinación, así como por su contenido dinámico. A estas características inherentes a dicho concepto, se ha de sumar el riesgo existente en la vida práctica de calificar un acuerdo como contrario al orden público sin una justificación razonable para, de este modo, mantener viva la acción de impugnación, tal y como queda confirmado en distintas sentencias del Tribunal Supremo. En consecuencia, resulta obligada una interpretación del orden público en sentido estricto, ya que, en caso contrario, se altera la regla de caducidad de la acción de impugnación de acuerdos nulos, establecida en aras de la seguridad del tráfico. En esta construcción, tanto doctrina como jurisprudencia coinciden en sostener que el concepto de orden público en el ámbito societario debe ser identificado con los principios configuradores del tipo social –en tanto esencia que son del sistema societario–, pero también con el orden público general u orden público que tiene su origen en otros principios generales extracorporativos.

El incumplimiento de los requisitos exigidos por la LSC para la válida celebración de una junta con carácter de universal conduce a la nulidad de los acuerdos adoptados en ella al ser acuerdos contrarios a la ley. En particular, el Tribunal Supremo ha considerado que los acuerdos sociales adoptados en juntas celebradas con carácter de universal, pero en las que no había estado presente o representado todo el capital social debían ser considerados como acuerdos contrarios al orden público. En efecto, en tales casos, parte de los socios han creado la apariencia de una junta universal, que, evidentemente, no se ajustaba a la realidad, puesto que no había estado presente –o, en su caso, representado– todo el capital social; apariencia que se extiende al acta de la junta y, en su caso, a la certificación por extracto para la inscripción de los acuerdos en el Registro Mercantil. Es decir, se trata de un supuesto de falsedad o de simulación, que choca con el concepto de orden público. Cuestión distinta es que resulte sorprendente el tiempo transcurrido entre la celebración de la primera junta universal cuyos acuerdos son impugnados y la presentación de la demanda: prácticamente once años.