VNIVERSITAT DE VALÈNCIA

Facultat de Dret

DOCTORADO EN DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y CRIMINOLOGÍA.

TESIS DOCTORAL

LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES DE SOCIEDADES DE CAPITAL EN DERECHO ESPAÑOL Y COLOMBIANO: ESPECIAL REFERENCIA AL ABUSO DE LAS MAYORÍAS QUE LESIONA EL INTERÉS SOCIAL.

Presentada por:

MARÍA FERNANDA GUTIÉRREZ JÁCOME

Dirigida por:

Dra. CARMEN ESTEVAN DE QUESADA

Catedrática Universidad de Valencia

Departamento de Derecho Mercantil

Abril de 2023

AGRADECIMIENTOS.

El presente trabajo no es solo fruto de un esfuerzo individual, sino de un apoyo incondicional que he recibido de diversas personas a lo largo de este camino a las que quisiera agradecer especialmente:

A mis hijos, Antonella y José María, que desde que estaban en el vientre me han acompañado en el desarrollo de esta investigación y han esperado con paciencia y sacrificio a su culminación.

A mi marido, que no me dejó desfallecer en los momentos más oscuros y me apoyó siempre pacientemente.

A mi madre que siempre ha creído en mí y me ha acompañado en el cumplimiento de todos mis objetivos.

Y cómo no, a mi tutora y directora, Carmen que con gran paciencia, sabiduría y destreza supo guiarme y mostrarme el camino para conseguirlo.

TABLA DE CONTENIDO

ABREVIATURAS UTILIZADAS 7

INTRODUCCIÓN 8

CAPÍTULO PRIMERO - DE LOS ACUERDOS SOCIALES Y SU PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS NO COTIZADAS. 12

I. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACUERDOS SOCIALES. 12
II. LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS COMO ÓRGANO FACULTADO PARA LA FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD SOCIAL. 17
1. NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERÍSTICAS. 17
2. COMPETENCIAS DE LA JUNTA GENERAL 22
3. CLASES DE REUNIONES DE LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS 28
3.1 Reuniones ordinarias de la junta general de accionistas. 29
3.2 Reuniones extraordinarias de la junta general de accionistas. 34
3.3 Reuniones universales de la junta general de accionistas 36
3.3.1 Reuniones no presenciales: 40
3.3.2 Otro mecanismo para la toma de decisiones: 43
3.4 Juntas especiales. 45
III. PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES. 45
1. LA CONVOCATORIA COMO ANTECEDENTE NECESARIO Y PRESUPUESTO DE VALIDEZ PARA LA ADOPCIÓN DE LOS ACUERDOS. 45
1.1 Legitimados para convocar 46
1.2 Cuándo y de qué forma debe convocarse. 50
1.3 Contenido de la convocatoria. 51
2. DERECHO DE INFORMACIÓN Y DERECHO DE COMPLEMENTO A LA CONVOCATORIA 57
2.1 Derecho de información o de inspección. 58
2.2 Derecho al complemento de la convocatoria. 61
3. LA DESCONVOCATORIA 62
4. REUNIONES DE SEGUNDA CONVOCATORIA. 65
5. CELEBRACIÓN DE LA REUNIÓN Y ADOPCIÓN MATERIAL DEL ACUERDO. 67
5.1 El derecho de asistencia. 67
5.2 Constitución de la junta – quórum deliberativo. 73
5.2.1 Presidente y secretario. 73
5.2.2 Quórum de constitución o deliberativo. 76
5.3 Adopción de las decisiones por el principio de las mayorías y el acta como colofón del acuerdo. 79
5.3.1 El voto. 80
5.3.2 Las mayorías decisorias. 85

5.3.3 El acta de la reunión de la JGA. 88

CAPÍTULO SEGUNDO - DE LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES Y SUS CAUSAS.....92

I. NATURALEZA JURÍDICA DE LA IMPUGNACIÓN. 92
II. LA IMPUGNACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. 101
1. CAUSALES DE IMPUGNACIÓN. 105
1.1 Acuerdos impugnables por ser contrarios a la Ley. 106
1.2. Acuerdos impugnables por oponerse a los estatutos o al reglamento de la junta. 113
1.2.1 Impugnación por oposición a los estatutos 114
1.2.2 Impugnación por oposición al reglamento de la junta. 117
1.3 Acuerdos impugnables por ser contrarios al orden público. 118
2. VICIOS QUE NO CONSTITUYEN MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN Y SUS EXCEPCIONES COMO CAUSALES DE IMPUGNACIÓN. 125
2.1 Infracción de requisitos meramente procedimentales de convocatoria, constitución o adopción del acuerdo e impugnación por infringir el acuerdo normas legales, estatutarias o del reglamento de la junta sobre forma y plazo de la convocatoria, o reglas relevantes o esenciales de constitución y mayorías necesarias para la adopción del acuerdo. 128
2.1.1 Requisitos esenciales y no esenciales de la convocatoria. 129
2.1.2 Reglas esenciales y no esenciales de la constitución del órgano y la aplicación de la prueba de la resistencia 132
2.1.3 Reglas esenciales y no esenciales para la adopción de los acuerdos y la aplicación de la prueba de la resistencia. 138
2.2 Desconocimiento del derecho de información no esencial e impugnación de acuerdos adoptados con violación del derecho de información, ejercido con anterioridad a la junta, y derivado de la incorreción o insuficiencia de la información "esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación" 140
3. LA IMPROCEDENCIA DE LA IMPUGNACIÓN FRENTE A LOS ACUERDOS REVOCADOS O SUSTITUIDOS. 148
III. LA IMPUGNACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO 151
1. LAS DECISIONES INEFICACES. 158
1.1. Naturaleza jurídica de la sanción de ineficacia 158
1.2 Vicios que no generan la ineficacia de las decisiones. 161
1.3 Ineficacia por violación de las reglas de convocatoria. 163
1.4 Ineficacia por violación de las reglas del lugar de la reunión. 166
1.5 Ineficacia por violación del quórum deliberativo y de las mayorías decisorias. 167
1.6 Otros vicios que generan la ineficacia. 169
2. LAS DECISIONES NULAS. 170

3. LAS DECISIONES INOPONIBLES..... 174

CAPÍTULO TERCERO - LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS SOCIALES ABUSIVOS. ABUSO DE LA MAYORÍA, LA MINORIA Y EN CASOS DE PARIDAD.....177

I. LA IMPUGNACIÓN POR LESIÓN AL INTERÉS SOCIAL Y EL ABUSO DE LAS MAYORÍAS EN DERECHO ESPAÑOL. 177
1. EL INTERÉS SOCIAL AMPARADO EN LA CAUSAL DE IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES. 178
2. ACUERDOS LESIVOS AL INTERÉS SOCIAL EN BENEFICIO DE UNO O VARIOS SOCIOS O DE TERCEROS. 183
3. IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS ADOPTADOS CON ABUSO DE LAS MAYORÍAS. 187
3.2. El abuso de la mayoría como causal especifica de impugnación en Derecho español. 192
3.2.1 Naturaleza jurídica de la impugnación por abuso de la mayoría. 193
3.2.2 Requisitos de la causal de impugnación por abuso de la mayoría. 197
3.2.3. Los dos supuestos más comunes de impugnación por abuso de la mayoría en la jurisprudencia nacional. 206
II. LOS ACUERDOS ABUSIVOS EN EL DERECHO COLOMBIANO. 211
1. EL ABUSO DEL DERECHO COMO PUNTO DE PARTIDA. PRINCIPIO DE BUENA FE, DEBER DE LEALTAD E INTERÉS SOCIAL. 213
2. NULIDAD DE LOS ACUERDOS ADOPTADOS CON ABUSO DEL DERECHO AL VOTO. 221
2.1 Antecedentes..... 221
2.2. El reconocimiento en el derecho positivo de la nulidad de los acuerdos abusivos. 223
2.3. Configuración del abuso del derecho al voto en la adopción de una decisión de JGA. 226
2.3.1 Requisitos de configuración del abuso del derecho al voto..... 229
2.3.2 Abuso de la mayoría, de la minoría y en casos de paridad. 235
3. PROYECTO DE REFORMA AL RÉGIMEN SOCIETARIO COLOMBIANO. INCIDENCIA EN LA REGULACIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO AL VOTO AL ADOPTAR LAS DECISIONES SOCIALES. 238

CAPÍTULO CUARTO- EL PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN.....245

I. LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN. 245
1. OBJETO DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN EN DERECHO ESPAÑOL. 248
1.1. Cuestión incidental previa para resolver el carácter esencial o determinante de la impugnación fundada en vicios de procedimiento de adopción del acuerdo. 250
1.2 La improcedencia de la impugnación frente a acuerdos subsanados. Trámite procesal. 264
2. OBJETO DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN EN DERECHO COLOMBIANO. 269

3. LEGITIMADOS PARA IMPUGNAR. 274
3.1 Legitimación activa. 274
3.1.1 La legitimación de los administradores y del revisor fiscal para impugnar..... 275
3.1.2 Legitimación de los socios. 278
3.1.3 Terceros con interés legítimo para impugnar. 286
3.1.4 Requisito especial de legitimación en Derecho español. 287
3.1.5 Legitimación para impugnar acuerdos contrarios al orden público en Derecho español. 289
3.2. Legitimación pasiva. 289
4. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN. 293
II. REGLAS ESPECIALES DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE IMPUGNACIÓN. 298
1. LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DEL ACUERDO SOCIAL. 299
2. OTRAS REGLAS ESPECIALES DEL TRÁMITE JUDICIAL DE IMPUGNACIÓN. 305
III. EFECTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA. 307
1. EFECTOS DE LA SENTENCIA EN EL RÉGIMEN ESPAÑOL. 307
2. EFECTOS DE LA SENTENCIA EN EL RÉGIMEN COLOMBIANO. 311
IV. IMPUGNACIÓN MEDIANTE ARBITRAJE. 315

CONCLUSIONES 324

BIBLIOGRAFÍA 330

LEGISLACIÓN 346

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS. 347

ABREVIATURAS UTILIZADAS

BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil
CC	Código Civil español
CCC	Código Civil colombiano
C. de Co	Código de Comercio de Colombia
C. de Com.	Código de Comercio español
CGP	Código General del Proceso colombiano
JGA	Junta general de accionistas
L 222/95	Ley 222 de 20 de diciembre de 1995, por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones
L 1258/2008	Ley 1258 de 2008, de 5 de diciembre, de creación de la sociedad por acciones simplificada
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil española
LME	Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles
LSC	Ley de sociedades de capital española
RDGRN	Resolución de la Dirección General de Registros y el Notariado
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SAS	Sociedad por acciones simplificada
SCSJ	Sentencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana
SSC	Superintendencia de Sociedades colombiana
SSSC	Sentencia de la Superintendencia de Sociedades colombiana
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo español
STS	Sentencia del Tribunal Supremo español

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo analizar la regulación actual de la impugnación de los acuerdos sociales, adoptados en el seno de las juntas de socios de las sociedades anónimas no cotizadas, de manera comparativa entre el Derecho español y el Derecho colombiano.

Las sociedades anónimas no cotizadas, como personas jurídicas autónomas e independientes de sus socios individualmente considerados, tienen un proceso complejo de formación de su voluntad societaria que se concreta y expresa mediante la adopción del acuerdo social respectivo, cuya validez y legalidad se enjuicia mediante la impugnación de estos. Así las cosas, teniendo en cuenta que el ente societario se va desenvolviendo en el tráfico jurídico, actuando y generando relaciones, precisamente con base en esos acuerdos que gozan de presunción de validez, la impugnación de los acuerdos sociales y sus casusas resultan un objeto interesante de estudio jurídico, por cuanto como ya se dijo, constituye el mecanismo legal que ha instituido el legislador en cada uno de los regímenes aquí analizados para controlar la validez y legalidad de la voluntad societaria, mediante el cual se determina si los mismos incurren en alguna causal de impugnación, esto es, si violan la ley o los estatutos, el reglamento de la junta, son contrarios al orden público o se adoptaron de manera abusiva.

La idea de la presente investigación surgió a finales del año 2014 con la entrada en vigor el día 24 de diciembre de 2014, de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, mediante la cual, entre otros, se creó un nuevo régimen jurídico de impugnación en el Derecho español diferente al hasta ese momento existente, en el que de manera significativa se desligó el régimen de validez de los acuerdos sociales del régimen de validez de los demás actos y negocios jurídicos, instituyéndose un sistema autónomo para analizar y declarar la eficacia de dichos acuerdos, atendiendo además en el mismo una serie de reclamos que venían efectuando los Tribunales, quienes por necesidad habían venido creando una serie de doctrinas jurisprudenciales para resolver asuntos sometidos a su arbitrio que no estaban regulados en la norma.

Como novedades más significativas incluidas en el nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales, estuvo entre otras, la desaparición de la diferenciación entre acuerdos nulos y anulables, unificándose así la acción de

impugnación respecto a sus legitimados para ejercerla y el plazo de caducidad, manteniendo, aunque de manera ampliada[1] el régimen de impugnación de los acuerdos contrarios al orden público. Así mismo, se incluyó un listado de acuerdos no impugnables, mediante el cual se excluyeron los defectos formales como motivos de impugnación, con el propósito de evitar el abuso del derecho de impugnar los acuerdos, pero a su turno se reconoció la existencia de una nueva causa de impugnación respecto de los acuerdos adoptados con abuso de la mayoría.

Contrario sensu, la figura de la impugnación de los acuerdos sociales en el Derecho colombiano, regulada en tan solo unos pocos artículos del Código Comercio vigente desde junio de 1971 y cuya última actualización de calado se llevó a cabo en el año 1995 mediante la Ley 222 del 20 de diciembre, carece prácticamente de regulación normativa, por lo que ha sido la jurisprudencia, principalmente, de la Superintendencia de Sociedades colombiana, como autoridad jurisdiccional especializada para enjuiciar estas acciones respecto de las sociedades anónimas no cotizadas y vigiladas, la que ha establecido el régimen de impugnación de las decisiones sociales en Colombia, con la inseguridad jurídica que ello puede conllevar.

Así las cosas, con el propósito de verificar las virtudes del establecimiento de un régimen autónomo de impugnación como el recientemente creado en el Derecho español, versus el escueto y confuso régimen jurídico colombiano, en el que según la regulación vigente los vicios que afectan los acuerdos sociales pueden conllevar diversas sanciones que se acogen mediante múltiples procedimientos diferentes a los de la impugnación, se comparan estos dos sistemas jurídicos, con la finalidad de establecer puntos de confluencia, diferencia y para proponer alternativas que permitan mejorar la institución de la impugnación de los acuerdos sociales.

Por lo tanto se trata aquí de estudiar a profundidad ese proceso complejo de formación de la voluntad societaria, así como las concretas causas o motivos de impugnación legalmente establecidos para atacar la decisión, que se circunscriben principalmente a la violación de la Ley y de los estatutos sociales, el desconocimiento de los reglamentos de la junta, la contradicción al orden público, haciendo un especial énfasis en la impugnación por abusividad del acuerdo.

[1] En efecto, se incluyó dentro de los supuestos de acuerdos contrarios al orden público los inexistentes por no haberse celebrado la reunión de la junta de socios.

Con dicho propósito, se abordará en primer lugar el proceso complejo de formación de la voluntad societaria que desemboca en la adopción del acuerdo respectivo en el que se recoge y manifiesta la voluntad de la persona jurídica, lo que a su turno le permite interactuar en el tráfico jurídico y desarrollar su objeto social. En segundo lugar se analizar cuándo esa voluntad societaria se ha formado válidamente y cuándo no, para finalizar con un estudio sobre las diferentes vías que se han establecido en cada uno de los regímenes aquí estudiados, para impugnar o atacar dichas manifestaciones de voluntad y sacarlas del tráfico jurídico.

Así las cosas, desde una perspectiva comparativa y casuística se determinará la naturaleza jurídica de la junta de socios, entendida como el órgano social en el que se forma la voluntad societaria, para efectos de lo cual se adelantará un estudio sobre el proceso de convocatoria o conformación de dicha junta, así como de celebración de la reunión y sus diferentes clases, concluyendo con la adopción material del acuerdo, para luego determinar la incidencia que sobre la validez de este puede llegar a tener el incumplimiento de los mandatos imperativos que regulan cada una de las etapas de formación de la voluntad societaria, estableciendo claramente cuáles vicios afectan al acuerdo, cuáles no y la razón por la cual se considera que ello es así.

Aunado a lo anterior, se hará un análisis particular del régimen jurídico de la validez de los acuerdos sociales adoptados de manera abusiva tanto en el régimen jurídico español como en el colombiano, determinando confluencias y diferencias entre los mismos, así como ventajas y desventajas, finalizando, siempre con una crítica constructiva tendiente al mejoramiento en la regulación de todos los aspectos aquí analizados.

En cuanto a la metodología que se utilizará para el desarrollo de la presente investigación, lo primero que se debe señalar es que se hará una búsqueda y análisis detallado tanto de las fuentes primarias como secundarias, con especial énfasis en entre otras, y respecto de las primeras en la Ley de Sociedades de Capital española, el Código de Comercio, la Ley 222 de 1995 y la Ley 1258 de 2008, en Colombia, así como la jurisprudencia emanada de los diferentes Tribunales españoles y colombianos, especialmente, respecto a estos primeros la de la Sala Civil del Tribunal Supremo, de las Audiencias Provinciales y de los jueces especializadas en lo mercantil, y de los segundos, de la Superintendencia de Sociedades.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el trabajo se centra en el estudio de la institución jurídica de la impugnación de los acuerdos sociales en un tipo concreto de sociedad, en dos regímenes jurídicos distintos, el mismo se desarrollará utilizando un método jurídico comparativo, descriptivo y propositivo. Con el primero se buscará establecer las similitudes y diferencias que existen en la regulación y tramitación entre el régimen español y el colombiano respecto al tema de estudio, con el segundo se pretende descomponer el problema jurídico que la regulación actual de la impugnación de acuerdos sociales supone para el tráfico jurídico, y finalmente con el tercero se cuestionará la institución como tal y se propondrán algunos cambios que permitan corregir los fallos encontrados.

CAPÍTULO PRIMERO - DE LOS ACUERDOS SOCIALES Y SU PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS NO COTIZADAS.

I. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACUERDOS SOCIALES.

Las sociedades anónimas como subcategoría de las sociedades de capital se caracterizan, no solo por ser de responsabilidad limitada[2], sino por ser

[2] Es esta una de las características esenciales de este tipo societario en virtud de la cual, al existir una separación patrimonial entre el socio y la sociedad, aquel solo responde ante esta hasta el límite de su aporte y es la sociedad la única que responde frente a terceros por sus obligaciones de manera ilimitada, salvo las excepciones del levantamiento del velo corporativo. Sobre el particular ha señalado FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *Derecho de sociedades, Vol. I,* Tirant Lo Blanch, 2010. Pág. 19 (versión electrónica) que "la sociedad responde frente a terceros por el cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1911 Código Civil). Por su parte los socios responden frente a la sociedad por el cumplimiento de su obligación de satisfacer el importe de las acciones que hayan suscrito (aportación) bajo idéntico régimen de responsabilidad ilimitada, con la particularidad ya señalada de que los socios no responden frente a terceros, al no contraer responsabilidad personal alguna por las deudas sociales. Los acreedores de la S.A. no pueden, en consecuencia, dirigir sus acciones contra los socios para la satisfacción de sus créditos. Por las deudas sociales los accionistas solo responden hasta el montante de su aportación sin quedar en ningún caso sujetos a la obligación de desembolsos complementarios". Véase también la Sentencia 642/1995 del Tribunal Supremo (de ahora en adelante STS), Sala Civil, de 27 de junio, en la que se dijo: "SÉPTIMO. (...) Y su responsabilidad no es personal puesto que es esencia de la sociedad anónima ser una sociedad de capital que tiene éste incorporado a las acciones, sin que los socios, como personas individuales, deban responder, con excepciones que no son aplicables en la litis a través de lo que se ha denominado doctrina del "levantamiento del velo", de las deudas sociales. Será la sociedad anónima y no sus socios quien deba responder del débito frente al actor."

naturalmente abiertas[3], así como por estar regidas por el *principio democrático*[4] circunscrito al principio capitalista, lo que implica que si bien las decisiones o acuerdos sociales[5] deben adoptarse por mayoría de los votos de los accionistas, estos no se otorgan en la misma proporción y medida a todos los asociados, sino que el número de votos dependerá de la participación de cada uno en el capital social, por lo tanto a mayor dinero invertido en la sociedad mayor número de

[3] Esto supone que, como lo ha señalado VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil, 21ª Edición*, Tirant Lo Blanch, 2008. Pág. 2 (Versión electrónica), Disponible en <https://www.tirantonline.com. Documento TOL1.021.433> (último acceso 16 de abril de 2020) "las características personales del socio son irrelevantes". Sobre el particular véase también a ALCALÁ DÍAZ, M.: "Las sociedades mercantiles. Teoría general", en ALONSO LEDESMA, M. (director): *Derecho de sociedades*, Atelier Libros Jurídicos, 2015. Pág. 37 "la organización prevalece sobre la persona de los socios, lo que permite que éstos cambien a lo largo de la vida de la sociedad (por negocio inter vivos o mortis causa) sin que ello afecte a la sociedad a la que se atribuye plena personalidad jurídica" y a GARCÍA-CRUCES, J.: *Derecho de sociedades mercantiles, 2ª Edición*, Tirant Lo Blanch, 2019. Pág. 1 (versión electrónica), disponible en https://www.tirantonline.com. Documento TOL7.066.124 (último acceso 7 de abril de 2020); así como la STS 1871/1967, Sala Civil, de 17 de abril, en donde con relación a esta característica se dijo "no tiene en cuenta para nada las circunstancias personales de los socios que son indiferentes, como lo son también sus conocimientos técnico, nacionalidad, ideología, etc., hasta el punto de que con razón se ha dicho que con su regulación se sustituye el intuitus personae típico de las sociedades personalistas, por el intuitus pecunia característicos de las capitalistas, donde lo único decisivo es el valor y naturaleza de la aportación al capital social, no tomándose en consideración ni siquiera la situación patrimonial del accionista en cuanto que su responsabilidad no es ilimitada y en las que consiguientemente la acción, índice expresivo de la referida aportación, no es sino un título valor (nominativo o al portador) rodeado de las notas propias de esta clase de documentos, como son la mutabilidad, comercialidad y transmisibilidad, no solo del título en si en cuanto a bien material, sino también de los derechos incorporados al mismo, en este caso, de la condición de accionista"

[4] Corte Constitucional Colombiana. Sentencias C-707 del 6 de julio de 2005 (expediente D-5577) "El principio democrático parte de la idea según la cual, ante la inexistencia de un consenso pleno, la mejor regla para la adopción de decisiones generales, cuando ello resulte necesario, es la regla de las mayorías. Esta regla se traslada al ámbito societario adjudicando a la mayoría de acciones, cuotas o partes de interés representadas en la Asamblea General, la facultad de adoptar las decisiones más importantes para definir el rumbo pero también para controlar al ente social. En virtud de la aplicación de la llamada "democracia societaria" se configura entonces el interés colectivo y se adoptan las decisiones generales más importantes para la sociedad. En este sentido, es razonable que quien haya realizado mayores aportes tenga una mayor participación en la decisión de las cuestiones societarias pues es quien mayor riesgo o beneficio puede lograr a partir de las actividades mercantiles del ente societal.". Sobre el particular señaló VICENT CHULIÁ, F., ob. cit. Pág. 4 (Versión electrónica) que la aplicación de este principio impide pactar el régimen de unanimidad.

[5] Se hace referencia a los dos términos en razón a que en Colombia se denominan decisiones, mientras que en España acuerdos sociales, conceptos asimilables pues ambos se refieren a la manifestación de la voluntad societaria.

votos tendrá el accionista[6], más influencia sobre las decisiones sociales y por ende mayor control del ente societario.

Así las cosas, la adopción de los acuerdos sociales entendidos como la manifestación de la voluntad de la sociedad[7], deviene de la suma mayoritaria de la voluntad de cada accionista expresada mediante su voto, sin que sea necesario el voto de todos y cada uno de los mismos para su formación, pues basta con los votos de un determinado porcentaje del capital societario[8] para formar esa mayoría capitalista que constituye la voluntad social y que se expresa mediante el acuerdo respectivo[9].

Por lo tanto se trata de una voluntad que se denomina por una parte de la doctrina como "voluntad" ficticia, en contraposición de la voluntad natural que se predica de las personas físicas[10], al haberse constituido por la sumatoria de las

[6] Sobre el particular debe resaltarse que en España, según las voces del artículo 94 Ley de Sociedades de Capital (de ahora en adelante LSC) las acciones pueden tener distinto valor nominal, por lo que, tal y como lo señala SÁNCHEZ LINDE. M, *El principio de mayoría en la adopción de acuerdos de la junta general de la sociedad* anónima, Tomson Rueters, 2009, pág. 196: "es el valor económico del título el criterio a tener en cuenta para otorgar al socio la cantidad de votos que puede emitir en el acto de la votación en junta", y no como ocurre en Colombia, en donde cada acción confiere un voto, en razón a que por mandato legal del artículo 375 del Código de Comercio colombiano (de ahora en adelante C. de Co) en las sociedades anónimas todas las acciones que conforman el capital social deben tener el mismo valor.

[7] MARTÍNEZ NEIRA, N.: *Cátedra de Derecho Contractual Societario*, Legis, 2014, pág. 266 "la voluntad colectiva de los socios, formada por el principio de las mayorías, es un acto jurídico en sí mismo, en tanto corresponde a la voluntad del ente societario, orientada a producir un efecto jurídico previsto en la ley o en el contrato".

[8] VÁSQUEZ DEL MERCADO. O.: *Asambleas y fusiones de sociedades mercantiles*, Porrua, 1992. Pág. 217.

[9] Sobre el particular ha señalado el Tribunal Superior de Bogotá, sala civil, en sentencia del 16 de mayo de 2000 que "las decisiones tomadas por los socios en la asamblea general o junta de socios no son otra cosa que la voluntad de la sociedad, siempre que se adopten con sujeción a la ley y a los estatutos.

[10] Señala GARCÍA-CRUCES, J., ob. cit. pág. 1 (versión electrónica Documento TOL7.066.131)) que "hablar de voluntad social en este contexto significa emplear una metáfora. En sentido estricto, solo puede hablarse de voluntad por referencia a las personas naturales. Por ello, la propia sociedad de capital no puede formar esa voluntad social. De este modo, la voluntad social vendrá determinada por la decisión de esas personas naturales que, conforme al Derecho vigente, puedan adoptar las decisiones oportunas con las que actuar en el tráfico y relacionarse con terceros. En definitiva, la denominada voluntad social no es psicológicamente una voluntad de la sociedad sino una manifestación de la decisión de aquellas personas que han participado en la conformación de aquélla. El resultado práctico que se sigue es el de afirmar la vinculación de la sociedad, y el gravamen del patrimonio social, como consecuencia de tales decisiones que se imputan a la persona jurídica.". Véase también a GIL ECHEVERRY, J.: *Impugnación de decisiones societarias*, Legis, 2013, pág.26, así como la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Colombiana (Sala de casación Civil), del 30 de noviembre de 1994 (de ahora en adelante

voluntades individuales de los socios, pero de cualquier modo voluntad social única e indivisible en la medida de que proviene de una sola persona (jurídica), cual es el ente societario y obliga a todos los socios, incluso los ausente o disidentes[11].

Conforme a lo anterior, un acuerdo social es un acto jurídico unilateral[12] formado colectivamente y no un contrato[13], pues vincula a todos los socios independientemente del sentido en que hayan expresado su voluntad a través del voto o incluso así no la hayan manifestado, bien porque no han participado en la respectiva reunión, bien porque no han votado, bien porque no tenían este derecho, eliminándose de este modo uno de los elementos esencial de todo contrato cual es la manifestación positiva de la voluntad.

Ahora bien, el proceso de formación de la voluntad societaria, desde su génesis deviene complejo, no solo por el hecho de que para su creación deben confluir las voluntades individuales de sus socios, sino además por cuanto la formación de la voluntad no puede hacerse de cualquier manera, en cualquier momento, ni en cualquier lugar, sino que requiere del funcionamiento de uno de los principales órganos societarios, cual es la junta o asamblea general de accionistas[14], pues es allí donde la voluntad social se forma y se declara[15], siguiendo, necesariamente, un procedimiento legal y estatutariamente

SCSJ), en la que se señaló que las sociedades "desarrollan su capacidad de obrar, por medio de sus órganos o representantes quienes, ante la falta de una voluntad natural del ente colectivo, actúan en las relaciones jurídicas comprometiéndola, dentro de los limites trazados por la ley, los estatutos y la finalidad de la persona jurídica".
Véase también al respecto a GALGANO, F.: *Derecho comercial. Sociedades, Tomo II*, Temis, 1999, p. 345

[11] Artículos 188 y 159 del C. Co. Co y de la LSC, respectivamente.

[12] Sobre el particular véase a GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades, Vol. I,* s.n, 1976, pág. 308; GIL ECHEVERRY, J., ob. cit. pág. 20, NARVÁEZ GARCÍA, J.I.: *Teoría general de las sociedades,* Legis, 2008, pág. 267, y; GALGANO, ob. cit., pág. 344.

[13] ALFARO AGUILA-REAL, J.: "La junta, los acuerdos sociales, la prohibición de la unanimidad y el reconocimiento de derechos de veto a los socios", en JUSTE MENCÍA, J y ESPÍN GUTIÉRREZ, C (coordinadores): *Estudio sobre órganos de las sociedades de capital Vol. I*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pág. 701 "un acuerdo no es un contrato entre los socios (…). Por tres razones fundamentales. En primer lugar, en los órganos colectivos como la junta no hay sujetos/partes sino miembros. En segundo lugar, en el acuerdo no hay interconexión entre las declaraciones de voluntad. En tercer lugar y sobre todo, el contrato vincula solo a las partes (art. 1259 CC), mientras que el acuerda vincula a todos los miembros del colegio".

[14] En Colombia este órgano social se denomina asamblea general de accionistas y no junta general de accionistas (art. 419 C. de Co), sin embargo, por cuestiones de uniformidad y claridad a lo largo de esta investigación nos referiremos a él como *junta general de accionistas* (JGA).

[15] MARTÍNEZ, N.H., ob. cit., pág. 265.

preestablecido para que resulte válida, oponible y produzca los efectos jurídicos buscados.

Dicho proceso complejo de formación de voluntad de las sociedades anónimas a través de la JGA se circunscribe a materias específicas de su competencia[16], se da con relación a una propuesta concreta[17] y se encuentra regulado de manera positiva tanto en la legislación colombiana como española, constituyéndose este marco normativo de la siguiente manera:

En Colombia se circunscribe a los mandatos del Código de Comercio, concretamente a lo establecido en el Libro Segundo, Título I, Capitulo VII (artículos 181 a 195) y Titulo VI, Capitulo III, Sección I y II (artículos 419 a 433), así como a los contenidos en el Título I, Capítulo IV, Sección I (artículos 18 a 21) y capitulo VII, Sección IV (artículos 67 a 70) de la Ley 222 del 20 de diciembre 1995, por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones (de ahora en adelante L 222/95).

En España la regulación de esta materia ha sido sistematizada en la Ley de Sociedades de Capital, en el Título V, artículos 159 a 208.

Conforme a lo hasta aquí expuesto los acuerdos sociales son pues el acto unilateral de manifestación de la voluntad de la sociedad, la cual se configura por el principio de mayoría capitalista, en el seno de la junta general conformada por los accionistas, quienes intervienen con su voluntad individual en su formación a través del voto que expresan con relación a una propuesta concreta y dentro del ámbito de sus competencias, cumpliendo con el procedimiento legal y estatutariamente preestablecido para el efecto, y que obliga a todos los socios

[16] En efecto, y aunque el tema de las competencias de la JGA se desarrollara a profundidad *a posteriori*, debemos resaltar desde ya que la voluntad social además de tener que ser expresada siguiendo un procedimiento complejo debe versar sobre las materias atribuidas a este órgano social, las cuales en términos generales se circunscriben a, como lo señaló la SCSJ del 1 de febrero de 2006. "*trazar los programas y las estrategias necesarias y convenientes para la obtención del fin social perseguido"*.

[17] Sobre el particular señaló ALFARO AGUILA-REAL, J., ob. cit. pág. 701 "un acuerdo es, además, «la decisión de un órgano colectivo sobre una propuesta», los acuerdos expresan, pues, la voluntad de un órgano colectivo y presuponen que el órgano es competente (…) se ha constituido válidamente para adoptarlos; que se presenta una propuesta para que el órgano adopte un acuerdo y que se tome una decisión con contenido concreto por los miembros del órgano de acuerdo con el procedimiento establecido".

independientemente del sentido de su voto o de su participación en la adopción de la decisión.

II. LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS COMO ÓRGANO FACULTADO PARA LA FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD SOCIAL.

1. Naturaleza jurídica y características.

Se denomina junta en España y asamblea general de accionistas en Colombia al máximo[18] órgano de la sociedad anónima, que se caracteriza por ser necesario y colegiado, y que se constituye por la reunión de sus accionistas, en donde estos deliberan y votan conformando la voluntad societaria mediante la adopción de los acuerdos sociales de su competencia.

En efecto considera gran parte de la doctrina a la JGA como el órgano soberano o máximo de la sociedad anónima[19], no obstante no se reconozca de esta manera expresamente en la legislación española[20] y en la colombiana solo

[18] Se equipara este término en la doctrina española al de "órgano soberano", considerándolo como tal por el hecho de manifestar la voluntad social de manera directa y sin intermediarios, véase al respecto a URÍA GONZÁLEZ, R, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., MUÑOZ PLANAS, J.M. "La Junta general de Accionistas", en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M. (directores) *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles Tomo V*, pág. 29. Y a BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil Vol. I*, Técnos, 2006, pág. 401.

[19] ALFARO AGUILA-REAL, J., ob. cit. pág. 697 "De la junta-como órgano- se dice también que es el órgano soberano. Se hace referencia con tal calificación al hecho de que es el órgano en el que participan los miembros de la corporación, los «dueños» (titulares residuales) de la persona jurídica (del patrimonio separado) y, con ello, a que el otro órgano necesario en una corporación –el órgano de administración- está sometido a la junta.".

El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia de 12 de febrero de 2009, sobre el particular también señaló "Como es sabido de todos, en las sociedades anónimas la asamblea de accionistas es el órgano máximo de dirección de la sociedad".

En el mismo sentido véase a la Superintendencia de Sociedades colombiana (de ahora en adelante SSC), Oficio 220-66657 de 30 de julio de 1999.

[20] Sobre el carácter soberano de la Junta se señaló en la STS 837/2000, Sala Civil, del 16 de septiembre que "no se puede negar la soberanía de la junta de accionistas sobre los demás órganos de administración de la sociedad, pero esta soberanía ha de entenderse en las relaciones de carácter vertical, en el sentido de que los acuerdos de la junta son soberanos respecto a los demás actos de la administración de la sociedad que pueden nacer de otros órganos de gobierno de la sociedad sobre cuestiones tratadas legalmente en la junta de conformidad con el orden del día".

sea denominada así en dos puntuales artículos de la L 222/95[21], con base en tres razones generales:

a) En primer lugar porque la JGA se integra por los accionistas, esto es, por los "dueños de la persona jurídica", quienes como órgano pueden disponer de la persona jurídica, bien sea modificando los estatutos, disolviendo la sociedad o alterando la estructura de su patrimonio[22].

b) En segundo lugar porque sus competencias, no están limitadas de manera imperativa por la ley a un listado taxativo y reducido[23], y por el contrario tiene permitido atribuirse estatutariamente competencias no asignadas imperativamente a otros órganos sociales[24].

c) Y en tercer lugar porque el otro órgano social necesario (la administración) tiene una posición un tanto subordinada respecto de este[25], básicamente por tener la JGA la facultad de nombrar y separar a los miembros de la administración de la sociedad[26], así como por poder intervenir en

[21] "ARTICULO 20. OTRO MECANISMO PARA LA TOMA DE DECISIONES. Serán válidas las decisiones del **máximo órgano social** …". Artículo 84.8 "Convocar a reuniones extraordinarias **del máximo órgano social** en los casos previstos por la ley…".

[22] ALFARO AGUILA-REAL, J., ob. cit. pág. 697.

[23] Sobre el particular señala ALFARO AGUILA-REAL, J., ob. cit. pág. 698 que "la puesta en duda del carácter soberano de la junta tiene su origen en el hecho de que en el Derecho alemán –a partir de 1937- y en el Derecho norteamericano la autonomía de los administradores para gestionar la empresa social es tan potente que se ha traducido en una consideración de la junta como un órgano de "competencias limitada". Pero para que pudiera negarse el carácter soberano de la junta en nuestro Derecho sería necesario que la distribución de competencias legal tuviera carácter imperativo y que, con los límites derivados de la protección de los terceros que se relacionan con la sociedad, no fuera posible para los socios atraer hacía la junta cualquier competencia.

[24] Artículo 160.J LSC. Véase también a FERRANDO VILLALBA, M, "Órganos (I). Consideraciones generales. La junta general. Arbitraje", en EMBID IRUJO, J.M (director), *Introducción al derecho de sociedades de capital: estudio de la Ley de sociedades de capital y legislación complementaria*, Marcial Pons, 2013. Págs. 207 y 211.

[25] GARCÍA-CRUCES, J., ob. cit. pág. 3 (versión electrónica) "Es lugar común advertir el dogma de la soberanía de la junta general. Pero ello no significa una relación jerárquica, de modo que la administración social esté necesariamente supeditada a aquélla. Esa relación, en el ejercicio de las competencias a cada uno atribuidas, debe explicarse, mejor, debido a la trascendencia de tales competencias, de modo que aquéllas que tengan un mayor relieve quedan confiadas, sin demérito para la administración social, a la junta general."

[26] SÁNCHEZ CALERO, F.: *La Junta General en las sociedades de capital*, Cizur Menor Thomson-Civitas, 2006, pág. 38.

determinados asuntos de gestión, a través de instrucciones y autorizaciones[27], y además por ser quien aprueba o desaprueba la gestión social.

Ahora bien, el hecho de que a la JGA se le pueda asignar dicho carácter de órgano soberano o máximo no implica que sea omnímodo pues, en primer lugar, encuentra sus límites en su propia competencia[28] y en la existencia de competencias exclusivas en cabeza del órgano de administración que no pueden delegarse en aquella[29], y en segundo lugar su actuación no puede ir en contra del orden público, la ley o los estatutos sociales[30].

---

[27] CUENCA-GARCÍA, Á y FERRANDO VILLALBA, M. "las competencias de los órganos sociales en la sociedad de responsabilidad limitada. Las competencias de gestión expresamente atribuidas por la LSRL a la junta de socios. Art. 44. 2º LSRL", en EMBID IRUJO, J.M (Coord.) *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital*, Tirant Lo Blanch, 2005. Pág. 1 (Versión electrónica) Disponible en <https://www.tirantonline.com. Documento TOL523.958 > (último acceso 16 de abril de 2020) "La norma configura un sistema supletorio que en el ámbito de las sociedades limitadas (ahora entiéndase todas las sociedades de capital) confiere tanto a la Junta general como al órgano de administración competencias en materia de gestión social, consagrando, a nuestro juicio, una evidente soberanía de la Junta en las relaciones internas".

[28] Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia del 12 de febrero de 2009 "la soberanía de la asamblea de accionistas tiene como límite la esfera de su propia competencia, de suerte que cuando usurpa las atribuciones de otro órgano, tal como podría ocurrir cuando usurpa funciones de la junta directiva (entiéndase consejo de administración) o del representante legal sus decisiones se tornan ineficaces".

[29] BOQUERA MATARREDONA, J. y LATORRE CHINER, N.: "Distribución y conflictos de competencias en la Sociedad Anónima no cotizada", en: EMBID IRUJO, J.M., (coord.) *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital*. Tirant lo Blanch, 2005. Pág. 33. "la existencia de un órgano encargado profesionalmente de la gestión social, al que además se le otorgan funciones con carácter excluyente (la representación de la sociedad), y entraña una limitación de los poderes de la junta; la competencia del órgano soberano deja así de ser general para convertirse en especial. La junta general pierde en algún modo su condición de órgano soberano en el sentido en que tradicionalmente se venía entendiendo, esto es, por referencia al carácter ilimitado de sus competencias. En lo que atañe, sin embargo, a su naturaleza del órgano superior, del que dependen el nombramiento y la revocación de los administradores puede afirmarse sin vacilaciones que la soberanía de la junta continúa intacta."

[30] SENENT MARTÍNEZ, S.: "La junta general. Capítulo I. Naturaleza jurídica y competencias", en GIMENO-BAYÓN COBOS, R / GARRIDO ESPA, L (directores), *Órganos de las sociedades de capital, Tomo I.*, Tirant lo Blanch, 2008, pág. 48 "La condición soberana de la Junta general de accionistas debe ser matizada. Si se entiende la soberanía como una potestad suprema e ilimitada, es evidente que las decisiones de la Junta vienen limitadas por lo dispuesto en la Ley, el orden público y en los Estatutos sociales, amén del propio interés social, Arts. 115 y 116 LSA, sin olvidar que el respeto a los derechos del socio o del accionista también delimitan las decisiones de la junta. Por otra parte, las propias competencias que la ley atribuye al órgano de administración, que la Junta general debe respetar, pues también es un órgano necesario de la sociedad, operan, con fundamento en el principio de competencia, como límite del poder decisorio de la Junta general".

Finalmente debe resaltarse que ese carácter soberano se ve diluido, en la práctica, con relación al órgano de administración en las grandes sociedades como las que cotizan en bolsa, en las que por practicidad, generalmente los accionistas no asisten a la reunión, delegando su representación en los mismos administradores, quienes adquieren poder e independencia con relación a la JGA, que termina aprobando acuerdos meticulosamente preparados por aquellos, invirtiéndose así el carácter soberano[31].

Aunado a lo anterior la JGA se caracteriza por ser un órgano necesario por expreso mandato legal[32], que exige su existencia "en todas las sociedades de capital, sin que pueda ser sustituido por ningún otro (…) incluso en las sociedades unipersonales"[33] no pudiendo ser suprimida ni siquiera por voluntad estatutaria[34], en cuyo seno, necesariamente, se forma y manifiesta la voluntad social a través de la adopción de los acuerdos sociales.

Es además la JGA un órgano colegiado al estar compuesto por una pluralidad de personas (los accionistas) que adoptan los acuerdos sociales por el sistema de mayoría de capital[35], previa reunión de los mismos bajo las reglas de convocatoria y quórum, en donde deliberan y votan, adoptando o rechazando los acuerdos, conformando así la voluntad social.

---

[31] SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. *Instituciones de Derecho Mercantil Tomo I*, Thomson-Aranzadi, 2006. pág. 439.
Sobre el particular también señaló VALPUESTA GASTAMINZA, E.: *Comentarios a la ley de sociedades de capital: estudio legal y jurisprudencial*, Bosch, 2013 "Que la junta general es la expresión de la voluntad social, pero no es soberana lo ha remarcado la jurisprudencia judicial y registral. En este sentido, no puede acordar nada contrario a estatus, salvo la previa modificación de los mismos (no puede restringir la transmisión de las acciones de forma distinta a la prevista en los estatutos, STS 01.07.1961); ni tratar de forma distinta a accionistas de la misma clase (STS 11.10.1963); ni reducir el plazo legal para la emisión del informe por los auditores (STS 26.02.1975); no puede operar una injusta privación de derechos a sus socios, lo que contravendría a las normas legales y constitucionales citadas (STS 30.10.1984); tampoco puede declarar nulos los acuerdos anteriores de otras juntas generales, declaración que compete a los tribunales (RDGRN 23.07.1994)."
[32] Artículo 181 del C. Co. Co y 159 de la LSC.
[33] SENENT MARTÍNEZ, S., ob. cit. pág. 48.
[34] GARCÍA-CRUCES, J., ob. Cit. pág. 3 (versión electrónica) "En definitiva, el legislador sustrae a la autonomía de la voluntad la posibilidad de prescindir de los órganos que requiere la Ley". Sobre el particular señaló la SSC, oficio 005858 de 21 de febrero de 2002 "la ley ampara con las disposiciones imperativas la integración y funcionamiento de la asamblea general de accionistas, dejando en todo caso un amplio margen de acción a la iniciativa privada, para que el contrato social pueda adaptarse a las necesidades y conveniencias de los contratantes".
[35] Véase a SENENT MARTÍNEZ, S., ob. cit. pág. 49, y a ALFARO AGUILA-REAL, J., ob. cit. pág. 699.

Así las cosas la JGA también es un órgano deliberante, lo que significa que los accionistas durante la reunión tienen un derecho de voz[36], en virtud del cual pueden exponer sus opiniones frente a la propuesta de acuerdo y analizar sus pros y sus contras antes de emitir el voto[37], constituyendo dicho paso un presupuesto básico para la formación de la voluntad de la sociedad[38].

En efecto, en Colombia la deliberación está consagrada como un derecho individual del socio[39], y aunque no ocurra lo mismo en el Derecho español, es evidente que la junta tiene este carácter en razón a que la deliberación constituye una de sus competencias esenciales[40], siendo presupuesto sustancial para la formación de la voluntad[41] que se configura a través de la combinación de la deliberación, la votación y el principio de la mayoría del capital.

Así pues la deliberación constituye un antecedente necesario de la decisión, cuyo ejercicio puede estar regulado en los estatutos[42] o en los reglamentos de la junta, estando en todo caso bajo la batuta del presidente de la junta durante la reunión, quien puede establecer las reglas que permitan una deliberación ordenada e incluso sucinta (para evitar prácticas de filibusterismo)[43], sin que en ningún caso se pueda llegar a su supresión total, esto es, a vedar o limitar de manera absoluta y general la posibilidad de deliberar antes de votar.

No obstante lo anterior, por voluntad individual de cada socio, se puede adoptar una decisión de manera válida sin deliberación previa, por lo tanto, los accionistas pueden votar sin deliberar, si así lo quieren, y si se alcanza la mayoría

[36] GARCÍA-CRUCES, J., ob. cit. pág. 5 (versión electrónica) "La junta general es un órgano que no solo resuelve y adopta acuerdos sino que, también, es un órgano deliberante. Por lo tanto, la deliberación solo es posible en la medida en que cabe el ejercicio de un derecho de voz".
[37] SSC, Oficio 220-12222 del 26 de marzo de 2002 "no es otra cosa que el derecho a conocer, discutir, o examinar atentamente el pro y el contra de una decisión, antes de realizarla".
[38] GIL ECHEVERRY, J, ob. cit. pág. 5 "es la preparación o antecedente de la votación, cuyo resultado puede conducir a una decisión social (…) La Junta delibera o debate y fruto de esa deliberación o contraste de pareceres es la decisión o acuerdo que se adopta".
[39] Artículo 379.1 del C. Co. Co "Derecho de los accionistas de la sociedad anónima. Cada acción conferirá a su propietario los siguientes derechos: 1) El de participar en las deliberaciones de la asamblea general de accionistas y votar en ella;".
[40] Artículo 160 de la LSC "Es competencia de la junta general deliberar".
[41] Al respecto véase entre otros a GARRIGUES. J, URIA. R.: *Comentario a la ley de sociedades anónimas,* Instituto de Estudios Políticos, 1952, pág. 557; SENENT MARTÍNEZ, S., ob. cit. pág. 49 y URÍA GONZÁLEZ, R, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J.M. ob. cit. pág. 25.
[42] Artículo 23.F de la LSC.
[43] GARCÍA-CRUCES. J., ob. cit. pág. 5

requerida para considerar adoptado el acuerdo, la decisión será válida, por lo que el hecho de que no haya habido previa deliberación en nada afecta al acuerdo en este caso.

Así las cosas, la deliberación debe ser entendida como una característica de la esencia de la JGA, que se traduce en la potestad, no ilimitada pero tampoco suprimible, que tienen los socios que participan en la reunión de debatir antes de votar sobre las propuestas de cuerdo sometida a consideración del órgano, para cuyo ejercicio además se ha establecido el derecho de información, el cual como se verá más adelante, coadyuva la deliberación.

2. Competencias de la junta general

Deliberar y votar, esto es conformar la voluntad societaria a través de la adopción de los acuerdos sociales sobre los asuntos legales y estatutariamente asignados a su competencia, son las dos atribuciones esenciales de la JGA, por lo tanto, serán dos las fuentes de las competencias de este órgano social, por un lado la ley y por otro los estatutos[44].

En cuanto a las competencias[45] de la JGA derivadas de la ley, debemos señalar en primer lugar que tanto el legislador colombiano como el español han optado por un sistema de listado enunciativo de las mismas, consagrando en primer lugar unas competencias privativas[46] (Art.187 y 420 del C. de Co. y art. 160 de la LSC) las cuales no pueden ser delegadas ni siquiera por voluntad estatutaria en otro órgano social[47].

La exclusividad de las referidas competencias en cabeza de la JGA se deduce del propio texto legal de cada una de dichas normas, en las que expresamente se señala: "*la junta o asamblea ejercerá las siguientes funciones*

[44] Así lo señalan los artículos 187 y 420 del C. Co. Co, y el artículo 160 de la LSC.

[45] Sobre el particular debemos resaltar que la legislación colombiana las denomina funciones y no competencias, pero ambas hacen referencia al mismo concepto, esto es a las atribuciones del máximo órgano social.

[46] MARTÍNEZ, N.H., ob. cit., pág. 267 "Son aquellas que por su naturaleza o alcance, son de carácter excluyente e indelegables, al punto que el legislador las ha deferido únicamente a la decisión del máximo órgano social, a través de disposiciones de carácter imperativo".

[47] VALPUESTA. E., ob. cit., pág. 418 "La competencia de la junta es tan exclusiva, que ni siquiera los estatutos podrían establecer que la junta no pueda adoptar este tipo de acuerdos. Así, la RDGRN 24.07.2009 estableció que los estatutos de una sociedad de capital profesional podrán excluir el derecho de preferencia en ciertos supuestos de aumento de capital, pero no pueden excluir por sí la posibilidad de aumentar el capital, por ser esto competencia de la junta general.".

generales, sin perjuicio de las especiales propias de cada tipo societario"[48], "*la asamblea general de accionistas ejercerá las funciones siguientes*"[49], "*Es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos*"[50], enunciados normativos estos todos seguidos de un listado de competencias obligatorias e inderogables que pueden englobarse en tres categorías según su naturaleza[51]:

a) una primera categoría referida a "*decisiones sobre los aspectos básicos de la organización corporativa y financiera de la sociedad*"[52]*;*

b) una segunda categoría concerniente a decisiones sobre las cuentas anuales y el resultado económico de la sociedad[53]; y

c) una tercera categoría relativa a las decisiones sobre el control de los administradores e intervención en asuntos de gestión[54].

Pero como se deriva del propio texto de los tres artículos referidos[55] las competencias de la junta general no se limitan única y exclusivamente a aquellas allí enlistadas, sino que las mismas se ven nutridas por las incluidas voluntariamente en los estatutos sociales, y por otras que a lo largo de la legislación mercantil se atribuyen directamente o por lo menos se prevé la posibilidad legal de atribuirse a este órgano social[56]. Surge así otra categoría de competencias que se pueden denominar "facultativas", esto "es *aquellas que solo*

[48] Artículo 187 del C. Co. Co.
[49] Artículo 420 del C. Co. Co.
[50] Artículo 160 de la LSC.
[51] BOQUERA MATARREDONA, J. y LATORRE CHINER, N, ob. cit. Págs. 32-44.
[52] Dentro de esta categoría podrían incluirse las funciones señaladas en los literales c), d), e), f), g) y h) del artículo 160 de la LSC, así como las de los numerales 1 y 6 del artículo 187 y 5 y 6 del artículo 420 del C. Co. Co.
[53] En esta categoría se incluirían las funciones establecidas en los literales a) e i) del artículo 160 LSC, y también las de los numerales 2, 3 y 7 del artículo 187 y 1 y 2 del artículo 420 del C. Co. Co.
[54] Aquí estarían las funciones señaladas en los artículos 160.b) y 161 LSC y las de los numerales 4 y 5 del artículo 187 y 3 y 4 del 420 del C. Co. Co.
[55] Artículo 187. 8 C. Co. Co "las demás que les señalen los estatutos o las leyes" y 420.7 C. Co. Co "las demás que le señalen la ley o los estatutos, y las que no correspondan a otro órgano". Artículo 160.j LSC "Cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos".
[56] Esta posibilidad legal de atribuirse otras competencias no es ilimitada, por lo que por esta vía no se puede atribuir la JGA competencias exclusivas del órgano de administración, como ocurre con el poder de representación, ni pueden ser tan extendidas que dejen sin competencias autónomas al órgano de administración.

podrá ejercer la asamblea general de accionistas si así lo dispone o no lo prohíbe *el contrato social"*[57].

Lo anterior no implica que todas las demás competencias legales de la JGA que están por fuera del listado de los artículos 187 y 420 del C. de Co. y 160 de la LSC, sean todas facultativas, pues existen otras legalmente establecidas fuera de dichas normas que son igualmente privativas de la JGA y que por lo tanto tampoco pueden ser delegadas[58].

Dentro de las referidas competencias facultativas encontramos varias tanto en la legislación colombiana[59] como en la española[60], siendo una de las que mayor relevancia reviste la consagrada en el artículo 161 de la LSC[61], en razón a que difumina esa aparente independencia del órgano de administración respecto de la JGA erigiéndose en mecanismo previo de control de este órgano sobre aquel[62].

---

[57] MARTÍNEZ, N.H., ob. cit., pág. 284.

[58] Así por ejemplo son competencias privativas de la JGA, las establecidas en los siguientes artículos de la LSC: 11.bis.2, 72, 139.2, 146.1.a), 211, 214.1, 217.3, 218.1, 219, 223, 224.2, 230.2.3, 238, 264.1, 272.1, 273.1, 276.1, 285.1, 293.1.3, 296, 318, 352.1, 362, 368, 370, 373.2, 380.1, 406.2, 414.1 y 417.1, entre otras. Siendo también privativas las dispuestas en los artículos 132, 210, 220, 230, 231, 248, 358, 380, 382, 383, 385, 388, 396, 398 y 417 del C. Co. Co y artículo 61 de la L 222/95.

[59] Son competencias facultativas de la JGA las consagradas en los siguientes artículos del C. Co. Co 132, 385, 398, 404, 440 (se refiere a la función de designar al representante legal, que en principio corresponde a la junta directiva (consejo de administración), mientras que en España esta competencia es privativa de la JGA conforme al artículo 214.1 de la LSC. Así mismo tiene esa naturaleza las competencias reguladas en el artículo 62 de la L 222/95.

[60] Según la LSC son competencias facultativas de la JGA las establecidas en los artículos 107.2.b.c, 161, 214.2, 277, 297, 376.1 y 391.1.

[61] Dicho artículo fue modificado por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, con el objetivo, según el numeral IV de su preámbulo, de "*reforzar su papel* (el de la junta) *y abrir cauces para fomentar la participación accionarial. A estos efectos, se extiende expresamente la posibilidad de la junta de impartir instrucciones en materias de gestión a todas las sociedades de capital, manteniendo en todo caso la previsión de que los estatutos puedan limitarla.*".

[62] CUENCA GARCÍA, Á y FERRANDO VILLALBA, M, ob. cit. pág. 1 (versión electrónica) "Debe reconocerse, por tanto, a la Junta general de socios, la posibilidad de ejercitar competencias gestoras, que se plasman en la práctica en el control efectivo de la actuación del órgano de administración, no a posteriori, mediante la falta de aprobación de las cuentas y de la gestión social, o la interposición de la acción de responsabilidad, sino a priori, a través del establecimiento de las directrices que aquél órgano debe seguir en el desempeño de sus funciones, permitiendo o prohibiendo la realización de determinados actos, o bien, conforme al tenor del propio art. 44 , 2º LSRL, sometiendo a autorización o aprobación la adopción de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión".

En virtud de esta facultad de intervención la JGA puede, siempre y cuando no este expresamente prohibido en los estatutos "impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión" (art. 161 LSC).

Sobre el particular, lo primero que hay que señalar es que el legislador español ha dejado en manos de la propia junta la posibilidad de suprimir o limitar esta facultad de interferir en asuntos de gestión, pues es precisamente la junta la que podría establecer, vía estatutaria, una prohibición o restricción en este sentido, pero en todo caso si nada se dice al respecto en los estatutos, la junta tendrá *per se* esta importante competencia, teniendo como únicos límites "*la Ley, las competencias inderogables del órgano de administración, los principios configuradores del tipo social (entre los que se encuentra también la necesidad del órgano de administración), el respeto a los derechos de los socios y, naturalmente, el interés social*".[63]

La injerencia de la JGA en materia de gestión puede darse por dos vías[64], por un lado, la de las instrucciones y por otro la de las autorizaciones[65]: lo primero implica que se pueden dictar directrices de política empresarial[66] y lo segundo que, para que el órgano de administración adopte determinados acuerdos en el desarrollo de sus competencias de gestión, deba mediar previa aprobación de estos por parte de la JGA o no debe estar prohibido por dicho órgano adoptar ese determinado acuerdo.

[63] CUENCA GARCÍA, Á y FERRANDO VILLALBA, M, ob. cit. pág. 4 (versión electrónica).
[64] Se señaló en la Resolución de Dirección General de Registros y el Notariado (de ahora en adelante RDGRN) del 12 de mayo de 1999 que "La injerencia de la Junta puede consistir en establecer, con carácter general, que los administradores recaben la autorización previa de la junta para tomar determinadas decisiones de gestión o dictando instrucciones a los administradores en relación con un asunto de gestión concreto. Obviamente, los administradores están obligados a cumplir el acuerdo de la Junta".
[65] En cuanto a la facultad de intervención a través de las autorizaciones debe señalarse que, consideramos que su ejercicio no debe resultar sorpresivo al órgano de administración, quien debe conocer con anterioridad la necesidad de la autorización, por lo que debe estar así previamente establecido en los estatutos o la JGA debe haber adoptado previamente un acuerdo o dictado una instrucción señalando al órgano de administración los acuerdos que requieren para su adopción por parte de dicho órgano de la previa autorización.
[66] BOQUERA MATARREDONA, J. y LATORRE CHINER, N, ob. cit. Pág. 238 "directrices de política empresarial sobre asuntos de gestión, lo que permitirá a su vez a la junta ordenar determinados actos o prohibir otros".

Nótese que el legislador ha circunscrito las autorizaciones de manera expresa a "determinados" asuntos de gestión, pues si bien no ha dicho a cuáles, ha dejado claro que no se puede extender a todas las competencias de gestión, pues ello dejaría sin contenido competencial al órgano de administración convirtiéndolo en un simple ejecutor, eliminando su carácter de órgano necesario, por lo tanto la injerencia está limitada y no puede ser generalizada ni mucho menos tan frecuente que genere el mismo efecto antes referido[67].

Sin embargo consideramos que la injerencia si puede comprender tanto la denominada administración ordinaria como la extraordinaria, por lo tanto puede darse con relación a "*cualquier actuación gestora del órgano de administración, se encuentre o no inserta dentro del ámbito general de sus facultades delimitado por el objeto social*"[68], pues además de que el legislador no ha distinguido entre una y otra, debe partirse de que la injerencia con relación a la extraordinaria ya estaba permitida y venía siendo reconocida como válida por la doctrina con relación a las sociedades anónimas, incluso antes de la modificación de la norma que ahora lo consagra expresamente[69], por lo que siempre que no se vacíe de contenido las competencias del órgano de administración la injerencia puede darse respecto de los dos tipos de gestión[70].

Aunado a los límites anteriormente referidos, el legislador ha prohibido cualquier posibilidad de intervenir directa o indirectamente en la competencia de representación del órgano de administración, so pena de ineficacia por mandato legal[71] por ser esta una competencia exclusiva e indelegable del órgano de administración[72].

---

[67] CUENCA GARCÍA, Á y FERRANDO VILLALBA, M, ob. cit. pág. 12 (versión electrónica)
[68] CUENCA GARCÍA, Á y FERRANDO VILLALBA, M, ob. cit. pág. 9 (versión electrónica)
[69] BOQUERA MATARREDONA, J. y LATORRE CHINER, ob. cit. pág. 81.
[70] ESTEBAN VELASCO, G. "Artículo 162. Intervención de la junta en asuntos de gestión", en: BELTRÁN SÁNCHEZ, E, (directores), *Comentario de la ley de sociedades de capital Tomo I.* 1a ed. Civitas-Thomson Reuters, 2011. Pág. 1214 "Los poderes de intervención solo podrá referirse a asuntos concretos de especial importancia: actos o categorías de actos que se refieran a la estructura u organización financiera de la empresa o que pertenezcan a la llamada administración extraordinaria. Incluso se puede pensar en reservas estatutarias o en ocasionales instrucciones sobre asuntos ordinarios, pero nunca injerencia que por su frecuencia o intensidad anulen la posición de los administradores con un mínimo de competencia gestora autónoma".
[71] Artículo 234. LSC "Ámbito del poder de representación. (…) Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros."
[72] Sobre el particular véase las RDGRN del 8 de febrero de 1975, 31 de octubre de 1989, 26 de febrero de 1991 y 1 de marzo de 1993.

Sobre esta especial facultad de intervención en asuntos de gestión por parte de la JGA, nada se dice en la legislación colombiana, omisión legislativa que consideramos no implica una prohibición a la junta para ejercer dicha función, siempre que así lo establezcan expresamente los estatutos sociales tal y como se deriva de los mandatos del art. 438 del C. de Co[73].

Lo anterior, más aun teniendo en cuenta que en Colombia a diferencia de España[74], la JGA tiene la denominada "cláusula general de competencia"[75], en virtud de la cual ejerce todas las funciones "que no estén atribuidas a ningún órgano"[76], encontrando de cualquier manera como límites a dichas funciones las competencias privativas del órgano de administración[77] so pena de ineficacia[78].

Conforme a lo hasta aquí expuesto tenemos que la JGA adopta los acuerdos sociales con relación a sus competencias exclusivas e indelegables, así como con relación a aquellas atribuidas facultativamente en virtud de la ley y los estatutos, pudiendo asumir además, competencias no asignadas privativamente a otro órgano social y que no corresponda a la gestión ordinaria, esto último en

[73] Pues el artículo 438 del C. Co. Co, establece que "Salvo disposición estatutaria en contrario, se presumirá que la junta directiva (entiéndase órgano de administración) tendrá atribuciones suficientes para ordenar que se ejecute o celebre cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y para tomar las determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines".

[74] En efecto, en la legislación española no se le atribuye a la junta la cláusula general de competencia, razón por la cual las competencias no reservadas legal o estatutariamente a uno de los órganos no las asume directamente la junta, por lo que la asunción de las mismas dependerá de, como lo señala BOQUERA MATARREDONA, J y LATORRE CHINER, N, ob. cit. Págs. 92 y 93 "la naturaleza de las mismas, de tal manera que, si por ejemplo son clasificables de gestión ordinaria corresponderán al órgano de administración y si resulta susceptible de encuadrarse dentro de lo que constituye la "actividad normativa del contrato social" el órgano competente será la Junta general de accionistas".

[75] MARTÍNEZ NEIRA, N.H, ob. cit. pág. 286 "En la teoría del órgano puede denominarse "cláusula general de competencia" aquella disposición por virtud de la cual se faculta con carácter residual a un determinado órgano para ejercer las funciones que no competen a otro, bien sea por disposición legal o estatutaria.".

[76] Parte final del numeral 7 del Artículo 420 del C. Co. Co

[77] Superintendencia financiera colombiana, Resolución 1808 del 23 de noviembre de 2000 "Es procedente afirmar que cuando en un acuerdo del máximo órgano societario este se arroga funciones que no le corresponden o se excede en sus facultades se genera la ineficacia de la decisión".

Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia del 12 de febrero de 2009. "Dicho en otras palabras, la soberanía de la asamblea de accionistas tiene como límite la esfera de su propia competencia, de suerte que cuando usurpa las atribuciones de otro órgano, tal como podría ocurrir cuando usurpa funciones de la junta directiva o del representante legal, sus decisiones se tornan ineficaces".

[78] Artículo 433. C. Co. Co.

el caso español por no tener la JGA la cláusula general de competencia, estando facultada legalmente (en España) para interferir en las competencias de gestión asignadas al órgano de administración en determinados asuntos y sin conllevar con dicha intervención a la desnaturalización de dicho órgano.

3. Clases de reuniones de la junta general de accionistas

La JGA al ser un órgano colegiado conformado por los accionistas de la sociedad no se encuentra permanentemente reunida y presta para deliberar y adoptar los acuerdos sociales de su competencia, por lo que requiere para ello de la conformación material del órgano a través de la reunión física o telemática de sus miembros, para efectos de lo cual tanto el legislador español como el colombiano han previsto que la JGA puede reunirse bien de manera ordinaria, bien de forma extraordinaria o bien universalmente[79].

No obstante lo anterior, debe advertirse desde ya que como se verá más adelante, el legislador colombiano permite la adopción de acuerdos sin reunión[80], posibilidad completamente vedada en el régimen español, que *contrario sensu* no concibe la junta sin la reunión[81], por lo que siendo una inescindible de la otra, la referida clasificación se predica en el texto legal español de la junta como tal[82]. Sin embargo, sobre el particular debemos apuntar que la junta entendida como un órgano social es única, por lo tanto su clasificación se da con relación a las características de la reunión y no con relación a la posible existencia de distintos tipos de órgano denominados junta.

---

[79] Además de esta clasificación tradicional, ambos legisladores han consagrado otros tipos de reunión de junta, así encontramos en la legislación española las "juntas especiales" (art. 293 LSC), y en la colombiana las denominadas "reuniones por derecho propio" (art. 422 C. Co. Co), que se verán también en este acápite.

[80] Reguladas en el Artículo 20 de la L 222/1995 en los siguientes términos: "OTRO MECANISMO PARA LA TOMA DE DECISIONES. Serán válidas las decisiones del máximo órgano social o de la junta directiva cuando por escrito, todos los socios o miembros expresen el sentido de su voto. En este evento la mayoría respectiva se computará sobre el total de las partes de interés, cuotas o acciones en circulación o de los miembros de la junta directiva, según el caso. Si los socios o miembros hubieren expresado su voto en documentos separados, éstos deberán recibirse en un término máximo de un mes, contado a partir de la primera comunicación recibida. El representante legal informará a los socios o miembros de junta el sentido de la decisión, dentro de los cinco días siguientes a la recepción de los documentos en los que se exprese el voto."

[81] Sobre el particular véase a ALFARO AGUILA-REAL, J., ob. cit. págs. 687-689.

[82] En efecto se establece en al artículo 163 de la LSC que "las juntas generales de las sociedades de capital podrán ser ordinarias o extraordinarias" y posteriormente en el 178.2 señala que "la junta universal podrá reunirse en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero".

3.1 Reuniones ordinarias de la junta general de accionistas.

Las reuniones ordinarias de la JGA son el mecanismo que tanto el legislador español como el colombiano han establecido para que los accionistas a través del referido órgano social examinen la situación general de la sociedad y ejerzan sus principales competencias, para efectos de lo cual se ha establecido en ambos regímenes que la misma debe celebrarse de manera obligatoria por lo menos una vez al año, en el caso español dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio[83], y en el colombiano dentro de los tres primeros meses siguientes al vencimiento del mismo[84], para entre otros: "aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado" (art. 164 LSC); "examinar la situación de la sociedad, designar los administradores y demás funcionarios de su elección, determinar las directrices económicas de la compañía, considerar las cuentas y balances del último ejercicio, resolver sobre la distribución de utilidades y acordar todas las providencias tendientes a asegurar el cumplimiento del objeto social" (Art. 422 C. de Co)

Como se desprende de lo expuesto anteriormente tres son las notas que caracterizan legalmente a este tipo de reunión en primer lugar la obligatoriedad de su celebración anual[85], en segundo lugar la determinación de un periodo dentro del cual debe celebrarse la misma y en tercer lugar las materias mínimas sobre las cuales debe ocuparse la junta reunida ordinariamente.

En efecto la celebración por lo menos una vez al año de una reunión ordinaria de la junta deviene obligatoria en ambos regímenes, y para efectos de garantizar que así ocurra, tanto el legislador español como el colombiano han establecido diversos mecanismos legales. Así el primero ha dispuesto que cuando la reunión no se convoque para celebrarse o no se celebre dentro del plazo legal o el estatutariamente establecido, cualquier socio pueda solicitar la

[83] Artículo 164 LSC. Junta ordinaria. 1. La junta general ordinaria, previamente convocada al efecto, se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para, en su caso (…).

[84] Artículo 422. C. Co. Co "Reuniones ordinarias de la asamblea general - reglas. Las reuniones ordinarias de la asamblea se efectuarán por lo menos una vez al año, en las fechas señaladas en los estatutos y, en silencio de éstos, dentro de los tres meses siguientes al vencimiento de cada ejercicio (…)".

[85] Artículo 181 C. Co. Co: "Reuniones ordinarias de la asamblea o junta de socios. Los socios de toda compañía se reunirán en junta de socios o asamblea general ordinaria una vez al año, por lo menos, en la época fijada en los estatutos."

convocatoria por parte del letrado de la administración de justicia[86] o del registrador mercantil del domicilio social[87], y ha previsto además que será válida la reunión ordinaria así se haya convocado o celebrado fuera de plazo[88].

A su turno, el legislador colombiano ha previsto un mecanismo completamente diferente, pues ha ido mucho más allá al establecer las denominadas *REUNIONES POR DERECHO PROPIO*[89], en virtud de las cuales si los socios no son convocados[90] para celebrar la reunión ordinaria que por disposición estatutaria o legal debía celebrarse dentro de los 3 primeros meses del año, estos quedan convocados, por mandato legal a la celebración de la reunión por derecho propio que suple la ordinaria, el primer día hábil del mes de abril a las 10 de la mañana en las oficinas del domicilio social[91].

---

[86] Estos funcionarios antes de la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985 efectuada por la Ley Orgánica 7/2015, se denominaban secretarios judiciales, por lo que a partir del 1 de octubre de 2015 pasaron a llamarse Letrados de la Administración de Justicia, sin embargo este cambio de denominación no ha sido reflejado aun en el texto del art. 169 de la LSC.

[87] Artículo 169 de la LSC "Competencia para la convocatoria. 1. Si la junta general ordinaria o las juntas generales previstas en los estatutos no fueran convocadas dentro del correspondiente plazo legal o estatutariamente establecido, podrá serlo, a solicitud de cualquier socio, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial o Registrador mercantil del domicilio social."

[88] Artículo 164.2 LSC "2. La junta general ordinaria será válida aunque haya sido convocada o se celebre fuera de plazo."

[89] Artículo 422 del C. Co. Co "Las reuniones ordinarias de la asamblea se efectuarán por lo menos una vez al año, en las fechas señaladas en los estatutos y, en silencio de éstos, dentro de los tres meses siguientes al vencimiento de cada ejercicio (…) **Si no fuere convocada, la asamblea se reunirá por derecho propio el primer día hábil del mes de abril, a las 10 a.m., en las oficinas del domicilio principal donde funcione la administración de la sociedad.** (…)."

[90] Esta reunión opera tanto por la ausencia total de convocatoria como por la convocatoria defectuosa porque se haya omitido el cumplimiento de los requisitos de medio, antelación o persona facultada para realizarla, pues así lo ha señalado de manera expresa la SSC en la Circular Básica Jurídica 100-000005 de 22 de noviembre de 2017, que modificó la Circular Básica Jurídica 100-000003 del 22 de Julio de 2015.

[91] Sobre estas características señaló la SSC en la Circular Básica Jurídica 100-000005 del 4 de septiembre de 2015 que "si en las oficinas de administración de la sociedad se labora habitualmente los días sábados, estos se consideran hábiles para efectos de la reunión. (…) salvo que de manera excepcional algunos de estos no lo sean. (…) En las sociedades que no tengan oficinas de administración en la sede de su domicilio principal, no podrá realizarse este tipo de reuniones por ausencia de uno de los requisitos previstos en la ley. Si los administradores de la sociedad prohíben la entrada a las oficinas de administración, la reunión deberá celebrarse en la puerta de acceso, sin que quede a discreción de quienes pretenden reunirse, ubicar otro lugar, puesto que no es posible cambiar el lugar señalado por la ley para la celebración de la reunión por derecho propio."

Se trata de una reunión que obedece a una convocatoria legal pues en la propia Ley se define la fecha, la hora y el lugar de su celebración, cuyos términos no pueden ser modificados por voluntad estatutaria[92], para tratar los temas correspondientes a la reunión ordinaria[93], razón por la cual además tendrán los accionistas la posibilidad de ejercer el derecho de información dentro del término legal[94].

Otra de las características de esta reunión por derecho propio es que se celebrará con las prerrogativas legales de las reuniones de segunda convocatoria[95], pudiendo por lo tanto deliberar y adoptar acuerdos con un número plural de socios cualquiera sea la cantidad de acciones que esté representada[96], respetando, en todo caso, las mayorías especiales legales o estatutarias[97].

---

[92] Circular Básica Jurídica 100-000005 del 4 de septiembre de 2015 "La consagración legal de la reunión por derecho propio es imperativa y por tanto no es susceptible de ser modificada o derogada por acuerdos privados. De acuerdo con lo anterior, su realización únicamente puede tener lugar a las 10:00 a.m. el primer día hábil de mes de abril".

[93] SSC, Oficio 220.020467 del 02 de abril de 2012 "la reunión por derecho propio obedece a una convocatoria legal que para todos los efectos se concreta cuando no se convoca en la oportunidad debida a la reunión ordinaria que por disposición de los estatutos o la ley, debía realizarse dentro de los tres primeros meses del año, caso en el cual la misma ha de efectuarse en la fecha, a la hora y en el lugar previamente señalados, obviamente su objeto no es otro que el de permitir que los asociados se constituyan en asamblea y puedan tratar el temario correspondiente a la reunión ordinaria que no fue citada por los administradores".

[94] Como se verá más adelante, los accionistas pueden ejercer este derecho, que en Colombia se denominada de inspección y no de información, entre otras cuando se van a considerar los estados financieros del ejercicio anterior, por lo que siendo esto una competencia a ejercer en la reunión ordinaria, los accionistas pueden ejercer dicho derecho durante los quince días hábiles que antecedan al primer día hábil del mes de abril. Sobre el particular véase el Oficio 220.020467 del 02 de abril de 2012 de la SSC.

[95] Estas reuniones se desarrollarán más adelante y están reguladas en el Artículo 429 del C. de Co., en los siguientes términos: "Si se convoca a la asamblea y ésta no se lleva a cabo por falta de quórum, se citará a una nueva reunión que sesionará y decidirá válidamente con un número plural de socios cualquiera sea la cantidad de acciones que esté representada. La nueva reunión deberá efectuarse no antes de los diez días ni después de los treinta, contados desde la fecha fijada para la primera reunión.

Cuando la asamblea se reúna en sesión ordinaria por derecho propio el primer día hábil del mes de abril, también podrá deliberar y decidir válidamente en los términos del inciso anterior.

[96] Debe aclararse que el principio de las mayorías de capital, en virtud del cual, en Colombia, cada acción confiere un voto sigue estando vigente en estas reuniones, por lo tanto si bien se puede deliberar con cualquier número plural de asociados sin importar el número de acciones representadas, las decisiones deben adoptarse con el voto favorable de por lo menos la mitad más una de tales acciones.

[97] Define la SSC en el Oficio 220-33420 de 23 de abril de 1999 a la mayoría especial como "aquella distinta a la aplicable a todos los asuntos en general; es decir, una mayoría distinta a

Ahora bien, en cuanto a la segunda de las características de la reunión ordinaria debemos señalar que si bien tanto el legislador español como el colombiano han establecido un periodo dentro del cual debería celebrarse este tipo de reunión, la misma puede llevarse a cabo válidamente fuera de dicho plazo, en el régimen español porque así lo ha previsto expresamente el legislador (164.2 de la LSC) y en el colombiano porque dicho periodo ha sido establecido de manera supletoria, por lo tanto solo se aplica si los estatutos guardan silencio sobre la fecha de celebración de la reunión ordinaria[98].

Conforme a lo anterior entendemos que si bien la finalización de este periodo de 6 o 3 meses sin celebrarse la respectiva reunión, no determina o elimina el carácter de reunión ordinaria, sí sirve como *dies a quo* para instar la convocatoria y la consecuente celebración de la reunión ordinaria (en el caso español) o para celebrar la reunión por derecho propio que hace las veces de esta en el caso colombiano, siempre y cuando en los estatutos no se haya establecido un fecha para la celebración de la reunión ordinaria o la establecida este comprendida dentro de los seis o tres primeros meses del año, respectivamente, y esta no se celebre o convoque dentro de dicho lapso.

Ahora bien, en el caso colombiano si se ha pactado estatutariamente la celebración de la reunión ordinaria por fuera de dicho plazo de tres meses, no se podrá celebrar la reunión por derecho propio el primer día hábil del mes de abril, pues lo que se pretende con estas disposiciones es asegurar la celebración de la reunión ordinaria por lo menos una vez al año, lo cual ocurriría en la fecha

aquella con la cual deben adoptarse la generalidad de las decisiones". No está de acuerdo con esta posición el profesor GIL ECHEVERRY, J, *Derecho Societario Contemporáneo,* 2ed, Legis, 2012, págs. 675-676, quien considera que el legislador ha señalado expresamente que se deliberará y decidirá válidamente con cualquier número plural de socios, consagrando como única excepción la de las mayorías especiales requeridas para la aprobación de las reformas estatutarias y la emisión de acciones privilegiadas con base en el art. 430 del C. Co. Co.

[98] Así lo ha reconocido en múltiples ocasiones la SSC, como en el Oficio 100-005858 de 21 de febrero de 2002 en el que señaló que: "es del caso reconocer la facultad legal radicada en cabeza de los asociados consistentes en la posibilidad de pactar estatutariamente reuniones ordinarias del máximo órgano social por fuera de los tres primeros meses del año, en cuyo defecto se aplicará la regla supletiva en el inciso 422 Código de Comercio.". Véase también la sentencia del 13 de marzo de 1974 dictada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado colombiano. El profesor Néstor Humberto Martínez no está de acuerdo con esta conclusión, por lo que señala que en cualquier caso la fecha fijada por los estatutos debe estar comprendida dentro de los tres primeros meses del año (MARTÍNEZ NEIRA, N.H, ob. cit. págs. 290-293

pactada estatutariamente, así sea posterior a los tres primeros meses[99]. Ahora bien, si tampoco se celebra en la fecha pactada estatutariamente los accionistas siguen teniendo a su alcance la alternativa de instar la convocatoria ante la SSC en los términos del artículo 423.1 C. de Co, tal y como se verá más adelante.

Finalmente y con relación a la tercera característica hay que apuntar que la junta reunida ordinariamente puede ocuparse de los asuntos expresamente señalados en la ley -*aprobar la gestión social, aprobar las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado* (Art. 164.1 LSC)*;* y *examinar la situación de la sociedad, designar los administradores y demás funcionarios de su elección, determinar las directrices económicas de la compañía, considerar las cuentas y balances del último ejercicio, resolver sobre la distribución de utilidades y acordar todas las providencias tendientes a asegurar el cumplimiento del objeto social* (Art. 422 C. de Co), así como de cualquier otro asunto de su competencia, pues dichos listados son enunciativos y no taxativos, tal y como lo ha venido reconociendo la doctrina y la jurisprudencia española[100] y lo reconoce expresamente el legislador colombiano en el artículo 187 del C. Co. Co, al señalar que las funciones de la junta o asamblea "*podrán cumplirse lo mismo en las reuniones ordinarias que en las extraordinarias, si en el contrato social o en las leyes no se previene otra cosa*".

De las tres características antes referidas, debemos resaltar que la primera de ellas, esto es, la obligatoriedad de su celebración por lo menos una vez al año es la que determina, de manera sustancial, su carácter de ordinaria, pues si bien también se caracteriza por haberse señalado un periodo dentro del cual debe celebrarse (en el caso español de manera imperativa y en el colombiano de manera supletoria), y un listado de asuntos sobre los cuales puede ocuparse, el hecho de que la misma se celebre fuera de dicho plazo o se ocupe de otros

[99] SSC, concepto 220-140111 de 16 de agosto de 2007 "en las compañías en las cuales los socios o accionistas convengan en sus estatutos sociales celebrar la reunión ordinaria el segundo día hábil del mes de abril o en fecha posterior, ha de entenderse que renuncian a hacer uso de la posibilidad que les da la ley, de reunirse por derecho propio". Sobre el particular véase también a GIL ECHEVERRY, J, "Derecho societario…", ob. cit. págs. 638-639.

[100] STS, 357/1999 de 30 de abril: "CUARTO (…) la distinción entre ambas clases de Juntas no impide que en las ordinarias se puedan tomar otros acuerdos (además de los que le son propiamente específicos -artículo 95 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas-), siempre que se den los «quórums» exigidos para la validez de los mismos". Véase también las STSS 784/2010 de 9 diciembre y 5152/1984 de 31 octubre.

asuntos no señalados en la norma que las regula no le hace perder su naturaleza de ordinaria, en los términos ya expuestos[101].

3.2 Reuniones extraordinarias de la junta general de accionistas.

Tanto el legislador español como el colombiano han establecido que los accionistas también pueden reunirse de manera extraordinaria, señalado el primero de ellos que constituye este tipo de reunión toda aquella que no sea ordinaria[102] y el segundo de ellos circunscribiéndolas a aquellas que se celebran por necesidades "imprevistas o urgentes de la compañía"[103].

Conforme a la definición legal de la junta extraordinaria en España, esta se caracteriza por no ser de celebración obligatoria cada año, razón por la cual no hay un periodo legalmente establecido para el efecto y por lo tanto puede llevarse a cabo o no en cualquier momento, para tratar asuntos distintos a los que corresponde a la reunión ordinaria[104].

Este tipo de reuniones no presenta más diferencias sustanciales con las ordinarias, pues sigue las mismas reglas de quórum, mayorías y convocatoria de estas[105], salvo que la convocatoria a una reunión extraordinaria no puede ser instada por cualquier socio[106] sino que debe serlo por aquel o aquellos que

[101] SSC, Oficio 1000-005858 de 21 de febrero de 2002: "Consecuentemente, la reunión ordinaria del artículo 181 del Código de Comercio, se distingue de la llamada reunión extraordinaria enunciada en el mismo artículo, por la obligatoriedad de la primera y no solo por la época o el temario especifico, toda vez que, según lo expuesto, puede pactarse que la o las reuniones ordinarias se realicen en cualquier época del año, sin que el temario previsto en el artículo 422 del Código de Comercio, sea exclusivo de este tipo de reuniones, tal como lo dispone el parágrafo del artículo 187".

[102] Artículo 165 LSC.

[103] Artículo 423 C. Co. Co.

[104] Tal y como ya se ha señalado la junta reunida extraordinariamente puede ocuparse de cualquier asunto de su competencia.

[105] Ello implica que una indebida denominación de la junta no afecta la validez de las decisiones, tal y como se ha señalado en la STS 242/1987, de 20 de abril "Segundo (…) ambas clases de juntas, según ha observado ya esta Sala -sentencia de 31 de octubre de 1984- no presentan diferencias sustanciales, y con excepción de la periodicidad de las ordinarias, no difieren ni en cuanto a asuntos ni, desde luego, en cuanto a garantías respecto a convocatoria y celebración, por lo que es indudable que no puede hacerse depender de una simple cuestión de denominación la eficacia de los acuerdos tomados".

[106] Esta prerrogativa establecida en el artículo 169 de la LSC, solo se da cuando no se ha convocado oportunamente a la celebración de la reunión ordinaria, más no para instar la celebración de una reunión extraordinaria.

representen por lo menos el cinco por ciento del capital social (art. 169 LSC), tal y como se verá a profundidad más adelante.

En el caso colombiano esta reunión se previó con el propósito, según su regulación legal, de permitir que la junta se reúna en cualquier momento, incluso dentro de los tres primeros meses del año, para resolver imprevistos o situaciones de urgencia[107], pudiendo en todo caso adoptar cualquier acuerdo de su competencia, diferenciándose de las reuniones ordinarias en algunos aspectos formales en cuanto a su convocatoria así:

i) En la convocatoria a una reunión extraordinaria, a diferencia de lo que ocurre con la ordinaria tal y como se verá con detalle más adelante, se debe incluir un orden del día concreto y taxativo[108] al cual necesariamente debe circunscribirse la reunión[109], no pudiendo por lo tanto pronunciarse sobro ningún otro asunto allí no incluido, a menos que una vez agotado el mismo y por decisión de la mayoría de los votos presentes se apruebe incluir otros temas[110], quedan a salvo de esta regla las decisiones de remover a los administradores y demás funcionarios cuya designación le corresponda a la JGA[111], así como ocuparse de la acción social de responsabilidad de los administradores, aspectos

[107] Ha señalado la SSC en el oficio 100-115226 de 28 de diciembre de 1999, que no todas las reuniones extraordinarias se celebran por imprevistos o situaciones de urgencia "pues se considera, reunión extraordinaria toda aquella que se salga de los parámetros establecidos por el artículo 422 del mismo código para ser ordinaria", así por ejemplo, si se trata de una reunión convocada a instancia o por la SSC será una reunión extraordinaria, así sus asuntos a tratar no sean "imprevistos o urgentes" sino los propios de una ordinaria que no ha sido oportunamente convocada. Bajo este criterio de la SSC, serán extraordinarias todas las reuniones que se celebren fuera de la fecha o época prevista en los estatutos, todas las convocadas a instancia o directamente por la SSC, así como las celebradas después de los tres meses siguientes al vencimiento del ejercicio social, entre otras.

[108] En efecto, como se verá más adelante, en la convocatoria a las reuniones ordinarias no resulta obligado incluir un orden del día, pudiendo ocuparse de cualquier asunto así no esté incluido en este a petición de cualquier accionista o administrador, sobre el particular véase el oficio 220-580898 del 20 de noviembre de 2002 de la SSC.

[109] Véase a la SSC, oficio 100-115226 del 28 de diciembre de 1999.

[110] No obstante lo anterior los acuerdos sobre fusión, escisión y transformación de la sociedad, siempre deben figurar dentro del orden del día incluido en la convocatoria so pena de invalidez de la correspondiente decisión, por lo tanto estos tres asuntos no pueden ser adicionados durante la reunión una vez agotado el orden del día en los términos expuestos, pues así se dispone expresamente en el artículo 13 L 222/95, en razón a que como se verá más adelante el proyecto de estos tres acuerdos siempre será objeto del derecho de inspección (información). Sobre el particular véase el Oficio 220-73376 del 30 de noviembre de 2000 de la Superintendencia de Sociedades colombiana.

[111] Artículo 425 del C. Co. Co.

sobre los cuales se puede pronunciar la JGA reunida extraordinariamente así no estén incluidos en el orden del día.

ii) A su turno, la reunión extraordinaria también se diferencia de la ordinaria en cuanto a que aquella puede ser convocadas no solo por los administradores (como la ordinaria), sino también por la SSC en tres casos concretos, tal y como lo dispone el artículo 423 del C. de Co, en los siguientes términos:

"*El superintendente podrá ordenar la convocatoria de la asamblea a reuniones extraordinarias o hacerla, directamente, en los siguientes casos: 1) Cuando no se hubiere reunido en las oportunidades señaladas por la ley o por los estatutos;*[112] *2) Cuando se hubieren cometido irregularidades graves en la administración que deban ser conocidas o subsanadas por la asamblea, y 3) Por solicitud del número plural de accionistas determinado en los estatutos y, a falta de esta fijación, por el que represente no menos de la quinta parte de las acciones suscritas*".

Las diferencias antes referidas entre estos dos tipos de reuniones, en el caso colombiano pueden resultar sustanciales en la medida en que si por ejemplo se convoca a una reunión extraordinaria y en la misma se adopta un acuerdo no incluido en el orden del día ni adicionado en los términos antes referidos, esto afectaría la validez de dicha decisión[113]. Del mismo modo siempre que la SSC convoque la reunión se considera extraordinaria, por lo tanto, si la SSC convoca por la falta de convocatoria a una reunión ordinaria, por ejemplo estatutariamente establecida, esta se considerará extraordinaria por lo que seguirá esta regla del orden día obligatorio[114].

3.3 Reuniones universales de la junta general de accionistas

[112] Es de aclarar que siempre que la reunión se convoque a instancia o por la SSC la misma se considerará extraordinaria, así lo haga por la falta de convocatoria a una reunión ordinaria.
[113] No ocurre lo mismo en las reuniones ordinarias, en la cual se pueden adoptar acuerdos no incluidos en el orden del día siendo sin que su validez se afecte por esta razón.
[114] SSC, Oficio 100-115226 del 28 de febrero de 1999 "a manera de ejemplo, se mencionan las siguientes como reuniones extraordinarias (…) 4. Las que convoca u ordena convocar el Superintendente cuando no se hubiera reunido la asamblea en las oportunidades señaladas por la ley o por los estatutos, casos en la cual la ley tiende a suplir una omisión que quebrante el orden jurídico especial de la sociedad."

La reunión universal de la junta es tanto para el legislador colombiano como para el español, aquella que se celebra con la participación de la totalidad del capital social, con la aceptación y por voluntad de todos, sin necesidad de una previa convocatoria, para tratar cualquier asunto de su competencia, en cualquier lugar y en cualquier momento del año.[115]

Así las cosas, la reunión universal se caracteriza en primer lugar por tener como presupuesto indispensable de validez la concurrencia de todos los accionistas, no solo de aquellos con derecho a voto, pues la ley habla de la totalidad del capital social[116].

Ahora bien, una vez presentes o representados todos los accionistas, estos deben tener la voluntad de constituirse en junta, presupuesto que si bien no fue establecido en la legislación colombiana expresamente, como si lo fue en la española, también resulta sustancial en aquel régimen en este tipo de reuniones para la validez de la misma[117], y para materializar este *animus*, resulta conveniente que los accionistas aprueben por unanimidad un orden del día con los asuntos a tratar durante la reunión universal[118].

Constituida la junta de manera universal con el cumplimiento de los dos preceptos antes referidos, no es necesario que todos los accionistas permanezcan presentes durante toda la reunión hasta el final, pues el requisito de concurrencia

[115] Artículo 178 de la LSC española y artículos 182 y 426 del C. Co. Co.

[116] Como se verá más adelante existen eventos en los cuales los accionistas no tienen derecho a voto, o el mismo se encuentra suspendido por alguna circunstancia particular, o como ocurre en el caso español no tienen el porcentaje mínimo requerido para participar en la JGA (art. 179.2 LSC), accionistas todos estos, que igualmente deben concurrir a la reunión extraordinaria para que la misma se considere válidamente constituida, igual ocurre en los caso en que la acción esta desligada al voto o pertenece a más de una persona, pues deberá acudir, el usufructuario o alguno de sus copropietarios, respectivamente. Sobre el particular véase a ARANA RUÍZ-CÁMARA, E, "Competencia de la Junta", en BALLESTER AZPITARTE, L. (Coord.): *Tratado de sociedades de capital, Tomo I*, Aranzadi, 2017, págs. 1003-1004 (España) y a la SSC, Oficio 220-35460 del 24 de agosto de 2001 (Colombia).

[117] Así lo señaló la SSC, Oficio AN-02607 de 6 de febrero de 1989 en los siguientes términos: "cabe advertir que no basta la presencia de todos los asociados, sino que se requiere que estos decidan constituirse en asamblea, o sea, que haya voluntad de conformar el órgano de dirección de la empresa a la cual pertenecen, de donde surgen los siguientes presupuestos de esta clase de reunión: a) que este reunida la totalidad de los asociados. Con uno solo que falte, las decisiones adoptadas serán ineficaces. b) que exista voluntad de constituirse en asamblea general de accionistas, ya que de otra manera se trataría de una reunión informal".

[118] Si bien no se ha establecido en ninguno de los dos regímenes la obligación de aprobar por unanimidad un orden del día, la DGRN ha señalado su conveniencia en las resoluciones del 27 de octubre de 2012 [RJ 2012, 11196] y del 22 de julio de 2013 [RJ 2013, 6682], en igual sentido véase a GIL ECHEVERRY, J, "Derecho societario…", cit. pág. 705.

universal y unanimidad se predica solo para constituir la reunión, más no para las deliberaciones y adopción de decisiones, pues estas se han de adoptar con la mayoría legal o estatutariamente preestablecido[119].

Ahora bien, al tratarse de una reunión que no debe estar precedida de convocatoria, pues por sus características (voluntad de reunirse y concurrencia de todos los socios), esta pierde su finalidad[120], la decisión de fusión, transformación o escisión, sí requieren de la unanimidad cuando se adoptan en una reunión universal[121]. Lo anterior en razón a que se trata de acuerdos que requieren de una convocatoria con unos plazos mínimos que permiten garantizar el ejercicio del derecho de información, por lo tanto al adoptarse los mismos en una reunión donde no hubo convocatoria y por lo tanto no se pudo ejercer dicho derecho, debe mediar la manifestación expresa de cada accionista sobre el mismo para entender que ha habido una renuncia válida al ejercicio del derecho de información y ello solo ocurre cuando todos han votado afirmativamente la adopción de estos acuerdos particulares.

Mención especial requiere la decisión de aprobar los estados financieros o las cuentas en una reunión universal, pues en Colombia sigue la regla de la

[119] Sobre el particular véase lo que señala GIL ECHEVERRY, J, "Derecho societario…", cit. págs. 704 y 705. Igualmente lo señalado por ARANA RUIZ-CÁMARA, E, ob. cit. pág. 1005. Así como la STS 665/2007, de 9 de febrero y RDGRN de 24 de abril de 2013.

[120] STS 1665/2016, de 19 de abril "Así, si en realidad la finalidad principal y esencial de la convocatoria es el aviso al socio de que se van a discutir cuestiones que afectan a sus intereses, la inexistencia del aviso podría suponer que aquél se vea obligado a debatir y votar sobre asuntos sobrevenidos e inesperados, de los cuales podría no estar debidamente informado, o afectar a sus intereses. De esta forma, se otorga al socio un instrumento para evitar la celebración de la junta y quedar vinculado a hipotéticos acuerdos que se tomaran sin haber podido participar adecuadamente en los mismos, por carecer de las adecuadas garantías informativas. A ello responde el principio de la unanimidad, pues si la existencia de la figura de la junta universal obedece a unos criterios básicamente prácticos, esto es, permitir a las sociedades de pequeño tamaño celebrar juntas de socios de manera fluida, el requisito de la aceptación unánime para celebrar junta universal se convierte en el medio para salvar los problemas de desinformación e indefensión del socio que difiere o disiente de la conveniencia de celebrar esa junta."

[121] En Colombia véase el Oficio 100-87155 del 20 de septiembre de 1999 de la Superintendencia de Sociedades, "considera este despacho que en el evento en que la decisión se adopte en una reunión universal, con la presencia y decisión de todos los socios, es posible obviar no solamente el término de los 15 días hábiles que se exigen en el aludido artículo 13 de la L 222/1995, si no la convocatoria, por cuanto la presencia de todos los socios y la manifestación expresa de los mismos de estar de acuerdo con la aprobación de la escisión, dejaría a salvo su protección y, por ende, la finalidad de la norma que se estudia".

En España por expresa regulación de los artículos 9.3, 42, 73.1 y 87.1 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

unanimidad[122], tal y como ya se expresó, mientras que en España no, toda vez que ha entendido la jurisprudencia[123] que al aceptarse la celebración de la reunión universal y al incluirse este asunto en el orden del día de manera unánime se acepta el no tener ese derecho previo de información y por lo tanto el acuerdo sobre este asunto puede adoptarse bajo las mayorías legales o estatutariamente establecidas.

Conforme a lo anterior la junta reunida de manera universal puede deliberar y decidir sobre cualquier materia de su competencia[124], incluso sobre aquellas materias que requieren de un plazo mínimo de convocatoria[125]

[122]SSC, Boletín n° 1 de 1999 "en consecuencia, si bien es cierto que nada obsta para que pueda en esas circunstancias aprobarse el balance, no lo es menos que para prescindir del derecho de inspección, el cual radica individualmente en cabeza de todos y cada uno de los accionistas, se requiere la renuncia explicita por parte de la totalidad de los mismos, lo cual implica que en ese caso e balance solo se entenderá aprobado cuando la decisión sea adoptada unánimemente, pues es obvio que en este evento todos han hecho dejación de ese derecho, o lo que es equivalente, que consideran suficiente el examen de los libros y papeles que hayan realizado en el curso de la misma reunión".

[123] Tal y como se recoge en la STS 6246/2005, de 18 de octubre "Pero no ocurre de igual modo cuando se trata de la celebración de una junta como "universal" pues en tal caso, como recuerda la sentencia de esta Sala de 29 de diciembre de 1999, estando presente todo el capital social, los asistentes aceptan por unanimidad la celebración de la junta y los asuntos a tratar, lo que ha de hacerse constar en el acta que al efecto se levante (artículo 97.4ª del Reglamento de Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1.597/1989, de 29 de diciembre , entonces vigente), debiendo entenderse que si todos los socios -en el caso nada se alegó en la demanda sobre defecto de representación de los no asistentes para la aceptación de la junta universal- asumen voluntariamente la celebración de esa junta es porque nada tienen que objetar respecto al cumplimiento por parte de los administradores de cualquier requisito previo a la misma y, en concreto, en relación con la prestación de información anticipada en los términos del artículo 212.2 del TRLSA (sea porque se consideren suficientemente informados o porque se conforman con el examen documental que puedan llevar a cabo en la misma junta), ya que si el socio no ha recibido esa información anticipada, o se muestra disconforme con la misma, es suficiente con que se oponga a la celebración de la "junta universal", forzando la convocatoria en forma de una junta general."

[124] Art. 178.1 de la LSC. Sobre el particular ha señalado la SSC en el oficio 220-19774 del 17 de abril de 2007 que "es claro que conforme a lo dispuesto en el artículo 182, ibídem, el requisito de la convocatoria puede obviarse en cualquier caso cuando quiera que se halle representada la totalidad de los asociados, evento en el cual la reunión que por razón de esas circunstancias ha denominado la doctrina "universal" puede llevarse a cabo en todo tiempo y lugar, sea dentro o fuera del domicilio y aún en un país extranjero y en ella pueden tomarse, a discreción de los asociados, todas, sin excepción, las decisiones que sean competencia del máximo órgano social, sin perder de vista desde luego la mayoría decisoria que para cada cual corresponda, así como las demás condiciones que en particular imponga la ley."

[125] En estos dos casos particulares, la Superintendencia de Sociedades, en los conceptos 220-73535 del 19 de diciembre de 2006 y 220-062800 del 4 de noviembre de 2005, respectivamente, ha señalado que por tratarse de renuncia a derechos expresamente concedidos por el legislador a los accionistas, estos deben adoptar la correspondiente decisión por unanimidad.

establecido para ejercer el derecho de información, pues lo que el legislador ha querido es que prime la autonomía de la voluntad privada, por lo que si los socios deciden deliberar sobre estos asuntos están renunciando válidamente a esas prerrogativas que otorga la ley[126].

Finalmente, y con relación a las reuniones universales, debemos referirnos a dos formas de adoptar acuerdos sociales que requerían para el efecto de la participación de todo el capital social, establecidas en la legislación colombiana, y denominadas: "*reuniones no presenciales*", reguladas en el artículo 19[127] de la Ley 222/95, y "*otro mecanismo para la toma de decisiones*", regulado en el artículo 20[128] de la misma Ley, con las siguientes particularidades:

3.3.1 Reuniones no presenciales:

Esta modalidad de reunión se caracterizaba hasta antes de la expedición del Decreto 398 de 2020[129], por requerir de la participación o voto por escrito,

[126] MARTÍNEZ NEIRA, N, ob. cit. Pág. 298

[127] ARTICULO 19. L 222/95 REUNIONES NO PRESENCIALES. Siempre que ello se pueda probar, habrá reunión de la junta de socios, de asamblea general de accionistas o de junta directiva cuando por cualquier medio todos los socios o miembros puedan deliberar y decidir por comunicación simultánea o sucesiva. En este último caso, la sucesión de comunicaciones deberá ocurrir de manera inmediata de acuerdo con el medio empleado.

[128] ARTICULO 20. L 222/95 OTRO MECANISMO PARA LA TOMA DE DECISIONES. Serán válidas las decisiones del máximo órgano social o de la junta directiva cuando por escrito, todos los socios o miembros expresen el sentido de su voto. En este evento la mayoría respectiva se computará sobre el total de las partes de interés, cuotas o acciones en circulación o de los miembros de la junta directiva, según el caso. Si los socios o miembros hubieren expresado su voto en documentos separados, éstos deberán recibirse en un término máximo de un mes, contado a partir de la primera comunicación recibida.
El representante legal informará a los socios o miembros de junta el sentido de la decisión, dentro de los cinco días siguientes a la recepción de los documentos en los que se exprese el voto.

[129] Sobre el particular la SSC expidió la Circular Externa 100-000002, del 17 de marzo de 2020, en la que señaló: "De forma particular, y de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 398 de 2020 frente a las reuniones no presenciales, sean éstas ordinarias o extraordinarias, se deberá tener en cuenta que: A efectos del artículo 19 de la Ley 222 de 1995, se entenderá que la expresión, "todos los socios o miembros" allí contenida, hace referencia a aquellos socios o miembros de la Junta Directiva que participan en la reunión no presencial, siempre que se cuente con el número de participantes necesarios para deliberar según lo determine la ley o los estatutos, por lo cual, conforme a la normatividad vigente, en este tipo de reuniones no es necesaria la participación de todos los socios o miembros de la Junta Directiva; Se deberá dar aplicación a las reglas en materia de convocatoria, quórum y mayorías previstas en la ley o los estatutos; Existe la posibilidad de adelantar reuniones mixtas, conforme se determine en la convocatoria, esto es, aquellas en las que algunos de sus participantes asistan físicamente (presenciales) y otros virtualmente (no presenciales); La convocatoria a las reuniones no presenciales o mixtas deberá señalar los medios tecnológicos que serán utilizados y la manera en la cual se accederá a la

respectivamente, de todos los accionistas, por lo que seguía las reglas de las reuniones universales, sin embargo, con ocasión de la crisis sanitaria padecida a nivel mundial derivada de la pandemia por el Covid-19, el ejecutivo colombiano, expidió el Decreto 398 de 2020, mediante el cual se adicionó el capítulo 16 del título 1 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1074 de 2015, estableciéndose en el artículo 2.2.1.16.1, lo siguiente:

"*Para los efectos de las reuniones no presenciales de que trata el artículo 19 de la Ley 222 de 1995, modificado por el artículo 148 del Decreto Ley 019 de 2012,* ***cuando se hace referencia a «todos los socios o miembros» se entiende que se trata de quienes participan en la reunión no presencial, siempre que se cuente con el número de participantes necesarios para deliberar según lo establecido legal o estatutariamente****.*

El representante legal deberá dejar constancia en el acta sobre la continuidad del quórum necesario durante toda la reunión. Asimismo, deberá realizar la verificación de identidad de los participantes virtuales para garantizar que sean en efecto los socios, sus apoderados o los miembros de junta directiva. Las disposiciones legales y estatutarias sobre convocatoria, quorum y mayorías de las reuniones presenciales serán igualmente aplicables a las reuniones no presenciales de que trata el artículo 19 de la Ley 222 de 1995, modificado por el artículo 148 del Decreto Ley 019 de 2012 Parágrafo. Las reglas relativas a las reuniones no presenciales serán igualmente aplicables a las reuniones mixtas, entendiéndose por ellas las que permiten la presencia física y virtual de los socios, sus apoderados o los miembros de junta directiva."

Así las cosas, la interpretación que venía dándosele a los mandatos del artículo 19 de la L 222/1995, según la cual en las reuniones no presenciales debía participar el 100% de los accionistas, quedo desterrada, aclarándose que estas reuniones se constituyen con el mismo quórum legal o estatutariamente establecido para las reuniones presenciales, pudiéndose incluso llegar a celebrar

---

reunión por parte de los socios, sus apoderados o los miembros de la Junta Directiva para la participación virtual, sin perjuicio de las instrucciones necesarias para quienes asistan físicamente en caso de que la reunión sea mixta; Para la realización de este tipo de reuniones, el representante legal deberá verificar la identidad de las personas que asistan virtualmente, con el propósito de garantizar que, en efecto, se trate de los socios, sus apoderados o los miembros de junta directiva, según el caso, y Adicionalmente, el representante legal deberá dejar constancia en el acta sobre la continuidad de¡ quórum que sea requerido para el inicio de la reunión, y que el mismo se mantenga durante su desarrollo y hasta su culminación.". Normativa que tiene un carácter permanente conforme a lo expuesto en el concepto del 16 de julio de 2020, con radicación 2020-01-199312.

reuniones mixtas, en las cuales algunos socios asisten presencialmente y otros telemáticamente[130].

Se debe señalar que como su nombre lo indica, se trata de un tipo de reunión en la que no concurren físicamente los accionistas al domicilio social o al lugar donde estatuariamente se ha definido que se llevan a cabo las reuniones de la JGA, pero sí lo hacen de manera telemática, debiendo participar y votar los accionistas de forma simultánea o sucesiva a través de cualquier medio de comunicación que garantice su prueba y verificación posterior[131].

Es de resaltar que conforme a la redacción inicial del artículo 19 de la L 222/1995, como se trataba de una reunión universal no debía estar precedida de convocatoria, pudiendo, sin embargo ser objeto de este procedimiento[132], sin que ello permitiera suprimir el requisito de universalidad para que la misma se considerara válida, mediera o no convocatoria, cuando se trataba de la celebración de una reunión no presencial, debían participar en ella todos los

[130] Sobre esta clase de reuniones mixtas, señaló la SSC, en el concepto con radicación 2020-01-199312, de fecha 25 de mayo 2020 que "Existe la posibilidad de adelantar reuniones mixtas, conforme se determine en la convocatoria, esto es, aquellas en las que algunos de sus participantes asistan físicamente (presenciales) y otros virtualmente (no presenciales); La convocatoria a las reuniones no presenciales o mixtas deberá señalar los medios tecnológicos que serán utilizados y la manera en la cual se accederá a la reunión por parte de los socios, sus apoderados o los miembros de la Junta Directiva para la participación virtual, sin perjuicio de las instrucciones necesarias para quienes asistan físicamente en caso de que la reunión sea mixta;".

[131] SSC, Oficio 220- 085459 de 18 de septiembre de 2010 "(…) las llamadas 'reuniones no presenciales', son aquéllas en virtud de las cuales, las mayorías pertinentes podrán deliberar o decidir por comunicación simultánea o sucesiva, utilizando para tal efecto los avances tecnológicos en materia de telecomunicaciones tales como fax, teléfono, teleconferencia, video conferencia, internet, conferencia virtual o vía "chat" y todos aquellos medios que se encuentren al alcance de los asociados. (….) En resumen, de lo expuesto cualquier medio técnico o tecnológico es viable siempre que permita probar la participación en las deliberaciones y decisiones de todos los asociados, si se trata de reuniones del máximo órgano social, o de todos los miembros que conforman la junta directiva."

[132] Circular Externa No. 100-000001 del 21 de marzo de 2017 "El artículo 186 del Código de Comercio no alude a la convocatoria como presupuesto para la existencia de las "reuniones no presenciales". De acuerdo con la regla general mencionada, estas reuniones pueden obedecer a la determinación concreta de sesionar conforme lo permite la ley, sin necesidad de convocatoria; o a una citación o convocatoria previa, ya sea que esta se efectúe inicialmente para una reunión presencial que luego se realice bajo la modalidad de no presencial, o que desde un comienzo se realice para promover una reunión no presencial a la cual los socios o administradores asistirán preparados, gracias a la antelación.

Requisitos esenciales i) la participación de todos los socios o de todos los miembros de la junta directiva, según corresponda, ii) la utilización de un medio susceptible de prueba de este hecho, iii) a comunicación simultánea o sucesiva.

accionistas, so pena de ineficacia de las decisiones así adoptadas. Sin embargo, en la actualidad como esta clase de reuniones ya no debe ser universal, la convocatoria se hace absolutamente indispensable para la validez de esta.

3.3.2 Otro mecanismo para la toma de decisiones:

Se trata de la adopción de acuerdos sociales sin la concurrencia física ni telemática de los accionistas, es decir sin reunión, pero en las que sin embargo se reputan válidas las decisiones adoptadas sin el cumplimiento de este supuesto básico, siempre que todos los accionistas expresen por escrito[133] su voto dentro del término máximo de un mes contado a partir del primer voto recibido, por lo tanto en la práctica, una vez recibido el primer voto debe comunicársele a los demás accionistas que cuentan con un mes para manifestar el suyo de manera expresa, y si alguno no lo hace llegar en ese lapso, se considerara que no ha habido reunión y por lo tanto no se ha adoptado acuerdo alguno.

Conforme a lo anterior, se trata de un mecanismo de adopción de decisiones "universal", que por lo tanto no requiere de convocatoria, y en la que no obstante su universalidad solo debe expresar el voto (por escrito y dentro del plazo legal) los accionistas que tengan este derecho, pues al no haber deliberación sino únicamente votación, el quórum se forma única y exclusivamente por todos aquellos que tienen dicho derecho[134].

Estas dos formas de adopción de los acuerdos sociales siguen la misma regla de las demás reuniones universales, en cuanto a competencia y mayorías decisorias, pudiéndose ocupar de cualquier asunto de su competencia,

[133] El voto se puede expresar a través de un de un mensaje de datos, el cual se define en el artículo 2.a de la Ley 527 de 1997 como "la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax)", esto con base en lo dispuesto en el artículo 6 de la misma ley que establece "Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta. Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito".

[134] GIL ECHEVERRI, J, "Derecho societario…", ob. cit. pág. 732 "el quórum decisorio se integra con la mayoría absoluta del capital suscrito, el cual corresponde al total de las partes de interés, cuotas o acciones en circulación. Sin embargo, ha de entenderse que para este caso específico, únicamente se tendrá en cuenta el interés social con derecho a voto. De manera que, no se computarán las acciones o cuotas readquiridas por la sociedad, las acciones sin derecho a voto y las acciones en mora".

requiriendo de la unanimidad para adoptar acuerdos que impliquen renuncia al ejercicio del derecho de información[135].

No existe regulación parecida en el régimen español, sin embargo, sí que está permitido, tal y como se verá más adelante, la asistencia telemática del socio (Art. 182 LSC siempre que los estatutos lo consagren) y el voto a distancia (art. 189.2 LSC), por lo que, aún sin las prerrogativas y especiales reglas de las reuniones universales no presenciales y por comunicaciones sucesivas establecidas en la legislación colombiana, sí puede en España darse el caso de que en una JGA todos los socios participen telemáticamente o manifiesten su voto sin acudir a la reunión en los términos del precitado 189.2 de la LSC[136], claro está que en estos eventos, sí debe mediar convocatoria previa en los términos legales que se verán más adelante y no requiere para su validez de la participación de todo el capital social, como si se tratara de una reunión universal.

[135] Sobre el particular véase a la SSC, Oficio 220-43760 de 28 de julio de 1998 "De ahí que como ya quedó visto antes, los asuntos que son materia del temario de las reuniones ordinario, no son exclusivos de ese tipo de reuniones y así mismo que el legislador no consagró excepción alguna en torno a las decisiones susceptibles de ser adoptadas a través del mecanismo que contempla el citado artículo 20 de la Ley 222 por tanto, es dable colegir que bien pueda tomarse a través del mismo algunos e incluso todas las determinaciones que en aquellas habrían de tratarse, bien sea que como en la hipótesis a que se hizo alusión se hubiera efectuado con anterioridad la convocatoria para la reunión ordinaria y los accionistas unánimemente acuerden en lugar de constituirse en reunión de asamblea, acudir a ese procedimiento, o bien, porque sin mediar citación para ese efecto, espontánea y casualmente todos lo consideren propicio y se cumplan en relación con todas y cada una de las decisiones las condiciones a que el procedimiento está supeditado, así como las demás reglas que legal y estatutariamente correspondan en razón a la naturaleza de cada decisión en particular. En ese supuesto ha de tenerse en cuenta el aspecto que fue ya tratado en relación con la aprobación del balance, sin que sea posible perder de vista que en todo caso es esa una función condicionada al ejercicio del derecho de inspección, razón por la cual si el mismo no se ha permitido antes de que los accionistas pretendan expresar en torno a su aprobación o improbación el sentido de su voto en los términos y bajo las reglas que al efecto fija la ley, sería indispensable conforme atrás se expuso, que la decisión de aprobarlo contara con el voto favorable de la totalidad de los accionistas."

[136] En efecto, en el artículo 100.1 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, se regula la forma como debe documentarse (acta) una reunión en la que todos los socios participantes en la reunión han manifestado su voto a distancia, pues allí expresamente se señala que "Artículo 100. Supuestos especiales. 1. Cuando la Ley no impida la adopción de acuerdos por correspondencia o por cualquier otro medio que garantice su autenticidad, las personas con facultad de certificar dejarán constancia en acta de los acuerdos adoptados, expresando el nombre de los socios o, en su caso, de los administradores, y el sistema seguido para formar la voluntad del órgano social de que se trate, con indicación del voto emitido por cada uno de ellos. En este caso, se considerará que los acuerdos han sido adoptados en el lugar del domicilio social y en la fecha de recepción del último de los votos emitidos."

3.4 Juntas especiales.

Finalmente debe señalarse que en España existen las denominadas juntas especiales[137], que buscan la protección de unos accionistas particulares afectados por una reforma estatutaria, y en virtud de las cuales, dichos socios, reunidos en estas juntas especiales, deben adoptar un acuerdo que autorice o permita la modificación estatuaria que afecta a su categoría de acciones, siendo dicha decisión presupuesto de existencia para la adopción, por parte de la junta general, de la decisión de reforma estatutaria correspondiente.

La celebración de estas juntas especiales sigue las mismas reglas de las juntas generales, aunque, claro está, a ella no se convoca a todos los accionistas sino solo a aquellos titulares de derecho de voto por formar parte de la clase afectada. No obstante lo anterior, estos acuerdos también pueden adoptarse en la misma junta general que adopta la decisión de modificación estatutaria, mediante acuerdo separado.[138]

III. PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES.

1. La convocatoria como antecedente necesario y presupuesto de validez para la adopción de los acuerdos.

[137] Artículo 293 de la LSC. Sobre el particular señala FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L, *Derecho de sociedades*, ob. cit. consultado en http://www.tirantonline.com, pág. 12 (Versión electrónica) que "La celebración de las mismas queda reservada a aquellos supuestos de modificación estatutaria, que lesionen directa o indirectamente los derechos de una clase de acciones. Según establece el artículo 293.1 LSC, la validez de tales modificaciones requiere que el acuerdo, sujeto a los requisitos procedimentales de las demás Juntas, sea además adoptado por la mayoría de las acciones pertenecientes a la clase afectada y, siendo estas más de una, con el acuerdo separado de cada una de ellas. Cuando el acuerdo de los accionistas afectados se adopte en Junta especial, habrán de cumplimentarse los requisitos de los artículos 285 a 287, 288.2 y 290.1 LSC (art. 293.3 LSC) junto a los que, con carácter ordinario la Ley previene para toda Junta general de accionistas (art. 293.4 LSC). La convocatoria de la reunión podrá realizarse conjuntamente con la correspondiente a la Junta general que va a deliberar sobre la modificación estatutaria."

[138] VILLANUEVA GARCIA-POMADERA, B.: "La tutela colectiva de los derechos de los titulares de clases de acciones en la sociedad anónima", en BALLESTER AZPITARTE, L. (Coord.): *Tratado de sociedades de capital, Tomo I*, Aranzadi, 2017, págs. 1472-1473

La convocatoria es el acto mediante el cual se cita a los accionistas para que se reúnan en junta general, deliberen y voten, esto es, conformen y manifiesten la voluntad social a través de la adopción del acuerdo respectivo.

Se trata de un derecho de los socios, el de ser convocados, cuya finalidad, tal y como ya se apuntó, es la de informar con suficiente antelación el día, la hora, el lugar y el orden del día o temario de la reunión, para que los accionistas se preparen para la celebración de la misma y puedan ejercer de la manera que consideren más conveniente sus derechos esenciales de asistir, deliberar y votar, y cuya pretermisión invalida la adopción de las decisiones, salvo que se trate de acuerdos adoptados en una reunión universal celebrada en los términos ya expuestos.

La convocatoria debe efectuarse cumpliendo una serie de requisitos y plazos imperativos, cuya inobservancia también puede llevar al traste a las decisiones adoptadas en una junta defectuosamente convocada, por lo tanto, no solo la falta de convocatoria puede afectar la validez de las decisiones, sino que una convocatoria defectuosamente realizada también puede llevar a ello[139].

Así las cosas debemos señalar que tanto el legislador español como el colombiano han regulado los elementos esenciales de la convocatoria para considerarla ajustada a derecho y para ello han determinado quién debe convocar, cuándo se debe convocar, cómo se debe convocar y cuál debe ser el contenido mínimo de la convocatoria, señalando además los parámetros que se deben seguir en la misma en cuanto al lugar y la fecha de la reunión, previendo también el ejercicio del derecho de información, como un paso más del proceso de conformación de la voluntad societaria, que se puede ejercer en unos plazos legalmente establecidos a partir de la convocatoria.

1.1 Legitimados para convocar

Así tenemos que el primero elemento de la convocatoria se circunscribe a quiénes son los legitimados para convocar la reunión de la JGA. En España

[139] Para efectos de determinar la incidencia del fallo de la convocatoria en la validez del acuerdo, debe valorarse si la misma aunque defectuosa ha cumplido con su finalidad, o si el socio ha actuado convalidando con su actuación en la junta el defecto de la convocatoria, a menos que se trate de un fallo sustancial que genere la nulidad de pleno derecho del acuerdo y que por lo tanto no puede ser convalidado ni subsanado. Sobre el particular véase en el caso español las STSS 95/2006, de 13 de febrero y 436/2013, de 3 de julio, y en el colombiano la Sentencia del 2 de febrero de 2011 del Tribunal Superior del Distrito Superior de Bogotá, Sala Civil.

serán, en principio, los administradores y, en su caso, los liquidadores de la sociedad[140], bien sea *motu proprio* o por solicitud de uno o varios socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social[141], esto último mediante requerimiento notarial y expresando en la solicitud los asuntos a tratar, surgiendo así la obligación del administrador de convocar a la respectiva reunión a celebrarse dentro de los dos meses siguientes, pudiendo, en todo caso incluir asuntos nuevos en el orden del día de la convocatoria, pero sin eliminar o sustituir los propuestos por los socios.

Dentro de este régimen están obligados a convocar los administradores, dentro del mismo plazo antes referido, cuando se trate de adoptar el acuerdo de disolución[142], así como, so pena de incurrir en responsabilidad personal, para el nombramiento y separación de los administradores[143] y auditores de cuentas (art. 263 y 264 LSC), la modificación de los estatutos (art. 285 LSC), el aumento y reducción del capital social (art. 296), la suscripción o limitación del derecho de suscripción y de asunción preferente (art. 308 LSC) y la adopción de cualquier acuerdo de competencia de la JG establecidos en el artículo 160 de la LSC, tales como la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales, la transformación, fusión, escisión o cesión global de activos y pasivos, el traslado del domicilio al extranjero y la aprobación del balance final de liquidación[144] entre otras.

Con relación a los administradores legitimados para convocar debe resaltarse que, si la sociedad tiene varios administradores y estos son solidarios puede convocar cualquiera de ellos, pero si teniendo varios son mancomunados tendrán que convocar todos. A su turno si la administración se ejerce en forma de consejo será el consejo quien colegiadamente acuerde la convocatoria, sin que

[140] Artículo 166 LSC

[141] Sobre este requisito deben precisarse 3 aspectos: i) este porcentaje puede ser integrado tanto por los socios sin derecho a voto, como por aquellos que no pueden asistir a la junta por no alcanzar el porcentaje mínimo de participación, así como por los socios que han incurrido en mora; ii) ese porcentaje puede disminuirse pero no aumentarse por acuerdo estatutario (RDGRN del 13 de enero de 1994) y ; iii) conforme al artículo 365.1 de la LSC, cualquier socio, sin importar la representación accionaria que tenga, puede solicitar a los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera alguna causa de disolución o la sociedad fuera insolvente.

[142] Artículo 367.1 LSC

[143] También está obligado a convocar el administrador que renuncia para el nombramiento de su reemplazo (RDGRN del 5 de junio de 2014)

[144] JURADO JURADO, J y MADRID ALONSO, J: "Deber de convocar", en BALLESTER AZPITARTE, L. (Coord.): *Tratado de sociedades de capital, Tomo I*, Aranzadi, 2017, págs. 930-931.

pueda hacerla individualmente el consejero delegado[145], aunque en estos dos últimos casos (administración mancomunada o consejo) podrá convocar cualquier administrador cuando ha cesado o muerto algún administrador mancomunado o la mayoría de los miembros del consejo de administración, solo para los nombramientos respectivos[146].

También podrán convocar los administradores designados, aunque aún no figuren inscritos en el registro mercantil[147] y el administrador de hecho con cargo caducado para el nombramiento de su reemplazo[148].

El Letrado de la Administración de Justicia o el Registrador mercantil del domicilio social[149], también pueden convocar, de manera excepcional por solicitud de cualquier accionista cuando:

i) Los administradores o el comisario no hayan atendido la solicitud de convocatoria de los accionistas en los términos de los artículos 169.1 y 422.1 de la LSC, respectivamente.

ii) No hubieran sido convocados dentro del plazo legal o estatutario a la reunión ordinaria o a las establecidas en los estatutos[150].

iii) En caso de muerte o de cese del administrador único, de todos los administradores solidarios, de alguno de los administradores mancomunados, o de la mayoría de los miembros del consejo de administración, sin que existan suplentes[151].

A su turno el Comisario del sindicato de obligacionistas, podrá convocar a la JGA, en los términos de los artículos 422 y 428 de la LSC.

---

[145] STS 1031/1995, de 24 de febrero.
[146] STS 5385/2007, de 5 de julio.
[147] Véase las RDGRN de 4 de junio de 1998 y 14 de septiembre de 2015, *contrario sensu*, no es válida la convocatoria hecha por un administrador inscrito pero cesado y sustituido por otro aún no registrado, pues en este caso el legitimado será este último.
[148] RDGRN del 30 de octubre de 2009 y del 4 de febrero de 2015.
[149] Sobre el particular hay que estarse a lo dispuesto en el artículo 170 LSC que establece que el letrado de la administración de justicia convoca en los términos de los artículos 117 a 119 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, así como que el Registrador mercantil debe convocar en el plazo de un mes siguiendo los procedimientos del Reglamento del Registro Mercantil. Resaltando que no existe diferencia entre los requisitos que debe cumplir una convocatoria convencional con una judicial.
[150] Artículo 169.2 LSC
[151] Artículo 171 LSC.

En el caso colombiano el deber de convocatoria lo tienen los administradores[152] *motu proprio* o por solicitud de uno o varios socios que representen el 10% o más del capital social[153], estando obligados a convocar, en casos como cuando la sociedad entra en estado de cesación de pagos (art. 224 C. de Co) o cuando convocados a una reunión no se conforma el quórum necesario para deliberar (art. 429 C. de Co). Del mismo modo también tienen el deber de convocar los liquidadores a la asamblea final de liquidación para aprobar la cuenta final del proceso liquidatario (Art. 248 C. de Co) y si no lo hacen responderán ante los socios y terceros de los perjuicios que causen.

A su turno la SSC puede ordenar la convocatoria a los administradores o convocar directamente a la celebración de reuniones extraordinarias, siempre y cuando: i) la JGA no se hubiere reunido en las oportunidades señaladas por la ley o por los estatutos, ii) se hubieren cometido irregularidades graves en la administración que deban ser conocidas o subsanadas por la asamblea, o iii) por solicitud del número plural de accionistas determinado en los estatutos y, a falta de esta fijación, por aquellos que representen no menos de la quinta parte de las acciones suscritas[154].

Aunado a lo anterior, excepcionalmente, en Colombia la JGA puede ser convocada directamente por uno o varios socios que represente por lo menos el veinte por ciento de las acciones en que se halle dividido el capital social[155], única y exclusivamente para adoptar la decisión de ejercer la acción social de responsabilidad contra los administradores[156]. Los socios que convocan deben señalar el día, la hora y el lugar de la reunión, incluyendo como único tema a

[152] Artículo 181 C. Co. Co.
[153] Artículo 182 C. Co. Co.
[154] Estos requisitos de pluralidad de socios y porcentaje mínimo de acciones encuentran, una excepción en el artículo 87 de la L 222/95, según el cual un solo asociado que represente por lo menos el diez por ciento del capital social o alguno de los administradores pueden solicitar a la SSC la convocatoria a la JGA siempre que se trate "de sociedades, empresas unipersonales o sucursales de sociedad extranjeras que a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior registren activos iguales o superiores a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes o ingresos iguales o superiores a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y no estén sometida a la vigilancia de la Superintendencia Financiera".
[155] Artículo 25 de la L 222/95
[156] Es de resaltar que en España en este caso la convocatoria no puede hacerla directamente el o los socios, sino que debe hacerla los administradores, sin embargo el legislador español sí ha previsto, en el art. 239 de la LSC, la posibilidad de que la acción la ejerza directamente el socio o socios que posean individual o conjuntamente una participación del 5% del capital social, cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin o cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo legal un vez acordada.

tratar el de decidir y votar sobre la acción social de responsabilidad, señalando expresamente el nombre del o los administradores correspondientes, indicando la causa o razón que sustentará la acción, pudiendo en todo caso decidirse en dicha junta sobre la remoción del administrador cuando se haya aprobado la acción social de responsabilidad, pero no pudiéndose extender a ningún otro asunto[157].

1.2 Cuándo y de qué forma debe convocarse.

Sobre el particular lo primero que habrá que decirse es que los administradores, legitimados por *natura* para convocar, pueden hacerlo en cualquier momento del año, siempre que lo consideren necesario o conveniente, estando obligados a ello, por lo menos una vez al año dentro del plazo legal o estatutariamente establecido para la celebración de las reuniones ordinarias o para la celebración de las reuniones establecidas en los estatutos.

Ahora bien, en cuanto a la forma de la convocatoria, el legislador español ha previsto expresamente que la misma debe ser por escrito y con un gran despliegue publicitario, por ello ha establecido en el artículo 173 de la LSC que debe ser publicada en: i) la página web de la sociedad "en caso de que ésta hubiera sido creada, inscrita y publicada en los términos previstos en el artículo 11 bis", o ii) en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (de ahora en adelante BORME) y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social, cuando la sociedad no hubiere acordado la creación de su página web o todavía no estuviera ésta debidamente inscrita y publicada.

En los estatutos también se pueden establecer mecanismos adicionales de publicidad, así como otros mecanismos de convocatoria, siempre que consistan en una comunicación individual y escrita que asegure la recepción del anuncio por todos los socios[158].

El legislador colombiano, por el contrario ha optado por dejar, en principio, a la voluntad social establecida en los estatutos la regulación de la forma de la convocatoria, y solo en caso de silencio de estos, ha señalado que

[157] Véase la Resolución 3131 del 31 de enero de 2003 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

[158] Por lo tanto, admite la notificación presencial realizada por notario, correo certificado con acuse de recibo, burofax con certificación de recibo, correo electrónico con acuse de recibo.

debe hacerse mediante "aviso que se publicará en un diario[159] de circulación en el domicilio principal de la sociedad"[160].

Ahora bien, en cuanto a la publicidad de la convocatoria en un diario de mayor circulación, establecido en el régimen español, debe señalarse que, esto implica que debe tratarse de un medio de comunicación que se publica todos los días[161], de manera más o menos conocida, requisito este que debe ser analizado en cada caso por el juez si la impugnación se basa en un defecto de convocatoria por este requisito, pues no existen parámetros estándares para considerar cuáles publicaciones son o no de amplia circulación[162], siendo también posible su publicación en un diario de circulación nacional[163], necesariamente impreso en papel y no digital, pudiendo ser, no solo de contenido noticioso, sino también económico o deportivo[164].

1.3 Contenido de la convocatoria.

Otro elemento fundamental de la convocatoria para la válida adopción del acuerdo respectivo es el de su contenido, para efectos de lo cual, habrá de distinguirse entre el contenido esencial de la convocatoria y otros elementos que, si bien pueden figurar en ella su no inclusión no afecta a la validez de las decisiones adoptadas en la respectiva reunión.

En cuanto al contenido mínimo esencial el legislador español ha sido concreto y ha establecido en un solo artículo (174 de la LSC), que en la convocatoria se debe señalar "el nombre de la sociedad, la fecha y hora de la reunión, el orden del día, en el que figurarán los asuntos a tratar, y el cargo de la persona o personas que realicen la convocatoria", mientras que el colombiano ha sido un poco más disperso al establecer en dos artículos distintos el contenido básico de la convocatoria, diferenciando entre convocatoria a reuniones ordinarias y extraordinarias:

---

[159] Superintendencia Financiera de Colombia, concepto 20042-1397 "en el caso bajo estudio, este despacho considera que *El Espectador*, al no efectuar publicaciones diarias, no cumple con dicho presupuesto jurídico, teniendo en cuenta que su denominación apunta a ser un periódico y no un diario, pues es un impreso que se pública con determinados intervalos de tiempo"
[160] Artículo 424 del C. de Co.
[161] Al respecto véase la STS del 23 de mayo de 2001
[162] Véase la STS del 1 de marzo de 2006
[163] RDGRN 9 de octubre de 1992
[164] STS 21 de noviembre de 1994

Así ha establecido en el artículo 426 del C. de Co, el contenido esencial de la convocatoria a reuniones ordinarias, circunscribiéndolo a que en ella se debe señalar: el día, la hora y el lugar del domicilio social donde se celebrará la reunión, por lo tanto, serán solo estos tres los elementos básicos de la convocatoria a reunión ordinaria. A su turno en el artículo 182 de ese mismo cuerpo legal, ha establecido que en la convocatoria a reuniones extraordinarias también debe especificarse "*los asuntos sobre los que se deliberará y decidirá.*", es decir, se debe señalar de manera precisa el orden del día, requisito este último que no se exige para la convocatoria a reuniones ordinarias, tal y como se verá a profundidad más adelante.

Con relación a la inclusión del nombre de la sociedad en la convocatoria, en España es obligatorio, por lo que su omisión puede ser sustento de impugnación de las decisiones adoptadas en la correspondiente junta por un fallo en la convocatoria[165], mientras que en Colombia no es un requisito imperativo legalmente establecido, no obstante lo cual la SSC sí recomienda su inclusión en el contenido de la convocatoria[166].

En cuanto al lugar de la reunión, no es un elemento que necesariamente deba estar incluido en el texto de la convocatoria en las sociedades españolas, en razón a que existe norma supletoria al respecto, cual es el artículo 175 de la LSC, que dispone que "s*i en la convocatoria no figurase el lugar de celebración, se entenderá que la junta ha sido convocada para su celebración en el domicilio social*[167]", por lo tanto su omisión no privaría de validez la convocatoria.

---

[165] STS 338/1995, de 9 de abril "Resulta incuestionable, que la convocatoria que se publicó el día 10 de junio de 1.989 en el periódico "El Ideal Gallego", carecía de un requisito de tanta importancia como el de no figurar el nombre de la sociedad convocante, con lo cual se privaba a los socios del conocimiento de la celebración de la Junta; sin que les pueda ser exigible un proceso de investigación que escapa a su competencia."

[166] La Circular Básica Jurídica 100-000006 de 2016, de la SSC, establece que el contenido de la convocatoria debe ser el siguiente: a) Nombre de la sociedad; b) Nombre y clase del órgano que convoca; c) Fecha de la reunión; d) Hora de la reunión; e) Ciudad; f) Dirección completa que permita individualizar plenamente el lugar donde se llevará a cabo la reunión, teniendo en cuenta que la reunión del máximo órgano social debe realizarse en el domicilio principal de la sociedad (salvo los casos de reuniones universales). g) Orden del Día, cuando se trate de reuniones extraordinarias; h) Si es el caso, lo referente a la fusión, escisión, transformación o cancelación de la inscripción en el registro nacional de valores o en bolsa de valores, con la expresa mención de la posibilidad que tienen los socios de ejercer el derecho de retiro; i) Cuando se trate de aprobar balances se sugiere indicar a los asociados que tienen a su disposición todos los documentos para el ejercicio del derecho de inspección".

[167] Es según el artículo 9.1 de la LSC "el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación".

No obstante lo anterior en la convocatoria se puede señalar el lugar de reunión, el cual no puede ser distinto al que establezcan los estatutos o en caso de no señalar los estatutos un lugar específico, no puede convocarse en un lugar fuera del término municipal[168] donde la sociedad tenga su domicilio, pues de incumplirse cualquiera de estas dos reglas la convocatoria resultaría invalida y por los mismo las decisiones adoptadas en la respectiva junta serían impugnables.

Sobre la inclusión en la convocatoria del lugar donde se llevará a cabo la reunión, a diferencia del legislador español, el colombiano sí exige su inclusión en el texto de la convocatoria de la dirección o el lugar exacto donde de la celebración, el cual además debe estar dentro del domicilio social de la sociedad[169], so pena de ineficacia, a menos que dicho lugar de reunión este previamente establecido en los estatutos.

En cuanto a la expresión en la convocatoria del cargo de la persona que convoca, no es un requisito *sine qua non* en el texto de la convocatoria en el régimen colombiano, pero sí en el español, y con su inclusión lo que se pretende es que los convocados puedan verificar que quien convoca efectivamente está legitimado para ello, pues si se convoca sin la legitimación para el efecto los acuerdos sociales se verían afectados, tal y como se desarrollará a profundidad en el siguiente capítulo.

Según ambos regímenes jurídicos, debe indicarse de manera imperativa en la convocatoria la fecha y la hora de la reunión, siendo por lo tanto estos dos elementos esenciales del núcleo de esta, pues es precisamente el conocimiento de estos dos datos específicos lo que se busca con ella.

En cuanto a la fecha de la reunión fijada en la convocatoria, existen diversas reglas tanto en el régimen español como en el colombiano, que establecen un lapso mínimo de antelación entre la convocatoria y la celebración de la reunión, en función de permitir el ejercicio del derecho de información o

[168] El artículo 12.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, establece que "El término municipal es el territorio en que el ayuntamiento ejerce sus competencias".

[169] Para el legislador colombiano, el domicilio social, es la circunscripción territorial donde se inscribió la sociedad, no "el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación" como lo es para el español.

inspección, así como el poder solicitar el complemento a la convocatoria, esto último solo en el caso español, tal y como se verá a continuación.

En Colombia, el lapso mínimo entre la convocatoria y la reunión se puede fijar estatutariamente, pero siempre atendiendo los límites establecidos en la ley[170], por lo tanto si se trata de la convocatoria a una reunión en la que se votarán los balances de fin de ejercicio o la fusión, escisión o transformación de la sociedad, la misma debe hacerse con por lo menos 15 días hábiles de antelación, correspondiendo dicho lapso al término durante el cual pueden los accionistas ejercer el derecho de inspección. En los demás casos la convocatoria debe efectuarse con por lo menos 5 días comunes de antelación, así por ejemplo si se trata de aprobar un balance de prueba o un balance de semestre, puede convocarse con 5 días comunes de antelación[171].

En caso de que la convocatoria no se efectúe con la antelación antes referida las decisiones adoptadas en la reunión mal convocada se consideran ineficaces[172].

En el caso español, el lapso que debe mediar entre la convocatoria y la reunión debe ser de por lo menos un mes, sin importar los asuntos que se van a tratar en la respectiva reunión, periodo que se ha establecido en función de que en dicho lapso los accionistas pueden ejercer el derecho de información, y solicitar el complemento a la convocatoria en los términos del artículo 172 de la LSC[173].

Ahora bien, en cuanto al cómputo de dicho plazo debemos atender la forma de convocatoria establecida en cada sociedad. Así, si la misma se hace a

[170] Artículo 424 C. Co. Co y artículo 13 de la L 222/95
[171] GIL ECHEVERRY, J, "Derecho societario…" ob. cit. pág. 497.
[172] Sobre el computo de los 15 días hábiles ha señalado la SSC en el oficio 220-065558 de 26 de agosto de 2010 que "para establecer la antelación no se tendrá en cuenta el día de la convocatoria, ni el de la reunión y que si en las oficinas donde funciona la administración de la sociedad laboran ordinariamente los días sábados, estos se tendrán como hábiles para tal fin".
[173] Artículo 172 LSC "1. En la sociedad anónima, los accionistas que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, podrán solicitar que se publique un complemento a la convocatoria de una junta general de accionistas incluyendo uno o más puntos en el orden del día. El ejercicio de este derecho deberá hacerse mediante notificación fehaciente que habrá de recibirse en el domicilio social dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria. 2. El complemento de la convocatoria deberá publicarse con quince días de antelación como mínimo a la fecha establecida para la reunión de la junta. La falta de publicación del complemento de la convocatoria en el plazo legalmente fijado será causa de nulidad de la junta.

través de la página web, el plazo "se cuenta desde la fecha de aquella publicación hasta la efectiva celebración"[174], si se hace en el BORME y en un diario de amplia circulación, el cómputo se hace desde la publicación del último anuncio incluyendo este día pero excluyendo el de la reunión[175] y si la convocatoria se efectúa en los términos del 173.2 LSC, el plazo se cuenta desde la fecha en que se remitió el anuncio al último socio, más no desde que se recibe (art. 176.2 LSC).

Es de resaltar que el incumplimiento de esos plazos mínimos que deben mediar entre la convocatoria y la fecha prevista para la celebración de la reunión conlleva la invalidez de los acuerdos adoptados en la junta así convocada, pues se trata de normas de carácter imperativo establecidas con el propósito de que los accionistas ejerzan en debida forma sus derechos de asistencia, deliberación y votación y se preparen para ello, e igual suerte seguirán las decisiones si en la convocatoria no se establece la hora de la celebración de la reunión, o la misma no resulta clara[176], así como en aquellos eventos en los que por ejemplo existe discordancia entre la fecha o la hora señalada en la publicación del BORME y la del diario[177].

Con relación al orden del día, debemos señalar que el mismo también constituye un elemento esencial de la convocatoria, que ha sido regulado de manera disímil en ambos regímenes tal y como se procede a evidenciar.

En primer lugar, haremos referencia al orden del día como elemento esencial de la convocatoria en el régimen español, lo que conlleva a que la junta debe limitarse a adoptar única y exclusivamente los acuerdos señalados so pena de invalidez de los adoptados y no incluidos en el orden del día de la convocatoria. Así mismo la falta de integridad, precisión o claridad del orden del día en la convocatoria conlleva la inexorable invalidez de las decisiones adoptadas en una reunión así convocada[178].

Así pues la determinación clara del orden del día o asuntos a tratar en la reunión a la que se convoca cumple una doble finalidad, por un lado la de permitir a los socios preparar las deliberaciones y votaciones, así como ejercer

[174] JURADO JURADO, J y MADRID ALONSO, J: "Plazo previo de la convocatoria", ob. cit. págs. 993-996.
[175] STS 2124/1994, de 29 de marzo.
[176] Véase RDGRN del 10 de abril de 2001
[177] Véase la RDGRN del 1 de diciembre de 1994
[178] Sobre el particular véase la STS del 16 de diciembre de 2000 y del 13 de febrero de 2006.

el derecho de información, y por otro limita el temario a tratar en la reunión, por lo que no podrán incluirse allí temas no indicados en la convocatoria, salvo las excepciones legalmente consagradas[179] y esto básicamente como mecanismo de protección al socio ausente, quien una vez informado sobre los temas a tratar en la convocatoria decide no ir, sin que luego pueda verse sorprendido con la adopción de decisiones en las que sí consideraba pertinente participar.

Por otro lado, debe resaltarse que la amplitud y precisión de ese orden del día encuentra un mayor acento en la convocatoria a reuniones ordinarias[180] o a reuniones donde se modificaran los estatutos[181], así como cuando se convoque a una reunión de aumento de capital que implique una supresión del derecho de preferencia (art. 308b LSC).

Ahora bien, en el caso colombiano, debemos señalar, en primer lugar, que este elemento de la convocatoria solo es esencial para la reuniones extraordinarias tal y como lo señala el artículo 424 del C. de Co y lo ha venido reiterando la jurisprudencia nacional[182], en razón a que la junta reunida en asamblea ordinaria puede ocuparse de cualquier tema a solicitud de cualquier socio o administrador, mientras que la extraordinaria solo puede ocuparse de los asuntos taxativos para los que fue convocada y solo puede adoptar acuerdos respecto de aquellos no incluidos, si una vez agotado el orden del día la mayoría ordinaria acuerda ampliarlo y añadir temas nuevos.

Conforme a lo anterior en Colombia, contrario a lo que ocurre en España, no es requisito de validez de las decisiones una inclusión taxativa, clara y precisa del orden del día en la convocatoria a reuniones ordinarias, pudiendo por lo tanto no incluirse o incluirse uno genérico que permita a la JGA ocuparse de puntos

[179] En el caso español tenemos el cese o la acción social de responsabilidad contra los administradores o liquidadores (art. 223, 238 y 380 LSC), habiéndose aceptado además como válida la decisión de nombrar a un administrador, no obstante, no estar está incluida en el orden del día, para evitar la desconfiguración del órgano de administración (RDGRN 10 de mayo de 2011).

[180] En efecto en la convocatoria a este tipo de reuniones se ha exigido en algunos casos que se incluya en los asuntos a tratar la aplicación del resultado y la censura de la gestión social. Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial (de ahora en adelante SAP) de Sevilla del 12 de septiembre de 2014 y la SAP de Madrid del 1 de marzo de 2013.

[181] Véase la SAP de Guadalajara del 4 de junio de 2013.

[182] Consejo de Estado, Sentencia del 13 de febrero de 1975 "para las asambleas ordinarias basta publicar el aviso de convocatoria sin necesidad de señalar los temas porque están fijados por la ley y el requisito de la publicación del orden del día solo se exige para las asambleas extraordinarias las que, de acuerdo con el artículo 423 del Código citado, solo se efectúan cuando lo exijan las necesidades imprevistas o urgentes de la compañía".

conexos sin que ello vicie de cualquier forma la decisión, regla general que encuentra su excepción en las convocatorias a reuniones donde se vaya a decidir sobre la fusión, escisión o transformación de la sociedad, pues tratándose de estos tres asunto el legislador si ha exigido que se incluyan ellos de manera expresa y concreta en la convocatoria so pena de invalidez de las decisiones[183].

Así las cosas, los acuerdos que versen sobre la fusión, la escisión o la transformación de la sociedad, solo pueden adoptarse en una reunión cuya convocatoria los incluya dentro del orden del día, o por unanimidad en una reunión universal, por lo tanto, si en la convocatoria no se incluyen los mismos, no puede la JGA pronunciarse sobre ellos, ni tan siquiera porque así lo autorice la propia junta durante la reunión.

Conforme a lo anterior, la determinación e inclusión del orden del día en la convocatoria en cada uno de los regímenes aquí analizados tiene un tratamiento muy diferente, pues en el régimen español su inclusión es imperativa en toda convocatoria y constituye un límite infranqueable sobre los acuerdos a adoptar, mientras que en el colombiano solo debe incluirse en la convocatoria a reuniones extraordinarias pudiéndose incluso en este caso ampliar a temas allí no incluidos por voluntad de la mayoría accionaria presente en la reunión.

2. Derecho de información y derecho de complemento a la convocatoria

Una vez efectuada la convocatoria surge para los socios la posibilidad de ejercer varios derechos, entre ellos el de información o inspección y el de complemento a la convocatoria, este último solo incluido en el régimen español, cuyo desconocimiento puede afectar en alguna medida la validez de los acuerdos, por lo que resulta pertinente hacer las siguientes puntualizaciones sobre los mismos.

[183] L 222/95 artículo 13 "El proyecto de escisión, fusión o las bases de la transformación deberán mantenerse a disposición de los socios en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad en el domicilio principal, por lo menos con 15 días hábiles de antelación a la reunión en la que vaya a ser considerada la propuesta respectiva. En la convocatoria a dicha reunión, deberá incluirse dentro del orden del día el punto referente a la escisión, fusión, transformación o cancelación de la inscripción e indicar expresamente la posibilidad que tienen los socios de ejercer el derecho de retiro. La omisión de cualquiera de los requisitos previstos en el presente artículo, hará ineficaces las decisiones relacionadas con los referidos temas."

2.1 Derecho de información o de inspección.

Tanto el legislador colombiano como el español han consagrado en sus regímenes un derecho en favor de los socios, que ha llamado el primero de inspección[184] y el segundo de información[185], cuya potestad de ejercicio surge a partir de la convocatoria y tiene por finalidad permitir que el socio tenga acceso de manera directa a la información y documentación de la sociedad que sustenta los acuerdos sometidos a su consideración durante la junta, lo que a su turno se traduce en la posibilidad de emitir un voto informado, presuponiendo su ejercicio el correlativo deber de los administradores de proporcionar la información respectiva bajo los parámetros legalmente establecidos.

Se trata de un derecho que no resulta absoluto y que por la tanto encuentra límites temporales, espaciales y de contenido. Así, en Colombia solo puede ejercerse durante los quince días hábiles anteriores a la celebración de la reunión donde se vaya a votar el balance general de fin de ejercicio[186], o donde se vaya a debatir sobre la fusión, escisión o transformación de la sociedad[187], en las oficinas de la administración que estén en el domicilio principal de la sociedad, estando absolutamente excluido de este derecho documentos que versen sobre secretos industriales, o documentos cuya divulgación pueda conllevar detrimento para la sociedad.

[184] Artículos 447 del C. Co. Co y 48 de la L 222/95. Este derecho según la SSC, Circular Externa 100-000001 de marzo de 2017 "consiste en la facultad que le asiste a los asociados de examinar, directamente o mediante persona delegada para el efecto, los libros y papeles de la sociedad, con el fin de enterarse de la situación administrativa, financiera contable y jurídica de la sociedad (…). Son objeto de inspección todos los libros que lleva la sociedad, a saber: a) Libros de contabilidad con los comprobantes y documentos que justifiquen los asientos consignados en los mismos; b) La correspondencia que la sociedad dirija y la que reciba que esté relacionada con los negocios sociales, toda vez que forma parte de los papeles del comerciante; c) El libro de actas de asamblea o junta de socios y de junta directiva; d) El libro de registro de socios y de accionistas (o de acciones); e) Los balances generales de fin de ejercicio y las cuentas de resultados (Art. 291 y 446 del Código de Comercio)".

[185] Artículos 197 y 272.2 LSC.

[186] En este caso el derecho se circunscribe de manera principal a los documentos enlistados en el artículo 446 del C. Co. Co, esto es, según la SSC, Circular Externa 100-000001 de 2017 "el detalle completo de la cuenta de pérdidas y ganancias del correspondiente ejercicio social; Un proyecto de distribución de utilidades repartibles una vez deducidos impuestos por el correspondiente ejercicio gravable; El informe de la junta directiva sobre la situación económica y financiera de la sociedad; Un informe escrito del representante legal sobre la forma como hubiere llevado a cabo su gestión, y las medidas cuya adopción recomiende a la asamblea y El informe escrito del revisor fiscal."

[187] Es imperativo, so pena de nulidad poner a disposición de los accionistas el proyecto de escisión, fusión o las bases de la transformación (art. 13 de la L 222/95).

En el caso español, este derecho se puede ejercer, bien con anterioridad a la reunión o bien durante la misma, si es lo primero deberá hacerse dentro de los 7 días anteriores a la celebración de la reunión[188] y puede versar no solo sobre documentos, como en colombiano, sino que por esta vía se puede pedir cualquier información o aclaración relacionada con los asuntos del orden del día, pudiendo incluso formularse preguntas sobre el particular de manera escrita, peticiones que deben ser atenidas por los administradores también por escrito hasta el día de la reunión.

Durante la reunión también se puede ejercer este derecho solicitando verbalmente la información o aclaración igualmente referida a los asuntos del orden del día, el cual debe satisfacerse por los administradores en la misma reunión o de manera escrita dentro de los 7 días posteriores a esta sino pudiera atenderse durante aquella.

Este derecho, en cualquiera de sus dos formas de ejercicio, está limitado a la información necesaria para votar el acuerdo, excluyendo aquella que pueda "utilizarse para fines extrasociales o su publicidad perjudique a la sociedad o a las sociedades vinculadas", a menos que se trate de la información solicitada por el veinticinco por ciento del capital social o aquel menor que fijen los estatutos[189].

---

[188] Es de resaltar que si se trata de una reunión en la que se someterán a aprobación las cuentas anuales, conforme al artículo 272.2 de la LSC "A partir de la convocatoria de la junta general, cualquier socio podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como en su caso, el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas".

[189] STS 846/2011, de 21 noviembre "2.1. Los límites al derecho de información. 24. Es cierto que, como tenemos declarado, entre otras, en la sentencia 766/2010, de 1 de diciembre (RJ 2011, 1171), el ejercicio del derecho está sometido a ciertas limitaciones, ya que el accionista no puede demandar cualquier información de la sociedad sobre cualquier extremo y en cualquier momento, de tal forma que: 1) Es necesario que la información que solicite se refiera a asuntos que estén comprendidos en el orden del día de una junta convocada o que guarden conexión con los mismos. 2) Las informaciones o aclaraciones que se estimen precisas y las preguntas escritas que se consideren pertinentes, si se formulan por escrito deberán efectuarse en el espacio temporal que va desde la convocatoria de la junta hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la junta. 3) Si las preguntas o aclaraciones se formulan verbalmente, deberán formularse durante la celebración de la junta general. 25. Además, el interés de la sociedad en no difundir los datos ni siquiera en el limitado ámbito interno de los accionistas -no el de los administradores en ocultarlos- también supone un límite al derecho de información, sin perjuicio de que en este caso deba facilitarse cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, al menos, la cuarta parte del capital. 26. A las limitaciones específicas impuestas por la legislación societaria, incluso cuando se ejercita por una minoría cualificada, se superpone el límite genérico o inmanente, común al ejercicio de todos los derechos subjetivos, de no incurrir en abuso de derecho."

La vulneración de este derecho en el régimen colombiano, no obstante lo importante que resulta para votar, no genera la ineficacia[190] de las decisiones adoptadas en la correspondiente JGA, sino única y exclusivamente cuando se vulnera con relación a la adopción de un acuerdo de fusión, escisión o transformación por expreso mandato legal del artículo 13 de la L 222/95[191], por lo tanto, en los demás casos su desconocimiento solo conlleva la sanción de multa o remoción de los administradores que lo vulneraron[192].

Ahora bien, en el caso español existen matices en cuanto a las consecuencias de la violación al derecho de información que generan invalidez o no de las decisiones[193], lo cual será objeto de análisis a profundidad en el siguiente capítulo, por lo que aquí solo avanzaremos que, si la vulneración del derecho se da con relación a la información verbal pedida en la reunión esto no genera causal de impugnación, por expreso mandato legal (art. 197.5 LSC), en cambio si la vulneración se da con relación a información escrita solicitada en los términos del artículo 197.1 ello si podría conllevar la afectación de las decisiones según la conducta desplegada por el administrador y la intensidad o

[190] SSC, oficio 220-49933 del 30 de agosto de 2000 "De conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 222/95, cuando los administradores impidan el ejercicio del derecho de inspección incurrirán en causal de remoción (…) las reglas que rigen la eficacia y validez de las reuniones del máximo órgano social son las previstas en el artículo 186 del Código de Comercio, en cuanto a convocación y a quórum, presupuesto del que se deriva que la celebración de una reunión de asamblea en la situación descrita (sin permitir derecho de inspección) no afecta la conformación del órgano como tal, ni la validez de las decisiones que se adopten". Véase también el oficio 220-000145 del 5 de enero del 2004.

[191] Véase las Resoluciones 8200 del 6 de junio de 1978 y los conceptos 220-46367 del 24 de agosto de 2005, 220-46339 del 22 de agosto de 2006 y 220-43760 de 28 de julio de 1998 de la Superintendencia de Sociedades.

[192] Artículo 447 C. Co. Co. "Derecho de los accionistas a la inspección de libros. Los documentos indicados en el artículo anterior, junto con los libros y demás comprobantes exigidos por la ley, deberán ponerse a disposición de los accionistas en las oficinas de la administración, durante los quince días hábiles que precedan a la reunión de la asamblea. Los administradores y funcionarios directivos así como el revisor fiscal que no dieren cumplimiento a lo preceptuado en este artículo, serán sancionados por el superintendente con multas sucesivas de diez mil a cincuenta mil pesos para cada uno de los infractores."

[193] Ello es así a partir de la modificación efectuada por el artículo único 4 de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, pues con anterioridad a dicha reforma, cualquier vulneración al derecho de información constituía causal de impugnación independientemente si el mismo se había ejercido antes o durante la reunión, pero a partir de dicha modificación solo la vulneración del derecho de información ejercido en los términos del artículo 197.1 LSC, es causal de impugnación, si además se dan los supuestos del art. 204.3.b), ello con el propósito de "modular su ejercicio atendiendo al marco de la buena fe (…) para evitar los abusos que en la práctica puedan producirse."

importancia de la información no suministrada o suministrada de manera defectuosa[194], por lo tanto dependerá del juez y de cada caso concreto determinar en qué eventos la violación de este derecho conlleva la impugnación del acuerdo respectivo[195].

2.2 Derecho al complemento de la convocatoria.

Tal y como ya se ha manifestado, este derecho solo se prevé en la legislación española y no en la colombiana, lo cual obedece a que en este último régimen no es imperativo incluir un orden del día en la convocatoria a reuniones ordinarias sino únicamente a extraordinarias, orden del día que en todo caso puede adicionarse durante la reunión con cualquier tema no incluido en el mismo a petición de cualquier administrador o accionista (si estamos en una ordinaria) o de la mayoría ordinaria (si estamos en una extraordinaria), por lo tanto no existe la necesidad de prever este derecho a los socios, pues lo tienen incluido en el desarrollo de la reunión.

Ahora bien, en el caso español como la junta, tanto reunida ordinaria como extraordinariamente solo puede ocuparse de los asuntos señalados en el orden del día contenido en la convocatoria, resulta acertada la consagración de este derecho en cabeza de los accionistas convocados que reúnan al menos el 5% del capital social, evitándose así el dispendioso tramite de convocar a otra reunión para tratar asuntos que pueden tratarse en una única reunión.

Las reglas para ejercer en debida forma este derecho están determinadas en el artículo 172 de la LSC, ya citado, y atienden límites temporales que buscan proteger los derechos de todos los convocados. Así, este derecho debe ejercerse dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria y requiere que se instrumente mediante "comunicación fehaciente", esto es, requerimiento

[194] Así lo dispone el artículo 204.3.b LSC, el cual deja en manos del juez la determinación de la esencialidad de la información solicitada y denegada o incompletamente suministrada.

[195] En la Sentencia de Pleno TS de 19 de septiembre de 2013 se señalan algunos criterios a seguir para determinar cuando la violación del derecho de información afecta la validez de los acuerdos, así *"Para que se satisfaga el derecho de información no es necesario que el socio quede convencido por la información que se le facilite, basta que se le informe razonablemente sobre los extremos interesados, lo que no es incompatible con la concisión o brevedad, y que la información no sea objetivamente falsa o sustancialmente inexacta o incompleta*.". Así tenemos que si por ejemplo la información se suministra de manera deliberada de forma tan tardía que el accionista en realidad no alcanza a informarse antes de emitir su voto, habrá habido una vulneración de este derecho, procediendo la impugnación de la decisión por esta causa (STS de 19 de septiembre de 2013 [531/2013]).

notarial, correo certificado con acuse de recibo, burofax con certificación de envío y contenido, dirigido al domicilio social, o incluso mediante correo electrónico[196], surgiendo la obligación para el convocante de publicar el complemento de la convocatoria "*con quince días de antelación como mínimo a la fecha establecida para la reunión de la junta*" so pena de nulidad de la junta.

Conforme a lo anterior, se trata de un derecho que a priori tiene una protección mucho más amplia que la del de derecho de información, pues su vulneración conlleva la nulidad de toda la junta, otorgando así la mayor protección posible al mismo[197].

3. La desconvocatoria

Ni en Colombia ni en España está regulada la desconvocatoria, por lo tanto no se prevé legalmente una potestad para que quien haya convocado a una reunión a la JGA pueda con posterioridad a la misma anularla o modificarla, por lo que ha sido la doctrina la que ha tenido que pronunciarse al respecto para considerar si ello resulta o no procedente.

Así, en Colombia la Cámara de Comercio de Bogotá en las Resoluciones 80 del 19 de diciembre de 1984 y 40 de 1997, ha señalado que la desconvocatoria es válida y resulta procedente si ha seguido los mismos pasos exactos que siguió la correspondiente convocatoria, por lo tanto si quien convocó fue el representante legal la desconvocatoria no puede efectuarla otro administrador, así mismo si se convocó por petición de los socios (10% del capital), la desconvocatoria tiene que pedirla ese mismo porcentaje integrado por los mismos socios que la solicitaron, debiendo además publicarse la desconvocatoria en los mismos términos legales o estatutarios en los que se efectuó la convocatoria, es decir, en el mismo diario y el mismo día de la semana que se publicó aquella.

No obstante lo anterior, la SSC considera que "una vez convocado el máximo órgano social con plena observancia de las formalidades legales y estatutarias del caso, no es viable un aplazamiento de la reunión citada, pues ello

[196] JURADO JURADO, J y MADRID ALONSO, J, "Deber de convocar…" ob. cit. pág. 965.
[197] Sobre el particular véase la STS 377/2012, de 13 junio, que señala "En este contexto, a diferencia de otros ordenamientos, nuestro derecho positivo con la finalidad de impedir que los administradores sustraigan del debate las cuestiones requeridas y que se burle el derecho de la minoría adoptando acuerdos válidos sobre aquellos extremos que los administradores incluyan, dispone la nulidad de la junta, lo que afecta a la totalidad de los acuerdos en ella adoptados".

implicaría lo que la doctrina ha denominado una desconvocatoria, figura esta que si bien carece de consagración legal, es inaplicable si se tiene en cuenta que la convocatoria equivale a un acto jurídico generador de efectos vinculantes frente a los destinatarios de la misma como son los asociados quienes en virtud de ello adquieren la vocación a constituirse, en la fecha, hora y lugar predeterminados en asamblea de accionistas para ejercer en la misma el derecho a deliberar y votar. Por consiguiente, solo en el evento de que existiera manifestación expresa de todos y cada uno de los socios que representa el 100% de las acciones en circulación, sería factible tal aplazamiento"[198].

Por lo tanto a la luz de esta doctrina de la SSC, si los socios convocados y desconvocados (no por la aceptación del 100% de las acciones en circulación, sino por ejemplo cumpliendo los precisos términos de la desconvocatoria según la doctrina de la Cámara de Comercio), igualmente se reúnen en junta en los términos fijados en la convocatoria desconvocada, las decisiones allí adoptas serán válidas si se cumplen los requisitos de quórum y mayorías, consideración esta que, desde nuestro punto de vista entendemos no tiene en cuenta los derechos de los accionistas que de buena fe atendieron la desconvocatoria y por lo tanto no ejercieron sus derechos y no asistieron a la reunión, quienes se verían igualmente atados a las decisiones allí adoptadas, por lo que consideramos que lo ajustado a derecho sería o bien invalidar las decisiones así adoptadas o por lo menos hacerlas inoponibles a los accionistas que actuaron de buena fe y atendieron a la desconvocatoria.

[198] Oficio 220-35956 de 23 de diciembre de 1992.

En España tanto la jurisprudencia como la doctrina[199] han sido reiterativas en permitir la desconvocatoria dando plenos efectos a la misma[200], siempre que se realice con el cumplimiento de los mismos requisitos de la convocatoria[201], señalando de manera clara que las decisiones adoptadas en una

[199] Véase el Auto 2011/2260 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28, de 21 de octubre del 2011, la SAP 2006/259066 Madrid, Sección 28, de 15 de junio del 2006, la SAP 2005/60481Álava, Sección 2, de 7 de diciembre del 2004, la SAP 2004/436 Barcelona, Sección 15, de 18 de febrero del 2004 y de 2009/176479, de 29 de junio del 2006, la STS 2004/1474 de 17 de marzo del 2004, RDGRN de 28 julio del 2014 (RJ 2014/4901) y de 22 de mayo del 2017 (RJ 2017/2645). Sobre el particular se señaló en la Sentencia núm. 130/2015 de 29 septiembre, del Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Madrid que "El artículo 166 encarga la competencia para convocar la junta general a los administradores y, en su caso, a los liquidadores de la sociedad. No existe artículo alguno que fije la facultad de desconvocar, siendo así una materia no regulada legalmente. La jurisprudencia si se ha pronunciado al respecto. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de junio de 2006 , reiterándose en el auto número 145/2011, de 21 octubre (Sección 28ª), con cita de las del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2004 y de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 18 de febrero de 2004 dispone: «Ante la falta de expreso tratamiento en la norma, debemos entender que el órgano a quien incumbe convocar la junta puede dejar sin efecto sus acuerdos y desconvocar la junta, y que esta decisión forma parte de su haz de facultades, de modo que, adoptada la misma, la junta que se lleve a cabo a pesar de la tal decisión, como quiera que la junta no puede suplir al órgano a quien la norma atribuye la facultad de convocar, ha de entenderse inválidamente celebrada, dejando a salvo el supuesto de junta universal, siendo el supuesto asimilable al de falta de convocatoria. (…) una convocatoria (no ya una junta válidamente constituida) pueda ser dejada sin efecto por decisión del órgano competente para convocar, antes de que la junta se haya constituido válidamente, sin que en tal caso exista indebida atribución de competencias. Al margen de que, en ese caso, la junta no podrá decidir que, pese a todo, se reúne (pues no se ha constituido como órgano), es a los administradores a quienes corresponde decidir si la junta se constituye o no (fuera del caso de junta universal), y si la decisión negativa vulnera un mandato legal (porque en determinados casos existe obligación de convocar), la propia Ley establece un mecanismo supletorio a fin de lograr la válida convocatoria (art. 10 1)."

[200] Sobre el particular señalo en la SAP 2015/81513 de Gerona, Sección 1, de 20 de enero del 2015, que la desconvocatoria es eficaz siempre que quien desconvoque este facultado para ello, si se hace de manera clara e inequívoca con anterioridad a la fecha prevista para la celebración de a la reunión y siempre que se comunique por un medio idóneo para que todos los accionistas tengan conocimiento de que la junta ha sido desconvocada.

[201] Sobre el particular se ha señalado que debe desconvocar el mismo órgano o la misma autoridad judicial o administrativa que convocó, (RDGRN de 28 de abril de 2000), por lo que si dicho órgano está compuesto por administradores solidarios deberá desconvocar el mismo administrador solidario que convocó (SAP 1997/2491 de Tarragona de 10 de julio de 1997), si son mancomunados deberán desconvocar todos los mancomunados y si tiene la forma de consejo, la desconvocatoria deberá provenir de un acuerdo de dicho consejo; a su turno la desconvocatoria debe seguir las mismas formas de la convocatoria (RDGRN de 28 de julio del 2014 [RJ 2014/4901]) por lo que debe comunicarse por el mismo medio o por alguno que garantice la recepción por parte de los accionistas (SAP 2009/176479 de Barcelona, Sección 15, de 29 junio del 2006); debe efectuarse con anterioridad a la constitución de la asamblea (SAP 2005/60481 Álava , Sección 2 de 7 diciembre del 2004) y resultará obligada si así lo exige el interés social, pudiendo sin embargo no estar justificada, caso este en el cual deberá

reunión celebrada en los términos de una convocatoria desconvocada serán nulas, tal y como se recoge en la Resolución núm. 6551/2017 de 22 mayo de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Mercantil) en la en los siguientes términos:

"Admitida la desconvocatoria en la forma indicada, cabe recordar que, como ha puesto de relieve esta Dirección General, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2004 (RJ 2004, 1474), entre otras de distintos tribunales (vid. Resolución de 28 de julio de 2014 (RJ 2014, 4901)), debe entenderse que son nulos los acuerdos adoptados en junta general que se celebre a pesar de mediar desconvocatoria por parte del órgano competente para llevar a cabo la convocatoria. Ante la falta de expreso tratamiento en la Ley, debe estimarse que el órgano competente para convocar la junta puede desconvocarla, y que esta decisión forma parte de su haz de facultades, de modo que, adoptada la misma, la junta que se lleve a cabo a pesar de tal decisión, comoquiera que la junta no puede suplir al órgano a quien la norma atribuye la facultad de convocar, debe entenderse inválidamente celebrada, dejando a salvo el supuesto de junta universal, siendo el supuesto asimilable al de falta de convocatoria"

4. Reuniones de segunda convocatoria.

Las reuniones de segunda convocatoria están consagradas en ambos regímenes legales aquí analizados, aunque de manera disímil, con el mismo objetivo, cual es permitir que la JGA se reúna y adopte las decisiones que le correspondan a pesar de la pasividad de los socios, que debidamente convocados no asisten a la reunión para la que fueron citados primariamente, para lo cual han permitido, ambos legisladores, que se sesione y decida válidamente con un quórum y con unas mayorías inferiores a las inicialmente requeridas, y que se verán a profundidad más adelante.

Así las cosas, aquí solo nos referiremos a las especiales reglas de forma establecidas en ambas legislaciones, y que deben seguirse de manera imperativa para considerar valida una segunda convocatoria y así aplicar las prerrogativas

responderse por los perjuicios causados por la desconvocatoria injustificada (SAP 2009/176479 Barcelona, Sección 15 de 29 de junio del 2006).

de este tipo de reunión, las cuales consisten básicamente en poder deliberar y decidir con cualquier número de acciones presentes o representadas[202].

Así ha dispuesto el legislador colombiano que la reunión de segunda convocatoria debe celebrarse no antes de 10 días ni después de 30 días contados desde la fecha fijada para la celebración de la reunión fallida, por lo tanto debe considerarse que de esta segunda convocatoria no surge como sí de la primera, el ejercicio del derecho de inspección, esto al no ser necesario que medie los 15 días hábiles entre la segunda convocatoria y la fecha fijada para la reunión, más aun teniendo en cuenta que ya se ha dado la oportunidad de ejercer dicho derecho una vez efectuada la primera convocatoria[203].

A su turno, el legislador español también ha previsto reglas especiales con relación a las reuniones de segunda convocatoria (art. 177 LSC), y lo ha hecho, según nuestro punto de vista, de una manera más acertada que el legislador colombiano, pues ha previsto expresamente que la fecha de la segunda reunión puede ir ya incluida en la primera convocatoria, cosa que no ha hecho el legislador colombiano pero que sin embargo podría hacerse, por ejemplo en virtud de un pacto estatutario en este sentido.

Del mismo modo ha fijado el plazo máximo que debe mediar entre la reunión no celebrada y la de segunda convocatoria en no menos de 24 horas, si la segunda convocatoria se fija en la primera, o *dentro de los quince días siguientes a la fecha de la junta no celebrada y con al menos diez días de antelación a la fecha fijada para la reunión* si en la primera convocatoria no se determina de una vez la fecha de la segunda, señalando que en este último caso la segunda convocatoria debe incluir el mismo orden del día y debe hacerse por las mismas vías de comunicación que la primera, requisitos estos que tampoco están expresamente recogidos en la legislación colombiana y que por lo tanto

[202] En efecto tal y como se verá más adelante, ambos legisladores exigen una número mínimo de acciones presente o representado para constituir la JGA, denominado quórum de constitución en España (arts. 193 y 194 LSC) o quórum deliberativo (art. 68 de la L222/95) en Colombia, así mismo se exigen un número mínimo de votos a favor para considerar adoptados los respectivos acuerdos sociales, porcentajes estos que en una reunión de segunda convocatoria desaparecen, pudiéndose deliberar y decidir con cualquier número de acciones salvo algunos casos especiales que se desarrollaran más adelante.

[203] SSC, Oficio 100-25627 de 5 de abril de 2000 "si en la primera reunión en la que hayan de aprobarse balances de fin de ejercicio ha sido debidamente convocada, ya han contado los socios con los 15 días hábiles necesarios para el ejercicio del derecho de inspección; por lo tanto, en la segunda reunión ya no se aplica el término de los 15 días cuya finalidad ya se ha obtenido".

pueden llevar a que por ejemplo la publicación de la segunda convocatoria se efectúe, de manera válida, en otro diario distinto al de la primera convocatoria.

De lo anterior podría deducirse que al igual que como ocurre en Colombia, en España tampoco la segunda convocatoria habilita el ejercicio del derecho de información que se ejerce con anterioridad a la reunión ni el del complemento de la convocatoria, pues es evidente que al poderse celebrar la reunión derivada de la segunda convocatoria, tan solo 24 horas después de la fecha de la primera, el legislador no estableció un nuevo espacio para ejercer dichos derechos, pues para el efecto se tienen los plazos de la primera convocatoria, más aun teniendo en cuenta que lo único que puede cambiar en la segunda es el quórum de constitución y la mayoría decisoria.

Es de resaltar que las decisiones adoptadas en una reunión de segunda convocatoria pueden resultar viciadas, tanto si se desconocen las reglas de convocatoria para la segunda reunión como si se ha incurrido en vicio en la convocatoria a la primera reunión, pues la segunda convocatoria parte de la base de una debida primera convocatoria a una reunión que no se ha celebrado única y exclusivamente por falta de quórum, más no por fallos en aquella.[204]

5. Celebración de la reunión y adopción material del acuerdo.

5.1 El derecho de asistencia.

Tanto en España como en Colombia, en principio, todos los accionistas tienen dentro del catálogo de sus derechos el de asistencia a las reuniones de la junta general[205], sin embargo, el legislador español, a diferencia del colombiano, ha previsto una posibilidad legal de limitarlo en las sociedades anónimas en los términos del artículo 179.2 de la LSC, previa estipulación estatutaria a un número mínimo de acciones sin que se pueda diferenciar entre sus clase, límite que en todo caso no puede superar el uno por mil del capital social. No obstante

[204] GIL ECHEVERRY, J, "Derecho societario…" ob. cit. pág. 618. Sobre el particular véase también la RDGRN de 15 de noviembre de 2005.

[205] Consagrado en el literal C del artículo 93 de la LSC, es según FLORES DOÑA, M, "La constitución de la junta general de accionistas", en JUSTE MENCÍA, J y ESPÍN GUTIÉRREZ, C (coordinadores), *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital Tomo I,* Aranzadi, 2017, pág. 512 "consiste en la posibilidad de participar en la constitución de la junta y de intervenir en los debates en los que se discuten los asuntos del orden del día, aunque no se pueda participar en la formación y contenido de los acuerdos, como consecuencia de la privación o suspensión del derecho de voto" .

lo anterior, los accionistas que no alcanzan ese número mínimo de acciones individualmente pueden agruparse y designar a un representante que ejerza ese derecho de asistencia de manera colectiva en los términos del artículo 189 de la LSC.

Aunado al referido limite general al derecho de asistencia, en el régimen español, están los casos de suspensión temporal del mismo, como los son los establecidos en los artículos 148.a[206], 152.3[207] y 155.1[208] de la LSC, que se dan por mandato legal, por lo que no requieren de disposición estatutaria al respecto y que si bien son temporales y excepcionales, afectan la constitución de la JGA si la misma se celebra durante el lapso en que está operando la suspensión.

Por otro lado el legislador español ha previsto la posibilidad de que estatutariamente se condicione este derecho de asistencia a una legitimación anticipada del accionista en los términos establecidos en el artículo 179.3 LSC[209], legitimación que básicamente busca claridad acerca de los accionistas que pueden asistir a la reunión y así evitar la intromisión de terceros en el funcionamiento del máximo órgano social, y que se acredita de diversas maneras, según la clase de acciones. Así por ejemplo, las acciones al portador mediante el certificado acreditativo del depósito y las nominativas o

[206] Artículo 148. Régimen de las acciones propias y de las participaciones o acciones de la sociedad dominante. Cuando una sociedad hubiere adquirido acciones propias o participaciones o acciones de su sociedad dominante se aplicarán las siguientes normas: a) Quedará en suspenso el ejercicio del derecho de voto y de los demás derechos políticos incorporados a las acciones propias y a las participaciones o acciones de la sociedad dominante.

[207] Artículo 152. Consecuencias de la infracción. (participaciones reciprocas) 3. El incumplimiento de la obligación de reducción establecida en los apartados anteriores determinará la venta judicial de las participaciones excedentes a instancia de parte interesada y la suspensión de los derechos correspondientes a todas las participaciones que la sociedad incumplidora detente en la otra sociedad.

[208] Artículo 155. Notificación. 1. La sociedad que, por sí misma o por medio de una sociedad filial, llegue a poseer más del diez por ciento del capital de otra sociedad deberá notificárselo de inmediato, quedando mientras tanto suspendidos los derechos correspondientes a sus participaciones.

[209] Artículo 179. Derecho de asistencia. 3. En la sociedad anónima los estatutos podrán condicionar el derecho de asistencia a la junta general a la legitimación anticipada del accionista, pero en ningún caso podrán impedir el ejercicio de tal derecho a los titulares de acciones nominativas y de acciones representadas por medio de anotaciones en cuenta que las tengan inscritas en sus respectivos registros con cinco días de antelación a aquel en que haya de celebrarse la junta, ni a los tenedores de acciones al portador que con la misma antelación hayan efectuado el depósito de sus acciones o, en su caso, del certificado acreditativo de su depósito en una entidad autorizada, en la forma prevista por los estatutos. Si los estatutos no contienen una previsión a este último respecto, el depósito podrá hacerse en el domicilio social.

representadas por anotación en cuenta a través de la inscripción en el registro correspondiente.

En el caso colombiano, no existe norma ni que limite el derecho de asistencia a un porcentaje mínimo de participación en el capital social, ni a una legitimación previa que la condicione a acreditar previamente la legitimación[210], por lo que este derecho solo se ve limitado temporalmente, pero no suprimido, con relación a aquellos accionistas que se encuentren: a) en mora de pagar las acciones que haya suscrito, pudiendo participar y votar con relación a las pagadas, (art. 397 del C. de Co), b) cuando las cuotas o acciones hayan sido entregadas en usufructo, a menos que se haya reservado el ejercicio de los derechos políticos (art. 412 del C. de Co), c) cuando la acción dada en prenda confiera también los derechos políticos al acreedor prendario (art. 411 C. de Co)

Ahora bien, ese derecho de asistencia se puede ejercer de varias formas según la legislación española, por un lado de manera personal y directa asistiendo presencial o telemáticamente[211] a la reunión, esto último si así lo permiten los estatutos, o por otro lado de manera indirecta, pero igualmente válida, a través de la representación o de la emisión del voto por correo, caso este último en el cual si bien en realidad no se ha asistido a la reunión sí debe considerarse, en virtud de una ficción jurídica, que ha estado presente el socio que ha emitido su voto en los términos del artículo 189.2 LSC única y exclusivamente a efectos de constitución de la junta[212].

[210] Este derecho se reconoce a los accionistas inscritos en el libro de registro de acciones.

[211] Artículo 182 LSC "Si en las sociedades anónimas los estatutos prevén la posibilidad de asistencia a la junta por medios telemáticos, que garanticen debidamente la identidad del sujeto, en la convocatoria se describirán los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los accionistas previstos por los administradores para permitir el ordenado desarrollo de la junta. En particular, los administradores podrán determinar que las intervenciones y propuestas de acuerdos que, conforme a esta Ley, tengan intención de formular quienes vayan a asistir por medios telemáticos, se remitan a la sociedad con anterioridad al momento de la constitución de la junta. Las respuestas a los accionistas que ejerciten su derecho de información durante la junta se producirán por escrito durante los siete días siguientes a la finalización de la junta." En Colombia solo se puede asistir telemáticamente si se trata de la celebración de la junta universal por comunicación sucesiva, regulada en el artículo 19 de la L 222/95, a la cual ya nos referimos cuando hablamos sobre las reuniones universales, para cualquier otro tipo de reunión la asistencia debe ser o bien presencial o bien por representación.

[212] 189.3 LSC "3. Los accionistas que emitan sus votos a distancia deberán ser tenidos en cuenta a efectos de constitución de la junta como presentes."

Igualmente, en Colombia el socio puede asistir personalmente, de forma telemática o mediante representante, y votar por correo, en los términos ya expuestos.

Conforme a lo anterior del derecho de asistencia surge a su turno la facultad de hacerse representar en la reunión, la cual si bien es irrenunciable e inderogable sí puede limitarse estatutariamente, por ejemplo, estableciendo que el representante deba ser otro accionista, y cuyo ejercicio requiere de las formalidades legales establecidas.

Dichas formalidades, son el caso español, las establecidas en el artículo 184.2 LSC, esto es que debe otorgarse un poder que conste por "escrito o por medios de comunicación a distancia que cumplan con los requisitos establecidos en esta ley para el ejercicio del derecho de voto a distancia[213] y con carácter especial para cada junta", salvo que "el representante sea el cónyuge o un ascendiente o descendiente del representado" o "aquél ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional."[214], poder que en todo caso debe entenderse conferido para todas las sesiones de la correspondiente reunión, así como para la reunión de segunda convocatoria, salvo que en el mismo poder se diga lo contrario[215].

Del mismo modo consideramos que aunque en el poder no se diga nada, debe entenderse conferido también con relación a asuntos que no consten en el orden del día pero que puedan llegar a tratarse en la misma por mandato legal, cual es el caso del ejercicio de la acción de responsabilidad, pues si en el poder no se establece limitación alguna, se entiende que se otorga para participar en la Junta y si en todas las juntas existe la posibilidad de adoptar acuerdos sobre esta

[213] Regulado en el artículo 189.2 LSC, que requiere de previsión estatutaria al respecto, que se haga mediante correspondencia postal o electrónica o cualquier medio que garantice la identidad del sujeto que concede el poder, como por ejemplo mediante DNI electrónico o certificado de firma, entre otras.

[214] En virtud de los mandatos del 187 LSC, se entiende que las únicas restricciones legales que contempla el 184, están dadas en torno a la solemnidad del poder y su limitación a cada junta, por lo que dichas limitaciones se eliminan cuando el representante cumple alguna de las características del 187.

[215] CHAVES RIVAS, A, "Representación voluntaria en la junta general de la sociedad anónima", en BALLESTER AZPITARTE, L. (Coord.): *Tratado de sociedades de capital, Tomo I*, Aranzadi, 2017 pág.1044 "el poder conferido para una junta concreta sirve para todas las sesiones dado que la junta es única (art. 195.3 de la LSC) y tanto para la primera como para la segunda convocatoria salvo, claro es, que en el propio poder se diga otra cosa".

materia, no debe hacerse una interpretación restrictiva del mismo, por lo que consideramos que si se pretenden excluir estos asuntos, que están latentes en toda JGA, debe así expresarse en el poder.

En el caso colombiano la facultad de representación se recoge expresamente en el artículo 184 del C. de Co. otorgándose indistintamente a todos los socios y sometido a la formalidad de que sea otorgado por escrito, en el que debe necesariamente indicarse "el nombre del apoderado, la persona en quien éste puede sustituirlo, si es del caso, la fecha o época de la reunión o reuniones para las que se confiere y los demás requisitos que se señalen en los estatutos", por lo que puede comunicarse mediante fax o incluso correo electrónico[216], sin que exista ninguna excepción legalmente consagrada a estos requisitos, como si ocurre en el caso español, por lo que su incumplimiento conlleva la inexistencia del poder y por ende la falta de representación, pudiéndose en todo caso añadir formalidades por vía estatutaria.

En todo caso, el representante o apoderado, en Colombia, no puede ser ni administrador ni empleado de la sociedad, tal y como se establece en el artículo 185 del C. de Co[217], por lo tanto, de incurrirse en esta prohibición de representación, debe descontarse del quórum las acciones indebidamente representadas, por lo que si ello conlleva una pérdida del quórum mínimo deliberativo o de la mayoría decisoria requerida se vería afectada la validez de la correspondiente decisión[218].

En España por mandato legal (art. 185 LSC) la representación puede ser siempre revocada, lo cual puede ocurrir de forma expresa, bajo la aplicación del principio de que en Derecho las cosas se deshacen como se hacen[219], o de manera tácita, como por ejemplo otorgando un nuevo poder a otro representante o asistiendo directamente el representado a la reunión, sin que en ningún caso

[216] Véase a la SSC, oficio 220-72782 del 22 de diciembre de 2005.

[217] Artículo 185. incompatibilidad de administradores y empleados. Salvo los casos de representación legal, los administradores y empleados de la sociedad no podrán representar en las reuniones de la asamblea o junta de socios acciones distintas de las propias, mientras estén en ejercicio de sus cargos, ni sustituir los poderes que se les confieran. Tampoco podrán votar los balances y cuentas de fin de ejercicio ni las de la liquidación.

[218] Véase a la SSC, Oficio 220-43454 del 12 de agosto de 1997.

[219] CHAVES RIVAS, A, ob. cit. pág. 1050 "tiene lugar cuando el representado exterioriza formalmente su voluntad de revocación (…) rige el principio de voluntad de forma del derecho español (artículo 1278 del Código Civil y 51 del CCom) aunque, al menos respecto de terceros, habrá de cumplirse la misma forma que se utilizó para la concesión de la representación; así si el poder original constaba por escritura pública".

pueda tener un mismo accionista dos o más representantes tal y como se ha señalado por el Tribunal Supremo español[220] siguiéndose este mismo criterio en el caso colombiano[221].

Con relación a la regulación española sobre representación, debe indicarse que existe una figura que no se recoge en la legislación colombiana, cual es la de la solicitud pública de representación[222], en virtud de la cual, ya no es el accionista quien por razones personales acude a la figura de la representación para ejercer sus derechos societarios, sino que es el futuro representante quien ofrece esta delegación, con el propósito de asegurar la integración del quórum del máximo órgano para poder funcionar cuando los accionistas se interesan más en los réditos económicos que en la gestión social, velando en todo caso por los interés del accionista representado[223].

Finalmente se debe señalar que aunque la JGA solo se integra por los accionistas en los términos aquí referidos, ello no quiere decir que a la

[220] STS 1523/1992, del 25 de febrero, fundamento segundo y 1813/2011m del 28 de marzo, fundamento segundo, "Pero esta norma no autoriza que cada accionista pueda ser representado por varias personas, como es el caso debatido según expresa la demanda que inició la Litis".

[221] Sobre el particular señala MARTÍNEZ NEIRA, N, ob. cit. pág. 217 que "la indivisibilidad de la representación encuentra consagración positiva en Colombia al disponer el artículo 184 del Código de Comercio que la representación es viable mediante poder otorgado por escrito en el que se indique el nombre del apoderado, sin que sea dable que un mismo socio designe para una misma asamblea a varios representantes, cualquiera sea el tipo societario de que se trate, y si nombra un representante, el accionista no puede representar en la reunión del órgano parte del capital que ha suscrito".

[222] Artículo 186. LSC "Solicitud pública de representación en las sociedades anónimas 1. En las sociedades anónimas en el caso de que los propios administradores, las entidades depositarias de los títulos o las encargadas del registro de anotaciones en cuenta soliciten la representación para sí o para otro y, en general, siempre que la solicitud se formule de forma pública, el documento en que conste el poder deberá contener o llevar anejo el orden del día, así como la solicitud de instrucciones para el ejercicio del derecho de voto y la indicación del sentido en que votará el representante en caso que no se impartan instrucciones precisas. 2. Por excepción, el representante podrá votar en sentido distinto cuando se presenten circunstancias ignoradas en el momento del envío de las instrucciones y se corra el riesgo de perjudicar los intereses del representado. En caso de voto emitido en sentido distinto a las instrucciones, el representante deberá informar inmediatamente al representado, por medio de escrito en que explique las razones del voto. 3. Se entenderá que ha habido solicitud pública cuando una misma persona ostente la representación de más de tres accionistas. 4. Lo dispuesto en este artículo será de aplicación a los miembros del consejo de control de una sociedad anónima europea domiciliada en España que haya optado por el sistema dual."

[223] Véase la STS 2444/2016, de 5 de mayo.

correspondiente reunión no puedan[224] y deban asistir otras personas, como lo son por ejemplo: los administradores, que en el caso español por mandato legal (art. 180 LSC) tienen el deber de asistir a la reunión y en el colombiano si bien no existe una norma en igual sentido ello se infiere, por lo menos con relación a las reuniones donde se haya de aprobar las cuentas en los términos del artículo 46 de la L 222/1995[225], pudiendo en todo caso también asistir el revisor fiscal cuando sea citado (art. 123 del C. de Co) y los delegados de la Superintendencia en los términos del artículo 84.3 de la L 222/1995, así como cualquier otra persona por decisión de la junta[226].

5.2 Constitución de la junta – quórum deliberativo.

5.2.1 Presidente y secretario.

Una vez presentes o representados los accionistas que van a participar en la respectiva reunión de la junta, su celebración requiere de una organización logística, que permita verificar la identidad de las personas asistentes, así como el porcentaje de su participación accionaria, si están o no bien representadas y si tienen o no derecho a concurrir a la junta, por ello ambos regímenes han previsto la figura de la presidencia y secretaría de la reunión de la JGA, para que, en términos generales se encarguen de certificar la constitución de la JGA, dirigir la celebración de la reunión, certificar el sentido del voto y levantar el acta donde conste lo acontecido durante la reunión.

Así las cosas, antes de principiar la reunión debe ocurrir la designación del presidente y secretario so pena de no poderse llevar a cabo la misma[227], para

[224] En efecto, el legislador español ha previsto en los términos del artículo 181.2 LSC que a la reunión de la JGA puede asistir cualquier otra persona siempre que así lo autorice el presidente de la misma, autorización que puede ser revocada por la misma JGA.

[225] Artículo 46. rendición de cuentas al fin de ejercicio. Terminado cada ejercicio contable, en la oportunidad prevista en la ley o en los estatutos, los administradores deberán presentar a la asamblea o junta de socios para su aprobación o improbación, los siguientes documentos: 1. Un informe de gestión. 2. Los estados financieros de propósito general, junto con sus notas, cortados a fin del respectivo ejercicio. 3. Un proyecto de distribución de las utilidades repartibles. Así mismo presentarán los dictámenes sobre los estados financieros y los demás informes emitidos por el revisor fiscal o por contador público independiente.

[226] SSC, Oficio 220-013711 de 15 de marzo de 2006 "es claro que de permitirse dicha asistencia, las personas invitadas no deben entorpecer el normal desarrollo de las deliberaciones de la asamblea general de accionistas y solo serán autorizadas para intervenir, cuando por la especialización del tema, así lo requieran".

[227] Así lo ha entendido la doctrina española y colombiana, cuando han señalado, respectivamente, ARMAS OMEDES, F, "Constitución de la junta y adopción de acuerdos", en BALLESTER

efectos de lo cual el legislador español ha establecido que estos cargos serán ocupados por quien designen los estatutos, o por el mismo presidente y secretario del consejo de administración, si los estatutos no dicen nada o si los designados estatutariamente no concurren, y a falta de estos por quienes designen los socios concurrentes a la reunión[228] (art. 191 LSC). Ahora bien, si se trata de una convocatoria efectuada por el registrador (art. 170.2 LSC), no se siguen las reglas antes referidas, pues estos cargos serán previamente designados por aquel.

Por el contrario, el legislador colombiano nada ha dicho con respecto a los nombramientos de estos dos cargos, por lo que los mismos pueden ser designados de manera anticipada en los estatutos o durante la reunión, pudiendo ocupar dichos cargos cualquier asistente a la misma, tal y como se desprende de los artículos 189 y 431 del C. de Co.

En cuanto a las funciones específicas de estos cargos, debemos resaltar que, en el régimen español, las encomendadas al presidente revisten de gran importancia, pues un incumplimiento en las mismas puede afectar la validez de la junta[229]. Así las cosas, el presidente debe entre otras declarar la constitución

---

AZPITARTE, L. (Coord.): *Tratado de Sociedades de Capital, Tomo I*, Aranzadi, 2017, pág. 1101. "en el caso de que los socios no se pongan de acuerdo no podrá celebrarse la junta y habrá que acudir a solicitar la convocatoria por el secretario judicial (hoy Letrado al servicio de la Administración de Justicia) o Registrador mercantil" GIL ECHEVERRY, J, "Derecho societario…" ob. cit. pág. 368 "puede acontecer, por ejemplo, que los socios no se pongan de acuerdo sobre quien presidirá la sesión y hará las veces de secretario, circunstancia que impedirá el desarrollo de la reunión".

[228] Sobre esta designación vale la pena resaltar que ésta no es una decisión de la JGA como órgano, por lo tanto, se considera que con el voto favorable de la mitad más uno de los accionistas presentes se eligen estos cargos, así luego resulte que algunos de quienes votaron para ello no tienen derecho a voto en la junta o no están debidamente representados o adolecen de cualquier otro defecto que les impida contabilizar sus votos para adoptar acuerdos sociales, pues el legislador ha sido claro en señalar que los elegirán los "socios concurrentes", más no la JGA, sin más limitación, sobre el particular véase a DÍAZ MARROQUÍN, F, "Cuestiones prácticas en torno a la celebración de las Juntas: representación voluntaria del socio en la Junta General de S.L., representación en Junta de las comunidades hereditarias, nombramiento de Presidente de la Junta y adopción separada de acuerdos", En GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M, COHEN BENCHETRIT, A, OLMEDO PERALTA, E, GALACHO ABOLAFIO, A (Coord.) *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*, http://www.tirantonline.com (Documento TOL6.521.143), (Versión electrónica).

[229] RDGRN de 24 de junio de 2000 (7344) "Distinto tratamiento merece la ausencia de declaración formal por parte del presidente de que la junta estaba válidamente constituida, con declaración expresa de la participación de cada uno de los socios en el capital social (artículos 191 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 102.1.2 del Reglamento del Registro Mercantil). Esta expresión es responsabilidad única del presidente según los textos citados y su ausencia implica la nulidad de la junta.

de la junta, determinando el número de socios asistentes directamente o representados así como el porcentaje del capital social asistente (art. 192 LSC), admitir a la reunión a terceros (art. 181.2 LSC), aprobar el acta en los términos del artículo 202.2 de la LSC, considerándose además por alguna parte de la doctrina, que también le compete determinar la procedencia o no del ejercicio del derecho al voto cuando hay conflicto de intereses de algún accionista[230].

En el caso colombiano no se le ha otorgado al ejercicio de estos cargos la posibilidad de incidir directamente en la validez de la reunión o de las decisiones, más allá de la posibilidad de impugnar los acuerdos cuando del ejercicio incorrecto de esas funciones se desprende, por ejemplo, que una decisión se ha adoptado sin las mayorías legalmente requeridas. Sobre el particular ha señalado la SSC que "El presidente por ejemplo, es una persona que, por prescripción estatutaria, por su rango, antigüedad o por simple elección de los miembros de una asamblea, es la llamada a moderar la reunión, de tal suerte que pueda ser llevada dentro de una metodología y organización para que su desarrollo y culminación sea exitosa; el secretario por su parte, asiste al presidente, verificando las votaciones, hace las anotaciones de lo ocurrido en las reuniones y da fe del contenido del acta que se compulse con ocasión de la reunión que haya secretariado"[231].

Conforme a lo anterior, presidente y secretario, cumplen una relevante función durante la reunión de la JGA pues al encargarse de verificar y certificar el cumplimiento del quórum deliberativo (en Colombia) o de constitución (en España) que habilita la toma de las decisiones sociales y de certificar el sentido

---

También ha sido clamorosamente omitido el resultado de la votación con que fueron adoptados cada uno de los acuerdos de la junta general, referido al porcentaje de capital social que votó a favor de estos y, en su caso, al que votó en contra, exigencia imprescindible para la validez y posterior especificación formal de los mismos (artículos 201.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 97.1.7, 107.2 y 112 del Reglamento del Registro Mercantil)."

[230] Sobre el particular señaló CABANAS TREJO, R, "Constitución de la junta y adopción de acuerdos", en BALLESTER AZPITARTE, L. (Coord.): *Tratado de sociedades de capital, Tomo I*, Aranzadi, 2017, pág. 1091, que "la competencia para privarle del voto corresponde al presidente de la junta general, como garante de la legalidad durante el transcurso de la reunión de socios (...) su criterio no está sometido a control posterior de los asistentes (…) sino que el presidente decide según su criterio (…) cuando el presidente haya errado en su decisión (…) el acuerdo queda expuesto a una posible impugnación". También se señaló en la SAP 1260/2003 Asturias, de 31 de marzo que "parece razonable interpretar que la competencia para determinar si se produce alguna de las situaciones en conflicto de intereses esté atribuida al Presidente de la Junta.".

[231] Oficio 220 - 091109 del 4 de octubre de 1999.

del voto y el número de votos emitidos para adoptar el acuerdo, intervienen en un tema trascendental para la determinación de la validez de estos.

5.2.2 Quórum de constitución o deliberativo.

Sobre el particular algo ya se avanzó cuando se hizo referencia a las reuniones de segunda convocatoria, pero corresponde ahora entrar en el fondo del asunto, paro lo cual habrá de decirse, en primer lugar que se trata de un requisito inexorable que debe verificarse siempre al principio de la reunión[232] y que busca que en la misma participe un porcentaje significativo del capital social. Por lo tanto, siempre que se constate la presencia o representación de los porcentajes mínimos de participación señalados en la ley o en los estatutos, habrá de concluirse que se ha constituido válidamente la junta y puede adoptarse los acuerdos correspondientes.

Ese número mínimo de participación accionaria ha sido fijado por el legislador español en el 25% del capital suscrito con derecho a voto o aquel superior que fijen los estatutos (art. 193 LSC), mientras que el colombiano lo ha determinado en la mitad más uno de las acciones suscritas o el inferior[233] que fijen los estatutos, debiendo siempre constituirse por dos o más socios (art. 68 L 222/95).

De la simple regulación legal de ambos regímenes saltan a la vista notables diferencias, no solo en el porcentaje de participación mínimo requerido por ley, 25% del capital suscrito con derecho a voto (España), más del 50% del capital suscrito sin importar si se tiene o no derecho a voto (Colombia), sino además en la facultad estatutaria limitada a aumentarlo, sin llegar a la unanimidad[234] en el caso español, y a disminuirlo en el colombiano, sin que en ningún caso pueda ser inferior a la mayoría mínima decisoria[235], así como en la

[232] Ha señalado SSC en la Circular externa D-001 de 1999 que "al comienzo de cada reunión debe verificarse la existencia del quórum necesario para deliberar de acuerdo con los pactado en los estatutos. En caso de que no concurra el número de socios que integre dicho quórum, no podrá llevarse a cabo la reunión, bajo pena de que las decisiones resulten ineficaces en virtud de lo establecido en el artículo 190 del estatuto mercantil".

[233] Es de resaltar que en el mismo artículo 68 de la L 222/95 que regula el quórum deliberativo en Colombia, establece a renglón seguido que si se trata de "sociedades que no negocien sus acciones en el mercado público de valores, podrá pactarse un quórum **diferente"** lo que implica que también puede ser superior si no se trata de dicho tipo de sociedades.

[234] Véase la RDGRN del 13 de enero de 1994.

[235] SSC, Oficio 17295 del 4 de octubre de 1977 "las reuniones de los órganos sociales solo se justifican en cuanto en su seno está llamado a formarse la voluntad colectiva o social, a través

necesidad de que en el colombiano se conforme por pluralidad de socios[236] sin que esto sea necesario en el español.

Ahora bien, en este punto se debe preguntar qué pasa si una vez constituida la junta con el quórum legal o estatutariamente requerido, algún o algunos accionistas se ausentan de la reunión, cuestionamiento este, al que la doctrina española ha respondido de forma disimilar a la colombiana. Así, para la primera la ausencia de los accionistas posterior al inicio de la junta no tiene efectos retroactivos, por lo que no afecta a la validez de la reunión, no obstante lo cual debe tenerse en cuenta el quórum inicial para el computo de la mayoría decisoria al momento de adoptar el correspondiente acuerdo[237], mientras que para el caso colombiano sí lo afecta, por lo que si se disminuye a menos del legal o estatutario las decisiones tomadas de allí en adelante serán ineficaces[238].

Aunado al quórum de constitución general al que hemos venido haciendo referencia, existen en la legislación española supuestos especiales, donde por la envergadura del acuerdo a adoptar ese quórum de constitución no atiende a los mínimos ya señalados, sino que necesita de la participación de un número mayor de acciones, estos supuestos se definen en el artículo 194 LSC en virtud del cual a la reunión en la que se va a decidir sobre: i) aumento o la reducción del capital, ii) modificación de los estatutos sociales, iii) emisión de obligaciones, iv) supresión o limitación del derecho de adquisición preferente de nuevas acciones, v) transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo y, vi) el traslado de domicilio al extranjero, será necesaria, en primera convocatoria, la

---

del ejercicio del derecho de voto. La sola deliberación carece de sentido práctico. Ciertamente, el *jus deliberendi* tiene significación para el asociado solamente en cuanto pueda inclinar en uno u otro sentido la voluntad de los demás participantes, esto es, para los efectos de expresar su voluntad a través del voto. En otras palabras: el derecho de voz tiene relevancia como elemento de un proceso integral que culmina con el ejercicio del derecho de voto, de suerte que finalmente se traduzca la decisión (…) así, pues, el parecer de este despacho es el de que el quórum deliberativo no puede ser jamás inferior al mínimo decisorio susceptible de ser aplicado en una determinada reunión".

[236] La doctrina nacional ha entendido que esa pluralidad no se circunscribe a personas físicas, por lo que bastaría con que un mismo representante ostente dicha condición respecto de diferentes accionistas cuya participación accionaria cumpla el quórum legal o estatutario para entender que se cumple con el requisito de la pluralidad (Circular externa 001 del 13 de mayo de 1982 de la Cámara de Comercio de Bogotá y memorando DAL-039 de 11 de julio de 1988 de la SSC)

[237] Véase la RDGR 1/2005 del 11 de octubre.

[238] SSC, Oficio 220-018576 del 30 de mayo de 2001 "debe permanecer en el transcurso de la reunión de tal manera que si como consecuencia del retiro de uno o varios de los socios desaparece el porcentaje requerido para deliberar, el órgano rector no puede permanecer en asamblea y la misma habrá de darse por terminada".

participación del 50% del capital suscrito con derecho de voto, quórum reforzado[239] este, que igual al general puede ser elevado por disposición estatutaria.

Por el contrario, en Colombia no existe norma alguna en el mismo sentido que eleve el quórum deliberativo para ciertas decisiones, pues ello se contempla solamente con relación a las mayorías decisorias para la adopción de ciertos acuerdos tal y como se verá en el siguiente apartado.

En el caso de que se haya convocado a una reunión en donde se tratarán asuntos que requieren de quórum general y otros que requieren del reforzado y este último no se alcanza, se ha considerado que la junta no se puede constituir ni siquiera para tratar los asuntos que no lo requieren, por lo que procedería la segunda convocatoria, en la cual si persiste la falta de quórum reforzado se podrá decidir sobre aquellos acuerdos que solo requieren el quórum general[240].

No obstante lo anterior si a la reunión ha asistido el 25% del capital suscrito con derecho a voto, esto es el quórum no reforzado, y la junta general delibera solo sobre estos asuntos para los que también fue debidamente convocada, consideramos que la constitución debe reputarse válida y por lo tanto puede también adoptar acuerdos sobre estos asuntos con las mayorías legales o estatutariamente previstas para el efecto, pues por el hecho de incluirse asuntos de quórum general con asuntos de quórum reforzado en una misma convocatoria no pasan los primeros a tener la naturaleza de los segundos. Sin embargo, en este caso no procedería una segunda convocatoria para los acuerdos que necesitan del reforzado, pues la junta ya fue celebrada, por lo que necesariamente debería convocarse a una nueva reunión para tratar dichos temas.

Finalmente debemos indicar que tal y como ya se ha señalado, dicho quórum de constitución general o deliberación desaparece tanto en la legislación colombiana como en la española, con relación a las reuniones de segunda convocatoria, en las cuales, por expreso mandato legal se puede sesionar con cualquier número de acciones presentes o representadas.

---

[239] También se considera incluido dentro de esta categoría los acuerdos que versan sobre la disolución obligada de la sociedad, así como los de reducción de capital obligado (RDGRN de 8 de mayo de 1998).

[240] Véase la RDGRN del 12 de mayo de 1978 y lo señalado por ARMAS OMEDES, F, "Quórum de constitución reforzada en casos especiales", en BALLESTER AZPITARTE, L. (Coord.): *Tratado de sociedades de capital, Tomo I*, Aranzadi, 2017, pág. 1110.

Así, en el caso español ya no será necesaria la asistencia del 25% del capital suscrito con derecho a voto, sino que podrán hacerlo con cualquiera que sea el capital concurrente "*salvo que los estatutos fijen un quórum determinado, el cual, necesariamente, habrá de ser inferior al que aquellos hayan establecido o exija la ley para la primera convocatoria*" (art. 193.2 LSC), o si se trata de reuniones donde se requiere una participación reforzada[241] (art. 194 LSC), podrá sesionar válidamente con el 25% del capital suscrito con derecho de voto y no con el 50%, pudiendo en todo caso ser aumentados dichos porcentajes mínimos vía estatutaria.

En el caso colombiano se establece en el artículo 429 del C. de Co que la JGA podrá sesionar y decidir en segunda convocatoria con un número plural de socios cualquiera sea la cantidad de acciones que estén representadas, por lo que no se necesitará la asistencia de la mitad más una de las acciones suscritas o del quórum inferior pactado estatutariamente.

No obstante lo anterior, en estas reuniones de segunda convocatoria deben respetarse las mayorías decisorias reforzadas establecidas de manera especial en los estatutos y en la ley, pues aunque así no lo haya dicho expresamente el legislador colombiano, como si lo hizo el español (art. 201 LSC), así lo ha entendido de forma reiterada la doctrina de la SSC[242] principalmente para evitar un posible abuso de las minorías.

5.3 Adopción de las decisiones por el principio de las mayorías y el acta como colofón del acuerdo.

Constituida la junta en los términos antes referidos y bajo la dirección organizativa del presidente y secretario, se abre paso al procedimiento en sí de

[241] Se trata de reuniones donde se vaya a acordar: el aumento o la reducción del capital y cualquier otra modificación de los estatutos sociales, la emisión de obligaciones, la supresión o la limitación del derecho de adquisición preferente de nuevas acciones, así como la transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero.

[242] SSC, oficio 2220-6009 de 28 de febrero de 2001 "El artículo 429 del Código de Comercio posibilita que ante una frustrada reunión de primera convocatoria por falta de quórum se pueda reunir en segunda convocatoria cualquier número plural de asociados, independiente de la cantidad de cuotas que ellos representen, y sesionar y decidir válidamente respecto de aquellos asuntos en los cuales la ley o los estatutos no exijan una mayoría especial. Vr.gr. la aprobación de los estatutos de la sociedad cuando no se encuentre pactado una mayoría calificada para tal efecto."

adopción del acuerdo, principiando por la deliberación y siguiendo con la votación.

Sobre el procedimiento de deliberación como antecedente a la adopción del acuerdo, debemos apuntar que ya se reseñaron sus principales características y su influencia sobre los acuerdos, cuando se señaló que la JGA se caracteriza por ser un órgano deliberante, por lo tanto aquí solo agregaremos que la deliberación (que se consagra como un derecho en Colombia) implica que los socios antes de emitir su voto pueden exponer su posición frente a los acuerdos sometidos a su consideración. Por lo tanto, se configura por un derecho de voz que se verifica durante la reunión, cuyo ejercicio esta coadyuvado por el derecho de información, que puede ejercerse incluso durante la reunión, pero cuya vulneración a *priori* no conlleva una afectación a la validez de la junta ni de la decisión.

5.3.1 El voto.

Así pues, llevadas a cabo las deliberaciones pertinentes procede la emisión del voto por parte de los accionistas, esto es, el ejercicio de uno de los derechos más importante de estos, consistente en la manifestación individual de la voluntad de los mismos, que sumada en las proporciones que más adelante se referirán, genera la adopción del acuerdo y por ende la manifestación de la voluntad social.

Así las cosas, lo primero que habrá que decirse con relación a este derecho es que, tanto en Colombia como en España el voto es directamente proporcional con la participación en el capital social de cada accionista. Así en Colombia cada acción confiere un voto, pues todas las acciones deben tener el mismo valor (art. 375 C. de Co), mientras que en España como pueden existir acciones con diferente valor nominal, la referida proporcionalidad se predica entre el valor nominal de la acción y el derecho al voto (art. 96.2 LSC), estando por lo tanto proscritas en ambos regímenes las acciones de voto plural, tal y como expresamente se señala en los artículos 381 del C. de Co[243] y 188.2 LSC[244], respectivamente[245].

[243] "en ningún caso podrán otorgarse privilegios que consistan en voto múltiple, o que priven de sus derechos de modo permanente a los propietarios de acciones comunes".
[244] "En la sociedad anónima no será válida la creación de acciones que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto".
[245] Constituye una excepción a esta regla las acciones con dividendo preferente que no confieren derecho a voto, reguladas en el régimen español en el artículo 98 de la LSC, y en el derecho

Ahora bien, este derecho al voto al igual que el de asistencia tampoco es absoluto, encontrando límites legales en virtud de los cuales en algunos eventos se suspende el derecho al voto y en otros se limita, así:

En el caso español, tenemos que el derecho al voto se suspende por mandato legal con relación a i) las acciones que se encuentren en mora en el pago (83.1 LSC), ii) las acciones propias o de la sociedad dominante, así como las aceptadas en prenda o garantía (148.a y 149 LSC), y iii) las acciones propias que supere los límites legales relativos a las participaciones reciprocas (152.2 LSC).

A su turno el derecho al voto también se puede suspender con relación a determinados acuerdos que supongan un conflicto de interés entre el accionista y la sociedad. Así el legislador español, en el artículo 190 LSC, consagró que siempre existe conflicto de intereses y por lo tanto se suspende el derecho al voto del accionista cuando se trate de votar acuerdos en los que: i) se le libere de una obligación o se le conceda un derecho, ii) se le facilite cualquier tipo de asistencia financiera, incluida la prestación de garantías a su favor, iii) se le dispense de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo previsto en el artículo 230 LSC[246].

A su turno, y solo si en los estatutos así se prevé, también puede privarse del derecho al voto a los accionistas, por existencia de conflicto de intereses, para adoptar acuerdos en los que i) se le autorice a transmitir acciones sujetas a una restricción legal o estatutaria, o ii) se le excluya de la sociedad. En todos estos casos las acciones del accionista incurso en el conflicto se deducirán del

colombiano en el artículo 61 de la L 222/95, las cuales, conforme al artículo 63 de la L 222/95 solo confieren derecho a voto única y exclusivamente con relación a los acuerdos para "1. aprobar modificaciones que puedan desmejorar las condiciones o derechos fijados para dichas acciones. En este caso, se requerirá el voto favorable del 70% de las acciones en que se encuentre dividido el capital suscrito, incluyendo en dicho porcentaje y en la misma proporción el voto favorable de las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto. 2. Cuando se va a votar la conversión en acciones ordinarias de las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto. Para tal efecto, se aplicará la misma mayoría señalada en el numeral anterior. 3. En los demás casos que se señalen en el reglamento de suscripción.".

[246] Sobre el particular debe resaltarse que el derecho al voto se verá igualmente limitado si quien presenta el conflicto es el representante del accionista que debe emitir el voto (STS del 12 de noviembre de 2014 y STS 6729/2012, de 23 de octubre).

capital social para el cómputo de la mayoría de los votos que en cada caso sea necesaria[247].

Por otro lado, el derecho al voto en el caso español se puede limitar por disposición estatutaria en los términos del artículo 188.3 LSC cuando se establece un "número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista, las sociedades pertenecientes a un mismo grupo o quienes actúen de forma concertada con los anteriores", con el propósito de evitar la concentración de poder en un mismo accionista o en unos pocos accionistas. El derecho al voto se suprime con respecto a aquellos accionistas titulares de las "acciones sin derecho a voto" reguladas en los términos de los artículos 98 y 99 LSC.

En la legislación colombiana también se ha previsto la suspensión del derecho al voto en caso de mora en el pago de las acciones (art. 397 C. de Co), así como con relación a las acciones adquiridas por la misma sociedad (art. 396 y 417 C. de Co) [248], pero no se ha permitido ni tan siquiera por mandato estatutario limitar este derecho[249] como sí ocurre en el derecho español en los términos del 188.3 LSC, ya reseñados, por lo que solo los accionistas con acciones sin derecho a voto, estarán privados de este, con las excepciones ya mencionadas en el píe de página 242.

---

[247] Con relación a los demás casos de conflicto de intereses por fuera de los referidos anteriormente, se dispone en el artículo 190.3 LSC que "los socios no estarán privados de su derecho de voto. No obstante, cuando el voto del socio o socios incursos en conflicto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo, corresponderá, en caso de impugnación, a la sociedad y, en su caso, al socio o socios afectados por el conflicto, la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo al interés social. Al socio o socios que impugnen les corresponderá la acreditación del conflicto de interés. De esta regla se exceptúan los acuerdos relativos al nombramiento, el cese, la revocación y la exigencia de responsabilidad de los administradores y cualesquiera otros de análogo significado en los que el conflicto de interés se refiera exclusivamente a la posición que ostenta el socio en la sociedad. En estos casos, corresponderá a los que impugnen la acreditación del perjuicio al interés social".

[248] Sobre el particular ha señalado la SSC en el Oficio OA 03371 del 6 de marzo de 1979 que para la determinación de la mayoría deben excluirse las acciones adquiridas por la sociedad, por estar suspendidos los derechos derivados de ellas.

[249] Así lo señaló la SSC en el Oficio 42826 del 8 de agosto de 1997, en los siguientes términos "A partir de la vigencia de la Ley 222 de 1995, no es posible incluir dentro de los estatutos sociales la restricción al voto (…) el mismo no puede ser materia de transacción o negociación, por cuanto es reflejo de la condición o calidad de socio, razón por la que única y exclusivamente puede ser limitado por el legislador, atendiendo previamente la calificación de unos intereses,, como se ve en la relación del no pago oportuno de las acciones suscritas o la aprobación del balance y estados financieros cuando los accionistas ostentan la condición de administradores o empleados de la compañía".

A su turno, en Colombia no existe una norma que de forma tan clara, como en España, señale la limitación del derecho al voto por conflicto de intereses, estando por lo tanto recogido de forma dispersa en la regulación mercantil.

Así encontramos que si un accionista es a su vez administrador no podrá i) votar los balances y cuentas de fin de ejercicio ni las de la liquidación (art. 185 C. de Co) ii) ni votar sobre la autorización, necesaria e indispensable, para que este venda o compre acciones de la misma sociedad (art. 404 C. de Co), iii) ni tampoco podrá votar las autorizaciones para sí mismo para realizar actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses (art. 23.7 L 222/95). A su turno tampoco pueden ejercer el derecho a voto, por expreso mandato legal, por la latencia de un conflicto de intereses, el socio con relación a la decisión de valorar los aportes en especie que este quiere efectuar (art. 132 C. de Co).

Aunado a las limitaciones al ejercicio del derecho al voto anteriormente referidas, existen otros eventos en los cuales por diversas razones ese derecho se ha disociado de la acción y por lo tanto no concurre en cabeza del accionista pero sí en cabeza de un tercero que lo puede ejercer, como por ejemplo cuando se ha dado en prenda o usufructo la acción cediendo también el derecho a voto, esto último para el caso colombiano (art. 411 y 412 C. de Co), o ha sido así dispuesto en los estatutos en el caso español (art. 127 y 132 LSC).

Así mismo, y con relación al ejercicio del derecho al voto debe hacerse alusión a aquellos acuerdos privados de accionistas que no constan en escritura pública o en los estatutos de la sociedad, conocidos como acuerdos *parasociales* y permitidos en la legislación española (art. 28 LSC) y colombiana (art. 70 L 222/95)[250], en virtud de los cuales los accionistas, de manera privada se obligan a votar determinados asuntos en un sentido u otro, los cuales en todo caso no son oponibles a la sociedad y por lo tanto su desconocimiento no puede ser causal

[250] Artículo 70. acuerdos entre accionistas. Dos o más accionistas que no sean administradores de la sociedad, podrán celebrar acuerdos en virtud de los cuales se comprometan a votar en igual o determinado sentido en las asambleas de accionistas. Dicho acuerdo podrá comprender la estipulación que permita a uno o más de ellos o a un tercero, llevar la representación de todos en la reunión o reuniones de la asamblea. Esta estipulación producirá efectos respecto de la sociedad siempre que el acuerdo conste por escrito y que se entregue al representante legal para su depósito en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad. En lo demás, ni la sociedad ni los demás accionistas, responderán por el incumplimiento a los términos del acuerdo.

de impugnación de los acuerdos sociales, pues así lo establece la Ley[251] y lo ha reiterado la jurisprudencia[252].

Ahora bien en cuanto al ejercicio material del derecho a voto, debemos señalar, en primer lugar, que consideramos que a pesar de que un accionista posea más de un voto, este no puede darse de manera divergente o fraccionado, esto es, no consideramos procedente votar un mismo acuerdo en diferentes sentidos, pues ello atenta con el principio filosófico básico de que una cosa no puede ser y no ser a la vez, es decir, una misma persona no puede, por lo menos de manera lógica, querer que se adopte y a la vez que no se adopte un determinado acuerdo, así lo ha sostenido tanto la doctrina española[253] como la colombiana[254].

En segundo lugar y con relación al ejercicio del derecho al voto, una diferencia notable entre ambos regímenes está en cómo se ha regulado en cada uno de los dos la posibilidad de votar a distancia, pues el legislador español lo ha permitido en cualquier clase de reuniones, siempre que conste expresamente

[251] LSC Artículo 29. "Pactos reservados. Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad."

[252] Sobre el particular debe traerse a colación la STS 659/2016 del 25 de febrero en la que sobre este punto se señaló lo siguiente: "Aunque la jurisprudencia de esta Sala, como se ha visto al resolver el motivo anterior, haya afirmado que los pactos parasociales no pueden servir como fundamento exclusivo de una impugnación de los acuerdos sociales adoptados en contradicción con tales pactos, cuando la situación es la inversa, esto es, cuando el acuerdo social ha dado cumplimiento al pacto parasocial, la intervención del socio en dicho pacto puede servir, junto con los demás datos concurrentes, como criterio para enjuiciar si la actuación del socio que impugna el acuerdo social respeta las exigencias de la buena fe. Y eso es lo que ha hecho la Audiencia en la sentencia recurrida"

[253] SÁNCHEZ LINDE, M. *El principio de mayoría en la adopción…*", ob. cit. "En lo que al voto divergente se refiere, es evidente que un mismo sujeto no puede tener dos voluntades contrapuestas en un mismo asunto, con lo que en general no se acepta doctrinalmente que en las votaciones en Junta se pueda emitir voto con parte de las acciones poseídas a favor, y con otra parte en contra, para una misma propuesta de acuerdo".

[254] SSC, Oficio 220-18843 del 19 de abril de 2002 "El voto es la manifestación o forma de expresión de la única decisión del accionista frente a un determinado acto o proposición; y al ser la decisión la determinación, resolución, que se toma o se da en una cosa dudosa (Diccionario de la Real Academia) resulta absurdo propiciar determinaciones que, más que dudosas sean ambivalentes o, peor aún, más dudosas que el objeto materia de determinación. Por ejemplo, si un accionista votara con la mitad de sus acciones a favor de una decisión y, al mismo tiempo, votara en contra de la misma con la otra mitad de estas, o si con porcentajes distintos manifestara su voluntad en sentidos opuestos, se daría una especie de esquizofrenia decisoria contraria a la efectividad del contrato social en función del cual deben llevarse a cabo las conductas y manifestaciones de voluntad de los contratantes"

en los estatutos y con el cumplimiento de los requisitos del art. 189.2[255] de la LSC, mientras que el colombiano solo lo ha permitido con relación a las especiales reuniones reguladas en los artículos 19 y 20 de la Ley 222/1995, (no presenciales y por comunicaciones sucesivas), por lo que en este último régimen solo será posible la emisión del voto a distancia en dichas reuniones, así como en las mixtas, en las cuales hay presencia física y telemática de accionistas.

Aunado a lo anterior, debe resaltarse que el legislador español ha consagrado una regla adicional, que no existe en derecho colombiano, con relación al ejercicio del derecho de voto, en el artículo 197 bis LSC, en virtud del cual "deberán votarse separadamente aquellos asuntos que sean sustancialmente independientes", y en especial aquellos concernientes a "a) el nombramiento, la ratificación, la reelección o la separación de cada administrador. b) en la modificación de estatutos sociales, la de cada artículo o grupo de artículos que tengan autonomía propia. c) Aquellos asuntos en los que así se disponga en los estatutos de la sociedad", así como el acuerdo mediante el cual se dispensa la obligación de no competir con la sociedad (art. 230.3 LSC).

Dicha norma está íntimamente ligada con lo ya comentado sobre el voto fragmentado, pues esta busca precisamente evitar que un accionista quiera votar en distintos sentidos una misma proposición, en razón a que en ella no se han separado debidamente los asuntos, y por lo tanto se encuentre de acuerdo con parte de la propuesta y en desacuerdo con otra parte. Así mismo pretende evitar que los accionistas manifiesten su voto en un sentido no deseado, al por ejemplo aprobar más de una decisión en un mismo acuerdo.

5.3.2 Las mayorías decisorias.

Una vez emitido el voto en los términos antes referidos, procede el conteo de los mismos para determinar si se ha alcanzado el número de votos positivos estatutaria o legalmente requeridos para considerar adoptado el acuerdo, es decir, si se ha alcanzado la mayoría decisoria o si por el contrario la JGA ha manifestado su voluntad en sentido negativo, esto es, de no adopción del respectivo acuerdo, para efectos de lo cual ambos legisladores han establecido un sistema de dos clases de mayorías, una general y una especial.

[255] De conformidad con lo que se disponga en los estatutos, el voto de las propuestas sobre puntos comprendidos en el orden del día de cualquier clase de junta general podrá delegarse o ejercitarse por el accionista mediante correspondencia postal, electrónica o cualquier otro medio de comunicación a distancia, siempre que se garantice debidamente la identidad del sujeto que ejerce su derecho de voto.

Así el legislador español ha establecido como regla general y primera clase de mayorías, la denominada legalmente como mayoría simple[256] (art. 201.1 LSC), en virtud de la cual, se considerará que se adopta un acuerdo cuando hay "más votos a favor que en contra"[257], y como una segunda clase de mayorías, de carácter excepcional, la mayoría absoluta, establecida para adoptar los acuerdos a los que se refiere el artículo 194[258] LSC, la cual se alcanza de la siguiente manera: con el voto afirmativo de más de la mitad de los votos computables "si el capital presente o representado supera el cincuenta por ciento" [259], o con "el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la junta cuando en segunda convocatoria concurran accionistas que representen el veinticinco por ciento o más del capital suscrito con derecho de voto sin alcanzar el cincuenta por ciento" (Art. 201.2 LSC).

Dichas mayorías se caracterizan además porque se pueden alcanzar con el voto de un solo socio y son susceptibles de aumento por disposición estatutaria, sin que pueda llegarse a la unanimidad[260], salvo si se trata de la

[256] RDGRN del 6 de junio de 2002 "es mayoría simple la resultante de ser más los votos a favor de una propuesta que los contrarios, sin tomar en consideración las abstenciones o votos en blanco o nulos".

[257] Con anterioridad a la reforma efectuada mediante el artículo único.6 de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, el legislador señalaba como mayoría la "ordinaria" sin definirla, razón por la cual se generó una gran discusión doctrinal y jurisprudencial en relación a si dicha mayoría era la simple o la absoluta, pues tal y como lo explica CAICOYA CORES, J, "Constitución de la junta y adopción de acuerdos", en BALLESTER AZPITARTE, L. (Coord.): *Tratado de sociedades de capital, Tomo I*, Aranzadi, 2017. pág. 1166, para autores como Eduardo Polo, dicha mayoría era la simple, pero para la mayoría de la doctrina (Manuel de la Cámara, Rodrigo Uría y Joaquín Garrigues), así como para el Tribunal Supremo y la DGRN, dicha mayoría era la absoluta.

[258] Se refiere a los acuerdos que versen sobre "la emisión de obligaciones, la supresión o la limitación del derecho de adquisición preferente de nuevas acciones, la transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero".

[259] Entiéndase que esta mayoría absoluta también se requiere cuando asiste exactamente el 50% de capital suscrito con derecho a voto y no solo cuando se supera dicho porcentaje, pues al hacer especial referencia al artículo 194 debe entenderse que lo que se busca es establecer una mayoría especial para aquellos casos en los que también se requiere un quórum especial en iguales términos.

[260] RDGRN, de 15 de abril de 1991 "PRIMERO. En el supuesto contemplado, se debate en torno a la admisibilidad en una sociedad anónima de la cláusula estatutaria en cuya virtud la realización de determinadas actuaciones por el Consejo de Administración (prestación de avales, fianzas o garantías que afecten al patrimonio de la sociedad, o para comprar o vender inmuebles) queda sujeta al acuerdo unánime de la Junta General de accionistas. El Registrador deniega la inscripción por ser contrario a la naturaleza de los órganos colegiados la adopción de acuerdos por unanimidad. SEGUNDO. Debe confirmarse el criterio denegatorio del Registrador toda vez que la cláusula en cuestión, aun cuando no impone el voto favorable de todos los socios (sino exclusivamente el de los asistentes a la reunión) implica, en definitiva, la atribución, a cada uno

decisión de promover la acción social de responsabilidad la cual siempre será aprobada por la mayoría ordinaria (Art. 238 LSC).

En el caso colombiano se estableció en el artículo 68 de la L 222/95, que todas las decisiones salvo 3, se adoptan con la mayoría de los votos presentes[261], siendo por lo tanto esta la regla general, constituyendo la excepción a la misma las decisiones consagradas en los artículos 155, 420.5. y 455 del C. de Co, las cuales se adoptaran con las mayorías allí reguladas, esto es, respectivamente: i) la distribución de utilidades requerirá el voto favorable de un número plural de socios que representen, cuando menos, el 78% de las acciones representadas en la reunión; ii) aprobar la emisión de acciones ordinarias sin sujeción al derecho de preferencia, requerirá el voto favorable de no menos del setenta por ciento de las acciones presentes en la reunión; y iii) para aprobar la decisión de pagar el dividendo en forma de acciones liberadas de la misma sociedad, se requerirá el voto del ochenta por ciento de las acciones representadas[262].

Dichas mayorías (general y especial) pueden en cualquier caso aumentarse por vía estatutaria, siempre y cuando la sociedad no negocie "sus acciones en el mercado público de valores", y siempre que no se trate de la remoción de los administradores (art. 198 C. de Co), ni de la acción social de responsabilidad (Art. 25 de la L 222/95), decisiones estas últimas, que siempre

---

de ellos, de un derecho de veto que contraría abiertamente un principio básico en la organización y funcionamiento de la Sociedad Anónima, cual es, el de adopción de sus acuerdos por mayoría, principio fundado en la misma esencia y características de este tipo social, que viene confirmado en su regulación legal –vid. artículos 48 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 (RCL 1951, 811), 93 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 4 y Resolución de 11 de marzo de 1980 –, y que no queda desvirtuado por el reconocimiento legal de la posibilidad de reforzar, en los casos que la ley determina, las mayorías tipificadas (vid. artículo 103-3.º, del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas), pues por propia definición, tal reforzamiento presupone su subsistencia».»

[261] Requiere el voto afirmativo de más del 50% de los votos presentes. Equivale a la mayoría absoluta española.

[262] Sobre el particular, GIL ECHEVERRY, J, *Derecho Societario Contemporáneo…*" ob. cit. pág. 388, considera que el art. 68 de la L 222/95 solo modificó el 427 del C. Co. Co, con relación a las mayorías generales o comunes y no a las mayorías especiales por lo tanto afirma que además de las mayorías especiales expresamente señaladas en el 68 todas las demás consagradas en la ley también resultan aplicables, opinión que no ha tenido respaldo jurisprudencial, pues *contrario sensu*, la Superintendencia de Sociedades ha considerado de manera reiterada y desde nuestro punto de vista acertada que "3.3. En las sociedades anónimas las reformas estatutarias, así como cualquiera otra decisión diferente de las que taxativamente relaciona el artículo 68, se deberán aprobar con la mayoría de votos presentes en la reunión de la asamblea general de accionistas en la que se someta a consideración el tema que se debate, salvo que tratándose se sociedades anónimas cuyas acciones no se negocien en los mercados públicos de valores se hubiere pactado una mayoría superior." oficio No. 220-42826 del 8 de agosto de 1.997.

se adoptarán con el voto favorable de la mitad más una de las acciones presentes. Mayorías todas estas, que al igual que en el caso español, pueden alcanzarse con el voto de un solo socio que la configure, salvo la referida en el art. 155 del C. de Co. que sí requiere voto plural.

Con base en lo anterior, debe concluirse que si bien ambos legisladores han coincidido en establecer dos tipos de mayorías, no coinciden en el número de votos necesarios para entender configurada una u otra, pues el legislador colombiano ha considerado que se alcanza la mayoría general o simple con el voto favorable de la mitad más una de las acciones presentes, mientras que el español considera que siempre que haya más votos afirmativos que negativos se considerará adoptada la decisión por mayoría simple, por lo tanto en el caso colombiano los votos en blanco o las abstenciones se contabilizan como negativos, mientras que en el español aquellos se contabilizan como lo que son (abstenciones o en blanco) por lo que si bien no son votos a favor sino en contra no se contabilizan como negativos.

5.3.3 El acta de la reunión de la JGA.

Una vez adoptada la decisión correspondiente bien sea en sentido de aprobar el acuerdo o de negarlo, lo sucedido en la respectiva reunión se recoge en un documento escrito denominado acta, en el cual se deja constancia de las decisiones, así como de las circunstancias particulares de la reunión, tales como, el lugar y fecha de su celebración, los datos de su convocatoria, asistentes, votaciones, deliberaciones y las intervenciones que se hayan pedido consten en acta, entre otras, las cuales deben estar recogidas en los respectivos libros de actas inscritos en los registros mercantiles para efectos de publicidad frente a terceros.

Si bien los acuerdos sociales no requieren para su existencia y validez del acta[263], salvo el caso de acta notarial en España (art. 203 LSC), esta sí constituye una pieza fundamental en el engranaje del acuerdo social, pues configura la prueba idónea para acreditar la adopción de los mismos, está dotada de fuerza ejecutiva una vez aprobada, y sirve de instrumento para las inscripciones correspondientes en los registros públicos de las decisiones societarias allí

[263] Sobre el particular señaló la RDGRN del 7 de abril de 2011 que "el acta no constituye la forma *ad substantiam* de las declaraciones de los socios ni de los acuerdos sociales sino que presenta una declaración ya formada, de modo que mediante la constatación de los hechos –consistentes o no en declaraciones- garantice fundamentalmente el interés de todos aquellos a quienes pueda afectar tales acuerdos y en especial el de los socios disidentes y ausentes"

contenidas, por lo que resulta de gran importancia que se cumplan los requisitos formales y legalmente establecidos con respecto a la misma.

Dichas formalidades tanto en Derecho español como colombiano se circunscriben a dos aspectos fundamentales, por un lado a las personas que las elaboran y aprueban y por otro al contenido mínimo de las mismas.

Así tratándose de la legislación española tenemos que el acta, por regla general será elaborada por el secretario con el visto bueno del presidente[264], siendo la excepción la elaboración por un notario en aquellos casos en que así sea requerido por los administradores que hayan hecho la convocatoria y siguiendo los mismos parámetros de esta, bien sea *motu proprio* o porque así lo solicite el uno por ciento del capital social[265] (art. 203 LSC). A su turno el acta deberá ser aprobada al final de la reunión por la propia junta o dentro de los quince días siguientes por el presidente de la junta y dos "socios interventores" que hayan participado en la misma, uno de los cuales deberá representar a las mayorías y otro a las minorías (art. 202.1 LSC), a menos que haya sido elaborada por el notario, caso en el cual no requerirá de aprobación.

En el caso colombiano las reglas son muy similares aunque con los siguientes matices: el acta será elaborada conjuntamente por el secretario y por el presidente de la junta, pues la misma debe llevar la firma de estos dos cargos, y será aprobada por la propia JGA o por una comisión designada para el efecto, sin que exista regla de participación de socios que representen mayorías y minorías, como ocurre en la legislación española y sin que esté prevista la posibilidad de que el acta sea notarial, así como tampoco existe en la ley un plazo para su expedición.

En cuanto a su contenido y para tener plenos efectos probatorios, en Colombia, debe indicar la forma de convocatoria a la reunión, los asistentes, los votos emitidos, así como las decisiones adoptadas y las constancias que hayan dejado los socios durante las deliberaciones, su contenido podrá adicionarse por el secretario y el presidente mediante acta complementaria pero solo por omisión de datos legalmente exigidos por la ley o el contrato social, pues si la omisión

[264] Artículo 99. (Reglamento del Registro Mercantil.) Aprobación del acta. 3. Una vez que conste en el acta su aprobación, será firmada por el Secretario del órgano o de la sesión, con el Visto Bueno de quien hubiera actuado en ella como Presidente.

[265] En este caso el acta si será un elemento esencial para la eficacia de los acuerdos adoptados en la correspondiente reunión, no requiere de aprobación y los honorarios notariales estarán a cargo de la sociedad.

versa sobre alguna decisión o acuerdo social, solo podrá complementarse por acta aprobada por la JGA, y los errores de transcripción se enmiendan con notas al margen[266].

A su turno en España además de los datos generales de fecha y lugar de celebración, fecha y modo de convocatoria, los accionistas presentes y representados y su porcentaje de participación, los acuerdos adoptados y el resultado de las votaciones[267], debe incluirse la lista de asistentes configurada al inicio de la reunión en los términos del artículo 192 LSC.

Así las cosas, en el acta se recoge todo el procedimiento adelantado para la formación de la voluntad del ente societario, esto es, para la adopción del acuerdo social, pues allí se reseña la información acerca de la convocatoria, es decir, del procedimiento de citación de los accionistas para conformar el órgano máximo social, así mismo se determina la forma en la que se constituyó la JGA, estableciéndose cuáles fueron los socios asistentes, el porcentaje de participación accionaria de cada uno y por ende el quórum con el que se celebró la reunión, igualmente se incluyen las deliberaciones, las votaciones y los acuerdos

[266] SSC, Circular Externa 100-000001 de 2017

[267] Artículo 97. LSC Contenido del acta. 1. Los acuerdos de los órganos colegiados de las sociedades mercantiles se consignarán en acta, que se extenderá o transcribirá en el libro de actas correspondiente, con expresión de las siguientes circunstancias: 1.ª Fecha y lugar del territorio nacional o del extranjero en que se hubiere celebrado la reunión. 2.ª Fecha y modo en que se hubiere efectuado la convocatoria, salvo que se trate de Junta o Asamblea universal. Si se tratara de Junta General o Especial de una sociedad anónima, se indicarán el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y el diario o diarios en que se hubiere publicado el anuncio de convocatoria. 3.ª Texto íntegro de la convocatoria o, si se tratase de Junta o Asamblea universal, los puntos aceptados como orden del día de la sesión. 4.ª En caso de Junta o Asamblea, el número de socios concurrentes con derecho a voto, indicando cuántos lo hacen personalmente y cuántos asisten por representación, así como el porcentaje de capital social que unos y otros representan. Si la Junta o Asamblea es universal, se hará constar, a continuación de la fecha y lugar y del orden del día, el nombre de los asistentes, que deberá ir seguido de la firma de cada uno de ellos. (…) 5.ª Un resumen de los asuntos debatidos y de las intervenciones de las que se haya solicitado constancia. 6.ª El contenido de los acuerdos adoptados. 7.ª En el caso de Junta o Asamblea, la indicación del resultado de las votaciones, expresando las mayorías con que se hubiere adoptado cada uno de los acuerdos. (…) En ambos casos, y siempre que lo solicite quien haya votado en contra, se hará constar la oposición a los acuerdos adoptados. 8.ª La aprobación del acta conforme al artículo 99.
2. Las decisiones del socio único se consignarán en acta, que se extenderá o transcribirá en el Libro de actas correspondiente, con expresión de las circunstancias 1.ª y 6.ª del apartado anterior, así como si la decisión ha sido adoptada personalmente o por medio de representante.
3. Las circunstancias y requisitos establecidos en este Reglamento respecto de las actas y sus libros y certificaciones se entenderán exigidos a los exclusivos efectos de la inscripción en el Registro Mercantil.

adoptados. Por lo tanto, en el acta se recogen toda la información sobre los tres elementos que inciden sobre la validez de los acuerdos sociales, esto es, la convocatoria, el quórum de constitución y las mayorías decisorias.

CAPÍTULO SEGUNDO - DE LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES Y SUS CAUSAS.

I. NATURALEZA JURÍDICA DE LA IMPUGNACIÓN.

La impugnación de las decisiones sociales es el mecanismo legal que ha erigido tanto el legislador colombiano como el español para verificar que los acuerdos sociales se adoptaron con cumplimiento de la normativa que les resulta aplicable, conformada por la ley, los estatutos y en el caso español el reglamento de la junta, sin violación de los derechos individuales del socio y en pro del interés societario, aunque esto último solo está expresamente recogido en la legislación española y no en la colombiana, tal y como se verá con detalle en el tercer capítulo.

En efecto, conforme a las causales de impugnación de los acuerdos sociales que se verán a profundidad más adelante, tanto en Colombia (art. 191 del C. de Co) como en España (art. 204.1 LSC) las decisiones sociales pueden impugnarse cuando las mismas sean contrarios a la ley, a los estatutos o al reglamento de la junta[268], previéndose así la impugnación como un mecanismo de control de legalidad de los acuerdos sociales.

Del mismo modo, cuando los legisladores establecen que son impugnables los acuerdos adoptados con violación de las reglas imperativas de convocatoria, las reglas esenciales de constitución de la junta (quórum) o sin las mayorías necesarias[269], se está estableciendo la impugnación como un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales del accionista a la convocatoria, a la participación y a la votación en la JGA.

Con relación a la protección del interés social mediante la acción de impugnación[270], debemos resaltar que si bien resulta palmario que los acuerdos

[268] Esto solo en el caso español, en los términos que se desarrollará más adelante.

[269] Artículo 204.3.a LSC (en España) y artículo 186 del C. Co. Co, en concordancia con el 190 y 433 del mismo cuerpo legal (en Colombia).

[270] Como ya se avanzó y se desarrolla más adelante, solo en la legislación española se ha determinado de manera expresa que el desconocimiento del interés social sirve de fundamento para la impugnación, el cual debe entenderse a partir de los elementos incluidos en la definición de sociedad dada por el ordenamientos jurídico español (artículos1665 del Código Civil español), esto es, el ánimo societario (contrato de dos o más personas), el aporte (en virtud del cual se obligan a poner dinero, bienes o industria) y el ánimo de lucro (para repartir las ganancias). Sobre el particular se ha señalado en la STS 991/2011, de 17 de enero de 2012, fundamento séptimo lo siguiente "Como hemos declarado en la sentencia 873/2011, de 10 de noviembre , no existe una

sociales se deben adoptar en pro dicho interés y no buscando un beneficio particular de algún o algunos socios individuales, en el régimen colombiano a diferencia del español[271], no se ha establecido dicho supuesto como causal expresa de impugnación, sino que se ha dispuesto una acción autónoma y diferente a la de la impugnación en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, en virtud de la cual una decisión adoptada con plena observancia de los requisitos legales y estatutarios de convocatoria, quórum y mayorías, pero con abuso del derecho al voto, puede llegar a ser declarada nula por objeto ilícito si se acredita el cumplimiento de todos los presupuestos legal y jurisprudencialmente establecidos para el efecto[272].

---

posición uniforme sobre qué debe entenderse por "intereses de la sociedad", dadas las clásicas posiciones enfrentadas entre los defensores de las teorías institucionalista y contractualista -a las que cabe añadir otras: monistas, dualistas; pluralistas, finalistas, posibilidad de discriminar en función del acto o acuerdo, etc. (…) La jurisprudencia de esta Sala no deja de tener en consideración criterios contractualistas -así la sentencia de 12 de julio de 1983 se refiere al interés social como "el interés común de los socios"; la 825/1998 de 18 de septiembre, reproduciendo la de 19 febrero 1991, lo hace a que "no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios , de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social" ; la 193/2000, de 4 de marzo, a que "para que un acuerdo sea impugnable es preciso que sea lesivo para el interés social (como suma de intereses particulares de los socios); la 1086/2002, de 18 de noviembre, a que "ha de entenderse que procede considerar lesión a los intereses generales de la sociedad, entendidos como intereses comunes de todos los socios" ; la 186/2006, de 7 marzo, con cita de la de 11 de noviembre de 1983, que " éstos (los intereses de la sociedad) resulten de la suma de los de todos aquellos" ; y la 400/2007, de 12 de abril, a que "[e]l interés social que defiende el artículo 115.1 no es, efectivamente, el de los accionistas individualmente considerados (sentencias de 29 de noviembre de 2002 y 20 de febrero de 2003), sino el común a todos ellos (sentencias de 11 de noviembre de 1983, 19 de febrero de 1991, 30 de enero de 2001 y 29 de noviembre de 2002), el cual, a modo de cláusula general, permitirá integrar la relación contractual para resolver los conflictos en cada caso concreto", dando a entender que, dentro del respeto a la sociedad institución, se permite la heterointegración del pacto societario, de conformidad con lo previsto en el artículo 1258 del Código Civil , que veta comportamientos contrarios a la buena fe. Por ello, la sentencia 1086/2002, de 18 de noviembre, se refiere a la "proyección consecuente a la defensa de los participantes minoritarios" y, la referida sentencia 873/2011, de 7 de diciembre, a que " los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos -tanto si se califica el ejercicio del voto como abuso de derecho, como si se entiende que constituye un abuso de poder- deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría".

[271] Artículo 204. LSC: Acuerdos impugnables. 1. Son impugnables los acuerdos sociales que (…) lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.

[272] Esta acción especial será objeto de análisis a profundidad en el tercer capítulo.

Así, está claro que para el régimen español la impugnación no solo sirve como "instrumento de control de legalidad y corrección de la actuación societaria"[273], como en el caso colombiano[274], sino que además con su ejercicio se busca amparar el interés societario[275].

Aunado a lo anterior, la impugnación también constituye un derecho subjetivo del accionista[276], que está reconocido como tal de manera expresa en el artículo 93.C. LSC[277] por parte del legislador español, y de manera tácita en la legislación colombiana, con un matiz consistente en que lo puede ejercer el accionista "ausente o disidente" quien es el que está legitimado para

[273] GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: "la impugnación de acuerdos sociales. Una visión práctica", en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F, FERRANDO MIGUEL, I, TENA ARREGUI R (directores), *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales en las sociedades de capital*, Colegio Notarial de Madrid, 2015, pág. 32.

[274] GIL ECHEVERRY, J., ob. cit., pág. 126 "en la práctica, quien impugna una decisión social, si bien tiene un interés particular, por esta vía termina defendiendo el principio general de la legalidad decisoria, el cual presupone que las decisiones deben tomarse respetando la ley y los estatutos".

[275] PRESENCIA CRESPO, F, *La impugnación de acuerdos sociales y del consejo de administración. Actuación en nombre de otro*. Consejo General del Poder Judicial. Generalitat Valenciana. 2006, pág. 24 "se parte de la base de que en estos procedimientos lo que se persigue precisamente es que se haga efectivo la satisfacción del interés general o el interés de la sociedad, nunca el interés particular de los socios, administradores o terceros, que están legitimados para el ejercicio de la acción de impugnación".

[276] Señala ALFARO ÁGUILA-REAL, J, "Impugnación de acuerdos sociales" en, OLMEDO PERALTA, E, GALACHO ABOLAFIO, A, COHEN BENCHETRIT, A, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M, *Derecho de sociedades cuestiones sobre órganos sociales*, Tirant lo Blanch, 2019, pág. 12 (Versión electrónica) < http://www.tirantonline.com.Documento TOL7.267.237> que "La posibilidad de impugnar los acuerdos sociales constituye un derecho fundamental del socio, en cuanto miembro de la persona jurídica y constituye un derecho subjetivo en sentido estricto del que puede disponer omitiendo la impugnación en función de sus propios intereses (…) Es un derecho potestativo que, ejercido mediante la acción correspondiente, modifica materialmente el régimen jurídico societario. En la medida en que la sentencia que estime la impugnación tiene efectos sobre todos los socios, el socio que impugna el acuerdo actúa en interés de todos los socios en la defensa de la legalidad de la actuación societaria. Es un derecho político o administrativo y su titularidad corresponde a los socios que ostenten un 1 % del capital social (1 por mil en el caso de sociedades cotizadas) v., artículo 206.1 LSC."

[277] Este derecho tal y como se verá a profundidad más adelante se encuentra limitado, en los términos del artículo 206 de la LSC, por lo que se circunscribe a "los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital" salvo que se trate de acuerdos contrarios al orden público. Esta limitación fue incluida mediante la reforma efectuada a través de Ley 31/2014 del 3 de diciembre, con el propósito de evitar situaciones de abuso del derecho, tal y como se señala en el punto IV del Preámbulo de la referida Ley.

impugnar[278], tal y como se verá con detalle en el cuarto capítulo. Así, que la impugnación esté concebida como un derecho del accionista implica que sirve como herramienta de protección de sus intereses[279] cuyo ejercicio debe efectuarse de buena fe como principio rector de todo derecho[280].

Ahora bien, la impugnación como derecho tiene aparejada la acción judicial, la cual tiene por objeto, tal y como lo señala la propia Ley, el acuerdo o decisión social y no la JGA en sí, pues conforme a lo apuntado en el capítulo

[278] En efecto, en el artículo 191 del C. Co. Co, se establece dicha legitimación, sin que se limité el ejercicio de la impugnación a un porcentaje de participación accionaria, constituyendo por lo tanto la única condición para el efecto, que se trate de un accionista que no haya participado en la reunión ni directamente ni por representación o que haya votado en contra, en blanco o se haya abstenido de votar. Sobre el particular véase a SANÍN BERNAL, I.: "La impugnación de decisiones sociales. La acción de impugnación", *Revista de Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, N.º 82, 1988. pág. 195.

[279] Sobre el particular debe señalarse que para el sistema colombiano la acción de impugnación parte de la existencia de un conflicto de intereses entre el accionista y la sociedad, tal y como lo señaló la Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C/865 de 7 de septiembre de 2004. "15 (…) el ordenamiento jurídico le otorga la denominada "acción de impugnación" a los administradores, el revisor fiscal y a los socios ausentes y disidentes (C.Co. art. 191), con el propósito de invalidar las decisiones mayoritarias adoptadas por la junta de socios o asamblea general de accionistas que vulneran las prescripciones estatutarias. En efecto, la existencia de una acción para decretar la ilegalidad de una determinación, solo tiene razón de ser ante el conflicto o la colisión de los intereses particulares de las personas asociadas con el interés plurilateral del ente social. Si el interés del socio y la sociedad fuese el mismo, la simple lógica conduciría a entender que no existiría disputa alguna por las decisiones adoptadas", mientras que para el sistema español no debe existir tal discordancia, pues ambos interés deben confluir, tal y como lo ha señalado PRESENCIA CRESPO, F, ob. cit. pág. 25 "en el procedimiento de impugnación de acuerdos sociales no existe propiamente un conflicto de intereses sino un conflicto de posturas o posiciones entre quien impugna y quien sostiene la validez del acuerdo, y ello porque al tratarse en realidad de una revisión del acuerdo social, ambas partes procesales deben actuar en defensa del interés general o el interés social. No cabe que se actué el procedimiento de impugnación de acuerdos sociales para la defensa de un interés propio y personal del demandante, que no coincida con el interés general o el interés de la sociedad. Y en consecuencia, en ningún caso el resultado del procedimiento de impugnación pueda ser tampoco perjudicial para la sociedad".

[280] Otra cosa es que tal y como lo señala GARCÍA DE ENTERRÍA, J, ob. cit. pág. 27 existe "una relevante discordancia o desajuste entre la concepción legal del derecho de impugnación *del socio* (…) y lo que es la realidad practica dominante de las acciones de impugnación. Porque éstas, al menos en multitud de ocasiones, operan a menudo como un instrumento de presión que generalmente encubre fines distintos a los que motivan la propia interposición de la acción. No es infrecuente que estas acciones se enmarquen en el contexto de enfrentamientos o luchas de poder entre accionistas, en los que la impugnación de determinados acuerdos responde a fines intimidatorios o instrumentales. Es habitual que el accionista por cualquier motivo está incomodo en la sociedad se dedique a impugnar juntas (…) de ahí que las acciones de impugnación respondan a menudo a fines que poco tienen que ver con lo que formalmente las ampara. En este sentido, es muy habitual que el derecho de impugnación se ejercite por razones oportunistas o estratégicas o, por decirlo en otros términos, de forma abusiva".

anterior la junta es un órgano societario que por lo tanto no puede ser impugnado, y así lo ha reconocido expresamente el legislador colombiano[281] en el artículo 191 del C. de Co y el español en el 204 LSC, al señalar que se impugna el acuerdo o la decisión social[282], respectivamente.

No obstante lo anterior, existen dos normas específicas, una en cada ordenamiento jurídico aquí analizado, en las cuales es el propio legislador el que habla de "nulidad de la junta" (art. 172 LSC)[283] en el caso español[284], e "invalidez de la reunión" (art. 182 del C. de Co)[285] en el caso colombiano[286]. En efecto en estos dos eventos el vicio (la no publicación en plazo del complemento a la convocatoria o la no participación de todo el capital social en la reunión

[281] La SSC ha recalcado esta postura en los oficios 220-12090 del 26 de marzo de 2002 y 100-10071 del 22 de marzo de 2000, respectivamente, en los siguientes términos: "es preciso hacer énfasis en que lo que eventualmente es susceptible de impugnación son las decisiones tomadas en una asamblea y no la asamblea misma, independientemente del motivo o causa que diere lugar a ella", "adicionalmente, en la ley comercial no se establecen requisitos para la eficacia, validez y oponibilidad de las reuniones sociales propiamente dichas, sino de la decisión que eventualmente se adopte en ellas; y debe reiterarse que el asunto relacionado con la idoneidad legal del lugar de la reunión tiene que ver con la eficacia de la decisión".

[282] Sobre el particular señaló VILLENA CORTÉS, F, "Impugnación de acuerdos sociales y conflictos societarios", en GARCÍA MARRERO, J, ORTEGA BURGOS, E, GARCÍA-VILLARRUBIA, M, ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M (Coordinadores), *Tratado de conflictos societarios*, Tiran lo Blanch, 2019, pág. 34, (versión electrónica), disponible en < http://www.tirantonline.com.Documento TOL7.216.795> "la impugnación se dirige contra acuerdos concretos. Esto significa que cuando se impugna la junta, en realidad se alega que la reunión, en su conjunto, fue defectuosa y que, por tanto, no podía adoptar acuerdos válidos. De manera que también en esos casos lo que realmente se impugna son esos acuerdos".

[283] "La falta de publicación del complemento de la convocatoria en el plazo legalmente fijado será causa de nulidad de la junta".

[284] JURADO JURADO, J y MADRID ALONSO, J, ob. cit. pág. 969 "como dice el apartado 3 del artículo 172 LSC, ello es causa de nulidad de la junta convocada. Y esa causa de nulidad sobreviene no solo por la falta de publicación, sino por la publicación extemporánea, esto es, por la realizada fuera del plazo legalmente fijado en el precepto. Todo ello conlleva la nulidad de los acuerdos que se hayan podido adoptar, ya versen sobre la convocatoria inicial, ya sobre los que habían sido objeto del complemento de convocatoria".

[285] "La junta de socios o la asamblea se reunirá **válidamente** cualquier día y en cualquier lugar sin previa convocación, cuando se hallare representada la totalidad de los asociados" resaltado fuera de texto. Sobre el particular debemos señalar que, en el caso español si la junta universal no se constituye en los términos del 178 LCS, ya expuestos, la misma no se considera válidamente constituida y por lo tanto, toda la reunión y sus acuerdos serán ineficaces, como en el caso colombiano.

[286] SSC, Oficio DAL-1030 de 22 de enero de 1991 "igualmente y como característica especial, dicha reunión si puede calificarse de válida e inválida, independientemente de la validez de sus decisiones (…) la no asistencia o representación de la totalidad de los socios, acarrea la nulidad de la reunión, independientemente de lo que suceda con las decisiones tomadas en la misma".

universal, respectivamente) afecta a la totalidad de la reunión y por ende a todos los acuerdos allí adoptados[287].

Aunado a los dos eventos anteriormente referidos y expresamente reconocidos en la ley, existen otros vicios en el procedimiento de adopción del acuerdo social que pueden afectar a la totalidad de las decisiones adoptadas en una misma reunión, esto ocurre cuando hay un defecto en los elementos esenciales de la convocatoria a la reunión y en la constitución del órgano[288], pues en estos casos todos los acuerdos quedan afectados por dicho vicio en los términos que se verán más adelante[289].

---

[287] Señala ALFARO ÁGUILA-REAL, J, ob. cit. pág. 3 que "La impugnación se dirige contra acuerdos concretos. Cuando se impugna la «junta», en realidad se aduce que la reunión de los socios fue defectuosa y, por tanto, no podía adoptar acuerdos válidos."

[288] Sobre el particular véase en Derecho español a LATORRE CHINER, N, "La impugnación de acuerdos por infracción de requisitos procedimentales [art. 204.3.a) LSC]", en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F, FERRANDO MIGUEL, I, TENA ARREGUI R (Directores) *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales en las sociedades de capital*, Colegio Notarial de Madrid, 2015, pág. 226 "Los defectos formales pueden afectar, como es sabido, a la junta y a la totalidad de los acuerdos adoptados en ella o, por el contrario, solo a algunos acuerdos. Esto último ocurre cuando se infringen las normas sobre las mayorías para la adopción de acuerdos y, normalmente cuando se niega información al socio o no se recuerdan en la convocatoria derechos relacionados con la información y el examen de documentación en relación a acuerdos concretos". En Derecho colombiano, señaló la SSC, Oficio 220-40463 de 21 de julio de 1998 "la ley sanciona con ineficacia aquellas decisiones del máximo órgano social que se adopten en una reunión en la cual se desatendieron las reglas en cuanto a la convocatoria, toda vez que constituye un elemento esencial de la reunión de la junta o asamblea." y en la Circular Externa D-001 de 1991 "en caso de que no concurra el número de socios que integra dicho quórum, no podrá llevarse a cabo la reunión, bajo pena de que las decisiones resulten ineficaces en virtud de lo establecido en el artículo 190 del estatuto mercantil".

[289] Debemos resaltar desde ya, que en Colombia, dichos defectos generan la ineficacia de las decisiones (art. 433 C. de Co), lo que implica que no producen efecto alguno, por lo que podría afirmarse que, por lo menos teóricamente, no son objeto de impugnación al no requerir de declaración judicial por carecer de efectos, (Consejo de Estado, Sentencia del 28 de agosto de 1975 "las reuniones que se realicen sin el quórum requerido son ineficaces (…) ello se traduce en que no produce efectos, sin necesidad de declaración judicial o de providencia administrativa, no requiere ser impugnada porque su carencia de valor o inutilidad jurídica está implícita en esa sanción que obra de modo automático por ministerio de la ley (…) verificada la falta de quórum esa misma circunstancia *per se* hace que el acto es ineficaz, o sea, que no puede producir ningún efecto", en este sentido véase también la Resolución 2021 del 16 de septiembre de 1996 de la Superintendencia de Industria y Comercio), no obstante lo cual si resulta procedente promover el proceso de impugnación cuando existe discusión entre los actores acerca de la ineficacia de las decisiones para el reconocimiento de sus presupuestos (Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia del 12 de febrero de 2009 "No empecé que la ineficacia obra de pleno derecho, vale decir sin previa declaración, cuando las partes discuten la existencia de los presupuestos que originan esta sanción y por esta vía la hacen inoperante la posibilidad de acudir a la jurisdicción para que reconozca tales presupuestos, a efecto de que esta dilucide el punto con fuerza de cosa juzgada").

Sentado lo anterior, esto es, que lo que es objeto de la impugnación son las decisiones o acuerdos sociales y partiendo de la base de que los mismos se consideran adoptados cuando se alcance el número mínimo de votos a favor requeridos legal o estatutariamente para el efecto, se discute en Derecho español sobre si pueden ser objeto de impugnación aquellas manifestaciones de voluntad en sentido negativo, es decir, si puede impugnarse la decisión de rechazar una propuesta de acuerdo[290].

Lo anterior, en razón a que el legislador español cuando hace referencia a los acuerdos sociales vincula gramaticalmente dicho término, solamente a aquellas decisiones mediante las cuales se acepta la propuesta sometida a consideración de la junta con el número de votos afirmativos legal o estatutariamente requeridos para el efecto, dejando por fuera de este concepto las decisiones de no aceptación de la propuesta (acuerdos negativos[291]), pues así se desprende del tenor literal del artículo 201 LSC, que señala expresamente que "los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría simple de los votos de los accionistas presentes o representados en la junta, entendiéndose adoptado un acuerdo cuando obtenga más votos a favor que en contra del capital presente o representado"[292].

---

[290] En Derecho colombiano no se presenta esta disyuntiva, en razón a que allí se considera decisión social tanto la que aprueba la propuesta sometida a consideración de la JGA como la que rechaza la misma, por lo que al ser objeto de la impugnación la decisión, ello implica que las de contenido negativo también lo son, véase a GIL ECHEVERRY, J, ob. cit. pág. 8 y 9 "el paso siguiente a la deliberación es la votación, cuyo resultado, en el seno de una junta o asamblea, conduce a formar la decisión, la cual puede ser positiva o negativa (…) jurídicamente para que se conforme una decisión social, se requiere la previa integración del cuerpo colegiado de dirección general denominado junta o asamblea y de la previa deliberación y su votación (…) otra cosa es que en el seno de una junta o asamblea, las decisiones tomadas sean válidas o eficaces".

[291] ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A, "La impugnación de acuerdos. Artículo 204", en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A y BELTRÁN SÁNCHEZ (Coord.), E, *Comentarios de la ley de sociedades de capital, Vol. I, Civitas, 2011,* pág. 1438 "con el equívoco pero expresivo nombre de «acuerdos negativos» se hace referencia a aquellas propuestas de acuerdo que, habiendo sido sometidas a votación en la junta general no han conseguido, por una u otra razón, la mayoría legal o estatutariamente establecida, según la naturaleza de la propuesta, y que, por consiguiente, no constituye un acuerdo"

[292] MARÍN DE LA BÁRCENA, F, "La impugnación de acuerdos negativos (art. 204.1) LSC", en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F, FERRANDO MIGUEL, I, TENA ARREGUI R (directores) *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales en las sociedades de capital*, Colegio Notarial de Madrid, 2015, pág. 282 "el concepto de acuerdo queda reservado de este modo a la aprobación de la propuesta presentada a la votación de los socios. De modo que cuando se produce el rechazo de una propuesta, no hay acuerdo."

Así las cosas, habrá de decirse que la regla general es que la impugnación solo se predica de los cuerdos sociales *stricto sensu*, o lo que es lo mismo de las decisiones positivas que se adoptan con el voto afirmativo de las mayorías correspondientes, pues son estas las que generan efectos y por lo tanto pueden ser objeto de impugnación, sin embargo existen eventos en los cuales no obstante no haberse adoptado el acuerdo la decisión resulta excepcionalmente impugnable[293].

Así, ha sido el propio Tribunal Supremo el que ha señalado que el rechazo de ciertas propuestas sometidas a consideración por parte de la JGA también puede constituir un acuerdo y por lo tanto ser susceptible de impugnación. En efecto, en la STS 2735/2015, de 2 de junio se señaló que "lo que la junta rechaza por mayoría es el ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores. Pero no puede negarse que se trata de un acuerdo, pues se decide que la sociedad no ejercite la acción social de responsabilidad (…). Es un acuerdo contemplado por la Ley (…) la ley prevé que sometida a la junta esta adopte un acuerdo a favor o en contra de exigir responsabilidades a los administradores sociales. Por lo tanto acuerdo lo hay aunque su contenido sea que la sociedad no ejercite la acción social de responsabilidad."

Ahora bien, si la impugnación se basa en que el resultado negativo de la votación y por ende el rechazo de la propuesta y la no adopción del acuerdo obedece a que ha habido un error en el conteo de los votos o en la determinación de los legitimados para votar, y que corregido ese error resulta aprobado el acuerdo, es procedente la acción de impugnación, así no se trate de un acuerdo social en sentido estricto, pues es evidente que en este caso puntual no se está, por esta vía, modificando la voluntad societaria sino que únicamente se está reconociendo la verdadera voluntad de la sociedad[294].

---

[293] Tal y como lo señala IRIBARREN BLANCO, M, "La impugnación de los acuerdos negativos de la junta general", *Revista de derecho mercantil*, N.º 304, 2017, págs. 165-205, el criterio determinante para que proceda la impugnación contra un acuerdo negativo es que "las acciones correspondientes puedan producir algún resultado (y, más concretamente para los acuerdos negativos) o bien que el acuerdo haya producido efectos o bien que el procedimiento para su adopción adolezca de vicios cuya ausencia hubiera comportado la aceptación de la propuesta, esto es, la adopción de un acuerdo positivo".

[294] Véase a ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A, ob. cit. pág. 1439 "ahora bien, por excepción, los tribunales pueden constituir el acuerdo frente a la sociedad. Tal sucede en los acuerdos negativos cuando la falta de adopción del acuerdo (por oposición mayoritaria) se deba, decisivamente, al voto contrario de un socio que hubo de abstenerse por notorio conflicto de intereses, ya que habría votado quien no debía."

Del mismo modo, se puede impugnar la decisión de rechazar un acuerdo que obligatoriamente y por expreso mandato legal debía adoptar la junta, como cuando se rechazan aquellas propuestas referidas en los artículos 95.2 LSC (privilegio en el reparto de ganancias sociales), 99.2 LSC (dividendo preferente) o 365.2 LSC (adopción del acuerdo obligatorio de disolución), toda vez que en estos casos es la propia ley la que impone la obligación de adoptar esos determinados acuerdos y por lo tanto lo que el juez hace al declarar la impugnación procedente, no es suplantar la voluntad de la sociedad sino aplicar la ley[295].

Ahora bien, mención especial requiere la impugnación de la decisión de rechazar una propuesta con base en un abuso de la mayoría, pues tal y como se verá a profundidad en el siguiente capítulo, en estos casos, aun siendo un "no acuerdo" la misma se puede impugnar, tal y como lo ha señalado el Tribula Supremo en la STS 418/2005, 26 de Mayo de 2005, cuando analizando la impugnación de una decisión de no repartir beneficios, dispuso:

"Privar al socio minoritario sin causa acreditada alguna, de sus derechos a percibir los beneficios sociales obtenidos y proceder a su retención sistemática, ya que se declara probado que MARKESTIL, S.L. nunca ha repartido dividendos entre sus socios, se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener el amparo de los Tribunales, pues se trata de actitud impeditiva afectada de notoria ilicitud, que justifica la impugnación promovida y estimada del acuerdo de aplicación del resultado, pues todo ello significaría consagrar un imperio despótico de la mayoría, en este caso dos socios hermanos, frente a la minoría (el demandante que recurre)."

[295] Sobre el particular véase la STS 5776/2010, de 6 de octubre en la que se señaló que: "Ahora bien, el precepto transcrito, en términos similares a los del artículo 204.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital -"Son 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", no autoriza a suplir la voluntad social en la adopción de acuerdos que tan solo a la misma competen, de tal forma que, fuera de aquellos supuestos extraordinarios en los que la propia norma cercena la regla de libertad de adopción de decisiones empresariales e impone a los administradores o a los socios determinadas decisiones -ad ex. casos de convocatoria judicial de junta (artículo 105 en el texto refundido de 1989 y artículo 169 en el de 2010); concurrencia de causas de disolución (artículo 262.3 en el texto refundido de 1989 y artículo 366 en el de 2010)-, el control judicial de las decisiones societarias se limita al examen de la regularidad de los acuerdos adoptados, pero no la conveniencia o no de la adopción de otros, sin perjuicio, claro está, de que la paralización de la toma de decisiones pueda llegar a erigirse en causa de disolución, ésta sí, susceptible de ser adoptada por el Juez."

Conforme a lo hasta aquí expuesto, la impugnación es un derecho mediante cuya acción se busca verificar si las decisiones o acuerdos sociales adoptados por el ente societario se encuentran o no ajustadas a derecho, y tiene como objetivo primordial eliminar de la vida jurídica aquellos acuerdos que resulten contrarios al orden público, a la ley o a los estatutos sociales, amparando por esta vía el interés societario, el general y el individual de los socios.

La impugnación a su turno se encuentra circunscrita a unas causales taxativas y específicas de procedencia que, constituyen su marco general de acción y de las cuales no pueden salirse los impugnantes, en pro de la seguridad jurídica, pues la regla general es la de la presunción de validez de los acuerdos sociales y por lo tanto la destrucción de dicho presupuesto deviene excepcional a través de la concurrencia de las causales o motivos de impugnación, a las que procedemos a hacer referencia a continuación.

II. LA IMPUGNACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

La legislación española en materia de impugnación de acuerdos sociales, contenida principalmente en los artículos 204 a 208 de la LSC, fue objeto de una gran reforma legislativa llevada a cabo mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo, que tuvo como propósitos fundamentales por un lado el "de ampliar la tutela del interés social y de la protección de los derechos de las minorías, y de restringir, por otro lado, aquellos aspectos formales o procesales que se prestan al abuso del derecho de impugnación en detrimento de la seguridad del tráfico y la eficiencia de la organización societaria."[296], lo que conllevó varias modificaciones sustanciales, así:

i) Se separó la figura jurídica de la impugnación de los acuerdos sociales del régimen común de nulidad de los actos y negocios, suprimiendo la clásica diferenciación entre acuerdos nulos (los contrarios a la ley) y acuerdos anulables[297] (los contrarios a los estatutos y al interés social), pasando todos a

[296] Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, Estudio sobre propuesta de modificaciones normativas, del 14 de octubre de 2013, página 29 (disponible en <https://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/cegc_estmodif_20131014.pdf>, último acceso 3 de julio de 2020).

[297] Sobre el particular señaló la Comisión de Expertos, ob. cit. pág. 29 "de lo que se trata es de corregir los defectos y los excesos de la normativa actual, buena parte de los cuales proceden de una diferencia artificial entre acuerdos nulos y acuerdos anulables a los que se ligan

formar parte de un régimen general de anulación[298], salvo los contrarios al orden público por ser radicalmente nulos[299].

Lo anterior implica por un lado que los acuerdos son eficaces y producen efectos hasta que se solicite mediante la acción correspondiente su anulación y así se declare, pudiendo en todo caso, los vicios ser convalidados por el paso del tiempo (caducidad) o saneados mediante la adopción de un nuevo acuerdo de

consecuencias jurídicas muy diferentes y difícilmente justificables. Con relación a este aspecto, puntualizó ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P, *Estudios sobre el proceso de impugnación de acuerdos sociales,* Dykinson, 2015, pág. 110 "con la última reforma lo único que hace la ley, en nuestra opinión, es evitar imprecisiones terminológicas ya que los acuerdos que anteriormente la ley calificaba como nulos, tanto por el régimen de caducidad como por el carácter constitutivo de la sentencia, realmente resultaban ser supuestos de nulidad relativa o anulabilidad."

[298] Sobre el particular señala MUÑOZ PAREDES, M, "Los acuerdos impugnables en el nuevo régimen de impugnación de acuerdos sociales (art. 204.1 LSC)", en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F, FERRANDO MIGUEL, I, TENA ARREGUI R (Directores) *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales en las sociedades de capital*, Colegio Notarial de Madrid, 2015, págs. 128 a 131 "no es posible sostener que la introducción de la categoría de los acuerdos «impugnables» supongan el abandono-y la sustitución por otros esquemas no bien definidos- del concepto de invalidez como sustrato que explica la impugnabilidad y, en su caso, privación de efectos de determinados acuerdos sociales. (…). El ordenamiento jurídico ha configurado dos mecanismos fundamentales de reacción ante la invalidez de los actos jurídicos: la nulidad y la anulabilidad (…). La aplicación con carácter general en materia de impugnación de acuerdos sociales de la categoría de la impugnación (o anulabilidad), con un desplazamiento paulatino (y ahora casi total) de la nulidad, no deja de ser coherente con las características de la institución (…). Los vicios que justifican la impugnación no siempre son graves desde una perspectiva general, la impugnación se establece para la protección de los socios disidentes (no del orden público) y el interés de la sociedad reclama que cuanto antes cese la incertidumbre sobre la posible ilegalidad de los acuerdos sociales (…) por eso parece acomodada a los principios institucionales la opción, ahora casi en todos los casos, por un régimen de «impugnabilidad» que equivale a la antigua anulabilidad".

[299] Véase a la Comisión de Expertos, ob. cit. pág. 30. Sobre el particular señaló ALFARO ÁGUILA-REAL, J, ob. cit. pág. 1-2 "La eliminación de la distinción entre acuerdos nulos y anulables debe, pues, alabarse porque no se corresponde con la distinción generalmente aplicable en el Derecho de obligaciones y contratos. Que un acuerdo social sea nulo cuando sea contrario a la Ley y que sea anulable cuando sea contrario «a los estatutos o al interés social» carece de sentido. La distinción relevante es la que se realiza entre (i) acuerdos contrarios al orden público y (ii) acuerdos contrarios a la ley, a los estatutos o al interés social. La acción dirigida a anular los segundos es, como decimos, una acción de incumplimiento (el impugnante denuncia que el acuerdo social infringe el contrato social en sentido amplio, esto es, incluyendo la regulación legal supletoria). La acción dirigida a anular los primeros es una acción de nulidad en sentido estricto. Su objetivo es que se declare la inexistencia de un acuerdo o que se declare que la sociedad -como sujeto- ha infringido normas que protegen intereses de terceros o generales, esto es, que se han sobrepasado los límites de la autonomía privada. Conserva así, su sentido, la distinción entre acuerdos nulos e impugnables".

sustitución que no adolezca del mismo vicio[300], y por otro lado, que tampoco habrá diferenciación ni con relación al plazo ni con relación a la legitimación para promover la impugnación, pues ahora el plazo de impugnación y la legitimación es igual en todos los caso, salvo que se trate de acuerdos contrarios al orden público, en los términos que se expondrá a profundidad más adelante.

ii) Se incluyó la infracción al reglamento general de la junta como causal de impugnación y se amplió el concepto de interés social que se ampara con la misma, para incluir de manera expresa, como fundamento de aquella los acuerdos que se adoptan con abuso de las mayorías;

iii) Se eliminó expresamente de las causales de impugnación aquellos vicios poco relevantes que se hayan presentado en el procedimiento de adopción del acuerdo, incluyéndose en la norma un listado de "acuerdos no impugnables", donde figuran "La infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo", "La incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta", "La participación en la reunión de personas no legitimadas", y "La invalidez de uno o varios votos o el cómputo erróneo de los emitidos"[301]. A su turno, se estableció la tramitación de un incidente para resolver sobre la relevancia o no de los vicios procedimentales alegados como causal de impugnación.

iv) También se quiso ampliar el concepto de acuerdos contrarios al orden público para incluir en él, además, aquellos acuerdos inexistentes, como los no adoptados porque en realidad no se convocó o celebró la junta[302].

v) Si bien se mantuvo la improcedencia de la impugnación frente a acuerdos dejados sin efectos o sustituidos por otros, se otorgó consecuencias procedimentales distintas según el momento en que ello ocurra, así si ya se ha impugnado el acuerdo su revocación o sustitución conllevaría la terminación del

[300] MELERO BOSCH, L, "Los acuerdos impugnables", en GARBERÍ LLOBREGAT, J, GONZÁLEZ NAVARRO, A y MELERO BOSCH, L, *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades de capital*, Bosch, 2015, pág.212.

[301] Artículo 204.3 a) b) c) y d) LSC, en donde además se le asigna al juez la función de determinar la relevancia o no del vicio invocado, mediante un trámite incidental en el procedimiento, lo cual se verá a profundidad en el cuarto capítulo.

[302] Comisión de Expertos, ob. cit. pág. 30. Esta modificación se ve reflejada en el art. 205.1 LSC en donde se incluyó que los acuerdos también pueden ser contrarios al orden público por sus circunstancias.

procedimiento judicial, mientras que si aún no se ha presentado la demanda se generaría una causal de inadmisión de la misma[303], incluyéndose además en este punto la posibilidad de que el impugnante solicite "la eliminación de los efectos o la reparación de los daños que el acuerdo le hubiera ocasionado mientras estuvo en vigor"[304].

vi) Finalmente también se incluyó una relevante modificación de naturaleza procesal al restringirse la legitimación para impugnar en los términos de los numerales 1 y 5 del artículo 206 LSC, al incluirse un porcentaje mínimo de participación accionaria del demandante, y al establecerse como requisito de legitimación para impugnar los acuerdos por defectos de forma el haberlos alegado durante el proceso de formación de la voluntad, si tuvo oportunidad para ello, respectivamente.

Conforme a lo expuesto el legislador operó una gran reforma legislativa tanto en materia sustantiva como procesal con relación a la impugnación de acuerdos sociales. A continuación procederemos a efectuar un estudio sobre el primero de dichos aspectos[305], reservando el análisis del procedimiento de impugnación al cuarto capítulo.

Para efectos de lo anterior estudiaremos las disposiciones de los numerales 1 y 3 del artículo 204 LSC[306], en los cual se regulan los denominados "acuerdos impugnables"[307] bajo un esquema de doble listado: uno de contenido

[303] QUIJANO GONZÁLEZ, J, "La reforma del régimen de la impugnación de los acuerdos sociales: aproximación a las principales novedades", en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F, FERRANDO MIGUEL, I, TENA ARREGUI R (directores) *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales en las sociedades de capital*, Colegio Notarial de Madrid, 2015, pág. 94.

[304] Art. 204.2 LSC. Esto se verá a profundidad en el siguiente capítulo.

[305] Salvo lo concerniente a la impugnación fundada en la lesión del interés societario que será objeto de análisis particular en el tercer capítulo de este trabajo.

[306] Dentro de este mismo artículo se ha establecido un supuesto de improcedencia de la acción de impugnación respecto a los acuerdos revocados o sustituidos (numeral 2), que será objeto de análisis también en el cuarto capítulo, por ser un tema de naturaleza procesal.

[307] Sobre el particular consideramos que resulta más claro hablar de causales de impugnación y de vicios que no afectan al acuerdo, que de acuerdos impugnables y acuerdos no impugnables, en razón a que todos los acuerdos sociales, entendidos como la manifestación de la voluntad social, son, *a priori*, impugnables, por lo tanto no se trata de que haya manifestaciones de la voluntad social que se puedan impugnar y otras que no, sino de la concurrencia de vicios en el contenido o procedimiento de adopción del acuerdo que configuran o no un motivo de impugnación y por lo tanto ese determinado acuerdo resulta impugnable o no. Al respecto señaló SANJUAN MUÑOZ, E, "La impugnación de acuerdos" en BALLESTER AZPITARTE, L. (Coord.): *Tratado de sociedades de capital, Tomo I.* Aranzadi, 2017, pág. 1202 "la referencia a

positivo en el que se ha establecido cuales son las causales de impugnación de los acuerdos sociales (numeral 1), y otro de contenido negativo en el que se ha determinado que los vicios irrelevantes en el proceso de adopción del acuerdo no son motivos de impugnación, señalando por la vía de la excepción dentro de este segundo listado, los defectos procedimentales que sí pueden constituir causal de impugnación (numeral 3)[308].

1. Causales de impugnación.

Las causales de impugnación son los defectos que ha señalado el legislador como aquellos que pueden fundar la acción de impugnación, los cuales ha establecido de manera taxativa pero amplia[309] en tres normas concretas, en los siguientes términos:

i) Por un lado estarían las causales generales de impugnación, establecidas en el numeral primero del artículo 204 LSC, el cual dispone que "serán impugnables los acuerdos": a) contrarios a la ley, b) los que se oponen a los estatutos o al reglamento de la junta, y c) los que lesionan el interés social en beneficio de algún o algunos socios o de terceros.

ii) Por otro lado estaría la impugnación basada en que los acuerdos son contrarios al orden público (art. 205 y 206.2 LSC).

---

acuerdos impugnables nos lleva a más, en función de lo dicho, porque seguimos entendiendo que los acuerdos societarios son impugnables y es el contenido de dicho acuerdo o la afectación del mismo la que determina el resultado final y no la impugnabilidad, a priori, de los mismos.

[308] Aquí también se ha incluido un aspecto procesal, cual es, el establecimiento del incidente para resolver sobre la relevancia del vicio que será analizado en el cuarto capítulo.

[309] En efecto tal y como lo señala MUÑOZ PAREDES, M, ob. cit. pág. 35 "las causas de impugnación deben ser muy amplias e incluir todos los límites a que está sometido el poder de los órganos sociales, que no se limitan a la ley como norma externa de validez general, sino que incluye los estatutos sociales y el reglamento de la junta (que no son normas jurídicas) y el interés social. La explicación es que los acuerdos sociales son los únicos negocios jurídicos que no solo vinculan a quienes prestaron el consentimiento, sino a todos los socios de la sociedad, incluidos aquellos que no han votado a favor". En el mismo sentido GERMÁN, D, *Impugnación y nulidad de resoluciones de asambleas por contrarias a la ley y al orden público*, Fundación de cultura Universitaria, 2010. Pág. 71 "Tanto las causas de nulidad (violación a la ley o al orden público) como las de anulabilidad (oposición a los estatutos o lesión, e beneficio de uno o varios accionistas o de terceros) se establecieron taxativamente. Ahora bien, debe afirmarse que la común caracterización de "númerus clausus", predicable de aquella enumeración, es solo aparente, puesto que dada la amplitud con que se enuncian cada una de estas causas, el numero en verdad, difícilmente podría resultar más "apertus""

iii) y finalmente las causales de impugnación establecidas vía excepción a los vicios formales que no constituyen motivo de impugnación regulados en el artículo 204.3 LSC[310], por lo que con base en esta disposición normativa también serán impugnables:

a) Los acuerdos que infrinjan las normas legales, estatutarias o del reglamento de la junta sobre forma y plazo de la convocatoria, así como la infracción de las reglas esenciales de constitución y mayorías necesarias para la adopción del acuerdo establecidas en la ley, los estatutos o el reglamento de la junta,
b) Los acuerdos adoptados con violación del derecho de información, ejercido con anterioridad a la junta, y derivado de la incorreción o insuficiencia de la información "esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación", y
c) Los acuerdos adoptados en una junta en la que ha participado una persona no legitimada o se ha contabilizado un voto inválido cuando dicha participación o voto ha sido determinante para la constitución de la junta o para el alcance de la mayoría necesaria, respectivamente.

Sentado lo anterior, procedemos ahora a estudiar las dos primeras causales de impugnación referidas anteriormente, salvo lo concerniente a los acuerdos lesivos al interés social, que serán objeto de estudio en el siguiente capitulo, así:

1.1 Acuerdos impugnables por ser contrarios a la Ley.

Esta primera causal de impugnación fue objeto de un gran cambio legislativo con la reforma operada en 2014, pues por un lado se separó de la figura jurídica de la nulidad[311] y por otro se limitó su ejercicio, pues a partir de

[310] Estas "no causales de impugnación" están integradas por la infracción de los requisitos "meramente" procedimentales para la adopción del acuerdo establecidos en la ley, los estatutos y el reglamento de la junta, así como la violación del derecho de información por incorrección o insuficiencia de la información, y la participación de persona no legitimada o la contabilización errónea de votos.

[311] Sobre el particular vale la pena aclarar que, en el antiguo régimen de impugnación, si bien se señalaba que los acuerdos contrarios a la ley eran nulos, dicha nulidad era distinta a la consagrada en el artículo 6.2 del Código Civil, pues aquella no implicaba la ineficacia del acuerdo, pues producía efectos hasta que fuera declarado nulo y para ello requería del ejercicio de la acción de impugnación, pudiendo además ser saneado, por lo que si bien dichos acuerdos eran nulos por ser contrarios a la ley los efectos de ello eran los de la anulabilidad y no los de la nulidad. Sobre

la entrada en vigencia de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, la violación de las leyes que regulan el procedimiento de adopción de los acuerdos sociales en principio no constituye causal de impugnación, a menos que tal y como ya se verá a profundidad más adelante este en uno de los casos excepcionales por considerarse esenciales.

Así las cosas, al haberse referido esta causal de impugnación como generadora de anulabilidad y ya no de nulidad, no resulta ahora procedente distinguir entre si la ley vulnerada con el acuerdo es o no imperativa[312], por lo que el desconocimiento de cualquiera de los mandatos que regulan el contenido del acuerdo o de aquellos esenciales que regulan el procedimiento de formación de la voluntad social, establecidos en la LSC o en cualquier otra disposición normativa, incluyendo aquellas normas que no tienen el rango de ley pero a las que la sociedad respectiva se encuentra igualmente sometida[313], puede constituir el fundamento de una impugnación por este motivo.

---

el particular señaló la SAP de Barcelona del 4 de febrero de 2002, sección 15 que "En punto a la impugnabilidad de los acuerdos societarios, el TR de LSA de 1989 introdujo una sustancial modificación en la materia al convertir en anulables los acuerdos sociales nulos -que son los contrarios a la Ley, ex art. 115.2-, estableciendo un plazo de caducidad anual transcurrido el cual el acuerdo nulo queda sanado de modo pleno. De modo que, pasado el plazo para la impugnación, que es de caducidad (art. 116.6), la nulidad no podrá ser hecha valer y el acuerdo deviene inatacable a todos los efectos. La Ley establece así un efecto distinto de la nulidad de pleno derecho para el caso de contravención de norma imperativa (conforme permite el art. 6.3 del CC), que es la impugnación sujeta a plazo de caducidad".

[312] En razón a que la vulneración de la Ley antes generaba la nulidad del acuerdo, la Doctrina (véase al respecto, entre otros a ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, A, *Impugnación de acuerdos sociales*, Bosch, 2007, pág. 33 y a CALAZA LÓPEZ, M, *El proceso de impugnación de acuerdos en las sociedades anónimas y cooperativas*, Editorial Universitaria Ramon Areces, 2003, pág. 40) con apoyo en la jurisprudencia (véase la STS de 17 de febrero de 1992) había tenido la necesidad de señalar que solo la violación de la ley imperativa viciaba de nulidad el acuerdo y por lo tanto solo esta constituía causal de impugnación, pero ahora al no estar ligado este motivo de impugnación con la nulidad no se requiere hacer tal diferenciación, bastando una violación sustancial de la ley aplicable (sea imperativa o dispositiva) para que la impugnación sea procedente, así lo señala con claridad ALFARO ÁGUILA-REAL, J, ob. cit. pág. 13 "Por Ley debe entenderse cualquier norma jurídica que sea de obligado cumplimiento para la sociedad bien imperativas, bien supletorias de los estatutos si éstos no las han sustituido por las reglas correspondientes. Una vez desaparecida la distinción entre acuerdos contrarios a la ley y acuerdos contrarios a los estatutos o al interés social, no tiene sentido distinguir, como hacía la doctrina bajo la ley de 1951, entre normas imperativas y normas supletorias o dispositivas a efectos de impugnación."

[313] Véase a ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, A, ob. cit. pág. 35, a ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P, ob. cit. pág. 113, y a ALFARO AGUILA-REAL, J y MASSAGUER FUENTES, J "Artículo 204. Acuerdos impugnables", en JUSTE MENCÍA, J (Coord.), *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas*, Thomson Reuters-Civitas, 2015, pág. 191-192. Este último señaló sobre el particular que "por ley debe entenderse cualquier norma jurídica

Así las cosas, mediante esta causal de impugnación se busca amparar principalmente la legalidad material del acuerdo y excepcionalmente la legalidad formal del mismo, por lo tanto esta se configura cuando se vulnera cualquiera de las leyes sustantivas que regulan el contenido del acuerdo (legalidad material) o cuando se desconocen las leyes esenciales que regulan el proceso de formación de la voluntad social (legalidad formal)[314], constituyendo así una causal de impugnación bastante amplia e indeterminada, lo primero porque existe multitud de normativa que regula el contenido de los diversos acuerdos que puede adoptar la JGA y lo segundo porque no se han señalado cuales son las leyes esenciales del procedimiento de formación del mismo cuya violación puede llevar a su anulación[315].

Por lo anterior no efectuaremos aquí un listado sobre las leyes cuya vulneración puede conllevar a la impugnación del acuerdo, pues ello implicaría replicar gran parte de la LSC, del Código de Comercio o del Reglamento del Registro Mercantil, entre otras, sino que haremos referencia a los casos más recurrentes de impugnación por violación de la Ley.

Con relación a la impugnación por violación de la Ley que regula el contenido material del acuerdo, podemos enmarcar esta causal de impugnación en la normativa relativa al ejercicio de las competencias de la JGA, por lo tanto, serán susceptibles de impugnación por violación de la ley sustantiva los acuerdos adoptados con extralimitación o usurpación de las competencias de los órganos sociales, así como aquellos que vulneran las reglas legales establecidas para, entre otras:

"a) La aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la aprobación de la gestión social, b) El nombramiento y separación de los administradores, de los liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas,

---

que sea de obligado cumplimiento para la sociedad. Por tanto, debe entenderse la referencia a la Ley como referencia a norma jurídica vinculante, aunque no se trate de una ley formal e incluirse, sobre todo, las reglas de Derecho de Sociedades de origen legal, reglamentario y las formuladas por la jurisprudencia en el marco de su función de complementar el ordenamiento. Especial importancia, en este sentido, tienen las cláusulas generales (buena fe, deber de lealtad, igualdad de trato.) recogidas en la legislación de sociedades".

[314] Sobre el particular véase a MELERO BOSCH, L, ob. cit. pág. 220-221.

[315] Sobre este aspecto solo contamos con los supuestos señalados en el artículo 204.3A de la LSC en el que se enuncian como relevantes las relativas a la forma y plazo previo de la convocatoria y a la constitución del órgano o a las mayorías necesarias, pero continua con la indeterminación cuando agrega a "cualquier otra que tenga carácter relevante", sin determinarlas.

así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos, c) La modificación de los estatutos sociales, d) El aumento y la reducción del capital social, e) La supresión o limitación del derecho de suscripción preferente y de asunción preferente, f) La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales, g) La transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero, h) La disolución de la sociedad y i) La aprobación del balance final de liquidación"[316].

En efecto, una de las impugnaciones más frecuentes es la del acuerdo que aprueba las cuentas anuales[317], principalmente por no reflejar una imagen fiel del patrimonio empresarial[318] o lo que es lo mismo por violación del artículo 254 de la LSC[319] en concordancia con el 34 del Código de Comercio[320].

Así, para que se considere procedente la impugnación por el motivo anteriormente referido, se requiere que se haya asentado incorrectamente una partida, que el error sea relevante cualitativa y cuantitativamente y que ello traiga

[316] Artículo 160 LSC. Son estas las competencias privativas de la JGA establecidas de manera principal en la LSC, sin embargo tal y como ya se señaló en el capítulo anterior, la JGA ejerce otras competencias, también reguladas en diversas leyes, cuya vulneración en la adopción de un acuerdo social puede ser fundamento de una impugnación con base en la causal aquí analizada, como lo sería por ejemplo la violación de las reglas establecidas en los siguientes artículos de la LSC: 11.bis.2, 72, 139.2, 146.1.a), 211, 214.1, 217.3, 218.1, 219, 223, 224.2, 230.2.3, 238, 264.1, 272.1, 273.1, 276.1, 285.1, 293.1.3, 296, 318, 352.1, 362, 368, 370, 373.2, 380.1, 406.2, 414.1 y 417.1.

[317] Cuando se impugna este acuerdo, puede solicitarse que se obligue a los administradores a reformular las cuentas y a convocar a la junta para su nueva aprobación, tal y como lo señaló la SAP Madrid del 30 de noviembre de 2009.

[318] Debemos aclarar que las cuentas anuales también pueden impugnarse por violar la ley en sentido formal, como cuando se incumplen las reglas establecidas en el artículo 272.2 LSC, pues estas son eminentemente procedimentales con relación a esta competencia particular de la JGA, toda vez que regula el especial derecho de información que tienen los accionistas cuando son convocados para estos efectos. Sobre el particular véase las Sentencias de la Sección 28ª Especializada Mercantil de la AP de Madrid de 14 de julio de 2017 y 9 de marzo de 2018, o la STS 482/2010, de 23 de julio.

[319] Artículo 254. Contenido de las cuentas anuales. (…) 2. Estos documentos, que forman una unidad, deberán ser redactados con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, de conformidad con esta ley y con lo previsto en el Código de Comercio.

[320] Es de resaltar que la impugnación por este motivo debe ser precisa, tal y como se señaló en la Sentencia de la Sección 28ª Especializada Mercantil de la AP de Madrid de 5 de diciembre de 2014 "no resulta admisible hacer descansar el éxito de la pretensión impugnatoria fundada en ese motivo sobre una mera duda abstracta de infidelidad, sino que ya en la propia demanda deben identificarse cuáles son las discordancias que se le reprochan a las cuentas a fin de que el debate pueda centrarse en su existencia y en aquilatar cuál es su concreta relevancia"

como consecuencia que no se haya podido conocer la verdadera situación económica de la compañía[321], esto ocurre por ejemplo, cuando se indica en las cuentas anuales un capital social inferior al suscrito y desembolsado (STS de 263/2004, de 23 de enero), o cuando se omite en el balance del activo bonos de deuda especial (STS de 7991/2000, de 3 de noviembre y 8253/2000, de 14 de noviembre). *Contrario sensu*, si a pesar de haberse incurrido en un error en las cuentas, la cuantía de aquel es insignificante con relación a las cuentas de la sociedad demandada, el acuerdo de aprobación no será revocable por esta causa[322].

A su turno, también ha considerado la jurisprudencia nacional que las cuentas anuales no reflejan la imagen fiel del patrimonio, entre otras i) cuando se contabiliza un fondo de comercio inexistente[323] o un crédito frente a Hacienda Pública que incrementa los beneficios[324], o ii) cuando se modifica el criterio de contabilización con relación a la amortización de activos sin dotar la reserva correspondiente[325], cuando se ha incluido en el balance partidas basadas en una

[321] Señaló NIETO DELGADO, C, "Acuerdos de junta general con singular relevancia en la generación de conflictos societarios: aprobación de cuentas, aumento y reducción de capital", en GARCÍA MARRERO, J, ENCISO ALONSO-MUÑUMER, GARCÍA-VILLARRUBIA, M, ORTEGA BURGOS, E, *Tratado de conflictos societarios* Tirant Lo Blanch, 2019. Pág. 8 (versión electrónica) Disponible en < http://www.tirantonline.com Documento TOL7.216.796> (último acceso 21 de julio de 2020) que "El criterio de la *relevancia cualitativa* supone que no toda infracción de una norma de contabilidad permite anular las cuentas anuales: únicamente presentarían relevancia invalidante aquellas infracciones contables más groseras o manifiestas, como las derivadas de los Requisitos y Principios Contables contenidos en la Primera Parte del Plan General de Contabilidad. (…) el criterio de la *relevancia cuantitativa* supone que solo conllevan la nulidad de las cuentas anuales aquellos defectos contables que tengan importancia relativa para la realidad patrimonial de la sociedad."

[322] A modo de ejemplo véase la STS 2374/2007, de 23 de abril. También puede consultarse la Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, de 14 de junio de 1999, mediante la cual se publicó una Norma Técnica de Auditoría sobre el concepto de "importancia relativa", en cuyo anexo se establecieron unos parámetros para clasificar si el error en la contabilización es relevante o no.

[323] STS del 14 de noviembre de 2000.

[324] SAP Madrid de 27 de marzo de 2009 y 26 de marzo 2010.

[325] SAP Asturias 20 de julio de 2009 y SAP Madrid 5 de abril de 2013.

actuación ilegal de los administradores o algún socio mayoritario[326], o por no haberse incluido partidas por esta misma causa[327].

No obstante lo anterior, no constituye fundamento valido de la impugnación de dicho tipo de acuerdos no haberse aprobado las cuentas del ejercicio anterior o haber prosperado la impugnación de las mismas[328].

Otro caso recurrente es la impugnación del acuerdo social que aprueba un aumento o reducción del capital por violación de las reglas de contenido que lo regulan[329], establecidas de manera principal en los artículos 295 a 345 LSC. Sobre el particular, lo primero que debemos apuntar es que los aumentos y las reducciones de capital implican una reforma estatutaria, razón por la cual también se puede impugnar dicho acuerdo cuando se incumplen los mandatos contenidos en los artículos 285 a 294 LSC, que establecen reglas especiales de

[326] Sobre el particular véase la STS 18 de noviembre de 2002, la SAP Castellón 2 de marzo de 2010, la SAP Zaragoza 15 de diciembre de 2006 y la SAP Las Palmas 31 de marzo de 2011. No obstante, existen casos en los cuales los jueces han considerado que la impugnación del acuerdo de aprobación de las cuentas no puede estar basado en un comportamiento desleal del socio mayoritario, como en la STS 6994/2003, de10 de noviembre, la SAP Pontevedra 26 de junio de 2013 o la SAP Madrid del 8 de julio de 2011. Sobre el particular señala ALFARO ÁGUILA-REAL, J, ob. cit. pág. 14 que "debe admitirse la impugnación del acuerdo de aprobación de las cuentas cuando éstas incluyen gastos o ingresos producto de una actuación ilegal de los órganos sociales. La razón se encuentra en que, a menudo, solo a través de las cuentas anuales (i) se consuma la transacción ilegal y (ii) el socio minoritario obtiene la información precisa para poder atacar dicha transacción. Los socios minoritarios (que no participan, normalmente, en el órgano de administración) no están obligados a vigilar la conducta de los administradores fuera de la Junta. Es poco conforme con la tutela judicial efectiva de los derechos (contractuales) de los socios imponerles la obligación de una impugnación separada de estas transacciones desleales. La nueva regulación de los deberes de lealtad de los administradores y socios mayoritarios confirman esta posición. Ahora bien, el socio ha de impugnar el acuerdo social y, simultáneamente, denunciar la infracción del deber de lealtad del socio mayoritario o de los administradores, de manera que deberá entenderse que se acumula una acción de impugnación del acuerdo social y una acción para que se declare la deslealtad con las consecuencias que procedan en términos de carga de la prueba."

[327] Véase la SAP Madrid 24 de octubre de 2009.

[328] Sobre el particular se señaló en la STS 9 de julio de 2012 que las cuentas posteriores a unas impugnadas con éxito solo podrán también anularse si en ellas concurre un vicio propio, o en casos como el resuelto mediante la Sentencia de la Sección 28ª Especializada Mercantil de la AP de Madrid de fecha 11 de diciembre de 2009, donde prosperó la impugnación de las cuentas del ejercicio 2005, por haberse anulado las del 2002, 2003 y 2004 por infracción del principio de imagen fiel, al tener aquellas como base estas cuentas, sin que se hubiese aplicado correctivos.

[329] El legislador también ha establecido reglas especiales para el procedimiento de adopción de este tipo de acuerdos, por lo tanto, también cabe la impugnación por violación de la ley en sentido formal, entre las cuales están los mandatos establecidos en el artículo 287 LSC. Sobre el particular véase la STS 1706/2000 de 4 de marzo, SAP Madrid, de 19 de noviembre de 2010 (Sección 28 Especializada Mercantil) y SAP Castellón de 25 de noviembre de 2009.

procedimiento[330] y de contenido[331] para la adopción de los acuerdos que modifican los estatutos.

Los casos más comunes de impugnación de los acuerdos de aumento de capital, se dan: i) por privar a los socios del derecho de suscripción preferente, como por ejemplo cuando en un acuerdo social de ampliación de capital con cargo a aportaciones dinerarias, se supedita el derecho de preferencia a que los accionistas titulares de créditos a compensar no concurran en una futura ampliación de capital[332], ii) también suelen impugnarse los acuerdos de ampliación de capital con aportaciones no dinerarias por la valoración económica efectuada a dichas aportaciones[333], así como iii) la ampliación de capital con compensación de créditos, por violación del art 301.3 LSC al no aportarse certificación del auditor, o del art 301.2 LSC por no aportarse por el órgano de administración el informe sobre la naturaleza y características de los créditos a compensar y demás aspectos previstos en la norma[334].

A su turno, con relación al acuerdo de disminución de capital, pueden citarse, entre otras la STS 9792/2002, de 3 de octubre, que anuló un acuerdo de reducción de capital con devolución de aportes al socio mayoritario, pues lo consideró discriminatorio frente a los demás accionistas, al haber valorado las acciones del mayoritario a un valor superior al real[335].

También se ha declarado la procedencia de la impugnación de un acuerdo de disminución y aumento de capital (operación acordeón), por defectos en la información contable al no reflejar esta fielmente su situación económica, financiera y de resultados, ni explicar la razón de las cuantías de la simultanea

[330] Véase las STS de 4 de marzo de 2000, 9619/1999, de 29 de diciembre, y 5825/1966, de 17 de diciembre, entre otras.

[331] Declaró el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Zaragoza, Sentencia núm. 239/2012 de 21 noviembre, procedente la impugnación de un acuerdo de aumento de capital por no cumplir el informe de los administradores sobre la propuesta de modificación las condiciones mínimas de validez y eficacia, al ser inexpresivo absolutamente, pues no refería las razones de la modificación.

[332] SAP Madrid 298/2015 de 26 octubre (Sección 28ª).

[333] SAP Pontevedra 79/2016, de 19 febrero (Sección 1ª).

[334] Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid, Sentencia núm. 15/2014 de 17 febrero.

[335] En este caso se consideró que también puede haber violación de la Ley en sentido material cuando se desconocen los principios configuradores de la sociedad anónima, sin embargo, con posterioridad en la STS 5815/2008, de 28 de octubre se consideró que una violación de dichos principios conlleva una vulneración del orden público, razón por la cual su sanción a la luz de la nueva normativa es la nulidad radical, esto se verá a profundidad más adelante.

reducción y aumento de capital, así como por no quedar asegurado que realmente las perdidas obligaron a reducir el capital hasta la suma acordada[336].

También se ha considerado procedente la impugnación del acuerdo de reducción del capital por pérdidas, al no haber sido el balance regulado en el artículo 323 LSC, objeto de acuerdo respecto del acuerdo de reducción[337].

Por otro lado, como ya se señaló la violación de la Ley que establece reglas de procedimiento para la adopción de los acuerdos, también puede constituir el fundamento de la impugnación, claro está, siempre y cuando se trate de las normas que regulan la forma y el plazo de la convocatoria, las esenciales para la constitución de la junta y la adopción del acuerdo, así como la violación trascendente del derecho de información, supuestos todos estos que serán analizadas de manera individual en un apartado posterior.

1.2. Acuerdos impugnables por oponerse a los estatutos o al reglamento de la junta.

Los acuerdos sociales pueden modificar los estatutos o los reglamentos de la junta, pero no pueden oponerse a ellos, es este el principio fundamental del que nace esta causal de impugnación, que también fue objeto de una modificación directa por parte de la reforma legislativa del 2014, al incluirse en ella la infracción al reglamento de la junta como motivo de impugnación[338], y de una modificación indirecta, al suprimirse la diferenciación entre acuerdos nulos y anulables, ya referida.

En efecto, anteriormente si se trataba de la violación de una cláusula estatutaria que simplemente reproducía una norma imperativa, la impugnación debía llevarse como un supuesto de infracción de la Ley y por ende de nulidad, pero al desaparecer dicha diferenciación, la impugnación así se base en la violación de una norma estatutaria que replica una ley imperativa seguirá el mismo cauce y tendrá las mismas consecuencias de anulabilidad.

[336] SAP Islas Baleares 212/2011 de 17 junio, (Sección 5ª).
[337] SAP Castellón 117/2017 de 31 marzo (Sección 3ª).
[338] Sobre el particular señaló la Comisión de Expertos, ob. cit. pág. 29 que "de este modo se crea un remido útil para combatir las infracciones de estas normas internas de creciente importancia en la vida de la sociedad, sobre todo en las cotizadas, donde estas piezas de desarrollo normativo son obligatorias."

Ahora bien, la impugnación por esta causa, al igual que por infracción de la ley, se predica tanto de las normas que regulan el contenido del acuerdo, como de aquellas que regulan el procedimiento de adopción de este, siempre y cuando, estas últimas se encuentren dentro de los supuestos de excepción establecidos en el artículo 204.3 LSC, tal y como se verá en el siguiente acápite.

1.2.1 Impugnación por oposición a los estatutos.

Los estatutos sociales forman parte del contrato social y es en estos en los que se incluyen las normas básicas de funcionamiento y organización de la sociedad[339], regulando el régimen interno de la sociedad, los derechos de los socios y las relaciones con terceros, y, según el artículo 23.f) LSC, en ellos se deben establecer "el modo de deliberar y adoptar los acuerdos de los órganos colegiados", claro está, respetando las leyes imperativas que no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes[340] y los principios configuradores del tipo social[341] (art. 28 LSC).

Así las cosas, el legislador ha dejado al arbitrio del ente societario definir o regular una gran parte del proceso de formación de la voluntad societaria y adopción del acuerdo social a través de los estatutos sociales[342], así por ejemplo, en ellos se puede definir la fecha y la forma de la convocatoria de las reuniones de la junta (arts.167 y 173 LSC), el lugar de la reunión (art. 175 LSC), limitar el derecho de asistencia de los socios a la JGA, establecer reglas de participación de terceros o permitir la asistencia telemática (arts. 173.2 y 3, 181 y 182 LSC,

---

339 MARTÍNEZ ROSADO, J "Sociedades de capital (I): Constitución" en ALONSO LEDESMA, C (Dir.), *Derecho de sociedades,* Atelier libros jurídicos 2015, página 106.

340 Sobre el particular señaló GARCÍA-CRUCES, J, *Derecho de sociedades mercantiles (2ª Edición),* Tirant lo Blanch, 2019, (Capitulo 6) pág. 17 (Versión electrónica) <http://www.tirantonline.comDocumento TOL7.066.128> "El necesario respeto que han de guardar los estatutos sociales respecto de las normas imperativas no suscita duda alguna. No obstante, y con ocasión de las distintas reformas de la LSC se planteó la cuestión relativa a la incidencia de tales reformas sobre los pactos estatutarios preexistentes. En estas circunstancias, el Tribunal Supremo no ha dudado en afirmar la exigencia de respeto de la nueva legalidad, afirmando que -en caso contrario- vendría a incurrirse en una ilegalidad sobrevenida, tal y como afirma la STS de 21 de diciembre de 2017 (Roj: STS 4591/2017 - ECLI: ES:TS:2017:4591)."

341 GARCÍA-CRUCES, J, ob. cit. pág. 14 "Estos principios configuradores expresan los caracteres básicos de la sociedad de capital (capital, organización corporativa, etc.) y del concreto tipo de sociedad de capital por el que los socios manifestaron su voluntad de elección. Tales principios derivan de la propia Ley y expresan los elementos básicos que identifican a la sociedad de capital como tal, así como aquellos que indican los rasgos caracterizadores del tipo de sociedad capitalista que se constituyera."

342 Sobre el particular debemos resaltar que se trata de normas de carácter supletorio, por lo tanto, si en los estatutos no se regula nada al respecto se aplicará la ley.

respectivamente), regular la representación en los términos del artículo 183 LSC, limitar el derecho de voto o regular su ejercicio a distancia (art. 188.3 y 189 LSC), establecer presidente y secretario de la junta (art. 191 LSC), aumentar el quórum de constitución (art.193 y 194 LSC), disminuir el porcentaje de accionistas para hacer obligatorio el suministro de información (art. 197 LSC), establecer la votación separa de asuntos (197. Bis LSC), y aumentar las mayorías 201 (LSC).

A su turno, ha permitido que en los estatutos se establezcan reglas especiales de contenido con relación a determinados acuerdos sociales, como por ejemplo, con relación al acuerdo de creación de la página web de la sociedad (art. 11.bis.3 LSC), o con el acuerdo del reparto del dividendo de las acciones privilegiadas (art. 95 LSC), así mismo la sociedad puede tener un régimen particular con relación a los acuerdos de nombramiento de los administradores, pudiéndose establecer reglas sobre el número de administradores a elegir o imponer la calidad de socio para poder ser elegido administrador (arts. 211 y 212.2 LSC), o establecer un sistema de retribución de los mismos (arts. 217 y 218 LSC).

Aunado a lo anterior, se pueden establecer reglas especiales en los estatutos sobre trasmisión de acciones o asignar las competencias que denominábamos en el capítulo anterior facultativas, por lo que la adopción de acuerdos desconociendo dicha asignación también puede llevar a la impugnación del acuerdo respectivo por vulneración de los estatutos.

Conforme a lo anterior, al igual que la impugnación por violación de la ley, la impugnación por violación de los estatutos puede conllevar un sinfín de casos, pues cada sociedad puede establecer reglas de adopción o contenido de los acuerdos sociales que se convierten en imperativas y por lo tanto deben observarse al momento de la adopción de estos.

Con relación a esta causal resulta recurrente la impugnación de acuerdos que tienen que ver con la función de nombrar a los administradores o asignarles una remuneración, pues como se señaló anteriormente, esta es una competencia en la que el legislador ha dejado un amplio margen de configuración estatutaria. Así, a modo de ejemplo podríamos citar la SAP Granada 222665/2000, de 15 de mayo, en la que se accede a la impugnación de un acuerdo de designación de consejeros por violar la norma estatutaria que establecía que el número de estos debía ser impar, o la SAP de Barcelona 1817/2019 de 14 octubre (Sección 15ª),

en la que se revocó un acuerdo que autorizaba una remuneración de los administradores sin estar establecida así en los estatutos.

Ahora bien, puede suceder que en los estatutos se establezca una norma que desborda los límites de la autonomía de la voluntad[343], como cuando se incluye una cláusula que contraría una disposición imperativa[344] o supera el ámbito permitido por el legislador para la regulación estatutaria de una determinada materia[345], casos en los cuales la impugnación por violación de los estatutos no resultará procedente, pues no puede hacerse prevalecer una norma estatutaria contraria a la Ley[346].

Finalmente debemos hacer mención a que el legislador no ha establecido como causal de impugnación la violación de los denominados "pactos parasociales"[347], pues a pesar de que los considera lícitos (art. 29 LSC), no los incluye en el listado del artículo 204, razón por la cual la jurisprudencia ha considerado que la impugnación basada únicamente en la vulneración de un pacto parasocial debe ser desestimada[348], y solo será procedente si con el acuerdo

[343] Tal y como lo señala ARANGUREN URRIZA, F.: "La constitución de las sociedades de capital", en BALLESTER AZPITARTE, L. (Coord.): *Tratado de Sociedades de Capital (Tomo 1)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pág. 238 "Los límites a la autonomía de la voluntad en materia contractual societaria han de ser, por tanto, los mismos que señala el artículo 1255 del Código civil: leyes, moral y orden público".

[344] En términos generales, puede afirmarse que tienen estas características de norma imperativa, tal y como lo señala ARANGUREN URRIZA, F, ob. cit. pág. 238 "las normas referidas al ámbito externo de la sociedad, que protegen a los terceros que con la sociedad se relacionan y en especial a los acreedores sociales: normas sobre publicidad registral, integración y mantenimiento del capital social, ámbito del poder de representación o separación competencial entre los órganos sociales y normas sobre responsabilidad".

[345] Esto ocurre por ejemplo cuando se aumenta la mayoría decisoria exigiéndose la unanimidad de los asistentes para la adopción de los acuerdos.

[346] Véase la STS 1280/2002 de 25 de febrero, en la que no se accedió a una pretensión de impugnación de acuerdo social, basada en el supuesto desconocimiento de una cláusula estatutaria, señalando en su fundamento primero que "tampoco se habían producido por parte de la sociedad las infracciones denunciadas, pues la interpretación del art. 18 de los Estatutos, hay que hacerla en concordancia con lo dispuesto en el art. 102 de la Ley de Sociedades Anónimas, que lo que realmente exige, es que se celebre la Junta general, en la localidad donde la sociedad tenga su domicilio".

[347] Estos han sido definidos en las SSTS 128/2009 y 138/2009, ambas de 6 de marzo, como "aquellos pactos mediante los cuales los socios pretenden regular, con la fuerza del vínculo obligatorio, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos para ello en la ley y los estatutos."

[348] STS 138/2009 de 6 de marzo.

además se incurre en alguna causal de impugnación, como puede ser el incumplimiento de la ley, de los estatutos o la lesión al interés social[349].

En este punto mención especial merece la STS 659/2016 de 25 de febrero, en la que se denegó la impugnación de un acuerdo social que desconocía los estatutos, pero en el que se daba cumplimiento a un pacto parasocial del que hacían parte todos los accionistas (omnilateral), por ser la impugnación contraria a la buena fe e incurrir en abuso del derecho, por lo que si bien "los pactos parasociales no pueden servir como fundamento exclusivo de una impugnación de los acuerdos sociales adoptados en contradicción con tales pactos, cuando la situación es la inversa, esto es, cuando el acuerdo social ha dado cumplimiento al pacto parasocial, la intervención del socio en dicho pacto puede servir, junto con los demás datos concurrentes, como criterio para enjuiciar si la actuación del socio que impugna el acuerdo social respeta las exigencias de la buena fe"[350].

1.2.2 Impugnación por oposición al reglamento de la junta.

Sobre el particular lo primero que debemos señalar es que solo las sociedades anónimas cotizadas están obligadas a aprobar un reglamento específico para la junta[351], lo cual no obsta para que cualquier sociedad, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, pueda establecer uno y que sus regulaciones resulten de obligado cumplimiento, más aun teniendo en cuenta que a partir de la reforma legislativa de 2014, su desconocimiento conlleva una causal de impugnación de los acuerdos adoptados de esta manera, sin diferenciar si se trata de una sociedad cotizada o no.

El reglamento de la junta es una expresión de la facultad de autorregulación de la sociedad, que constituye una norma interna de la misma, cuya adopción concierne a la JGA como si se tratara de un acuerdo ordinario[352], en la medida en que no requiere un quórum o una mayoría decisoria particular[353],

[349] SSTS 659/2016 de 25 de febrero, 1136/2008 de10 de diciembre, 128/2009 de 6 de marzo, y 131/2009 de 5 de marzo.
[350] Fundamento Undécimo 2), STS 659/2016 de 25 de febrero.
[351] Artículos 512 y 513 LSC.
[352] Pues resulta oponible frente a todos los socios, incluidos los ausentes o disidentes (art. 159 LSC).
[353] Este acuerdo requiere ser publicado en los términos del artículo 513 de la LSC, si se trata de una sociedad anónima cotizada, o solamente en el registro mercantil, sino es cotizada, siendo por lo tanto, también, oponible a terceros.

cuya finalidad es la de establecer las reglas que ordenen el funcionamiento de la JGA, teniendo como límites la ley y los estatutos[354].

Así las cosas, en el reglamento de la junta se puede regular todo aquello relacionado con la celebración de las reuniones de dicho órgano que el legislador ha dejado a la voluntad societaria y que no sea materia de regulación voluntaria de manera exclusiva en los estatutos sociales o que no siéndolo ya haya sido regulado en estos[355].

En efecto, se considera que en un reglamento de junta, no se debe regular, por ser objeto de regulación exclusiva en los estatutos, materias como el incremento del quórum de constitución o de las mayorías necesarias, el establecimiento de limitaciones al derecho de asistencia y voto o su emisión a distancia, la limitación de la facultad de hacerse representar en la junta[356], o por ejemplo limitar el derecho de información, otorgando facultades para clasificar la información entre relevante o no al presidente de la reunión[357].

Conforme a lo anterior, en el reglamento de la junta se pueden establecer reglas relacionadas con el desarrollo de la reunión y aplicación de las normas que regulan a la JGA[358], es decir se trata más de establecer directrices sobre el procedimiento de adopción de los acuerdos, por lo que su vulneración, en todo caso, solo puede constituir causal de impugnación si la misma ha incidido en la adopción del acuerdo, pues entendemos que debe seguir los parámetros establecidos en el 204.3 LSC, esto es, solo pueden conllevar la impugnación si resultan esenciales para la adopción del acuerdo.

1.3 Acuerdos impugnables por ser contrarios al orden público.

---

[354] GARCÍA-CRUCES, J, ob. cit. (Capitulo 17) pág. 8 <http://www.tirantonline.com Documento TOL7.066.140>

[355] Sobre el particular señala SÁNCHEZ LINDE, M, *El principio de mayoría en la adopción de acuerdos de la junta general de la sociedad anónima*, Thomson Reuters, 2009, pág. 377, que "En general, la doctrina que se ha ocupado de la cuestión coincide casi unánimemente en opinar que el respeto de las materias reguladas en la ley y los estatutos (…) significa básicamente que el reglamento no forma parte de los estatutos ni del ordenamiento estatutario, y además que su posición reguladora se sitúa por debajo de los mismos (…) no siendo así viable una reglamentación invasora de su reserva o contraria a su contenido".

[356] SÁNCHEZ LINDE, M, ob. cit. pág. 379.

[357] STS 608/2014 de 12 de noviembre.

[358] SÁNCHEZ LINDE, M, ob. cit. pág. 395 "en el caso de su potencial existencia en sociedades no cotizadas, el reglamento de la junta debería estar limitado de una forma aún más estricta a las meras funciones de desarrollo y aplicación".

La impugnación por ser el acuerdo contrario al orden público no se encuentra establecida dentro de los denominados "acuerdos impugnables" del artículo 204 LSC, sino que aparece referida en el artículo 205.1 de la misma Ley, en los siguientes términos: "La acción de impugnación de los acuerdos sociales caducará en el plazo de un año, **salvo que tenga por objeto acuerdos que por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público, en cuyo caso la acción no caducará ni prescribirá**"[359] (resaltado fuera de texto)

Es pues este el fundamento legal específico para poder impugnar un acuerdo en cualquier momento[360] por ser contrario al orden público, en el que además se ha plasmado la modificación legislativa de 2014, al incluirse las "circunstancias" del acuerdo como supuesto en el que puede también darse la violación del orden público, cuyo objetivo fue establecer un remedio para que los acuerdos inexistentes no pudieran ser saneados o subsistir por el paso del tiempo[361].

[359] El artículo 206.2 LSC también hace referencia a la impugnación por ser el acuerdo contrario al orden público, pues establece que para ejercerla "estará legitimado cualquier socio, aunque hubieran adquirido esa condición después del acuerdo, administrador o tercero", tal y como se verá a profundidad en el cuarto capítulo.

[360] La supresión de cualquier plazo de caducidad o prescripción cuando se impugna un acuerdo por ser contrario al orden público ha llevado al Tribunal Supremo a señalar que este concepto debe entenderse de manera restrictiva (Véase las STS 7524/2005, de 28 de noviembre y del 29 de noviembre de 2007, entre otras), pues es evidente que esta prerrogativa excepcional choca con el principio se la seguridad jurídica reconocido constitucionalmente en el artículo 9.3.

[361] Tal y como ya se señaló la comisión de expertos quiso incluir este supuesto como causa de violación del orden público, para así evitar que acuerdos inexistentes sean "saneados" por el paso del tiempo, o lo que es lo mismo resulten "existentes" por esta misma causa, pues inicialmente el Tribunal Supremo (véase las SSTS 4056/2000, de18 de mayo, 29 de febrero de 2003, 7524/2005, de 28 de noviembre y del 5485/2006, de 26 de septiembre, entre otras), se había mostrado reticente a aceptar que los acuerdos sociales por las circunstancias de su adopción pudieran ser contrarios al orden público y por ende no estar sometidas a un plazo de caducidad, lo cual cambió con la STS 4265/2007 de 30 de mayo, cuando se señaló en su fundamento cuarto que "crear la apariencia de un Junta universal que no se ajusta a la realidad y con el propósito de eludir la intervención de socios que desconocen su existencia ataca los más elementales principios de la vida social; y los acuerdos, por su causa, infringen la normativa legal (arts. 99 LSA y 48 LSRL) afectando al orden público societario", criterio seguido también en la STS del 19 de julio de 2017 y 5815/2008, de 28 de octubre y fijado en la unificación de doctrina en la STS 2690/2010, de 19 de abril, y finalmente recogido en el 205.1 LSC, en los términos ya expuestos.

Así las cosas, los acuerdos sociales por su causa, por su contenido[362] o por sus circunstancias pueden ser contrarios al orden público, concepto este indeterminado que la jurisprudencia[363] y la doctrina[364] han venido dotando de

[362] Tal y como lo señala ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P, ob. cit. pág. 138, los conceptos de causa y contenido se refieren a "la motivación, fundamento o finalidad" y a "la materia sobre la que versa el acuerdo" respectivamente, excluyendo así a las infracciones formales como motivo para impugnar un acuerdo por ser contrario al orden público.

[363] Sobre el particular se señaló en la STS 4265/2007 de 30 de mayo, en su fundamento cuarto que "Cierto que no es sencillo precisar los contornos del concepto, pero resulta indudable que no cabe limitar su alcance en los términos que se hace en el recurso. Así resulta de una exégesis de la doctrina pronunciada por esta Sala. La sentencia de 18 de mayo de 2000 dice que "en el orden jurídico el concepto de orden público en el área de los acuerdos sociales es de los denominados indeterminados, y que generalmente se aplica a acuerdo, convenios o negocios que suponen un ataque a la protección de los accionistas ausentes, a los accionistas minoritarios e incluso a terceros, pero siempre con una finalidad, la de privarles de la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 CE ". La doctrina es recogida en las Sentencias de 4 de marzo de 2002, que 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 de capital se trata", y 5485/2006, de 26 de septiembre, que, después de la cita de la doctrina de la Sentencias anteriores y de indicar "que la jurisprudencia de esta Sala ha utilizado de forma restrictiva el concepto abierto orden público, en orden a admitir la excepción de la falta de caducidad", resalta 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". La Sentencia de 11 de abril de 2003 recoge la doctrina de las Sentencias de 5 de abril de 1966 y 31 de diciembre de 1979 diciendo 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". La STS 7524/2005, de 28 de noviembre, después de poner de relieve las dificultades de fijación del concepto, y que, presentado como excepción a la regla de caducidad de las acciones de impugnación, debe ser aprehendido en sentido restrictivo a fin de evitar la destrucción de la regla de la caducidad, sin duda establecida en seguridad del tráfico, centra el concepto, de acuerdo con la doctrina más autorizada, en los "principios configuradores de la sociedad" a que se refiere el art. 10 del TRLSA o cuando, como en el caso de la STC 43/1986, de 15 de abril , en que el acuerdo lesiona los derechos y libertades del socio. Y, finalmente, la Sentencia de 21 de febrero de 2006 indica 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 (Sentencia de 5 de febrero de 2002)", y añade que "en ocasiones esos principios, por estar ya contenidos en normas positivas, constituyen un elemento diferenciador entre dos categorías de las mismas, y, en todo caso, el acuerdo puede ser contrario al orden público por su contenido o por su causa, lo que permite valorar el propósito práctico perseguido con el acuerdo"".

[364] Sobre el particular señala ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, A, ob. cit. pág. 56 "este concepto hace relación a los que –en el momento determinado en que se aplica- una nación percibe como el conjunto de principios que constituyen el fundamento, o la esencia, de su propio ordenamiento jurídico (…) se reserva a lo esencial, fundamental y configurador de un sistema (…) debe reservarse exclusivamente para los supuestos más intolerables de legalidad. Señala también GARBERÍ LLOBREGAT, J, "Presupuestos procesales relativos a la actividad", en

contenido concreto sin llegar a establecer una única definición, sino otorgando pautas de lo que puede llegar a integrarlo. Así se ha considerado que forman parte de este concepto de acuerdos contrarios al orden público:

i) los que vulneran la Constitución, bien porque desconocen derechos fundamentales o bien porque infringen principios constitucionales[365], a modo de ejemplo podemos señalar que se ha considerado acuerdo contrario al orden público por violar los derechos fundamentales a la libertad de empresa y al trabajo del asalariado aquel que prohíbe la celebración de contratos con los socios por más de un año[366], también se consideró contrario al orden público por violar el derecho a la propiedad privada, aquel mediante el cual se acordó donar todo el patrimonio social a una fundación[367].

ii) los que constituyen un delito, o pueden subsumirse en un tipo penal, pues así lo viene aceptando en términos generales la doctrina mayoritaria[368] en razón a que las normas penales tienden a proteger principios y valores fundamentales de la sociedad que resultan esenciales para conservar el orden social[369], no existiendo igual consenso con relación a si es necesario o no que exista previa sentencia penal condenatoria para entender que el acuerdo es violatorio del orden público, pues para algunos, al ser la sentencia penal de

GARBERÍ LLOBREGAT, J, GONZÁLEZ NAVARRO, A y MELERO BOSCH, L, *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades de capital*, Bosch, 2015, pág.144 que "se trata de un concepto indeterminado cuyo significado varía radicalmente en función de cuál sea el ámbito sobre el que se proyecta (…) en nuestro caso, igualmente, también debe tomarse en consideración que la contravención del orden público no se predica de los sujetos sino de los actos jurídicos, en concreto de los acuerdos sociales".

[365] Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1992 de 28 de mayo, así como las STS 1487/2002, de 4 de marzo, 2301/2003, de 3 de abril y 29 de junio de 2006.

[366] SAP Álava del 3 de julio de 1992 (Sección 1).

[367] STS 1229/2007, de 29 de noviembre.

[368] Véase entre otros a ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A, "Artículo 205", en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A y BELTRÁN SÁNCHEZ (Coord.), E, Comentarios de la ley de sociedades de capital, Vol. I, Civitas, 2011, pág. 1450; FERRANDO MIGUEL, I, "La excepción de orden público a la caducidad de la acción de impugnación de acuerdo sociales, en PILOÑETA ALONSO, L y IRIBARREN BLANCO, M (coordinadores.) *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz Planas*, Civitas, 2011, pág. 199; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M, "Nulidad de los acuerdos sociales, orden público y principios configuradores de la sociedad anónima: (STS de 30 de mayo de 2007)" en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F (Dir.), *Derecho de sociedades I: Comentarios a la jurisprudencia*, Aranzadi Thomson Reuters, 2010, pág. 1401; CABALLOL I ANGELATS, L, "Acuerdos impugnables (impugnación de acuerdos sociales)", en ARROYO MARTÍNEZ, I y EMBID IRUJO, J (Directores), *Comentarios a la ley de sociedades anónimas (Tomo II)*, Tecnos, 2001, pág. 1112.

[369] Sobre el particular véase a GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A, *Introducción al derecho penal (cuarta edición)*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, pág. 172.

carácter constitutivo siempre se necesitara de esta para que el acuerdo sea considerado contrario al orden público[370], mientras que para otros no es necesario por no ser un caso de prejudicialidad penal cuando la oposición a la norma penal es evidente[371].

iii) los que son contrarios a los principios configuradores del tipo social, como lo es, por ejemplo el de la libre transmisión de las acciones en las sociedades anónimas[372], otro concepto indeterminado que la jurisprudencia ha venido aceptando como integrante del orden público en materia de acuerdos sociales[373] y que podría referirse a la afectación grave de las normas imperativas

[370] CABALLOL I ANGELATS, L, ob. cit. pág. 1112 "el carácter constitutivo de la sentencia penal determina que únicamente tras la sentencia condenatoria la infracción puede ser catalogada como contraria al orden público".

[371] Así lo afirma SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M, ob. cit. pág. 1401 "no es estrictamente necesario que el tribunal civil suspenda el procedimiento cuando el acuerdo es palmariamente contrario a la norma penal".

[372] Así lo señala la STS 708/2011 de 10 de enero, en su fundamento cuarto "una sociedad anónima no puede tener una regulación estatutaria que la configure como esencialmente personalista o absolutamente cerrada por estar ello en contradicción con los principios configuradores de la Sociedad Anónima. (…), considere no admisibles, por traspasar el límite de los principios configuradores, aquellas cláusulas estatutarias que, como la aquí conflictiva, supongan una auténtica desnaturalización del tipo societario escogido para el desarrollo del objeto social, al convertir en esencialmente cerrado un tipo de sociedad que es naturalmente abierta". En igual sentido la STS del 193/2015, de 4 de febrero.

[373] Véase las SSTS 7524/2005, de 28 de noviembre, 5814/2007, de 19 de julio, 2690/2010, de 19 de abril y 1229/2007, de 29 de noviembre, que en su fundamento quinto señaló "se ha de encontrar el orden público entre los principios configuradores de la sociedad, en cuanto haya de impedir que el acuerdo lesiones los derechos y libertades del socio (STC 43/1986, de 15 de abril), pero no ciñéndose a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente, sino a derechos que afecten a la esencia del sistema societario (SSTS 4056/2000, de18 de mayo y 5485/2006, de 26 de septiembre). La idea de referir el orden público a los "principios configuradores de la sociedad" se encuentra en otras decisiones (SSTS 21 de febrero de 2006, 30 de mayo de 2007, 5814/2007, de 19 de julio) y, como señalaba la Sentencia de 5 de febrero de 2002 (y sigue la de 19 de julio de 2007) un acuerdo social puede ser contrario al orden público por su contenido o por su causa, lo que permite valorar el propósito práctico perseguido con el acuerdo y, en casos como el presente, declarar que la nulidad que se postula, con oposición al orden público, no radica en el contenido del acuerdo, sino en que fue tomado con grave lesión de los derechos del accionista, especialmente el señalado en el artículo 48.2.a) LSA, derechos cuya efectiva protección constituye uno de los principios configuradores de la sociedad (artículo 10 LSA).". Sobre el particular señala CASTAÑER CODINA, J, "Acuerdos sociales contrarios al orden público" en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F, FERRANDO MIGUEL, I y TENA ARREGUI R (Directores) *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales en las sociedades de capital*, Colegio Notarial de Madrid, 2015, pág. 156-157 "hay que ser extremadamente cauteloso con esta categoría, en primer lugar, por las dificultades que surgen para delimitar con exactitud cuáles son los principios configuradores de cada tipo social y, en segundo término, porque no parece que todas las vulneraciones de aquellos principios puedan ser consideradas sin más infracciones del orden público".

de gran importancia del Derecho de sociedades, cuya violación no puede permitirse ni por consenso de todos los accionistas ni por la pasividad de estos en impugnar los acuerdos[374].

Pero no solo la adopción de los acuerdos sociales, incurriendo en los tres supuestos antes referidos pueden conllevar una vulneración al orden público, pues por ejemplo conceptos como la moral y las buenas costumbres[375] o los principios básicos que inspiran el ordenamiento jurídico del mercado y de las actividades económicas y financieras[376], también pueden ligarse a este, pues el concepto de orden público no solo es indeterminado sino también cambiante, toda vez que se remite "al ordenamiento vigente en cada época histórica, por lo que es necesariamente contingente"[377].

Pero no basta con que el acuerdo social encuadre dentro de alguno de los supuestos antes referido para ser considerado como contrario al orden público, sino que además se debe tratar de un acuerdo ilícito y contrario a una ley

[374] Véase a GÓMEZ ORBANEJA, E, "Las acciones de impugnación en la Ley de Sociedades Anónimas" *Revista de Derecho Procesal,* 1951, número 4, pág. 560 y a ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P, ob. cit. pág. 142.

[375] Al respecto señaló SÁNCHEZ PACHÓN, L, *las causas de nulidad de las sociedades de capital,* Aranzadi Thomson Reuters, 2007, pág. 255 "en general se ha dicho al respecto que la exclusión del término buenas costumbres – y en nuestro derecho se podría decir lo mismo de la moral- se puede deber a la sustancial coincidencia entre las nociones de orden público y buenas costumbre". Véase también a URÍA GONZÁLEZ, R, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., MUÑOZ PLANAS, J.M. "La Junta general de Accionistas (Artículos 93 a 122 de la Ley de Sociedades Anónimas)", en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M (directores), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles (Tomo V),* Civitas, 1992, pág. 327.

[376] Véase a ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, A, ob. cit. pág. 63, así como las SSTS del 1487/2002, de 4 de marzo y 709/2002 de 5 de febrero, en esta última se señaló en su fundamento segundo que "Respecto al orden público económico, un importante parecer doctrinal se refiere a esta figura como consecuencia de la intervención del Estado en la vida económica, la cual se manifiesta a través de normas imperativas y de los principios básicos del orden económico, aunque no se hayan traducido en normas de aquella categoría, que deben limitar la autonomía privada en el sentido de que no puede desenvolverse en contra de los mismos; se define así el orden público económico como el conjunto de reglas obligatorias en las relaciones contractuales concernientes a la organización económica, las relaciones sociales y la economía interna de los contratos."

[377] STS 31 de diciembre de 1977. Sobre el particular, señala GERMÁN, D, ob. cit. pág. 49 "el orden público será entonces el conjunto de principios y valores existentes en una sociedad o comunidad, que en un momento (época) determinado, forma su conciencia axiológica media, imprescindible para el ordenamiento social. (…) Esa vincula del orden público a los valores esenciales de una sociedad, expresa la naturaleza cambiante y dinámica del contenido del mismo."

imperativa[378], esto último a pesar de que el concepto de orden público también este integrado por principios básicos no reconocidos en norma imperativa, por lo que su impugnación bebe tener como fundamento la primera causal establecida en el artículo 204.1 LSC, siendo esta la razón por la cual no aparece como una causa autónoma de impugnación dentro de dicho catálogo, sino como un supuesto de excepción dentro de la caducidad general establecida para el efecto.

No obstante lo anterior, y recordando lo manifestado al principio de este capítulo, las acciones de impugnación deben ejercerse de buena fe, razón por la cual, a pesar de que la impugnación derivada de que el acuerdo es contrario al orden público no tiene plazo de caducidad, la misma sí debe ejercerse tan pronto como sea posible, pues tal y como se señaló en la SAP Barcelona (Sección 15) del 5 de diciembre de 2012, la impugnación fundada en la violación del orden público, puede ser desestimada si se observa "un retraso desleal en el ejercicio del derecho, como concreta manifestación del principio que prohíbe ejercitar los derechos con abuso o con falta de buena fe"[379]

Ahora bien, con relación a los acuerdos sociales que desconocen el orden público por sus circunstancias, tal y como ya se señaló, su inclusión como supuesto de impugnación surgió por la necesidad de poder impedir la subsistencia de acuerdos inexistentes por el paso del tiempo, siendo el caso más recurrente el de la impugnación de los acuerdos adoptados en una supuesta reunión universal, que resultaba inválida por no haberse constituido con la participación de todo el capital social, tal y como lo exige la LSC, resultando por esta causa los acuerdos sociales contrarios al orden público siempre y cuando

[378] CASTAÑER CODINA, J, ob. cit. pág. 159 "Aunque cualquiera que sea el concepto de orden público que se maneje, lo que sí parece claro es que: uno, la vulneración del orden público no es una causa autónoma de impugnación de los acuerdos sociales, esto es, no puede fundamentar por sí sola la nulidad de los acuerdos sin referirse a alguna de las causas de impugnación previstas en el artículo 204.1 LSC y, más precisamente, esta causa de impugnación solo puede ser la infracción de un precepto legal de carácter imperativo descartando, por tanto, que haya acuerdos contrarios a una norma dispositiva, a los estatutos sociales, al reglamento de la junta (o, en su caso del consejo de administración) o al interés social que, a la vez, sean contrarios al orden público: y dos, no toda infracción de la ley imperativa constituye violación del orden público sino que es necesario un *plus* de ilicitud". Sobre el particular señala ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P, ob. cit. pág. 139 que además de la vulneración de la norma imperativa, la actuación "debe ir acompañada de una "intención" con efectivo perjuicio".

[379] En el mismo sentido véase la STS 1487/2002, de 4 de marzo, la SAP Toledo (Sección 1) del 13 de septiembre de 2010, y la SAP Sevilla (sección 5) del 6 de abril de 2010.

dicha falsedad tenga como propósito "eludir la intervención de socios que desconocen su existencia"[380].

Así las cosas, no toda simulación de una reunión de junta universal conlleva necesariamente una vulneración al orden público y por lo tanto puede ser objeto de impugnación en cualquier momento, sino que lo que vulnera el orden público en estos casos es "el propósito de eludir la intervención del socio y de ocultar el acuerdo"[381], pues ello le impide ejercer las acciones dentro del plazo de caducidad y por lo tanto le afecta su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, razón por la cual si a pesar de tratarse de una reunión universal inexistente, el socio conoció dichos acuerdos, ya no podría afirmarse que con aquella actuación se vulneró el orden público, por lo que la acción estaría sometida a plazo de caducidad[382].

2. Vicios que no constituyen motivos de impugnación y sus excepciones como causales de impugnación.

La inclusión de un listado de vicios o defectos que no configuran causales de impugnación constituye un límite a este derecho del accionista, y se basa en la denominada "doctrina de la relevancia"[383] descrita por el Tribunal Supremo en múltiples sentencias[384], en especial la STS del 18 de junio de 2002[385], en

[380] STS 4265/2007 de 30 de mayo de 2007 "cualquiera que sea la concepción que se acoja, no puede entenderse que el orden público resulte indemne a actos falsarios que, además, vulneran frontalmente el nivel participativo de los socios allí donde es conceptual y legalmente indispensable".

[381] SAP Madrid (Sección 28) del 26 de mayo de 2014.

[382] Sobre el particular véase también la SAP Murcia (Sección 4) del 26 de abril de 2012.

[383] MELERO BOSCH, L, ob. cit. pág. 217-218 "en opinión de la doctrina, la irrelevancia de los vicios o defectos trascendentes se funda en dos tipos de consideraciones: por un lado, en una consideración finalista: no tiene sentido considerar como motivo de nulidad una infracción que no ha determinado lesión alguna de los bienes o intereses protegidos por la norma infringida. Por otro lado, consideraciones funcionales: no existe proporcionalidad entre la nimiedad de la infracción y la gravedad de la consecuencia.

[384] Véase las SSTS del 28 de julio de 1986, 7293/1987, de 17 de octubre, 10785/1990, de 29 de octubre, 18 de enero de 2001 y 2894/2005, de 9 de mayo.

[385] STS 4489/2002 de 18 de junio, fundamento cuarto "Esta Sala tiene declarado, con relación al alcance del artículo 6.3 del Código Civil, que el precepto se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad que debe ser interpretado, no con criterio rígido, sino flexible, por lo que no cabe admitir que toda disconformidad con una Ley cualquiera haya de llevar siempre consigo la sanción extrema de nulidad, y que el artículo 6.3 no puede aplicarse indiscriminadamente como determinante de la nulidad, sino que ha lugar a clasificar los actos contrarios a la ley en tres distintos grupos: 1) Aquellos cuya nulidad se funda en un precepto específico y terminante de la Ley que así lo imponga, siendo obvio que la nulidad ha de decretarse entonces, incluso de oficio; 2) Actos contrarios a la Ley, en los que ésta ordene, a

virtud de la cual un acto contrario a la ley puede considerarse válido, siempre y cuando se trate de una vulneración leve, en donde la propia ley no establezca la nulidad de los actos como consecuencia de su desconocimiento y que analizada la naturaleza, el móvil, las circunstancias y los efectos del acto vulnerador este no contradice la finalidad de la norma violada[386].

En el caso concreto de la impugnación y con el propósito, ya explicado, de poner una talanquera al abuso de este derecho, el legislador ha aplicado esta teoría[387] disponiendo que la infracción de requisitos meramente procedimentales de convocatoria, constitución y adopción de acuerdos, el desconocimiento del derecho de información y la participación de personas no legitimadas para la constitución de la junta, así como la contabilización de votos no determinantes, para la adopción del acuerdo, no son motivo de impugnación[388], a menos que se trate de los requisitos expresamente excluidos en la propia norma (forma y plazo de la convocatoria, y mayorías necesarias), o aquellos relevantes o sustanciales

---

pesar de ello, su validez, la cual, en cuyo caso, se reconocerá a estos actos "contra legem"; y 3) Actos que contraríen o falten a algún precepto legal, sin que éste formule declaración alguna expresa sobre su nulidad o validez, respecto a los cuales el Juzgador debe extremar su prudencia, tras analizar la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir con la declaración de la validez del acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja, o la sanción de la nulidad si concurren transcendentales razones que patenticen al acto como gravemente contrario a la Ley, la moral o el orden público".

386 Sobre el particular señaló la STS 1897/2000 del 9 de marzo, fundamento primero que "Por lo tanto en nuestra área jurídica hay que proclamar para tratar de resolver la cuestión planteada, que la nulidad de pleno derecho requiere una contravención de la norma, una contradicción entre lo en ella dispuesto y el acto ejecutado, y la doctrina jurisprudencial es constante en esta dirección encomendando al Juzgador la tarea hasta cierto punto discrecional, de realizar con extrema prudencia, el declarar la nulidad del acto si la finalidad de la Ley y la del acto se contradicen, después de examinar la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles del mismo."

387 Considera ALCALÁ DÍAZ, M.: "La delimitación de los supuestos de infracción de requisitos procedimentales en los que se excluye la impugnabilidad de los acuerdos sociales", en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L, QUIJANO GONZÁLEZ, J, ALONSO UREBA, A, VELAZCO SAN PEDRO, L y ESTEBAN VELAZCO, G (directores.), *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada*, Tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pág. 351 que "la ambigüedad e imprecisión de los términos con los que se incorpora a dicho precepto la prueba de la relevancia plantea dudas que lejos de procurar la imprescindible seguridad jurídica, introducen una innecesaria confusión e inseguridad interpretativa".

388 Al respecto dijo la Comisión de Expertos, ob. cit. págs. 29 y 30 que "se trata ahora de minimizar el riesgo del uso estratégico y oportunista del derecho (…) Otra vía propuesta para reducir la incidencia del abuso consiste en establecer una serie de casos de improcedencia de la impugnación que se explican por sí mismos: cuando la impugnación se funde en la infracción irrelevante de la junta (…) no subsiste un interés legítimo de anulación, supuesto al cual es equiparable el caso en que la infracción se base en la incorrección o insuficiencia de la informa (…)".

para la formación de la voluntad social, siempre y cuando dichos vicios hubiesen sido alegados oportunamente si se tuvo oportunidad para ello[389].

Así, el legislador solo ha considerado expresamente como esenciales y por ende su desconocimiento genera causal de impugnación, los requisitos referentes a la forma y al plazo de la convocatoria[390], así como las mayorías necesarias para la adopción del acuerdo, quedando la determinación de la esencialidad de los demás requisitos procedimentales en cabeza del juez vía incidental[391].

Para efectos de tramitación del incidente con relación a los vicios por participación indebida o invalidez o computo erróneo de los votos (art. 204.3. c) y d) LSC), debe advertirse desde ya que el criterio determinante de la esencialidad del vicio será la "doctrina de la resistencia del acuerdo social", en virtud de la cual si descontada la participación o el voto inválido, la constitución de la junta o la mayoría legal o estatutariamente requeridas subsiste, el acuerdo resistirá y por lo tanto no podrá ser impugnado por esta causa, al no haber

[389] Este requisito, establecido en el artículo 206.5 LSC, tal y como lo señala VIVEZ RUÍZ, F, "Impugnación de acuerdos sociales. Defectos procedimentales relevantes: delimitación y legitimación para impugnar", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil num.147/2017*, pág. 24. (Versión electrónica), consultada el 10 de septiembre de 2020. "se fundamenta en que los derechos deben ser ejercidos de buena fe y en el deber de colaboración que incumbe a los socios y de diligencia que se impone a los administradores" y parte de un desarrollo jurisprudencial, principalmente contenido en las SSTS de 17 de febrero de 1992 y de 30 de diciembre de 1992 que "establecía que cuando la nulidad de los acuerdos fuera consecuencia de un defecto legal en la convocatoria o en la constitución de la junta general, el socio que hubiera asistido a ella por sí o por medio de representante, debía hacer constar la existencia del defecto al comienzo de la sesión".

[390]Ello implica, tal y como lo señalan MELERO BOSCH, L, "El carácter esencial del motivo de impugnación de los acuerdos sociales", en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M y COHEN BENCHETRIR A, *DERECHO DE SOCIEDADES, Revisando el derecho de sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 1517 que" cuando lo que se alega sea una infracción de la forma y plazo de la convocatoria no cabe plantear la cuestión incidental de previo pronunciamiento, puesto que la infracción se presume relevante. Y será en la sentencia donde podrá el juez atender a la relevancia de esa infracción a la hora de estimar la demanda de impugnación o no". En el mismo sentido véase a MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M "El cribado del carácter esencial o determínate de los motivos de impugnación de los acuerdos sociales, en los supuestos de improcedencia de la acción" en JUSTE MENCÍA, J y ESPÍN GUTIÉRREZ, C (coordinadores), *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital*, Volumen I, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pág. 736.

[391] Este tema se desarrollará a profundidad en el cuarto capítulo, sin embargo, procede aquí señalar que en el incidente solo se analizará si la regla acusada de violada es o no relevante, más no si la misma ha sido o no vulnerada, pues esto último se debe resolver en la sentencia.

incidido la participación o el voto acusado en la conformación del quórum o mayoría requeridos[392].

Sentado lo anterior, procedemos ahora a efectuar algunas referencias importantes con relación a cada una de las "no causales de impugnación" y sus excepciones.

2.1 Infracción de requisitos meramente procedimentales de convocatoria, constitución o adopción del acuerdo e impugnación por infringir el acuerdo normas legales, estatutarias o del reglamento de la junta sobre forma y plazo de la convocatoria, o reglas relevantes o esenciales de constitución y mayorías necesarias para la adopción del acuerdo.

Estableció el legislador, en el artículo 204.3. a) LSC que no procede la impugnación basada en "La infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, salvo que se trate de una infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos, así como cualquier otra que tenga carácter relevante."

Como se desprende del tenor literal del articulo precitado, el legislador ha dado unas directrices generales sin precisar cuáles son esos "requisitos meramente procedimentales" que no configuran motivo de impugnación, ni cuales son aquellos que deben entenderse relevantes o esenciales para la formación de la voluntad social y que por lo tanto si pueden ser sustento de la impugnación[393], señalando como única excepción expresa a dicha regla la infracción de los requisitos procedimentales de forma y plazo de la convocatoria y las mayorías necesarias para la adopción del acuerdo, razón por la cual a continuación procedemos a efectuar una aproximación a lo que puede entenderse por requisitos no esenciales y esenciales de las tres etapas del proceso de formación de la voluntad societaria referidas en dicha norma, esto es, la convocatoria, la constitución de la junta y la adopción del acuerdo.

[392] MELERO BOSCH, L, "El carácter esencial…", cit. pág. 1515.

[393] Critica el tenor literal de este artículo MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M, ob. cit. pág. 736, al considerarlo "frustrante para el intérprete, porque viene a concluir que es relevante la infracción que se aprecie como relevante o esencial".

2.1.1 Requisitos esenciales y no esenciales de la convocatoria.

La Convocatoria, tal y como ya se señaló en el capítulo anterior, es el mecanismo legalmente establecido para informar a los accionistas sobre cuándo se va a celebrar la reunión del máximo órgano social y con qué objeto. Así pues se trata de una primera fase fundamental dentro del proceso de formación de la voluntad societaria, de obligado cumplimiento (salvo que se trate de una reunión universal en los términos señalados en el primer capítulo), que se encuentra regulada en los artículos 166 a 177 de la LSC, en los que se establece, entre otros los requisitos procedimentales de la convocatoria, algunos de los cuales han sido considerados esenciales por el legislador para el proceso de formación de la voluntad social y por ende su inobservancia constituye causal autónoma de impugnación y otros no.

Así, por expreso mandato legal (art. 204.3.a), solo constituyen requisitos procedimentales esenciales de la convocatoria los de forma y plazo regulados en los artículos 173 y 176-177 de la LSC, respectivamente, lo que implica que los siguientes defectos serán causa de impugnación sin necesidad de una previa calificación sobre su relevancia[394]:

i) no publicar la convocatoria en la página web de la sociedad, o en el BORME y en un diario de "mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social" o en la forma prevista en los estatutos, según corresponda en cada caso particular, o

ii) no efectuar la convocatoria con un mínimo de un mes de antelación a la reunión (para la primera convocatoria) o mediando un plazo de 24 horas entre la de primera y la de segunda convocatoria (si se previó en el aviso de la primera la segunda, o no habiéndose previsto esta, no se anuncia "con el mismo orden del día y los mismos requisitos de publicidad que la primera, dentro de los quince días siguientes a la fecha de la junta no celebrada y con al menos diez días de antelación a la fecha fijada para la reunión".

Nótese que el legislador ha hecho nuevamente énfasis en que la publicación de la convocatoria y el establecimiento de un lapso mínimo e imperativo entre aquella y la celebración de la reunión son requisitos procedimentales que revisten gran relevancia en el proceso de la formación de

[394] Sobre el particular véase a VIVEZ RUÍZ, F, ob. cit. pág. 54.

la voluntad societaria[395], en razón a que son el medio para el cumplimiento de la finalidad de dicha etapa procedimental[396], pues con ellos se garantiza, por un lado que el accionista conozca de la convocatoria y por otro lado que tenga el tiempo suficiente para preparar su participación en la reunión del máximo órgano social y ejercer ciertos derechos, como el de ampliación de la convocatoria o el de información que, resultan fundamentales para votar y adoptar los acuerdos sociales.

Contrario sensu la inobservancia de los demás requisitos meramente procedimentales de la misma[397], no constituye causal autónoma de impugnación, debiendo ser valorado mediante el incidente establecido para el efecto, si el defecto pudo haber llevado al desconocimiento del accionista de la convocatoria impidiendo o torpedeando de alguna manera su asistencia a la reunión[398] o vulnerando sus derechos[399], o si por el contrario a pesar de la concurrencia del mismo, la convocatoria cumplió su finalidad y los derechos no se vieron afectados.

La anterior distinción no se traduce en que todo vicio en la forma y plazo de la convocatoria conlleve inexorablemente a la anulación del acuerdo[400] ni en

---

[395] En efecto, ya en el artículo 172 de la LSC, se había resaltado la importancia de estos dos requisitos de la convocatoria al establecerse que su incumplimiento, tratándose del complemento de la misma, conlleva la nulidad de toda la reunión (*La falta de publicación del complemento de la convocatoria en el plazo legalmente fijado será causa de nulidad de la junta*), tal y como ya se ha explicado con anterioridad.

[396] LATORRE CHINER, N, ob. cit. pág. 228.

[397] Dentro de estos se incluyen, entre otros, los de contenido de la convocatoria (art. 174 LSC), como por ejemplo expresar el nombre de la sociedad o el cargo de la persona que convoca, así como el requisito concerniente al lugar de la celebración (art. 175 LSC), pues si en la convocatoria no se dice donde se celebrará será en el domicilio social, pero si se señala uno diferente al establecido por ejemplo estatutariamente, habrá que definir si ello impidió o no la asistencia a la reunión de alguno de los convocados, tal y como lo señala MELERO BOSCH, L, "El carácter esencial…", cit. pág. 1518.

[398] Sobre el particular señala VIVEZ RUÍZ, F, ob. cit. pág. 58 que "la existencia del defecto y la inasistencia de socios debe ser tomada como un indicio de su relevancia."

[399] Al respecto señaló LATORRE CHINER, N, ob. cit. pág. 228 que "la relevancia de la función de la convocatoria, como medio de información a los socios sobre el *momento* y el *objeto* de la reunión, obliga a calificar de graves aquellas infracciones que impidan dicho conocimiento o lleven a los socios a incurrir en error grave sobre alguno de tales aspectos. Ello sucederá cuando el medio de publicidad no respete las previsiones legales o estatutarias establecidas al efecto o cuando existan defectos de contenido en la convocatoria acerca de la identidad de la sociedad, el momento de la celebración de la junta o los asuntos a tratar".

[400] Así por ejemplo puede verse la SAP de Valencia de 16 de marzo de 2016, en la que se dio por válida la notificación de la convocatoria efectuada a un socio en su domicilio conocido, aunque era diferente al notificado o al que constaba en los libros.

que los demás defectos en los requisitos meramente procedimentales nunca puedan servir como fundamento para la anulación de los mismos vía impugnación[401], sino en que los primeros requisitos (forma y plazo) por su naturaleza son esenciales para el cumplimiento de la finalidad de la convocatoria por lo que no necesitan de una revisión previa de su relevancia, mientras que los segundos *a priori* no lo son, pero pueden llegar a serlo si su inobservancia impide el cumplimiento de la finalidad de la convocatoria.

Ahora bien, existen otros requisitos de la convocatoria diferentes a los de forma, plazo y contenido, referidos anteriormente que pueden no reputarse meramente procedimentales y por lo tanto no deben considerarse excluidos de las causales de impugnación, pues resultan sustanciales para el correcto agotamiento de esta primera etapa del proceso de formación de la voluntad societaria[402], dentro de los cuales podemos incluir los siguientes:

a) Los requisitos establecidos con relación a la legitimación para convocar, ya explicados en el capítulo anterior[403].

b) Tratándose de una convocatoria a instancia de la minoría (art. 168 LSC) la inclusión en el orden del día de los asuntos objeto de dicha solicitud, no ocurriendo lo mismo por ejemplo con el requisito de celebrarse la reunión dentro de los dos meses siguientes a haber sido instada esta[404].

c) incluir en el orden del día de la convocatoria, efectuada por el administrador que permanezca en el cargo, en los términos del artículo 171 LSC, asuntos distintos al nombramiento de los administradores que se deben reemplazar.

---

[401] A modo de ejemplo puede verse la SAP de Las Palmas de 27 de octubre de 2014, en la que se anulan todos los acuerdos adoptados en una junta por haberse convocado la misma a su celebración en un lugar distinto al que disponían los estatutos, por ello haber impedido el correcto ejercicio de los derechos del socio.

[402] Al respectó señaló LATORRE CHINER, N, ob. cit. pág. 228, que estos también pueden considerarse incluidos dentro de los genéricamente denominados en el artículo 204.3.a como "cualquier otra que tenga carácter relevante".

[403] Sobre el particular pueden verse, entre otras, la SAP de Valladolid de 29 de junio de 2015, la SAP de León de 8 de febrero de 2016 y la STS, Sala Civil, Sección 1 del 23 de febrero de 2012 (37/2012).

[404] En efecto la consecuencia de la violación de este último requisito es la establecida a continuación en el artículo 169 LSC y no la impugnabilidad de los acuerdos, pues si no se ha celebrado reunión no hay acuerdos que impugnar.

d) Por supuesto la no "publicación del complemento de la convocatoria en el plazo legalmente fijado" (art. 172 LSC), pues en este caso el legislador ha considerado expresamente que ello genera la nulidad de la junta por lo que en este caso resulta de imposible aplicación la doctrina de la relevancia, porque no se cumple con uno de sus requisitos, cual es el de no tener como consecuencia de su inobservancia directamente atribuida en la ley la de la nulidad.

e) La no inclusión en el orden del día de todos los asuntos a tratar[405], o lo que es lo mismo, someter a consideración de la JGA asuntos no establecidos en el orden del día de la convocatoria[406], así como el incumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 287 de la LSC, sobre modificaciones estatutarias, esto es, no incluir en la convocatoria con suficiente "claridad los extremos que hayan de modificarse y hacer constar el derecho que corresponde a todos los socios de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y, en el caso de sociedades anónimas, del informe sobre la misma, así como pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos".

2.1.2 Reglas esenciales y no esenciales de la constitución del órgano y la aplicación de la prueba de la resistencia

El legislador también ha establecido una serie de reglas formales con relación a la constitución de la Junta, encaminadas a garantizar el ejercicio de los derechos de participación del accionista (que implica los derechos de asistencia, deliberación o voz, información durante el desarrollo de la reunión y voto), en pro de que para el proceso de formación de la voluntad societaria participen el mayor número de accionistas posibles, cuya vulneración por expreso mandato legal no constituye a priori causal de impugnación a menos que se trate de una "regla esencial de constitución" o que efectuada una valoración del defecto alegado se concluya que el mismo resultó relevante, bien porque impide el ejercicio de dichos derechos de manera ilegal o bien porque ha afectado el proceso de formación de la voluntad societaria.

---

[405] Tal y como ya se señaló en el capítulo anterior, el orden del día debe estar planteado en la convocatoria con claridad y precisión, so pena de resultar el mismo invalido, tal y como lo ha declarado la jurisprudencia, entre otras las SSTS 2772/1995, de 17 de mayo y de 18 de marzo de 1996.

[406] Al respecto considera LATORRE CHINER, N, ob. cit. pág. 230 que "la deliberación y adopción de acuerdos que no consten en el orden del día constituye un caso de falsedad o inexistencia de acuerdo, que debería calificarse como contrario al orden público", claro está salvo las excepciones legalmente consagradas sobre asuntos que no requieren ser incluidos en el orden del día para ser tratados en cualquier junta como lo son el cese de los consejeros art. 223 LSC o acción social de responsabilidad art. 238 LSC.

Así las cosas, con relación a las reglas de constitución de la junta, el legislador no ha señalado de manera expresa ninguna regla como esencial, por lo tanto todas las reglas de constitución de la junta, dentro de las cuales estarían, entre otras, las de la constitución de la mesa (designación de presidente y secretario), conformación de la lista de asistentes (con todo lo que ello implica, como determinación del capital presente, autorizados no autorizados para asistir etc.), y el quórum de constitución (de primera y segunda convocatoria, ordinario y reforzado), deben ser valoradas mediante el referido incidente para determinar si son esenciales o no y por ende si sirven como fundamento de impugnación de los acuerdos sociales.

Para distinguir entre las reglas esenciales y no esenciales de la constitución de la junta, en primer lugar, consideramos necesario efectuar una distinción entre la constitución de una reunión no universal y una que si lo es, pues como ya se señaló en el capítulo anterior, las reuniones universales tiene unas reglas imperativas al respecto (art. 178.1 LSC) cuya inobservancia pueden conllevar a considerar inexistente y contrario al orden público por sus circunstancias al acuerdo respectivo o a la reunión de la junta en su totalidad.

Así, si lo que ha ocurrido es que no ha asistido, directa o indirectamente, todo el capital social, se reputará inexistente la junta en general y por ende se afectará todos los acuerdos, mientras que si lo que ha ocurrido es que se ha votado un asunto no aceptado por unanimidad ese acuerdo específico será inexistente y contrario al orden público, sin que este mismo vicio afecte a los demás acuerdos o a la junta en su conjunto[407].

Así las cosas, tratándose de una reunión universal de la junta, la inasistencia de cualquiera que ostente una participación accionaria (o que tenga derecho a ello, como un usufructuario en los términos ya señalados), resulta un vicio relevante en las reglas de constitución de la junta universal y por ende conlleva la posibilidad de impugnación de todos los acuerdos allí adoptados sin necesidad de aplicar la teoría de la resistencia, ocurriendo lo mismo con relación a la votación de un acuerdo no aceptado por unanimidad, aunque, en todo caso, habrá de tenerse en cuenta la actuación desplegada por el impugnante, pues si a pesar de su no aceptación de la celebración de la reunión emite un voto al respecto deberá valorarse esta conducta para efectos de la procedencia de la impugnación[408].

[407] Al respecto véase a la STS 2690/2010, de 19 de abril.
[408] Sobre el particular véase a LATORRE CHINER, N, ob. cit. pág. 231.

Ahora bien, tratándose de las reuniones no universales, el legislador ha establecido que no constituye un requisito de existencia de la reunión el que asista o participe todo el capital social, sino únicamente el porcentaje establecido legal o estatutariamente para el efecto (quórum de constitución arts. 193 y 194 LSC), regla de constitución de la reunión de junta, que consideramos esencial, pues con ella se busca que en el proceso de formación de la voluntad societaria cuente con un porcentaje representativo del capital, por lo que su vulneración sea intencionada o no conlleva una causal de impugnación, a pesar de que deba pasar por el trámite incidental, al no haber sido excluida expresamente de las causales de no impugnación[409].

Con relación a las reglas de las personas facultadas para asistir, ya referidas en el capítulo anterior, se ha entendido que existe una vulneración relevante cuando no se ha permitido la asistencia de una persona que viene obligada a ello, como por ejemplo la del administrador concursal[410], o la del notario requerido en los términos del artículo 203.1 LSC[411], no ocurriendo lo mismo, cuando el defecto consiste en la inasistencia, por ejemplo de los administradores, a pesar de tener estos el deber de concurrir[412], o en la asistencia

[409] En efecto, aunque en el artículo 204.3. a) se dice que sí constituye causal de impugnación la violación de las reglas esenciales de la convocatoria, al no referirse expresamente a las de quórum de constitución, ello deberá ser declarado en el incidente establecido para el efecto pues así se impone del tenor literal del párrafo final del mismo artículo, pudiendo, por lo tanto haber resultado más acertada la redacción del artículo si en vez de señalar como excepción las "reglas esenciales de la constitución" se hubiese hecho referencia a las reglas de quórum de constitución.

[410] Artículo 127 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

[411] Sobre el particular señala CASTELLANO RAMÍREZ, M, "artículo 203. Acta notarial", en BELTRÁN SÁNCHEZ, E (Director), *Comentario de la ley de sociedades de capital,* Tomo I, Civitas Thomson Reuters, 2011, pág. 1426, que "si a pesar de la solicitud realizada en plazo por los socios legitimados al efecto el notario no se presenta en la junta o, aun presentándose, no puede ejercer sus funciones – ya sea porque los administradores desatendieron indebidamente la solicitud de los socios o porque el requerimiento realizado por los administradores fue defectuoso-, la junta podrá celebrarse, pero carecerán de toda eficacia los acuerdos que se adopten en la misma, al no constar en acta notarial"

[412] Antes de la reforma de 2014, se había considerado por la doctrina que la ausencia del administrador resultaba relevante si ello había conllevado una vulneración del derecho de información durante la junta, (MORALEJO MENÉNDEZ, I, "artículo 181. Autorizaciones para asistir en BELTRÁN SÁNCHEZ, E (Director), *Comentario de la ley de sociedades de capital,* Tomo I, Civitas Thomson Reuters, 2011, pág. 1304 "Solo se incurrirá en causa de suspensión o de nulidad en los supuestos en que la falta de asistencia condicione la realidad del derecho de información de los socios"), ya no pudiendo ser así en virtud de lo dispuestos en el artículo 197.5 LSC.

a la reunión de una persona sin autorización para ello, pues en este caso se considera poco relevante la infracción a la regla de constitución[413].

Ahora bien, la reunión debe celebrarse en la fecha, en la hora y en el lugar donde señala la convocatoria, la cual a su turno debe haber atendido para la determinación de fecha y lugar las disposiciones legales o estatutarias al respecto, por lo que de ser correcta la convocatoria en estos aspectos, si se constituye la junta en una fecha, a una hora o en lugar distinto al señalado en la convocatoria, ello claramente puede llevar a vulnerar los derechos de asistencia, deliberación y voto del accionista y por ende constituir una infracción grave de las reglas de constitución de la junta, pudiéndose por lo tanto impugnar los acuerdos adoptados en una reunión de junta así constituida[414].

En cuanto a las reglas de conformación de la mesa, a priori, su violación resulta irrelevante, a menos que por la infracción se hayan vulnerado los derechos de los accionistas[415], incluso si el defecto consiste en que se ha ejercido el cargo de presidente por persona distinta a la que correspondía legal o estatutariamente[416].

Finalmente y con relación a la conformación de la lista de asistentes que sirve no solo para acreditar quienes han asistido a la reunión, sino para determinar su porcentaje de participación accionaria y los votos que puede emitir

---

Sobre el particular se señaló en la SAP Madrid 65/2018 de 26 enero (Sección 28ª), que "la ausencia de dos de las administradoras no es causa de nulidad de la junta, (…), la asistencia de los administradores es un deber cuya infracción no impide la celebración de la junta en tanto que no constituye requisito de constitución de la junta".

[413] Señala LATORRE CHINER, N, ob. cit. pág. 232 que "se estaría ante una infracción no esencial, ya que la presencia de personas no autorizadas no parece, *a priori*, causa suficiente para influir en la deliberación o en el sentido del voto."

[414] Sobre el particular puede verse la SAP de Islas Baleares (Sección 5ª), de 28 julio de 2017 (231/2017), en la que se anulan los acuerdos sociales adoptados en una reunión de junta convocada a celebrarse en el domicilio social, pero celebrada en lugar distinto, por cuanto ello impidió la asistencia del socio impugnante, pues la modificación del lugar de celebración fijado en la convocatoria no se efectuó por los cauces legales, sino mediante un correo electrónico enviado un día antes de la fecha prevista para la reunión.

[415] Véase la SAP Córdoba 175/2013 de 25 octubre (Sección 3ª), en donde se declaró no procedente una impugnación al considerar que la "ausencia de nombramiento de secretario: no constituye un defecto de tal magnitud y trascendencia que deba provocar la nulidad de los acuerdos adoptados, porque fue una junta a la que asistió un notario y se levantó acta notarial de la misma, sin que conste en qué quedaron menoscabados los derechos de los socios o que consecuencia material pudo tener dicha omisión".

[416] Véase las SSTS 7539/2000, de19 de octubre y 4399/2012, de 24 de abril, así como la y SAP de Santa Cruz de Tenerife de 1 de diciembre de 2015, entre otras.

cada uno, debe distinguirse si el error alegado como fundamento de impugnación es formal en cuanto a su elaboración[417], o si el error consiste en contabilizar indebidamente como asistente participación accionaria que no debía ser tenida en cuenta para determinar el quórum de constitución, pues el primero se analizaría a la luz de la incidencia en los derechos del socio y el proceso de formación de la voluntad social[418], existiendo en todo caso, una tendencia a considerar irrelevantes estos errores[419], mientras que en el segundo supuesto deberá aplicarse la prueba de la resistencia.

En efecto, señala el legislador en el artículo 204.3. c) LSC, que no constituye causal de impugnación "La participación en la reunión de personas no legitimadas, salvo que esa participación hubiera sido determinante para la constitución del órgano.", consagrando así, de manera positiva, la denominada "prueba de la resistencia" para determinar la relevancia de este defecto concreto en la constitución del máximo órgano social. Esta teoría ya había sido aplicada por el Tribunal Supremo, destacando lo señalado en su Sentencia del 15 de enero de 2014 (136/2014), en cuyo apartado 18 de los Fundamentos de Derecho se dijo:

"La prueba de resistencia se traduce en que de la cifra originariamente considerada (para el quórum de constitución o para la mayoría) se restan el porcentaje en el capital (o los votos) atribuidos irregularmente a personas que no estaban legitimadas para asistir (o para votar). Si, tras realizar esta sustracción, con el restante porcentaje de capital asistente se alcanza el quórum suficiente, la junta se entiende válidamente constituida; en caso contrario, la junta es nula (y con ella los acuerdos adoptados) por estar irregularmente constituida. Y del mismo modo en lo que respecta al cálculo de la mayoría. (…) Conviene advertir que esta regla se refiere únicamente a los casos en que se permitió de forma indebida la asistencia y el voto de quien no gozaba del derecho de asistencia o del derecho voto. No se extiende a los casos en que fue denegada de forma indebida la asistencia de quien sí gozaba de derecho para ello, pues en este segundo caso se impidió que su participación en la deliberación pudiera incidir en la conformación de la voluntad, más allá de la irrelevancia de su voto para alcanzar la mayoría exigida por la Ley."

[417] Como lo sería señalar que un socio asiste por representación habiendo asistido personalmente.
[418] Véase a VIVEZ RUÍZ, F, ob. cit. pág. 69.
[419] Así lo señala LATORRE CHINER, N, ob. cit. pág. 233.

Conforme a lo anterior, resulta necesario hacer una precisión: la prueba de la resistencia se aplica cuando se alega que se ha contabilizado para la conformación del quórum de constitución participación accionaria que no debió haberse contabilizado, pero no cuando se alega que se ha impedido la participación de un accionista que tenía derecho a ello, pues en este último caso lo que debe valorarse es si con ello se desconoció el derecho de participación y deliberación de ese determinado accionista, sin importar la incidencia de dicha participación en la determinación del quórum de constitución.

Entrando de lleno en el análisis de la aplicación de la prueba de la resistencia para la constitución de la junta, debe señalarse en primer lugar que la indebida participación se puede dar en dos supuestos:

i) Bien porque se contabilizó la asistencia de un accionista que no tenía derecho a ello, como cuando se incluyen para conformar el quórum de constitución: a) las acciones de un socio que no posee el número mínimo de estas exigido por los estatutos en los términos del artículo 179.2 LSC; b) las acciones de un socio que no había acreditado la legitimación anticipada para asistir en los términos del 179.3.LSC; c) la asistencia de un copropietario que no es el designado para ejercer el derecho de asistencia, en los términos del 126 LSC; d) la asistencia del nudo propietario cuando dicho derecho le corresponde al usufructuario o acreedor prendario (arts. 127 y 132 LSC); o e) cuando se contabilizan las acciones de quienes tienen suspendido este derecho en los términos de los artículos 148 y 152 y 155 LSC, ya explicados en el capítulo anterior.

ii) O bien porque se contabilizó la asistencia de un representante de un accionista que sí tenía derecho a ello pero cuyo poder no resultaba suficiente, lo que ocurre cuando a) en los estatutos se ha limitado esta facultad en virtud del artículo 184.1 LSC, y la representación se delega sin respetar dicho límite, como por ejemplo cuando se delega la representación en un administrador o en un no accionista, estando ello prohibido por mandato estatutario; b) cuando se otorga la representación sin observancia de los requisitos establecidos en el artículo 184.2 LSC, como por ejemplo cuando se contabiliza las acciones de un socio que ha asistido a través de representante, con un poder otorgado para una junta distinta a la que se va a celebrar[420]; c) o cuando no se cumplen con los requisitos

[420] Los requisitos referidos en los literales a y b, tal y como ya se señaló en el capítulo anterior, no se aplican cuando "el representante sea el cónyuge o un ascendiente o descendiente del representado ni tampoco cuando aquél ostente poder general conferido en documento público

del poder establecidos en el artículo 186 LSC tratándose de una solicitud pública de representación[421].

Así pues, si a pesar de que al momento de conformarse la lista, en ella se ha incurrido en el error de incluir como participante en junta a un accionista que por cualquiera de las causas antes referidas no tenía derecho a ello, en el incidente deberá proceder a descontarse las acciones de ese accionista y sí a pesar de ello el quórum de constitución legal o estatutariamente establecido se alcanza, el vicio será irrelevante, en caso contrario, la acción de impugnación deberá proseguir para analizar si efectivamente se ha contabilizado o no de manera indebida la asistencia de algún accionista.

2.1.3 Reglas esenciales y no esenciales para la adopción de los acuerdos y la aplicación de la prueba de la resistencia.

Como ya se señaló en el capítulo anterior, la adopción material del acuerdo es la etapa final dentro del proceso de formación de la voluntad societaria, que está precedida por la deliberación y conformada por la votación de las propuestas sometidas a consideración de la junta, siendo en ella, por lo tanto en la que se ejerce uno de los principales derechos de los accionistas, cual es el del voto, y cuya regulación se encuentra principalmente recogida en los artículos 197 bis y 201 de la LSC, en donde se establecen las reglas sobre votación separada por asuntos y las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos, respectivamente.

Así las cosas y conforme a la norma que venimos analizando, dentro de las referidas reglas que regulan el procedimiento de adopción de los acuerdos sociales, solo se ha considerado de manera expresa esenciales para dicho proceso las reglas sobre mayorías necesarias (art. 201 LSC), por lo tanto si de lo que se trata es de la impugnación de un acuerdo adoptado sin contar con el número de votos a favor legal o estatutariamente requeridos para el efecto, o aplicando una

con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional." (Art. 187 LSC).

[421] Al respecto puede véase la SAP Navarra 175/2015 de 18 mayo (Sección 3ª), en la que se confirma la sentencia recurrida "al considerar que existió solicitud pública de representación y que se infringió lo dispuesto en el artículo 186 de la ley de sociedades de capital; concretamente, decía la sentencia apelada, que el orden del día comprendía un total de veintiséis puntos a tratar en la junta mencionada mientras que las delegaciones de voto solamente incluyen en el orden del día los puntos indicados en el Boletín Oficial del Registro Mercantil de 7 de mayo de 2013, habiéndose omitido los contenidos en la ampliación del orden del día que son los puntos 24º 25º y 26º, ampliación que fue publicada en el referido Boletín de 22 de mayo de 2013".

mayoría distinta a la que viene obligado un determinado acuerdo, no debe surtirse el trámite incidental previo para determinar el carácter relevante de su vulneración.

Por el contrario, si la impugnación se basa en que los asuntos sometidos a consideración de la junta no se han votado de manera separa en los términos señalados en el artículo 197 bis LSC, deberá surtirse el trámite previo para determinar si la violación resultó esencial o no para la adopción del acuerdo, y para ello deberá analizarse si el socio al momento de emitir el voto fue consciente o no de que se estaban votando en un mismo acuerdo dos asuntos distintos y si su voto iba a ir en el mismo sentido para los dos o no[422].

Aunado a lo anterior, también deben considerarse reglas de adopción de los acuerdos las relacionadas con el ejercicio del derecho al voto, las cuales también deben surtir el trámite incidental por no estar expresamente referidas como esenciales en el artículo 204.3 LSC. Así por ejemplo podrían conllevar causal de impugnación si resultan relevantes para la adopción del acuerdo una privación ilegítima del derecho al voto[423], no tener en cuenta el voto emitido a distancia, dar por adoptado un acuerdo sin tener en cuenta el voto emitido por quien venía obligado a ello, hacer un cómputo erróneo de los mismos o contabilizar un voto de manera indebida[424], casos, estos dos últimos en los cuales deberá aplicarse la teoría o prueba de la resistencia, en los términos establecidos en el literal d) del artículo 204.3 LSC, para determinar si ello puede conllevar causa de impugnación o no.

En efecto, al igual que el derecho de participación, el derecho al voto también puede estar suspendido, limitado o suprimido en los términos ya vistos en el capítulo anterior[425], casos en los cuales los accionistas que participen en la

[422] Señala LATORRE CHINER, N, ob. cit. pág. 235 que "La medida de votar separadamente tiene por finalidad asegurar a los socios la debida información sobre los asuntos sometidos a votación, y evitar que la importancia de algunos de ellos pase desapercibida sometiéndolos al mismo acuerdo que otros, de apariencia igual, pero de distinta significación. Se trata, en definitiva, de que los votos se emitan con plena conciencia y reflexión".

[423] Sobre el particular véase la SAP 821/2016 Valencia, de 20 julio (Sección 9ª), en la que se anulan los acuerdos impugnados por haberse privado a un socio de su derecho a voto so pretexto de un supuesto conflicto de intereses inexistente.

[424] Sobre el particular señala LATORRE CHINER, N, ob. cit. pág. 234.

[425] Allí se señaló que "el derecho al voto se suspende por mandato legal con relación a i) las acciones que se encuentren en mora en el pago (83.1 LSC), ii) las acciones propias o de la sociedad dominante, así como las aceptadas en prenda o garantía (148.a y 149 LSC), y iii) las acciones propias que supere los límites legales relativos a las participaciones reciprocas (152.2 LSC). (…) con relación a determinados acuerdos que supongan un conflicto de interés entre el

junta sin tener dicho derecho no pueden votar, por lo tanto para efectos de determinar la mayoría deberán descontarse de las acciones presentes o representadas[426] las que estén en dichos supuestos, pero si ello no ha ocurrido así y se han contabilizado estos, para determinar su relevancia en la adopción del acuerdo se debe aplicar la prueba de la resistencia, por lo tanto se deben restar los votos indebidamente computados[427] y si a pesar de ello se continua alcanzando la mayoría requerida el mismo no podrá impugnarse por este motivo.

2.2 Desconocimiento del derecho de información no esencial e impugnación de acuerdos adoptados con violación del derecho de información, ejercido con anterioridad a la junta, y derivado de la incorreción o insuficiencia de la información "esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación"

accionista y la sociedad (…) se puede limitar por disposición estatutaria en los términos del artículo 188.3 LSC cuando se establece un "número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista, las sociedades pertenecientes a un mismo grupo o quienes actúen de forma concertada con los anteriores" (…)El derecho al voto se suprime con respecto a aquellos accionistas titulares de las "acciones sin derecho a voto" reguladas en los términos de los artículos 98 y 99 LSC."

[426] Sobre el particular señala VIVEZ RUÍZ, F, ob. cit. pág. 84 que "La mayoría de la doctrina ha considerado que es el de la votación y no el de la constitución de la junta. Los accionistas que se ausenten de la junta pueden hacerlo otorgando su representación a otra persona o sin otorgarla y, en este último caso, se debería entender que se abstienen197. El cómputo de esta mayoría en el momento de la votación podría ser posible en los supuestos de pequeñas sociedades pero de muy difícil gestión en grandes sociedades cotizadas, en las que la determinación precisa del número de accionistas presentes en cada momento en la sala de la junta no resulta viable. Además, la referencia legal a los accionistas presentes o representados del art. 201 LSC debe, en mi opinión, entenderse referido al quórum de constitución (art. 193 LSC) que utiliza esa misma expresión («accionistas presentes o representados»)."

[427] La teoría de la resistencia también se aplica si el defecto consiste en un cómputo incorrecto de los votos, supuesto que explica en los siguientes términos FERRANDO MIGUEL, I, "Derecho de sociedades. Impugnación de acuerdos sociales y prueba de resistencia", en GALLEGO SÁNCHEZ, E, ALONSO ESPINOSA, F, MASSAGUER FUENTES, J, PETIT LAVALL, M, CUÑAT EDO, V (Coordinadores), *Estudios de derecho mercantil. Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Tirant Lo Blanch, 20013, (Versión electrónica, http://www.tirantonline.com Documento TOL3.975.937, última consulta el 18 de septiembre de 2020), Pág. 8 "en esta categoría de supuestos no existe una asistencia indebida o un voto irregular sino un mero error de cálculo de voluntades correctamente emitidas (p.ej.: al sumarse como favorables votos que eran contrarios a la propuesta; declarar aprobado un acuerdo con un voto a favor y otro en contra, etc.) por lo que la impugnación perseguirá, por tanto, identificar el error cometido para, una vez realizado el recálculo, proclamar el resultado correcto."

El derecho de información someramente reseñado en el capítulo anterior es uno de los esenciales del socio[428], pero no por ello ilimitado[429], reconocido en el artículo 93 de la LSC y regulado para las sociedades anónimas en el artículo 197 de la misma Ley[430]. Corresponde a aquel que tienen todos los accionistas para informarse acerca de los asuntos del orden del día de la reunión de la junta a la que han sido convocados[431], y que pueden ejercer bien con anterioridad a la misma en los términos del numeral primero del referido artículo, bien durante la junta en los términos del numeral segundo de la misma norma, conllevando la violación del mismo diferentes consecuencias según la modalidad en que se haya ejercido[432].

En efecto, las consecuencias de la vulneración del derecho de información fueron objeto de modificación en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, a la que ya hemos hecho referencia mediante la cual se restringió su vulneración como motivo de impugnación. Así, por un lado se vetó cualquier posibilidad de

[428] Señala VEGA CLEMENTE, V y HERRERO JIMÉNEZ, M "la vulneración del derecho de información del socio como causa de impugnación de los acuerdos sociales. El derecho de información del accionista y sus límites" en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M y COHEN BENCHETRIR A, *DERECHO DE SOCIEDADES, Revisando el derecho de sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 1467 que "el derecho de información del socio se configura como uno de sus derechos básicos, de naturaleza pública y carácter individua, inderogable e irrenunciable. A través del ejercicio del derecho de información el socio podrá formar su voluntad de voto, que a su vez, en el ejercicio conjunto del derecho de voto en la junta general, determinará la voluntad social."

[429] Ello implica que debe versar sobre los asuntos del orden del día, ejercerse teniendo en cuenta los intereses de la sociedad, y sin abuso del derecho, tal y como ya se señaló en el capítulo anterior (art. 197.3 LSC).

[430] Es de resaltar que además de la regulación genérica del derecho de información contenida en el artículo 197 LSC, tal y como se verá más adelante existen casos en los que el ejercicio del derecho de información se ha regulado de manera especial y concreta, entre otros, está el derecho de información regulado en los artículos 272, 287.1, 300, 301.3 y 308.2.b) LSC, así como los artículos 9, 39 y 98 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (de ahora en adelante LME).

[431] Tal y como se señala en la SAP Vizcaya 384/2019, de 5 marzo (Sección 4ª) "es un derecho personalísimo e indelegable del socio, que no pueda ser realizado por un representante del socio".

[432] Sobre el particular se señaló en la SAP Barcelona 1413/2019, de 17 julio de 2019 (Sección 15ª), que "Antes de la entrada en vigor de la reforma de la LSC, operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, la tutela del derecho de información solo era factible a través de la acción de impugnación de los acuerdos sociales. Pero, tras esa reforma, el derecho de información no solo es autónomo en su justificación (es decir, trasciende a los acuerdos adoptados en la junta en relación con la cual se hubiera ejercitado) sino que también lo ha pasado a ser en su tutela. Ya no es preciso acudir a la acción de impugnación de los acuerdos sociales sino que se puede ejercitar una acción de cumplimiento cuyo objeto será dar satisfacción al derecho de información denegado de forma injustificada o bien una acción de resarcimiento de daños y perjuicios (art. 197.5 LSC)."

impugnación por infracción del derecho de información que se ejerza verbalmente durante la celebración de junta[433] y por otro lado se limitó su utilización como causa de impugnación a la incorreción o insuficiencia de la solicitada con anterioridad a la junta (art. 197.1 LSC), siempre que resultara "*esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación*" (art. 204.3.b) LSC)[434].

Así las cosas, si de lo que se trata es de una infracción del derecho de información ejercido durante la junta, en los términos del artículo 197.2 LSC, por más flagrante o arbitraria que sea la misma, ello no puede conllevar en ningún supuesto causal de impugnación, sino únicamente el derecho de "exigir el cumplimiento de la obligación de información y los daños y perjuicios que se le hayan podido causar"[435].

Por lo tanto, para poder fundar la impugnación en la vulneración del derecho de información se deben cumplir dos requisitos, a saber: i) haberse ejercido el mismo con anterioridad a la junta, en los términos del artículo 197.1 LSC y ii) que la información no suministrada o incorrectamente suministrada

[433] Artículo 197.2 y 5 de la LSC. Justificó la Comisión de Expertos, ob. cit. pág. 25 y 26, esta exclusión en que el derecho de información ejercido durante la junta puede ser atendido incluso 7 días después de esta, razón por la cual no lo considera "ligado al interés del accionista de formarse una opinión que le permita un ejercicio diligente de sus derechos como accionista durante la junta".

[434] Esta modificación la justifica la Comisión de Expertos, ob. cit. pág. 31, en pro de evitar el abuso de la acción de impugnación y en razón a que "-como viene sosteniendo nuestra jurisprudencia en materia de abuso de la nulidad por vicios de forma- no subsiste un interés legítimo en la anulación". Sin embargo parte de la doctrina considera que dichas restricciones desconocen el alcance que venía dándole la jurisprudencia al derecho de información, pues como lo señala RECALDE CASTELLS, A.: "Derecho de la información en la sociedad anónima.", en JUSTE MENCÍA, J C*omentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (ley 31/2014), sociedades no cotizadas,* Primera Edición, Aranzadi, 2015, pág. 18 (versión electrónica, www.aranzadidigital.es consultada por última vez el 29 de septiembre de 2020) "la vinculación que la ley establece entre la información pedida y el ejercicio del voto u otros derechos de participación permite cuestionarse que el nuevo régimen reformado sea compatible con la más reciente jurisprudencia, que concedía una amplia autonomía al derecho de información en las sociedades anónimas cerradas. Esta jurisprudencia desvinculaba el derecho de información del voto del accionista (SSTS 21.11.2011 [RJ 2012, 3395] ; 30.11.2011 [RJ 2012, 1643] ; 16.1.2012 [RJ 2012, 177] ; 13.12.2012 [RJ 2012, 400083] ; 19.9.2013). El derecho de información ejercido antes de la celebración de la junta vuelve a configurarse como un mero instrumento respecto del ejercicio consciente del derecho de voto en relación con los asuntos incluidos en el orden del día".

[435] Artículo 197.5. LSC.

fuera "esencial" para el ejercicio "razonable" del "accionista medio" de los derechos al voto, y de participación[436].

Conforme a lo anterior para hacer una aproximación a los supuestos en los que puede considerarse que la violación del derecho de información conlleva causal de impugnación, se debe en primer lugar, tratar de acotar los tres conceptos indeterminados a los que ha acudido el legislador para determinar la vulneración de dicho derecho como causal de impugnación[437], esto es, "información esencial", "accionista medio" y "ejercicio razonable" de los derechos al voto y de participación[438].

---

[436] Nótese que el legislador ha resaltado el carácter instrumental del derecho de información para el correcto ejercicio de otros derechos, concretamente el del voto y los de participación, estos últimos definidos por MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M, "Nuevas causas de impugnabilidad: defectos informativos (arts. 197.5 y 204.3.b LSC), en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F, FERRANDO MIGUEL, I, TENA ARREGUI R (Directores) *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales en las sociedades de capital*, Colegio Notarial de Madrid, 2015, pág. 255, así: "Solo procederá la impugnación cuando la información resulte, ya no necesaria (claramente útil o relevante) para tutelar los derechos de socio en general (incluidos los económicos), sino esencial para el ejercicio del *derecho de participación*: básicamente además del voto, los de asistencia y representación. Creo que hay que incluir también los derechos de participación que se atribuyen a las minorías y concretamente, en el caso de una S.A, el derecho del complemento de la convocatoria.".
Considera Sobre el particular véase a VILLENA CORTÉS, F. ob. cit. (versión electrónica, http://www.tirantonline.com Documento TOL7.216.795, último acceso 10 de septiembre de 2020) que "parece que el legislador está aludiendo a los demás derechos del socio cuyo ejercicio pueda verse afectado por el propio del derecho de información. Se revela también razonable entender que habrá de tratarse de derechos concretos, vinculados a los asuntos comprendidos en el orden del día (por ejemplo, el derecho de adquisición preferente en una ampliación de capital) o que, no estándolo, puedan suscitarse durante la junta general (por ejemplo, la propuesta de ejercicio de la acción social de responsabilidad de administradores)".

[437] Critica esta posición RECALDE CASTELLS, A. ob. cit. pág. 18, al señalar que "Parece que la norma impulsa al juez a valorar cuidadosamente las circunstancias concurrentes para evitar el riesgo de un uso abusivo o de mala fe de la impugnación de acuerdos por falta de información. Pero para este objetivo no hacía falta exigir que la información tuviera carácter «esencial» ni excluir la influencia que su omisión ha podido tener en un accionista profesional, algo que genera incertidumbre y abre en exceso el arbitrio judicial. El derecho de información no debería entenderse infringido solo si es relevante para que un socio medio (es decir, el que no es un *insider* ni un inversor profesional) pueda ejercer con consciencia el derecho de voto. Cualquier dato cuya omisión pueda influir en el voto de los asuntos de la junta puede ser objeto de impugnación, incluso cuando es desconocida para un inversor profesional."

[438] Al respecto puede verse la SAP Barcelona 1413/2019, de 17 julio de 2019 (Sección 15ª), en la que se declaró que, a pesar de haberse dejado de suministrar información solicitada por el accionista, ello no conlleva causal de impugnación por tratarse de información que no resultó relevante para el ejercicio del derecho al voto.

- Información esencial: debe considerarse esencial aquella información sin la cual el accionista (medio) no puede ejercer (razonablemente) el derecho al voto o los derechos de participación en la junta, o habiéndolos ejercido lo hubiera hecho de manera diferente si hubiese conocido la información no suministrada o indebidamente suministrada. Por lo tanto, será esencial la información absolutamente necesaria y la sumamente útil para el ejercicio de los referidos derechos[439].

-Accionista medio: Este criterio tiende a establecer que no puedan servir de fundamento para la determinación de la esencialidad de la información circunstancias o características particulares de un determinado socio, sino que la información debe haber sido esencial para el ejercicio de los derechos de voto y participación de todos los accionistas, sin subjetividades[440], no obstante el mejor acceso a la misma que puedan tener por ejemplo el accionista que es a su turno administrador si incide para valorar una vulneración de este derecho como causal de impugnación[441], así como la previa existencia de un conflicto con el socio impugnante, pues en este último caso se puede entender que la impugnación se utiliza con fines distintos a la verificación de la efectiva validez del acuerdo social[442].

[439] Sobre el particular señaló RECALDE CASTELLS, A, ob. cit. pág. 12 que "La caracterización de la información como «necesaria» para tutelar los derechos de los socios no debe asimilarse a la condición «esencial» de la información denegada, que se exige para permitir la impugnación de un acuerdo por afectado por denegación de la información (artículo 204.3.b LSC). A estos efectos, el carácter esencial de la información que no se entregó y debe dilucidarse en la cuestión incidental de previa pronunciamiento que determina la admisibilidad de demanda de impugnación (art. 204.3 II LSC). Lo decisivo es que el accionista hubiera votado en un sentido diferente a como lo hizo si hubiera conocido la información, es decir, que la información sobre la que se preguntó habría influido en el voto. Sin embargo, para que los administradores rechacen legítimamente la información por ser innecesaria, se les exige algo más: deben demostrar que la petición es espuria, tiene objetivos ajenos al ejercicio de los derechos del socio, para cuya defensa se les otorga el derecho."

[440] Dice VILLENA CORTÉS, F, ob. cit. (versión electrónica) pág. 9 que "El legislador ha buscado establecer un parámetro objetivo, que impide prestar atención a las circunstancias personales o subjetivas de ese socio concreto".

[441] Véase la Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª), de 16 enero de 2019 (24/2019), en la que se deniega la impugnación por violación del derecho de información porque el impugnante "fue el Presidente del Consejo de Administración de la sociedad recurrida durante el ejercicio social objeto de examen, con conocimiento más que adecuado del estado contable de la compañía."

[442] Al respecto se dice en la SAP Barcelona 1413/2019, de 17 julio de 2019 (Sección 15ª) "Cierto que el grado de información exigido por el socio es muy elevado y parece responder más a una voluntad de mantener abierto un conflicto entre socios, del que ya existen importantes antecedentes (a los que antes nos hemos referido) que a la necesidad del socio de tener acceso a

-Ejercicio razonable del derecho: Se destaca aquí el carácter instrumental del derecho de información, pues si bien se trata de un derecho autónomo del accionista, su vulneración solo puede ser causa de impugnación si ello ha afectado el ejercicio de los derechos de voto o participación[443]. Por lo tanto, así se haya denegado información esencial si ello no ha incidido sobre el ejercicio de los referidos derechos no habrá lugar tampoco a la impugnación.

Ahora bien, línea distinta se debe seguir con relación a los casos en los cuales el ejercicio del derecho de información está previsto de una forma específica e imperativa en la ley, mediante el suministro de cierta información concreta, con unos plazos y características especiales, dentro de los cuales estarían incluidos, entre otros, los acuerdos de i) aprobación de las cuentas anuales, ii) reformas estatutarias y aumento de capital, así como iii) las modificaciones estructurales. Acuerdos respecto de los cuales además de tenerse el derecho de información regulado en el artículo 197 LSC, se tiene la potestad de conocer, una vez convocada la reunión, los documentos que recogen las propuestas de acuerdo que van a ser objeto de sometimiento a la junta[444], con las siguientes características:

---

información relevante para la aprobación de los acuerdos sociales. Y, por la forma en la que esa información se ha solicitado, creemos justificada la negativa de la sociedad a facilitarla".

[443] Señala VILLENA CORTÉS, F, ob. cit. págs. 8 y 9 que "se potencia la instrumentalidad del derecho de información respecto del ejercicio del derecho de voto y los demás derechos de participación20. El derecho de información puede seguir siendo un derecho revestido de autonomía y sustantividad propias, como ha destacado el Tribunal Supremo. Pero para que su infracción tenga virtualidad impugnatoria de los acuerdos es necesario que esté conectado al ejercicio de esos otros derechos del socio."

[444] Sobre el particular se señaló en la SAP Madrid 290/2018, de18 mayo (Sección 28ª) que "una cosa es el derecho del socio a solicitar por escrito con anterioridad a la junta general (o verbalmente durante la misma) informes o aclaraciones sobre los asuntos comprendidos en el orden del día, derecho que reconoce con carácter general el Art. 196-1 de la Ley de Sociedades de Capital , y otra bien distinta el derecho que, cuando de la aprobación de las cuentas anuales se trata, concede el Art. 272-3 al socio para examinar en la sede social los documentos que sirvan de soporte y de antecedente de dichas cuentas. En relación con tales soportes y antecedentes, este último derecho goza de mayor amplitud que el derecho de informe o aclaración que, en relación con aspectos puntuales, pueda haber ejercitado el socio al amparo del Art. 196-1. Tan es así, que cabe perfectamente la posibilidad de que el socio ejercite el derecho del Art. 272-3 sin haber ejercitado el derecho del Art. 196-1, sin que exista en tal caso base para restringir el contenido de la exhibición "in situ" de los soportes contables a la información relativa a unos inexistentes -por nunca mencionados- puntos específicos. O dicho de otro modo: que el socio haya solicitado determinados particulares del Libro Mayor con ocasión del ejercicio del derecho previsto en el Art. 196-1 no significa que, si decide posteriormente ejercitar el derecho que contempla el Art. 272-3, el examen de dicho soporte deba quedar restringido a aquellos particulares."

i) Con relación a la aprobación de las cuentas, "A partir de la convocatoria de la junta general, cualquier socio podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de esta, así como en su caso, el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas" (art. 272.2 LSC).

ii) Con relación a las propuestas de reforma estatutaria el derecho de información implica la posibilidad "*de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la reforma estatutaria*" (art. 287 LSC), y para la aprobación de aumentos de capital el informe del administrador sobre el aumento con cargo a aportaciones no dinerarias en los términos del artículo 300.1. LSC[445]; el informe del administrador y la certificación del auditor para el aumento por compensación de créditos (art. 301.4); el informe de los administradores para la exclusión del derecho de preferencia (art. 308 LSC), así como la facultad de pedir, en todos estos casos, la entrega o el envío gratuito de dichos documentos.

iii) Cuando se trate del sometimiento a decisión de la junta de alguna modificación estructural (transformación, fusión, escisión, cesión global de activos y pasivos, y traslado internacional del domicilio social), también surge un derecho especial de información, así:

a) si se trata de deliberar sobre el acuerdo de transformación, el especial derecho de información implica la posibilidad de acceder a los documentos establecidos en el artículo 9 LME[446].

[445] "informe de los administradores en el que se describirán con detalle las aportaciones proyectadas, su valoración, las personas que hayan de efectuarlas, el número y valor nominal de las participaciones sociales o de las acciones que hayan de crearse o emitirse, la cuantía del aumento del capital social y las garantías adoptadas para la efectividad del aumento según la naturaleza de los bienes en que la aportación consista".

[446] art. 9 LME: los administradores deberán poner en el domicilio social, a disposición de los socios, que podrán pedir su entrega o envío gratuito, incluso por medios electrónicos, los siguientes documentos: 1.º El informe de los administradores que explique y justifique los aspectos jurídicos y económicos de la transformación, e indique asimismo las consecuencias que tendrá para los socios, así como su eventual impacto de género en los órganos de administración e incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa. 2.º El balance de la sociedad a transformar, que deberá estar cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha prevista para la reunión, junto con un informe sobre las modificaciones patrimoniales significativas que hayan podido tener lugar con posterioridad al mismo. 3.º El informe del auditor de cuentas sobre el balance presentado, cuando la sociedad que se transforme esté obligada a someter sus cuentas a auditoría. 4.º El proyecto de escritura social o estatutos de la sociedad que resulte de la transformación, así como, en su caso, otros pactos sociales que vayan a constar en documento público."

b) Si se trata de deliberar sobre la fusión, escisión o cesión global de activos, el derecho de información especial implica también la puesta a disposición en los términos y de los documentos referidos en el artículo 39[447] LME en concordancia con el 73.1 y 87.1 de la misma Ley, que señalan respectivamente que, el especial derecho de información para la fusión se aplica también a la escisión y cesión global de activos.

c) Si la convocatoria versa sobre una propuesta del traslado internacional del domicilio social, el ejercicio del derecho de información implica la posibilidad "de examinar en el domicilio social el proyecto de traslado y el informe de los administradores, así como el derecho de obtener gratuitamente, si así lo solicitaren, copias de dichos documentos" (art. 98.2. 2ª LME).

A la vulneración del ejercicio especial del derecho de información que tienen los accionistas con relación a las propuestas de acuerdos sociales antes referidas, no se aplica el artículo 204.3.b), pues allí se regula la impugnabilidad o no de los acuerdos sociales por violación del derecho de información regulado en el artículo 197 LSC[448], por lo tanto si se ha convocado para aprobar las cuentas

[447] "Antes de la publicación del anuncio de convocatoria de las juntas de socios que hayan de resolver sobre la fusión o de la comunicación individual de ese anuncio a los socios, los administradores deberán insertar en la página web de la sociedad, con posibilidad de descargarlos e imprimirlos o, si no tuviera página web, poner a disposición de los socios, (…) en el domicilio social, los siguientes documentos: 1.º El proyecto común de fusión. 2.º En su caso, los informes de los administradores de cada una de las sociedades sobre el proyecto de fusión. 3.º En su caso, los informes de los expertos independientes. 4.º Las cuentas anuales y los informes de gestión de los tres últimos ejercicios, así como los correspondientes informes de los auditores de cuentas de las sociedades en las que fueran legalmente exigibles. 5.º El balance de fusión de cada una de las sociedades, cuando sea distinto del último balance anual aprobado, acompañado, si fuera exigible, del informe de auditoría o, en el caso de fusión de sociedades cotizadas, el informe financiero semestral por el que el balance se hubiera sustituido. 6.º Los estatutos sociales vigentes incorporados a escritura pública y, en su caso, los pactos relevantes que vayan a constar en documento público. 7.º El proyecto de escritura de constitución de la nueva sociedad o, si se trata de una absorción, el texto íntegro de los estatutos de la sociedad absorbente o, a falta de estos, de la escritura por la que se rija, incluyendo destacadamente las modificaciones que hayan de introducirse. 8.º La identidad de los administradores de las sociedades que participan en la fusión, la fecha desde la que desempeñan sus cargos y, en su caso, las mismas indicaciones de quienes vayan a ser propuestos como administradores como consecuencia de la fusión.
2. Si la sociedad no tuviera página web, los socios, los obligacionistas, los titulares de derechos especiales y los representantes de los trabajadores que así lo soliciten por cualquier medio admitido en Derecho tendrán derecho al examen en el domicilio social de copia íntegra de los documentos a que se refiere el apartado anterior, así como a la entrega o al envío gratuitos de un ejemplar de cada uno de ellos."

[448] Sobre el particular señala MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M, "Nuevas causas de impugnabilidad…" ob. cit. pág. 243 que "la reforma sobre la impugnabilidad de los acuerdos por el incumplimiento, o el cumplimiento defectuoso de la obligación de informar a los socios,

anuales, reformar los estatutos, aumentar el capital o aprobar una modificación estructural, sin ponerse a disposición los documentos preceptivos en los términos legales ya referidos, procede la impugnación sin tramite incidental, no solo porque dicha información se presume esencial para el accionista[449], sino porque de no ser así se estaría violando una norma imperativa[450].

3. La improcedencia de la impugnación frente a los acuerdos revocados o sustituidos.

La facultad que tiene la JGA para adoptar los acuerdos sociales implica también la de dejarlos sin efectos o sustituirlos por otro, cuando durante su proceso de adopción se ha incurrido en algún defecto que puede afectar la validez de la correspondiente decisión y ser, por ende objeto de impugnación, es decir, la JGA puede subsanar los acuerdos adoptados con algún vicio, bien revocándolos bien sustituyéndolos y según el momento en que ello ocurra tendrá diferentes consecuencias de cara a la impugnación de los acuerdos subsanados.

Así, el artículo 204.2 LSC (también modificado por la Ley 31/2014) establece que: i) si la subsanación ocurre antes de promoverse la acción ello impedirá que los acuerdos subsanados sean objeto de impugnación, bien porque

---

afecta exclusivamente a la modalidad del derecho de información que regulan los arts. 197 (para la SA), 520 (para la sociedad cotizada) y 198 (para la SRL) de la LSC (…) la reforma no incide. Esto es, al derecho a obtener las informaciones o aclaraciones o las respuestas a las preguntas que soliciten o formulen los socios acerca de los asuntos del orden del día de una junta general (…) la reforma no incide en cambio, sobre la tutela del derecho de los socios a examinar información documental preparatoria de la junta, que deba ser formulada y echa accesible a los socios como consecuencia de deberes informativos de inmediato origen legal".

[449] MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M "El cribado del carácter esencial…". ob. cit. pág. 740 que "el ejercicio del derecho de información documental por parte de un socio, no consiste sino en reclamar el conocimiento efectivo, inmediato y gratuito, de una información que debe ser redactada por los administradores y estar disponible desde la convocatoria de la junta en cumplimiento de una obligación de inmediato origen legal. (…) de la configuración legal de estos derechos a obtener la información documental preparatoria de ciertos acuerdos se deduce que es siempre "necesaria" o "esencial" para el socio medio"

[450] Sobre el particular, señala MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: "Los supuestos de exoneración del deber de información a los accionistas por los administradores (Art. 197.3 LSC).", Revista de Derecho de Sociedades num.45, 2015, pág. 9 (Versión electrónica, última consulta 24 de septiembre de 2020), que en estos casos especiales del ejercicio del derecho de información tampoco se puede aplicar las limitaciones establecidas en el 197.3. LSC, en concreto, apunta que "Estas modalidades del derecho de información vienen reguladas, en cuanto al alcance, formalización y comunicación de la misma, por sus normas respectivas, a las que no se extienden los motivos de exoneración que corresponden a las informaciones que soliciten los accionistas, conforme a su propio criterio, en relación con cualquiera de los asuntos sometidos a la junta general."

no habrá acuerdo o bien porque no habrá causa de impugnación; ii) si la subsanación ocurre con posterioridad a la impugnación del acuerdo ello conllevará la terminación del procedimiento de impugnación[451]; y iii) cuando el acuerdo haya producido efectos entre la adopción y la subsanación, a pesar de que no proceda la impugnación del acuerdo, se podrá demandar la "eliminación de los efectos o la reparación de los daños que el acuerdo le hubiera ocasionado mientras estuvo en vigor"[452] (sobre estos dos últimos aspectos procesales ahondaremos en el IV capítulo).

La subsanación mediante sustitución consiste en adoptar un nuevo acuerdo con el mismo objeto y contenido que el viciado[453], es decir, que no se cambia la voluntad social sino que se convalida o ratifica la expresada de manera viciada, mediante un acuerdo posterior que, adoptado válidamente produce efectos retroactivos al momento en que se aprobó el subsanado[454], salvo que el vicio del que adolecía el acuerdo inicial sea de aquellos que conlleva nulidad de

[451] Esta fue un de las reformas incorporadas con la Ley 31/2014, pues con anterioridad a ella el Tribunal Supremo (véase las sentencias de la Sala Civil, de 3 de octubre de 2008 (914/2008) y 20 de octubre de 2998 (8229/1998)), había considerado que la subsanación solo producía efectos frente a la impugnación siempre que se efectuará con anterioridad a la demanda, en virtud del principio "perpetuatio iurisdictionis".

[452] Sobre este último aspecto señaló ROJO, A.: "La impugnación de acuerdos". ob. cit. pág. 1446 "si el acuerdo revocado o sustituido hubiera tenido eficacia transitoria –esto es, desde la adopción hasta la revocación o sustitución- la impugnación puede estar justificada y no puede ser impedida (…) la prohibición legal de impugnar, tiene pues, que interpretarse con criterio restrictivo". Véase también la STS del 18 de octubre de 2012 (589/2012), donde se señaló que "no existe un "derecho al arrepentimiento" con proyección sobre derechos adquiridos por terceros e incluso por socios a raíz del acuerdo revocado, máxime si se tiene en cuenta que la propia evolución del mercado puede convertir en lesivos acuerdos inicialmente beneficiosos que los administradores deberían ejecutar de no ser revocados."

[453] Define BONARDELL LENZANO, R.: "Modificación del régimen de subsanación de acuerdos sociales (arts. 2'4.2 y 207.2 LSC)" en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F, FERRANDO MIGUEL, I y TENA ARREGUI R (Directores) *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales en las sociedades de capital*, Colegio Notarial de Madrid, 2015, pág. 186, la sustitución de la siguiente manera: "ha de concluirse que la operación a que hace referencia la norma tendrá lugar cuando, sin alteración de la voluntad social se adopte válidamente un acuerdo sobre el mismo objeto que el inicialmente viciado y de idéntico contenido".

[454] Sobre el particular señaló BONARDELL LENZANO, R. ob. cit. pág. 187 y 188 que "la doctrina se ha inclinado mayoritariamente por defender la eficacia retroactiva (…). En mi opinión, la eficacia retroactiva se fundamenta principalmente en la presunción de validez y legitimidad de los acuerdos sociales mientras no sean revocados o declarada su nulidad, y en el efecto preclusivo sobre la acción de impugnación que el artículo 204.2 LSC vincula precisamente a la existencia del acuerdo de sustitución".

pleno derecho (acuerdos contrarios al orden público), caso en el cual el acuerdo de sustitución solo produce efectos desde el momento de su adopción[455].

A su turno, la subsanación también puede llevarse a cabo revocando el acuerdo viciado, mediante la adopción de una nueva decisión que haga perder la vigencia a la anterior, bien porque así se dice expresamente (revocación directa) o bien porque el contenido del nuevo acuerdo es incompatible con el anterior (revocación tácita)[456]. En este caso a diferencia de lo que ocurre en la sustitución, se cambia la voluntad social, adoptando un nuevo acuerdo que elimina el viciado, el cual para que sea válido debe seguir las reglas establecidas bien para la adopción del acuerdo que se va a dejar expresamente sin efectos, bien para el nuevo que resultará incompatible con el tácitamente revocado[457], por lo tanto, el nuevo acuerdo debe tener la aptitud para dejar sin vigencia el subsanado.

Ahora bien, es evidente que en la adopción del acuerdo de subsanación también se puede incurrir en vicios que afecten la validez del mismo, caso en el cual este también podrá ser impugnado y si se llega a declarar la procedencia de la misma, no habrá habido subsanación válida y por lo tanto el acuerdo pretendido pero fallidamente subsanado podrá ser objeto de impugnación[458].

Finalmente y sobre este aspecto, debemos aclarar que la improcedencia a la que se refiere el artículo 204.2 LSC, no implica que no pueda promoverse materialmente la acción de impugnación contra un acuerdo subsanado, sino que la misma estará abocada a su fracaso, en los términos procedimentales que se

---

[455] Al respecto véase las STS 2584/1989, de 17 de marzo y del 3 de octubre de 2008 (725/2002), así como lo señalado por MELERO BOSCH, L, "El objeto procesal", en GARBERÍ LLOBREGAT, J, GONZÁLEZ NAVARRO, A y MELERO BOSCH, L, *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades de capital*, Bosch, 2015, pág. 240 en donde dijo que "la ratificación sanatorio sería en realidad un nuevo acuerdo de contenido idéntico pero cuya eficacia se producirá desde el momento que es válidamente adoptado, y no ex tunc, como correspondería a la naturaleza de la ratificación".

[456] Véase a BONARDELL LENZANO, R. ob. cit. págs. 185 y 186.

No está de acuerdo con esta posición MELERO BOSCH, L., "La improcedencia de la impugnación de determinados acuerdos sociales (los apartados 2 y 3 del artículo 204 LSC): Tratamiento procesal", en GARBERÍ LLOBREGAT, J, GONZÁLEZ NAVARRO, A y MELERO BOSCH, L, *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades de capital*, Bosch, 2015, pág. 396, quién considera que "estimamos precisa la existencia de un acuerdo social que proclame esa pérdida de vigencia de manera expresa e inequívoca".

[457] Al respecto véase a BONARDELL LENZANO, R. ob. cit. pág. 189.

[458] Señaló BUSTILLO SAIZ, M.: *La subsanación de los acuerdos sociales por la junta general de la sociedad anónima*, Aranzadi, 1999. Pág. 453 que "si el acuerdo de subsanación se impugna en tiempo oportuno, el efecto sanante queda pendiente hasta la resolución firme de esta impugnación".

estudiarán a profundidad en el capítulo cuarto, por lo tanto, la parte interesada podrá promover el proceso de impugnación, pero una vez se acredite en el mismo la subsanación del acuerdo objeto de impugnación, el proceso deberá terminar, declarándose la improcedencia de la impugnación por este motivo.

III. LA IMPUGNACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

La impugnación de decisiones sociales de la JGA en el ordenamiento jurídico colombiano solo vino a ser regulada por primera vez en el Código de Comercio de 1971, encontrando en los mandatos del artículo 191 del C. de Co[459], su consagración positiva, en el que de manera bastante escueta se regularon tan solo 3 aspectos de esta: a) quiénes son los legitimados para impugnar, (Los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes o disidentes); b) cuáles son las decisiones impugnables, (las que no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos) y; c) cuál es el plazo para impugnar, (dos meses desde la fecha de la reunión o desde la inscripción del registro si esta es preceptiva).

A su turno dicho régimen se puede considerar conformado también por los mandatos del de los artículos 190, 192 y 193 del C. de Co[460], en los que se

[459] ARTÍCULO 191. IMPUGNACIÓN DE DECISIONES DE LA ASAMBLEA O JUNTA DE SOCIOS. Los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes o disidentes podrán impugnar las decisiones de la asamblea o de la junta de socios cuando no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos.
La impugnación solo podrá ser intentada dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la reunión en la cual sean adoptadas las decisiones, a menos que se trate de acuerdos o actos de la asamblea que deban ser inscritos en el registro mercantil, caso en el cual los dos meses se contarán a partir de la fecha de la inscripción.
[460] ARTÍCULO 190. DECISIONES INEFICACES, NULAS O INOPONIBLES TOMADAS EN ASAMBLEA O JUNTA DE SOCIOS. Las decisiones tomadas en una reunión celebrada en contravención a lo prescrito en el artículo 186 serán ineficaces; las que se adopten sin el número de votos previstos en los estatutos o en las leyes, o excediendo los límites del contrato social, serán absolutamente nulas; y las que no tengan carácter general, conforme a lo previsto en el artículo 188, serán inoponibles a los socios ausentes o disidentes.
ARTÍCULO 192. DECLARACIÓN DE NULIDAD DE UNA DECISIÓN DE LA ASAMBLEA O JUNTA DE SOCIOS. Declarada la nulidad de una decisión de la asamblea, los administradores tomarán, bajo su propia responsabilidad por los perjuicios que ocasione su negligencia, las medidas necesarias para que se cumpla la sentencia correspondiente; y, si se trata de decisiones inscritas en el registro mercantil, se inscribirá la parte resolutiva de la sentencia respectiva.
ARTÍCULO 193. PROTECCIÓN DE DERECHOS DE TERCEROS E INDEMNIZACIÓN A LA SOCIEDAD. Lo dispuesto en el artículo anterior será sin perjuicio de los derechos derivados de la declaratoria de nulidad para terceros de buena fe. Pero los perjuicios que sufra la sociedad

regulan, respectivamente a) las sanciones a las decisiones sociales adoptadas con violación de las normas sobre convocatoria, quorum y mayorías, así como las que exceden los límites del contrato social o las que no tengan carácter general, b) la obligación de los administradores de cumplir la sentencia que declara la nulidad de la decisión y c) la acción indemnizatoria que surge para los afectados por la declaratoria de nulidad de los acuerdos sociales.

Son pues estos cuatro artículos los que conforman la regulación del régimen general de impugnación de decisiones sociales en Colombia, de los cuales se puede extraer:

a) Que son dos las causales de impugnación, una la violación de la ley y otra la violación de los estatutos sociales.

b) Que la ineficacia, la nulidad y la inoponibilidad son las tres sanciones que ha establecido el legislador cuando para la adopción de la decisión se ha incurrido en algún de los siguientes vicios: violación de las normas relativas a la convocatoria, al lugar de la reunión, al quorum o las mayorías necesarias, extralimitación del contrato social o cuando la decisión no tiene carácter general.

c) También se ha establecido que los legitimados para impugnar son Los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes o disidentes, que el plazo para el efecto es de dos meses, que los administradores tienen la obligación de ejecutar la sentencia que declara la nulidad y que surge una acción indemnizatoria por la adopción de decisiones posteriormente declaradas nulas. (esto se verá a profundidad en el cuarto capitulo).

A la luz de los términos en los que se reguló la impugnación en el régimen colombiano, antes referidos puede señalarse que el legislador ha puesto el acento, en la diferenciación de las sanciones de las decisiones entre ineficaces, nulas e inoponibles, según el vicio en que se haya incurrido en la adopción de estas. Así se ha establecido en el artículo 190 del C. de Co que: i) serán ineficaces las decisiones tomadas en una reunión celebrada en un lugar fuera del domicilio social o con violación de las normas sobre convocatoria o quórum; ii) serán

---

por esta causa le serán indemnizados solidariamente por los administradores que hayan cumplido la decisión, quienes podrán repetir contra los socios que la aprobaron.
La acción de indemnización prevista en este artículo solo podrá ser propuesta dentro del año siguiente a la fecha de la ejecutoria de la sentencia que declare nula la decisión impugnada.
La acción podrá ser ejercida por cualquier administrador, por el revisor fiscal o por cualquier asociado en interés de la sociedad.

absolutamente nulas las decisiones que se adopten con violación de las mayorías necesarias o "excediendo los límites del contrato social" y; iii) serán inoponibles "las que no tengan carácter general".

Conforme a lo anterior, se puede señalar que en el régimen colombiano la impugnación se puede fundar bien en la violación de la ley, bien en la violación de los estatutos sociales, pero si la norma que se invoca como violada en el acuerdo es la contenida en el artículo 186 del C. de Co[461], la consecuencia de llegar a acreditarse ello será la ineficacia, a su turno si se basa en la vulneración de los mandatos del artículo 188 del C. de Co[462], la sanción, de probarse, será la inoponibilidad, pero si se basa en el incumplimiento de los mandatos (legales o estatutarios) del régimen de las mayorías decisorias o en la extralimitación del contrato social la decisión podría llegar a declararse nula, si aquello se prueba.

Ahora bien, por la naturaleza jurídica de cada una de dichas sanciones, que se verá a profundidad más adelante, se ha discutido en la doctrina colombiana[463] sobre si la impugnación de las decisiones sociales solo es predicable en los casos en que el vicio que se endilga a la decisión genere la sanción de la nulidad, y no en aquellos eventos en los que la consecuencia del vicio alegado sea la ineficacia o la inoponibilidad. Dos argumentos se han utilizado principalmente para generar dicho debate, por un lado el hecho de que tanto la ineficacia como la inoponibilidad operan de pleno derecho y por lo tanto no requieren de reconocimiento judicial[464], y por otro lado que los artículos 192 y 193 del C. de Co solo hacen referencia a los casos en los que la sentencia ha

[461] ARTÍCULO 186. LUGAR Y QUORUM DE REUNIONES. Las reuniones se realizarán en el lugar del dominio social, con sujeción a lo prescrito en las leyes y en los estatutos en cuanto a convocación y quórum. Con excepción de los casos en que la ley o los estatutos exijan una mayoría especial, las reuniones de socios se celebrarán de conformidad con las reglas dadas en los artículos 427 y 429.

[462] ARTÍCULO 188. OBLIGATORIEDAD DE DECISIONES DE LA JUNTA O ASAMBLEA. Reunida la junta de socios o asamblea general como se prevé en el Artículo 186, las decisiones que se adopten con el número de votos previsto en los estatutos o en las leyes obligarán a todos los socios, aún a los ausentes o disidentes, siempre que tengan carácter general y que se ajusten a las leyes y a los estatutos.

PARÁGRAFO. El carácter general de las decisiones se entenderá sin perjuicio de los privilegios pactados con sujeción a las leyes y al contrato social.

[463] Véase al respecto entre otros a SANÍN BERNAL, I, ob. cit. págs. 27 a 66. págs. 37 a 38, VELÁSQUEZ RESTREPO, C.: "Impugnación de actos de sociedades civiles y comerciales y sus aspectos probatorios", *Revista de Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,* N.º 69, 1985, págs. 83 a 111. Págs. 90 a 91, y a MARTÍNEZ NEIRA, N.: *Cátedra de derecho contractual societario,* segunda edición, Legis, 2014, págs. 386 a 387.

[464] Esto será objeto de desarrollo a profundidad en el siguiente apartado.

declarado la nulidad sin señalar nada respecto a la ejecución de la misma o la acción de perjuicios cuando la sentencia ha encontrado el acuerdo ineficaz o inoponible.

Frente a lo anterior podemos señalar en primer lugar que si bien es cierto que la ineficacia y la inoponibilidad por mandato legal operan de pleno derecho y no requieren de reconocimiento judicial, ello no implica que por esta mera ficción legal la decisión que adolece de dicho defecto desaparezca del tráfico jurídico, por lo que la impugnación de las mismas sigue resultando viable, al no estar prohibida y resultar útil y necesaria, precisamente para evitar que el acuerdo viciado se continue ejecutando y generando situaciones de facto[465]. Aunado a lo anterior, debe señalarse que tanto la ineficacia como la inoponibilidad, tal y como se verá más adelante, devienen de la violación de normas de carácter imperativo lo que encaja en una de las dos causales de impugnación establecidas en el artículo 191 del C. de Co, que señala que son impugnables los acuerdos que contravengan la ley.

Ahora bien, el hecho de que los artículos 192 y 193 del C. de Co solo hagan referencia a las sentencias que declaran la nulidad de las decisiones tampoco puede implicar que esté vedada la posibilidad de impugnar las decisiones ineficaces o inoponibles, pues consideramos que ello tiene más que ver con los efectos del reconocimiento de dichas sanciones que con un establecimiento de un régimen de impugnación exclusivo para las decisiones viciadas de nulidad, tal y como se expondrá a profundidad más adelante cuando se expliquen cada una de estas sanciones.

Así las cosas, resulta no solo útil y necesario, sino congruente con la normativa que regula el régimen general de impugnación en Derecho colombiano concluir que son impugnables las decisiones sociales que violan la Ley o los estatutos sociales, tanto si la sanción que corresponde por dicha conducta es la ineficacia como la inoponibilidad y no solamente cuando se

[465] Al respecto véase a SANÍN BERNAL, I. ob. cit. pág. 38, en donde señaló: "Del afirmar que la ineficacia y la inoponibilidad no requieran sentencia en que sean decretadas, no puede concluirse necesariamente que los jueces, debatido el punto dentro del proceso, no estén facultados para pronunciarse en fallo de mérito sobre la falta de eficacia general (ineficacia) o particular (inoponibilidad) de una decisión social. Aún más, en la operación y existencia de las sociedades mercantiles dichas declaraciones judiciales son convenientes y necesarias, para despojar a los actos inscritos en el registro mercantil de su característica general de validez y eficacia.".

configuran los presupuestos de la nulidad[466]. No obstante, lo anterior si debemos advertir que la SSC se ha inclinado más por considerar la acción de impugnación tiene por objeto únicamente la declaratoria de la nulidad de las decisiones sociales[467], y que por lo tanto cuando el vicio alegado provoca la ineficacia, la acción más que impugnatoria de la decisión, debe encaminarse a solicitar el reconocimiento de los presupuestos de la ineficacia, para lo cual también tiene competencia la SSC, mediante un procedimiento que se tramita bajo los mismos parámetros que el de impugnación, pero que tiene diferencias, tal y como se verá a profundidad en el cuarto capitulo[468].

---

[466] Al respecto señaló VELÁSQUEZ RESTREPO, C. ob. cit. pág. 90 que "Resulta que en todos estos casos por ser contrarios a la Ley y en los que, a la postre, fueren contrarios a los estatutos, se pueden impugnar tales actos o acuerdos, cuando sean proferidos por Juntas de Socios, Asambleas de Accionistas o Juntas Directivas. Esta generalización de las acciones de impugnación, es decir, la posibilidad de alegar la inexistencia, la ineficacia y la inoponibilidad, no solo como excepción si no también como acción, puede tener alguna utilidad práctica que justifique esta falta de técnica jurídica que comparta el artículo 191, por cuando indudablemente, la inexistencia, la ineficacia y la inoponibilidad, lo mismo que la nulidad, son fenómenos que están consagrados como consecuencias de normas jurídicas, consecuencias que en sí mismas están supeditadas para su cumplimiento a la realización previa de un supuesto o de una hipótesis, consistente en conductas o hechos susceptibles de ser discutidos en cuanto a su acaecimiento y sobre los cuales conviene y es necesario introducir certeza en beneficio de los socios y de terceros."

[467] Al respecto se señaló en por la SSC en la Sentencia 830-000005, de 30 de enero de 2020 que "cuando las decisiones que se toman en una reunión de asamblea o junta de socios, no se ajustan a las prescripciones legales o estatutarias, pueden ser impugnadas por los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes y disidentes. No obstante, "en estricto derecho, la impugnación resulta improcedente respecto de las decisiones inoponibles e ineficaces (...) [p]or ello, la jurisprudencia ha sido pacifica en reconocer que la acción de impugnación de decisiones de asambleas únicamente compete frente a las decisiones nulas, nunca para las ineficaces". De ahí que, en virtud de las facultades oficiosas otorgadas por el artículo 133 de la Ley 446 de 1998, corresponde a este Despacho revisar si se configuraron lo supuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia de las determinaciones adoptadas por la junta de socios durante la sesión celebrada el 30 de marzo de 2019".

[468] "2. LAS DECISIONES INEFICACES NO REQUIEREN IMPUGNACIÓN. "Sobre este tópico, este despacho se permite citar la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de agosto 28 de 1975, Exp. 2133 M.P. Carlos Galindo Pinilla, en donde se ha definido el aspecto procesal y sustancial del tema, así: "Como de conformidad con el artículo 190 del C. de Co. las reuniones que se realicen sin el quórum requerido son ineficaces, ello se traduce en que "no producen efectos sin necesidad de declaración judicial o de providencia administrativa, no requieren ser impugnadas por su carencia de valor o su inutilidad jurídica está implícita en esa sanción que obra de modo automático por ministerio de la ley" (Teoría General de las Sociedades José Ignacio Narváez, 1ª Ed. 1975, pág., 34). "Es lo que el artículo 897 del Código citado quiere significar con la expresión de "pleno derecho". Verificada la falta de quórum, esa misma circunstancia determina "per se" que el acto es ineficaz, o sea, que no puede producir ningún efecto. "En tal virtud debe entenderse que el derecho de impugnación previsto en el artículo 191 del Código de comercio solo es ejercitable contra los actos viciados de nulidad, es decir, los que se adopten sin la mayoría requerida pero dentro de una reunión realizada con el quórum legal o estatutario, o excediendo los límites del contrato social." "Si bien es cierto, la

Es pues este el régimen general de impugnación de las decisiones sociales en Colombia, sin embargo, debemos advertir desde ya que la referida clasificación general de sanciones frente a los vicios en que puede incurrirse al adoptar las decisiones sociales establecidas en el artículo 190 del C. de Co, no aplica en toda su extensión cuando se trata de las adoptadas en la JGA de las sociedades anónimas, pues se ha establecido en el artículo 433 del C. de Co[469], una regla especial en virtud de la cual la sanción a la vulneración de los mandatos contenidos en los artículos 419 a 423 del C. de Co genera la ineficacia.

En efecto, se ha dispuesto en el citado artículo 433 del C. de Co que: "*Serán ineficaces las decisiones adoptadas por la asamblea en contravención a las reglas prescritas en esta Sección.*"[470], sección en la se contempla casi todo el régimen de celebración de las reuniones de la asamblea general, incluyendo entre otras, lo referente a la convocatoria, el lugar de reunión, el quórum, las mayorías, las competencia y funciones de la asamblea, las reuniones ordinarias y extraordinarias, así como las reuniones por derecho propio y la suspensión de reuniones[471].

Lo anterior implica que si se ataca alguna decisión de una JGA de una sociedad anónima por violación de la Ley, concretamente de alguno de los mandatos contenidos en los artículos 419 a 423 del C. de Co, la consecuencia de

---

decisión adoptada por el máximo órganos social conforme los derroteros anteriores, es ineficaz, también es cierto que los presupuesto que le dieron origen, se debe reconocer, y es así que en el numeral 3° del artículo 18 del el Decreto 1023 de 2012, por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Sociedades, dispuso que será competente para reconocer los presupuesto de ineficacia previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio, el despacho del Superintendente Delegado de Procedimiento Mercantiles y el procedimiento será el establecido en el artículos 233 de la Ley 222 de 1995, y literal C) del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 1564 de 2012
Código Genera del Proceso."

[469] ARTÍCULO 433. DECISIONES INEFICACES. Serán ineficaces las decisiones adoptadas por la asamblea en contravención a las reglas prescritas en esta Sección.

[470] Sección que comprende los artículos 419 a 432 del C. de Co.

[471] Al respecto véase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia del 3 de diciembre de 2018, en la que se señaló: "para establecer la sanción que le sigue a la valoración del régimen de mayorías el intérprete debe parar mientes en el artículo 433 de dicho estatuto, que hace parte de la Sección I del Capítulo III del Título VI, sobre dirección y administración de la sociedad, convocatorias, reuniones y quorum y mayorías, en el que estableció que "**serán ineficaces las decisiones adoptadas por la asamblea en contravención a las reglas prescritas en esta Sección.** Expresado con otros términos, las decisiones aprobadas por una asamblea o junta de socios (…), en contravención a las reglas sobre convocatoria, lugar de reuniones, quorum y mayorías son ineficaces, de pleno derecho".

llegar a probarse dicha contravención será el reconocimiento de los presupuestos de la ineficacia de la misma, mientras que si la impugnación se basa en la violación de cualquier otra norma de carácter legal (salvo que la Ley disponga otra cosa)[472] o de los estatutos la sanción será, de acreditarse, la nulidad de la decisión.

Por lo tanto, existe una diferenciación entre las sanciones a las decisiones sociales adoptadas en una asamblea de accionistas de una sociedad anónima y las adoptadas en las juntas de socios de cualquier otro tipo societario, pues los mismos vicios están sancionados en uno u otro caso de manera distinta. Así, en el primer caso los vicios relativos a la convocatoria, el lugar de reunión, el quórum, las mayorías, el desbordamiento de las competencia de la asamblea, la violación de las normas sobre reuniones ordinarias, extraordinarias y por derecho propio, así como las de suspensión de las reuniones, están sancionados con la ineficacia, quedándose la sanción de la nulidad reducida a las decisiones adoptadas con violación de norma imperativa (no contenida en los artículos 419 a 423 del C. de Co), y objeto o causa ilícita. En el segundo caso, la ineficacia solo se configura cuando se violan normas sobre lugar de la reunión, convocatoria o quorum y la nulidad cuando se violan reglas sobre mayorías o se extralimita el contrato social, coincidiendo únicamente en lo relativo a la sanción de inoponibilidad cuando la decisión no tiene carácter general[473].

Sentado lo anterior, procedemos ahora a analizar la impugnación de las decisiones adoptadas en la JGA (régimen de sociedades anónimas)[474], no desde una perspectiva de sus causas de impugnación, pues estas como ya se señaló son solo dos, la violación de la ley o violación de los estatutos, sino desde la perspectiva de las sanciones (ineficacia, nulidad e inoponibilidad) que ha establecido el legislador frente a las decisiones sociales que se adoptan sin observancia de las normas o reglas sobre convocatoria, lugar de la reunión, quorum, mayorías, extralimitación del contrato social o falta de generalidad.

[472] Es este el caso de la violación de los mandatos imperativos del artículo 188 del C. de Co, pues la sanción legalmente establecida cuando se vulneran sus mandatos en la adopción de la decisión, como ya se dijo es la inoponibilidad de la esta y no su nulidad.

[473] Así podría decirse que los mandatos del artículo 190 del C. de Co, solo aplica para las decisiones de las asambleas de sociedades anónimas en lo relativo a su parte final, esto es, en la sanción de la inoponibilidad, pero no así en lo referente a la sanción de la ineficacia ni de la nulidad por violación de las reglas de la mayoría.

[474] Esto en razón a que el objeto de estudio es precisamente las sociedades anónimas no cotizadas.

1. Las decisiones ineficaces.

1.1. Naturaleza jurídica de la sanción de ineficacia.

La sanción de la ineficacia de los actos o negocios jurídicos regulada en el artículo 897 del C. de Co[475], es aquella en virtud de la cual un acto no produce efecto alguno, porque así lo establece expresamente el legislador, sin que se requiera para que opere de una declaración judicial al respecto. Por lo tanto, se trata de una sanción severa, pues aunque el acto existe no produce efectos[476] en razón a que se celebró o nació a la vida jurídica con pretermisión de los límites establecidos en la Ley[477].

Se trata de una sanción autónoma, esto es, diferente a las de inexistencia, nulidad e inoponibilidad[478] y de origen legal, lo que implica que solo serán ineficaces los actos o negocios jurídicos que el legislador expresa y

[475] ARTÍCULO 897. INEFICACIA DE PLENO DERECHO. Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.

[476] Es de resaltar que la ineficacia puede tener efectos generales, es decir, no producir efectos frente a ninguna persona, como lo sería la establecida en el artículo 150 del C. de Co. (Las cláusulas del contrato que priven de toda participación en las utilidades a algunos de los socios se tendrán por no escritas, a pesar de su aceptación por parte de los socios afectados con ellas.), pero también el acto puede tener efectos frente a algunas partes y frente a otras no, en este supuesto estaría la ineficacia consagrada en el artículo 158 del C. de Co (Sin los requisitos anteriores la reforma no producirá efecto alguno respecto de terceros. Las reformas tendrán efectos entre los asociados desde cuando se acuerden o pacten conforme a los estatutos), o puede no afectar la totalidad del negocio jurídico sino solo a alguna de sus cláusulas como la ineficacia del artículo 198 del C. de Co (Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato que tiendan a establecer la inamovilidad de los administradores elegidos por la asamblea general, junta de socios o por juntas directivas, o que exijan para la remoción mayorías especiales distintas de las comunes.).

[477] Sobre el particular señaló NUMA MARÍN, M.: "Reflexiones sobre las cláusulas no escritas en el Código de Comercio", en *Revista E Mercatoria, Volumen 2,* número 2, 2003 (versión electrónica) que "Cuando en el Código de Comercio "se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial". Conocida también como ineficacia automática, opera ipso iure. Se refiere a las circunstancias extrínsecas del negocio. No hay una condición viciosa de orden genético, sino una parálisis de los efectos del negocio por superar los límites legales que la autonomía debe observar."

[478] Sobre este aspecto puntualizó el Tribunal Superior de Bogotá, Sentencia del 30 de junio de 1998 que "Si lo contrario de lo eficaz es lo ineficaz, cuando se habla de que un acto o negocio no produce efectos, es igual a sostener del mismo que es ineficaz (…) ya porque no nace a la vida jurídica, ya porque en su nacimiento lleva el vicio que lo destruye o ya porque una circunstancia posterior le hace perder sus efectos. De allí que se hable por la doctrina de la ineficacia por inexistencia, ineficacia por nulidad, ineficacia por inoponibilidad". Véase también a la Corte Constitucional, Sentencia C 345 del 24 de mayo de 2017.

taxativamente[479] haya señalado como tales[480], sin que se pueda hacer una aplicación extensiva o analógica a otros supuestos en los que no esté expresamente recogida, la cual además tiene como nota característica esencial y diferenciadora que opera de pleno derecho sin intervención judicial ni administrativa, lo que implica que la decisión es inejecutable[481], y por lo tanto los registros públicos deben negarse a inscribir en ellos actos o negocios jurídicos viciados de ineficacia[482].

Es por lo anterior, esto es, por el hecho de que la ineficacia no necesita de reconocimiento por parte del juez ni de autoridad administrativa para que opere, por lo que la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia[483] han considerado que las decisiones afectadas por ineficacia no requieren de

[479] Véase a la SSC, Oficio 220-105680 del 15 de octubre de 2008, así como SSC, Sentencia del 16 de julio de 2004, entre otras, donde se señala el carácter taxativo de la sanción de ineficacia.

[480] La sanción de ineficacia se expresa de distintas formas en el C. de Co, así, algunas veces directamente se señala en la norma que el acto "*será ineficaz*" y otras veces se utilizan otras fórmulas como "*no producirá efectos*" (arts. 406, 407, 670 del C. de Co. entre otros), "*se tendrá por no escrita*" (arts. 150, 198 y 200 del C. de Co. entre otros) "*sin que valga*" (arts. 1030 y 1055 del C. de Co.).

[481] Señaló la Cámara de Comercio de Bogotá, Resolución 066 del 21 de diciembre de 1988 que "la ineficacia es absoluta (…) razón por la cual el negocio no puede hacerse valer, ni a favor ni en contra de nadie y por tanto no puede pretenderse su ejecución".

[482] Al respecto véase a la Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución del 21 de junio de 1989, en la que se dijo: "afectadas las decisiones de esta reunión con la sanción de ineficacia, más severa y más eficaz que la nulidad absoluta, obviamente la cámara de comercio estaba en la obligación de abstenerse de registrar la escritura pública (…) porque mal podría, al hacerlo, convertir en oponible frente a terceros un acto o contrato al cual la ley le ha negado sus efectos, sin necesidad de declaración judicial".

[483] En efecto tanto el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia del 29 de septiembre de 1989, como el Consejo de Estado, Sentencia del 22 de agosto de 1975, Sección Primera, han señalado, respectivamente, que: "el objeto de la acción de impugnación es lograr la nulidad de las decisiones que se hayan tomado según la naturaleza de la sociedad en las asambleas de socios o en las juntas de los mismos" y "verificada la falta de quórum, esa misma circunstancia determina per se, que el acto es ineficaz, o sea, que no pue de producir ningún efecto; en tal virtud debe entenderse que el derecho de impugnación previsto en el artículo 191 del C. de Co. solo es ejercitable contra los actos viciados de nulidad". En esta misma postura se sitúa LEAL PÉREZ, H, *Derecho de sociedades comerciales, 7ª Edición*, Leyer, 2007, pág. 325 y GIL ECHEVERRY, J. ob. cit. pág. 353-359.

Contrario sensu, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil, Sentencia del 8 de septiembre de 1994 ha señalado que "si el artículo 191 del C. de Co, reconoce las tutelas jurídicas respecto de las pretensiones de impugnación de los actos sociales, de manera alguna está haciendo relación con alguna de ellas en particular, sino que incluye a las distintas clases de sanción (…) resulta por lo tanto benéfico que el juez se pronuncie en el fallo sobre si la decisión materia de impugnación es ineficaz o inoponible y esta decisión no solo no está excluida en la ley sino que está implícita en los artículos 190 y 191 del Código de Comercio".

impugnación[484], lo cual no implica ni que no se pueda acudir al juez ni que este no pueda reconocer incluso de oficio los presupuestos de la ineficacia de una determinada decisión[485], sin que, en todo caso, sea la regla acudir a la jurisdicción para su reconocimiento sino una excepción que resultará útil cuando existan desacuerdos con relación a la existencia de la ineficacia de la decisión o cuando el acto a pesar de su ineficacia se ha ejecutado[486] y, en todo caso, en pro de la seguridad jurídica [487].

No obstante lo anterior, lo cierto es que en la práctica los presupuestos de ineficacia no son reconocidos de mutuo acuerdo entre los involucrados ni mucho menos son identificados en el registro público con el acta, pues allí no suele recogerse la ocurrencia de los vicios que la generan. Es por ello que dicha ineficacia suele ser demandada a través de la impugnación de decisiones sociales, así como mediante el procedimiento especial y autónomo de reconocimiento de los presupuestos de ineficacia[488].

---

[484] Señaló el Consejo de Estado, Sentencia del 28 de agosto de 1975 (Sección Primera) que "como de conformidad con el artículo 190 del Código de Comercio las reuniones que se realicen sin el quórum requerido son ineficaces, ello se traduce en que no producen efectos, sin necesidad de declaración judicial o de providencia administrativa, no requieren ser impugnadas porque su carencia de valor o su inutilidad jurídica está implícita en esa sanción que obra de modo automático por ministerio de la ley".

[485] Véase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia del 12 de febrero de 2009, en la que se señaló "no empece que la ineficacia obra de pleno derecho, vale decir sin previa declaración, cuando las partes discuten la existencia de los presupuestos que originan esta sanción y por esta vía la hacen inoperante tienen la posibilidad de acudir a la jurisdicción para que reconozca tales presupuestos, a efectos de que esta dilucide el punto con fuerza de cosa juzgada".

[486] En estos supuestos, el reconocimiento judicial o administrativo de la ocurrencia de los presupuestos de ineficacia será bastante útil para una ulterior reclamación de responsabilidades, daños o perjuicios causados por la ejecución de un acuerdo ineficaz, tal y como lo señala la SSC en el Oficio 220-039037 del 9 de agosto de 2007, en el que dijo "No obstante, de ser reconocida la ocurrencia de los presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia, cualquier interesado que se sienta lesionado podrá iniciar ante un juez de la república las acciones a que hubiere lugar con la finalidad de lograr hacer responsables a los administradores por los perjuicios que por dolo o culpa hubieren ocasionado, bien a la sociedad, a los asociados o a terceros", sin embargo debemos aclarar que no es necesario un primer trámite para ello, pues en el mismo procedimiento donde se demande la responsabilidad se puede pedir el reconocimiento de los presupuestos de ineficacia.

[487] Al respecto señala GIL ECHEVERRY, J., ob. cit., pág. 160 "nada impide al juez o a la autoridad administrativa de control aun oficiosamente pronunciarse con respecto a relaciones jurídicas ineficaces, para constatarlas y deshacer los efectos que de hecho se hayan producido, más no para declararlas como decisiones sin efectos". Véase también a la SSC, Concepto 63061 del 16 de diciembre de 2002 y el Concepto 55240 del 9 de febrero de 2000.

[488] Sobre el particular señaló la SSC, en sentencia 801-1 del 29 de enero de 2013 que "en vista de que la ineficacia opera de pleno derecho, no es necesario contar con una declaración judicial para que tal sanción surta efectos, en los términos del artículo 897 del Código de Comercio. Sin

Conforme a lo anterior, una decisión societaria viciada de ineficacia puede ser objeto del proceso de impugnación o del procedimiento especial de reconocimiento de presupuestos de ineficacia, pudiendo ser reconocida incluso de oficio o a petición de parte en un procedimiento que no tenga como objeto exclusivo el ataque de la decisión, sino en aquel en que por ejemplo se persiga la indemnización de perjuicios derivados de la ejecución de una decisión ineficaz.

1.2 Vicios que no generan la ineficacia de las decisiones.

Como se ha señalado el legislador dispuso la sanción de la ineficacia de las decisiones adoptadas en contravención de los mandatos establecidos en la Sección I, del Capítulo III, del Título VI, del libro segundo del C. de Co, que comprende los artículos 419 a 433, sin embargo tal y como con acierto lo ha reconocido la Superintendencia de Sociedades "un recto criterio de interpretación conduce a negar que las infracción de todas las reglas contenidas en la sección citada tenga como sanción la ineficacia de las decisiones"[489], pues allí se han establecido normas que no necesariamente disponen reglas para la adopción de la decisión.

Así las cosas, lo primero que habrá de decirse es que la violación de los mandatos establecidos en los artículos 431 y 432 C. de Co[490], que regulan,

---

embargo, de no contarse con un pronunciamiento judicial, podrían existir controversias acerca de la configuración de los presupuestos que le dan origen a la ineficacia. Para tales efectos, la Ley 446 de 1998 estableció un novedoso mecanismo orientado a darle mayor celeridad a la resolución de disputas relativas a la sanción de ineficacia. En verdad, el artículo 133 de la citada Ley le confirió a distintas superintendencias la competencia para reconocer los presupuestos fácticos que dan lugar a la ineficacia, con el fin de establecer una 'vía judicial expedita para obtener una declaración de certeza sobre los supuestos de hecho en que se funda un acto societario ineficaz, en orden a brindar un instrumento que ofrezca certeza sobre los fundamentos de dicha sanción'. Se trata, pues, de una acción orientada de modo exclusivo a reconocer la existencia de los hechos que dan lugar a la ineficacia, a fin de permitir que se verifique, con mayor facilidad, la configuración de esta sanción respecto de ciertos actos."

[489] SSC, Resolución 08200 del 6 de junio de 1978.

[490] ARTÍCULO 431. CONTENIDO DE LAS ACTAS Y REGISTRO EN LIBROS. Lo ocurrido en las reuniones de la asamblea se hará constar en el libro de actas. Estas se firmarán por el presidente de la asamblea y su secretario o, en su defecto, por el revisor fiscal.

Las actas se encabezarán con su número y expresarán cuando menos: lugar, fecha y hora de la reunión; el número de acciones suscritas; la forma y antelación de la convocación; la lista de los asistentes con indicación del número de acciones propias o ajenas que representen; los asuntos tratados; las decisiones adoptadas y el número de votos emitidos en favor, en contra, o en blanco;

respectivamente, lo concerniente a las actas de la asamblea y el deber de enviar el acta a la Superintendencia de Sociedades, no afectan a las decisiones y no generan su ineficacia, pues se trata de reglas de aplicación una vez adoptada la decisión.

Ahora bien, en esta sección concretamente en el último párrafo del artículo 422 del C. de Co, que regula las reuniones ordinarias y las reuniones por derecho propio, se establece un deber expreso por parte de los administradores de permitir el derecho de inspección dentro de los 15 días anteriores a la celebración de la reunión[491], lo cual ha llevado a plantear en múltiples ocasiones la ineficacia de las decisiones sociales por haberse impedido o por no haberse permitido el ejercicio del referido derecho.

Sin embargo la jurisprudencia y la doctrina[492] han entendido y así lo han señalado de manera reiterada que el desconocimiento del derecho de inspección no genera la ineficacia de las decisiones, por dos razones: Por un lado porque este no se encuentra regulado en dicha Sección, sino en los artículos 379.4 y 447 del C. de Co[493], así como en el 48 de la L 222/95[494]; y por otro lado, en razón a

---

las constancias escritas presentadas por los asistentes durante la reunión; las designaciones efectuadas, y la fecha y hora de su clausura.
ARTÍCULO 432. COPIA DE ACTA PARA LA SUPERINTENDENCIA. El revisor fiscal enviará a la Superintendencia, dentro de los quince días siguientes al de la reunión, copia autorizada del acta de la respectiva asamblea.

[491] Artículo 422 C. de Co. "(…) Los administradores permitirán el ejercicio del derecho de inspección a los accionistas o a sus representantes durante los quince días anteriores a la reunión."

[492] Véase entre otros a la SSC, Oficio 220-49933 del 30 de agosto de 2000 y Oficio 220-000145 del 5 de enero de 2004

[493] "ARTÍCULO 379. DERECHO DE LOS ACCIONISTAS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA. Cada acción conferirá a su propietario los siguientes derechos:4) El de inspeccionar, libremente, los libros y papeles sociales dentro de los quince días hábiles anteriores a las reuniones de la asamblea general en que se examinen los balances de fin de ejercicio, y el ARTÍCULO 447. DERECHO DE LOS ACCIONISTAS A LA INSPECCIÓN DE LIBROS. Los documentos indicados en el artículo anterior, junto con los libros y demás comprobantes exigidos por la ley, deberán ponerse a disposición de los accionistas en las oficinas de la administración, durante los quince días hábiles que precedan a la reunión de la asamblea. Los administradores y funcionarios directivos así como el revisor fiscal que no dieren cumplimiento a lo preceptuado en este artículo, serán sancionados por el superintendente con multas sucesivas de diez mil a cincuenta mil pesos para cada uno de los infractores".

[494] Art. 48 L 222/95 "(…) Los administradores que impidieren el ejercicio del derecho de inspección o el revisor fiscal que conociendo de aquel incumplimiento se abstuviera de denunciarlo oportunamente, incurrirán en causal de remoción. La medida deberá hacerse efectiva por la persona u órgano competente para ello o, en subsidio, por la entidad gubernamental que ejerza la inspección, vigilancia o control del ente."

que precisamente en este último artículo se dispone que la violación del mismo solo genera como consecuencia la remoción del administrador que lo desconoce, no previendo por tanto la sanción de la ineficacia de la decisión, a menos, claro está de que dicho desconocimiento se haya dado con relación a las decisiones de transformación, fusión o escisión, casos en los cuales, por expreso mandato legal (art. 13 L 222/95[495]) las decisiones sí devienen ineficaces por la violación del derecho de inspección.

Es por lo expuesto anteriormente que se puede afirmar que en Colombia la violación del derecho de información (inspección), así sea de manera absoluta, no constituye un presupuesto de ineficacia de las decisiones sociales, a pesar de ser un derecho instrumental del accionista para votar, sin embargo consideramos que si podría configurar un motivo de impugnación por desconocimiento de las normas imperativas que lo establecen y regulan, posibilidad que en la actualidad ni reconoce ni acepta la SSC.

Así las cosas, la ineficacia de las decisiones se circunscribe principalmente a la violación de las reglas sobre convocatoria, lugar de reunión, quórum y mayorías, y especialmente a la adopción de decisiones sin competencia para ello, o con relación a las reglas especiales sobre reuniones por derecho propio, excluyéndose lo concerniente a la elaboración y envío del acta, así como al ejercicio del derecho de inspección.

1.3 Ineficacia por violación de las reglas de convocatoria.

Tal y como ya se señaló en el capítulo anterior, el legislador colombiano ha establecido una serie de reglas con relación al contenido, la forma, la antelación y el órgano competente para la convocatoria (arts. 422 y 424 del C. de Co[496]), cuya vulneración conforme a los mandatos del artículo 433 del C. de

[495] ARTICULO 13. PUBLICIDAD. El proyecto de escisión, fusión o las bases de la transformación deberán mantenerse a disposición de los socios en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad en el domicilio principal, por lo menos con 15 días hábiles de antelación a la reunión en la que vaya a ser considerada la propuesta respectiva. En la convocatoria a dicha reunión, deberá incluirse dentro del orden del día el punto referente a la escisión, fusión, transformación o cancelación de la inscripción e indicar expresamente la posibilidad que tienen los socios de ejercer el derecho de retiro. La omisión de cualquiera de los requisitos previstos en el presente artículo, hará ineficaces las decisiones relacionadas con los referidos temas.

[496] ARTÍCULO 422. REUNIONES ORDINARIAS DE LA ASAMBLEA GENERAL - REGLAS. Las reuniones ordinarias de la asamblea se efectuarán por lo menos una vez al año, en las fechas señaladas en los estatutos y, en silencio de éstos, dentro de los tres meses siguientes

Co conllevan la ineficacia de todas las decisiones adoptadas en la asamblea mal convocada[497].

Así, si en la convocatoria por ejemplo no se señala la fecha y la hora de la reunión o tratándose de una reunión extraordinaria no se incluye el orden del día, las decisiones adoptadas en dicha reunión serán ineficaces. Igual suerte siguen las decisiones adoptadas en una reunión ordinaria en la que se aprueben las cuentas de la sociedad, que no ha sido convocada con 15 días de antelación o que no ha sido convocada por el representante legal, por ejemplo, cuando este es el competente.

Ahora bien, los vicios de la convocatoria inicial también inciden sobre la celebración de reuniones con base en una segunda convocatoria, por lo tanto solo se puede llevar a cabo una reunión con las prerrogativas de quórum y mayorías del artículo 429 del C. de Co[498], si además de la falta de quórum a la primera

---

al vencimiento de cada ejercicio, para examinar la situación de la sociedad, designar los administradores y demás funcionarios de su elección, determinar las directrices económicas de la compañía, considerar las cuentas y balances del último ejercicio, resolver sobre la distribución de utilidades y acordar todas las providencias tendientes a asegurar el cumplimiento del objeto social. Si no fuere convocada, la asamblea se reunirá por derecho propio el primer día hábil del mes de abril, a las 10 a.m., en las oficinas del domicilio principal donde funcione la administración de la sociedad. Los administradores permitirán el ejercicio del derecho de inspección a los accionistas o a sus representantes durante los quince días anteriores a la reunión. ARTÍCULO 424. CONVOCATORIA A LAS REUNIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS. Toda convocatoria se hará en la forma prevista en los estatutos y, a falta de estipulación, mediante aviso que se publicará en un diario de circulación en el domicilio principal de la sociedad. Tratándose de asamblea extraordinaria en el aviso se insertará el orden del día. Para las reuniones en que hayan de aprobarse los balances de fin de ejercicio, la convocatoria se hará cuando menos con quince días hábiles de anticipación. En los demás casos, bastará una antelación de cinco días comunes.

[497] Sobre el particular señaló la SSC, Oficio 220-40463 de 21 de julio de 1998 que "El mecanismo idóneo para la integración del órgano respectivo es la convocatoria, la cual solo puede ser realizada por aquellas personas habilitadas por la ley y debe sujetarse en un todo a las reglas previstas en la ley o en los estatutos, pues es la herramienta por medio de la cual se asegura que el derecho de los socios a participar en las deliberaciones y en las decisiones que deban adoptarse en la junta sea efectivo y no teórico. En atención a esta circunstancia, la ley sanciona con ineficacia las decisiones del máximo órgano social que se adopten en una reunión en la cual se desatendieron las reglas en cuanto a la convocatoria, toda vez que constituye un elemento esencial de la junta o la asamblea".

[498] ARTÍCULO 429. REUNIONES DE SEGUNDA CONVOCATORIA POR DERECHO PROPIO-REGLAS. <Artículo subrogado por el artículo 69 de la Ley 222 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:> Si se convoca a la asamblea y ésta no se lleva a cabo por falta de quórum, se citará a una nueva reunión que sesionará y decidirá válidamente con un número plural de socios cualquiera sea la cantidad de acciones que esté representada. La nueva reunión deberá efectuarse no antes de los diez días ni después de los treinta, contados desde la fecha fijada para la primera reunión. Cuando la asamblea se reúna en sesión ordinaria por derecho propio el primer

reunión esta había sido debidamente convocada, pues la ausencia de vicios en la convocatoria inicial también es un requisito para que proceda la reunión de segunda convocatoria[499], de lo contrario bastaría con efectuar una indebida convocatoria para que algunos socios no asistan a la JGA y así poder celebrar una de segunda convocatoria sin atender los quórums y mayorías requeridas legal o estatutariamente.

Sin embargo, debemos señalar que la regla de la ineficacia por indebida convocatoria no es absoluta y encuentra una excepción en las reuniones universales, en las que al participar de común acuerdo el 100% del capital social la convocatoria no es preceptiva, por lo que si se cumplen los requisitos legales ya analizados en el capítulo anterior para que se entienda válidamente celebrada una reunión universal, así la misma haya estado precedida de una convocatoria defectuosa, las decisiones allí adoptadas no serán ineficaces por dicha causa.

Del mismo modo debe señalarse que se ha entendido en algunos casos que, a pesar del vicio en la convocatoria, si el accionista indebidamente convocado asiste a la reunión y vota en ella no podrá luego ese mismo socio atacar la decisión asamblearia con base en dicho defecto en la convocatoria[500], pues en este caso la convocatoria ha cumplido su finalidad de informar al socio sobre la reunión del máximo órgano social[501], sin embargo, esta posición genera debate, pues no deja de tratarse de una especie de "convalidación" o "subsanación" de la ineficacia que resulta incompatible con la naturaleza de dicha sanción, que opera de pleno derecho, y por lo tanto se alegue o no lo cierto es que las decisiones viciadas de ineficacia no surten efecto alguno por expreso

día hábil del mes de abril, también podrá deliberar y decidir válidamente en los términos del inciso anterior. En las sociedades que negocien sus acciones en el mercado público de valores, en las reuniones de segunda convocatoria la asamblea sesionará y decidirá válidamente con uno o varios socios, cualquiera sea el número de acciones representadas.

[499] Sobre el particular véase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia del 23 de mayo de 2008, en la que se señaló "en cuanto a la aplicación del artículo 429 de la legislación mercantil, atinente a las reuniones de segunda convocatoria, se tiene que como presupuesto de viabilidad es necesario que la primera citación hubiere sido legalmente convocada, lo que significa que la primera convocatoria haya sido efectuada por una de las personas legalmente facultadas para ello (…)".

[500] Véase a GIL ECHEVERRY, J.: ob. cit., pág. 178 que señala que "cuando asisten los socios indebidamente convocados o no convocados. Si dichos socios emiten su voto positivo, pierden el derecho a impugnar las decisiones sociales; si por el contrario, votaron negativamente, en tal caso no pueden alegar su falta o indebida convocatoria, pues aquí habría de aplicarse la teoría moderna de los actos propios: si asistió y se comportó como socio debidamente citado, no puede alegar fallas en su convocatoria".

[501] Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Primera, Sentencia del 7 de octubre de 1977.

mandato de la ley, ni con relación a quienes participaron en la asamblea y votaron ni con relación a quienes no lo hicieron[502].

1.4 Ineficacia por violación de las reglas del lugar de la reunión.

En el artículo 426 del C. de Co[503]. se establece de manera imperativa que "la asamblea se reunirá en el domicilio principal de la sociedad", entendido este como la circunscripción territorial donde se inscribió la sociedad, el cual no necesariamente debe coincidir con el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección o en el que radique su principal establecimiento o explotación[504]. Lo anterior implica que si bien los accionistas pueden establecer libremente en los estatutos cuál es el lugar del domicilio social y cambiarlo mediante una reforma estatutaria las veces que quieran[505], no pueden voluntariamente establecer, vía estatutaria, como lugar de reunión de la JGA uno que se encuentre fuera del domicilio social, esto es, de la circunscripción territorial so pena de ineficacia de todas las decisiones adoptadas en una reunión celebrada en estos términos.

Aunado a lo anterior, la reunión de JGA debe llevarse a cabo en el lugar físico dentro del domicilio social señalado en la convocatoria, el cual no necesariamente tiene que ser el mismo en todas las reuniones de JGA, ni debe coincidir con el lugar donde funciona la administración o las oficinas de la sociedad respectiva, cuando estas se encuentran en el mismo domicilio social[506].

Conforme a lo anterior, para que las decisiones sociales resulten eficaces las reuniones deben celebrarse en el lugar físico ubicado dentro del domicilio social señalado en la convocatoria, encontrando esta regla su única excepción en

---

[502] Sobre el particular véase a MARTÍNEZ NEIRA, N. ob. cit. pág. 357-358.

[503] ARTÍCULO 426. LUGAR Y FECHA DE REUNIONES DE LA ASAMBLEA. La asamblea se reunirá en el domicilio principal de la sociedad, el día, a la hora y en el lugar indicados en la convocatoria. No obstante, podrá reunirse sin previa citación y en cualquier sitio, cuando estuviere representada la totalidad de las acciones suscritas.

[504] Al respecto señaló GIL ECHEVERRY, J., ob. cit., pág. 168 que "se entiende por domicilio social el lugar señalado por los asociados, al momento de constituir la sociedad, como la ciudad cede principal, independientemente de la ubicación del establecimiento o asiento principal de los negociaos y de las oficinas de la administración".

[505] Véase a la SSC, oficio 220-2392 de 22 de mayo de 2002, que señaló "el sitio como tal es escogido de manera voluntaria por las personas que entran a formar parte del ente societario y puede ser modificado en cualquier momento mediante la realización de una reforma, llevada a cabo conforme las normas legales y estatutarias pertinentes."

[506] Sobre el particular véase a GIL ECHEVERRY, J., ob. cit., pág. 172.

las reuniones universales las cuales pueden celebrarse en cualquier lugar[507] en los términos ya señalados en el capítulo anterior.

1.5 Ineficacia por violación del quórum deliberativo y de las mayorías decisorias.

Tratándose de sociedades anónimas constituye causal de ineficacia tanto la celebración de una reunión sin el quórum estatutario o legalmente establecido, como la adopción de una decisión con violación de las mayorías necesarias, recordemos que no ocurre esto último en los demás tipos societarios, en los que la adopción de una decisión sin las mayorías necesarias se sanciona con la nulidad por expreso mandato legal[508].

Ahora bien, las reglas sobre quórum y mayorías se encontraban establecidas en el artículo 427 del C. de Co que fue modificado por el artículo 68 de la L 222/95[509], en el que se estableció que i) el quórum se conforma *por una pluralidad de socios que representen la mitad más una de las acciones suscritas*, pudiendo ser este por pacto estatutario, inferior para las sociedades que negocian en bolsa, o inferior y superior para las que no lo hacen, y que ii) "*las decisiones se tomarán por mayoría de los votos presentes*"[510], o aquella superior señalada en los estatutos si la sociedad no negocia sus acciones en bolsa.

Así las cosas, para que las decisiones sociales sean eficaces con relación al quórum, el mismo debe conformarse con la participación de más de un socio[511] que ostenten la mayoría de las acciones suscritas o menos si así se ha pactado en

[507] Al respecto véase SSC, oficio 220-25461 de 18 de mayo de 2007.
[508] Artículo 190 C. de Co "las (decisiones)que se adopten sin el número de votos previstos en los estatutos o en las leyes, o excediendo los límites del contrato social, serán absolutamente nulas".
[509] ARTICULO 68. QUORUM Y MAYORÍAS. La asamblea deliberará con un número plural de socios que represente, por lo menos, la mitad más una de las acciones suscritas, salvo que en los estatutos se pacte un quórum inferior.
Con excepción de las mayorías decisorias señaladas en los artículos 155, 420 numeral 5o. y 455 del Código de Comercio, las decisiones se tomarán por mayoría de los votos presentes. En los estatutos de las sociedades que no negocien sus acciones en el mercado público de valores, podrá pactarse un quórum diferente o mayorías superiores a las indicadas.
[510] Salvo las establecidas en los artículos 155, 420 numeral 5o. y 455 del Código de Comercio, que tendrán las mayorías especiales señaladas en la norma y a las que ya hicimos referencia en el capítulo anterior.
[511] Pudiendo en todo caso estar representados todos por una persona, sobre este aspecto ha señalado la SSC en sentencia del 15 de abril de 2005, que la norma hace referencia a una pluralidad jurídica y no física, por lo tanto el quórum estará debidamente integrado por una sola persona que represente a más de un accionista cuya participación accionaria supere el umbral para entenderse conformado el quórum deliberativo en los términos estatutarios o legales.

los estatutos, debiéndose en todo caso mantener el quórum mínimo de principio a fin de la reunión, pues se trata de un elemento consustancial a la misma[512] que generará la ineficacia de las decisiones cuando habiéndose conformado el quórum debidamente algún socio se ausente quedando presente solo uno o disminuyéndose el porcentaje de capital requerido.

Dicha regla encuentra una excepción en las reuniones por derecho propio y en las de segunda convocatoria, en las cuales, tal y como ya se ha explicado en el capítulo anterior, solo se requiere la participación plural de accionistas sin importar el porcentaje de capital que representen para entenderse conformado el quorum.

Ahora bien, con relación a las reglas sobre las mayorías decisorias debemos señalar que la decisión será eficaz si se adoptó con el voto favorable de la mitad más uno de los votos presentes en la reunión, o aquella superior pactada en los estatutos si se trata de sociedades que no cotizan en bolsa, sin que se requiera de pluralidad de socios[513]. Es de resaltar que, en el régimen colombiano de sociedades anónimas solo existen tres casos de mayorías especiales cuya inobservancia conllevaría también la ineficacia de las decisiones, cuales son:

i) La distribución de dividendos, la cual además de requerir el voto favorable de un número plural de socio estos deben representar al menos el 78% de las acciones representadas en la reunión (art. 155 C. de Co)[514];

ii) aprobar la emisión de acciones ordinarias sin sujeción al derecho de preferencia, requerirá el voto favorable de no menos del 70% de las acciones presentes en la reunión; y

[512] Véase a la SSC en sentencia del 2 de agosto de 2004.
[513] Así se establece en el segundo párrafo del ya citado artículo 68 de la Ley 22/95, cuyo tenor literal es el siguiente: "Con excepción de las mayorías decisorias señaladas en los artículos 155, 420 numeral 5o. y 455 del Código de Comercio, las decisiones se tomarán por mayoría de los votos presentes. En los estatutos de las sociedades que no negocien sus acciones en el mercado público de valores, podrá pactarse un quórum diferente o mayorías superiores a las indicadas."
[514] ARTÍCULO 155. MAYORÍA PARA LA APROBACIÓN DE DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES. Salvo que en los estatutos se fijare una mayoría decisoria superior, la distribución de utilidades la aprobará la asamblea o junta de socios con el voto favorable de un número plural de socios que representen, cuando menos, el 78% de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión. Cuando no se obtenga la mayoría prevista en el inciso anterior, deberá distribuirse por los menos el 50% de las utilidades líquidas o del saldo de las mismas, si tuviere que enjugar pérdidas de ejercicios anteriores.

iii) aprobar la decisión de pagar el dividendo en forma de acciones liberadas de la misma sociedad, requerirá el voto del 80% por ciento de las acciones representadas en la reunión.

Finalmente debemos señalar que, al igual que como ocurre en España, cuando se ha contabilizado para la conformación del quórum las acciones de personas no legitimadas, o se ha computado erróneamente un voto[515] para la adopción de la decisión se aplicará la denominada, en la doctrina española, prueba de la resistencia por lo que si descontada la participación o el voto indebidamente contabilizado, el quórum o la mayoría se mantiene la decisión no se afectará de ineficacia[516].

1.6 Otros vicios que generan la ineficacia.

Como ya se señaló, en la referida Sección I se establecen además de las reglas de convocatoria, lugar de reunión, quórum y mayorías otras disposiciones cuya inobservancia también conlleva la ineficacia de la decisión correspondiente. Nos referimos concretamente a:

i) La violación de las reglas establecidas en el artículo 425 del C. de Co[517], en virtud del cual no pueden adoptarse decisiones no contempladas en el orden del día de la convocatoria a las reuniones extraordinarias y dicho orden del día solo puede ser ampliado una vez agotado el orden del día de la convocatoria y por decisión del 70% de las acciones representadas en la reunión, quedando a salvo de estas reglas únicamente las decisiones de remover y designar al administrador o a cualquier otro funcionario que le corresponda. Por lo tanto, en este caso adoptarse decisiones en una reunión extraordinaria sin tener

[515] Sobre el particular debe resaltarse que el voto puede adolecer de nulidad relativa, en los supuestos en que el consentimiento del accionista este viciado por error, fuerza o dolo, caso en el cual la decisión solo se afectará de ineficacia si al descontarse dicho voto ya no se cumple con la mayoría necesaria para adoptar la respectiva decisión.

[516] Al respecto véase a la SSC, oficio 320-44695 del 13 de julio de 2000, Sentencias del 2 de agosto de 2004 y del 15 de abril de 2005 y concepto 220-25461 del 18 de mayo de 2007. Así mismo al Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencias del 28 de agosto de 1975 y del 7 de octubre de 1977.

[517] ARTÍCULO 425. DECISIONES EN REUNIONES EXTRAORDINARIAS DE LA ASAMBLEA. La asamblea extraordinaria no podrá tomar decisiones sobre temas no incluidos en el orden del día publicado. Pero por decisión del setenta por ciento de las acciones representadas podrá ocuparse de otros temas, una vez agotado el orden del día, y en todo caso podrá remover a los administradores y demás funcionarios cuya designación le corresponda.

en cuenta dichos mandatos también conlleva la ineficacia de la correspondiente decisión.

ii) La adopción de acuerdos que desbordan las competencias de la JGA conforme a lo establecido en el artículo 420[518] del mismo cuerpo normativo. En efecto, tratándose de sociedades anónimas, usurpar funciones asignadas a otro órgano social genera la ineficacia y no la nulidad de la decisión adoptada sin competencia, pues este aspecto se encuentra regulado dentro de la referida Sección I, razón por la cual, a diferencia de lo que ocurre con otros tipos societarios la correspondiente decisión carecerá de efectos sin que se requiera de declaración judicial que así lo reconozca por expreso mandato del artículo 433 del C. de Co.

iii) La suspensión de las reuniones sin observancia de las reglas del artículo 430 del C. de Co, que establece que "Las deliberaciones de la asamblea podrán suspenderse para reanudarse luego, cuantas veces lo decida cualquier número plural de asistentes que represente el cincuenta y uno por ciento, por lo menos, de las acciones representadas en la reunión. Pero las deliberaciones no podrán prolongarse por más de tres días, si no está representada la totalidad de las acciones suscritas"[519].

2. Las decisiones nulas.

Según la doctrina jurisprudencial de la SSC la acción de impugnación tiene precisamente como objeto resolver sobre la nulidad de las decisiones sociales[520], consagrada de manera expresa en el artículo 190 del C. de Co., en el

[518] ARTÍCULO 420. FUNCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS. La asamblea general de accionistas ejercerá las funciones siguientes:1) Disponer qué reservas deben hacerse además de las legales; 2) Fijar el monto del dividendo, así como la forma y plazos en que se pagará; 3) Ordenar las acciones que correspondan contra los administradores, funcionarios directivos o el revisor fiscal; 4) Elegir y remover libremente a los funcionarios cuya designación le corresponda; 5) Disponer que determinada emisión de acciones ordinarias sea colocada sin sujeción al derecho de preferencia, para lo cual se requerirá el voto favorable de no menos del setenta por ciento de las acciones presentes en la reunión. 6) Adoptar las medidas que exigiere el interés de la sociedad, y 7) Las demás que le señalen la ley o los estatutos, y las que no correspondan a otro órgano.

[519] Al respecto véase a la SSC, Oficio 220-037354 del 22 de abril de 2013.

[520] Véase entre otras a la SSC en la Sentencia 800-00058 de 3 de mayo de 2019, en esta se señaló que "la acción de impugnación de decisiones sociales únicamente operaría contra los actos viciados de nulidad, o que exceden los límites del contrato social, dentro de una reunión del máximo órgano social, debidamente convocada y realizada con el quorum legal o estatutario requerido."

que se establece genéricamente dos vicios que producen la nulidad absoluta de las decisiones sociales, por un lado la adopción del acuerdo con violación de las normas legales o estatutarias que regulan la mayoría decisoria y por otro lado la adopción de decisiones desbordando los límites del contrato social.

No obstante lo anterior tal y como se ha venido señalando, tratándose de sociedades anónimas como las que nos ocupan en este estudio, dicha regla no aplica de manera absoluta, pues en virtud de lo dispuesto en el artículo 433 del C. de Co con relación a este tipo societario, la adopción de acuerdos sin las mayorías requeridas o desbordando las competencias de la JGA (forma más frecuente de extralimitación del contrato u objeto social), no se sancionan con la nulidad absoluta de la decisión en cuestión, sino con su ineficacia, generándose así las consecuencias propias de esta sanción y no de aquella.

Conforme a lo anterior, la sanción de nulidad absoluta frente a las decisiones sociales de una sociedad anónima se ve muy reducida, limitándose su aplicación al régimen general de nulidad absoluta consagrado en el artículo 899 del C. de Co[521], en los casos en los que la decisión viola una norma imperativa (no establecida en los artículos 419 a 432 del C. de Co pues en este caso se generaría la ineficacia), o tiene un objeto o causa ilícita. Así por ejemplo se sancionará con nulidad absoluta una decisión de la JGA de una sociedad anónima que lesione "los derechos individuales del estatus de accionista"[522], o una decisión que tenga por objeto autorizar la celebración de un negocio que facilite el lavado de activos[523].

En este punto debemos resaltar que, la violación del orden público con la adopción del acuerdo social no está reconocido de manera expresa ni en el artículo 190 ni en el 899 del C. de Co, como generador de nulidad absoluta, sin embargo, puede afirmarse que conforme a los artículos 1518 y 1524 del Código

[521] ARTÍCULO 899. NULIDAD ABSOLUTA. Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; 2) Cuando tenga {causa u objeto ilícito}, y 3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.

[522] SSC, sentencia del 20 de agosto de 2004 "cuando aquellos derechos sean lesionados por un acuerdo de los asambleístas, así sea por unanimidad, corresponderá al socio una acción de nulidad. En este caso se tratará de una nulidad absoluta porque el acuerdo social restringe normas legales imperativas que regulan dichos derechos (…) la determinación de la asamblea (…) consistente en reglamentar el derecho de inspección, es nula, por controvertir una norma de orden público, como es la prevista consagrada en el artículo 379, numeral 4°, del Código de Comercio"

[523] Sobre el particular véase a GIL ECHEVERRY, J, ob. cit. pág. 201.

Civil colombiano[524] (de ahora en adelante CCC), una decisión social contraria al orden público puede ser declarada nula absolutamente por objeto o causa ilícita.

Tampoco se dice nada en la legislación colombiana sobre la impugnación por nulidad relativa de la decisión, por lo tanto al respecto debemos atenernos a lo dispuesto en el artículo 900 del C. de Co[525], lo que nos llevaría a entender que cuando por ejemplo se aprueba un balance que es falso dicha decisión estaría viciada de nulidad relativa, toda vez que si bien el objeto de la misma es lícito la voluntad del ente societario estaría viciada[526].

No obstante lo anterior, lo cierto es que en la práctica la nulidad relativa no se predica respecto de las decisiones sociales, sino respecto de la participación o el voto individual del socio, aplicándose de manera indirecta a aquellas. Así, cuando un accionista es contabilizado dentro del quórum siendo relativamente incapaz para ello o manifiesta su voto estando viciado su consentimiento por error, fuerza o dolo, se procederá a descontar del quórum o de la mayoría, su participación o voto, por lo que si como consecuencia de ello no se alcanza el quórum o la mayoría requerida la decisión estará viciada de ineficacia más no de nulidad relativa[527].

Finalmente, en este punto debemos hacer referencia a la posibilidad o no de subsanar una decisión viciada bien sea revocándola o bien sea ratificándola. Al respecto, lo primero que debe señalarse es que la legislación colombiana no consagra norma expresa sobre la posibilidad de subsanar una decisión social

[524] ARTICULO 1518. REQUISITOS DE LOS OBJETOS DE LAS OBLIGACIONES. No solo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género. La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla. Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.
ARTICULO 1524. CAUSA DE LAS OBLIGACIONES. No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.
[525] ARTÍCULO 900. ANULABILIDAD. Será anulable el negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil.
[526] GALGANO, F. ob. cit. pág. 350.
[527] GIL ECHEVERRY, J, ob. cit. págs. 257 a 261.

afectada de ineficacia, nulidad o inoponibilidad por violar la Ley o los estatutos, según se ha explicado.

Así las cosas ha sido la SSC la que ha señalado la posibilidad de revocar cualquier decisión social por el mismo órgano que las dictó siempre y cuando: i) la revocatoria se apruebe con el lleno de las formalidades legales y estatutarias de la decisión a revocar y ii) la decisión no haya producido efectos irreversible[528], lo que implica que por ejemplo la decisión de distribuir las utilidades (ganancias o beneficios) no podrá ser revocada, pues sus efectos son irreversibles ya que una vez decretadas entran a formar parte del pasivo externo de la sociedad y se convierten en créditos activos de cada uno de los socios.[529]

También ha señalado la SCC que las decisiones viciadas de nulidad absoluta pueden sanearse mediante la ratificación, siempre y cuando las misma no adolezca de objeto o causa ilícita[530], tal y como se establece en el artículo 1742 del CCC[531]. Sin embargo esta consideración no es del todo predicable respecto de las decisiones de asamblea de una sociedad anónima, pues dicha posibilidad de ratificación está pensada para cuando la causa de nulidad absoluta es la del artículo 190 del C. de Co (falta de mayoría necesaria o desbordamiento del contrato social), pues en estos dos caso la ratificación opera en el primero adoptando la decisión de ratificar con la mayoría necesaria y en el segundo acompañada la ratificación de una modificación estatuaria que haga ajustada la decisión inicialmente exorbitante del mismo, sin embargo estos dos vicios, tratándose de decisiones adoptadas en la junta de una sociedad anónima conllevan como sanción la ineficacia que no es subsanable.

Por lo tanto tratándose de decisiones de la asamblea de una sociedad anónima, solo podrá ratificarse la misma si está viciada de nulidad absoluta por contravenir una norma estatutaria (que no reproduce ninguna de las reglas contenidas en los artículos 419 a 432 del C. de Co), acompañándose la ratificación de una reforma estatutaria que modifica la norma vulnerada con la decisión inicialmente adoptada[532], pues si el vicio consiste en la violación de

[528] SSC, Oficio 220-25048 del 27 de mayo de 2004.
[529] SSC, oficio 220-25048 del 27 de mayo de 2004.
[530] Al respecto véase a la SSC, Oficio No. 220-047597 del 27 de septiembre de 2007 y Oficio 220-011039 del 21 de enero de 2020.
[531] ARTICULO 1742. OBLIGACIÓN DE DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA: (…) Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.
[532] Al respecto véase a MARTÍNEZ NEIRA, N, ob. cit. pág. 362.

norma imperativa, en el objeto o la causa ilícita o en la falta de mayoría necesaria, la decisión es insubsanable, en los dos primeros casos por expreso mandato legal (art- 1742 CCC), y en el último por que la sanción es la ineficacia y esta no admite ratificación o subsanación alguna.

En efecto, cuando la sanción de la decisión es la ineficacia esta al operar de pleno derecho implica que la decisión no produce efecto alguno y no puede ser subsanada, por lo que si se adopta posteriormente una decisión con el propósito de subsanar la viciada de ineficacia, esta nueva decisión solo producirá efectos desde que se adopte la misma pero no retroactivamente[533], salvo que, como lo ha admitido recientemente la SSC, "así lo decide la asamblea con el lleno de los requisitos legales y en el caso en el que no se afecte a ningún tercero de buena fe"[534].

3. Las decisiones inoponibles.

La inoponibilidad de las decisiones sociales está prevista como sanción en el artículo 190 del C. de Co, en concordancia con el 188 del mismo cuerpo normativo, en virtud de los cuales no resultan oponibles a los socios ausentes o disidentes las decisiones que no tengan carácter general *sin perjuicio de los privilegios pactados con sujeción a las leyes y al contrato social*[535].

La falta de generalidad se asocia tanto a la discriminación de alguno o algunos socios como a la toma de decisiones en detrimento del interés común de la sociedad[536], por lo que la figura de la oponibilidad que aquí se estudia tiene

[533] Al respecto señaló la SSC, Oficio OJR-DPB-12 4423 del 29 de enero de 1.997 que "La consecuencia natural y jurídica del fenómeno de la ratificación, es la de hacer que el negocio jurídico ratificado genere la plenitud de sus efectos desde el instante mismo de sus constitución o celebración, vale decir, retroactivamente no desde la fecha de su ratificación. (…) En consecuencia solo procede en tratándose de decisiones de la asamblea viciadas de ineficacia, agotar todas y cada una de las formalidades a que está sujeta la celebración de las reuniones del mencionado órgano y previa verificación de éstas, someter las mismas a su consideración para que con el lleno de los requisitos legales y estatutarios pertinentes les sea impartida su aprobación; solo así se repite, las decisiones producirán los efectos legales correspondientes".
[534] SSC Oficio 320-446995 del 13 de julio de 2020.
[535] Parágrafo del artículo 188 del C. de Co.
[536] En la exposición de motivos del Código de Comercio de 1958 se señaló que "las decisiones de la asamblea o junta general deben tener carácter general, es decir, versar sobre cuestiones de interés común para todos los socios, con las solas excepcione y los privilegios que puedan ser pactados conforme a las leyes y al mismo contrato social."

un carácter eminentemente interno[537], por lo que si bien la decisión puede ser legal resulta inoponible, esto es, no ejecutable ni exigible frente a alguno o algunos de los socios[538].

Así las cosas, la inoponibilidad puede entenderse como una sanción frente al abuso del derecho en la adopción de las decisiones sociales,[539] pero sin incluir todos los supuestos del abuso del derecho al voto, conforme se verá a profundidad en el siguiente capítulo. A modo de ejemplo podría traerse a colación el Oficio 220-13223 del 17 de abril de 2001 de la SSC, en el que señaló que la decisión que limita la facultad de un socio de participar en un aumento de capital no tiene carácter general y por lo tanto es inoponible a este.

Es pues este el régimen general de impugnación establecido en la legislación colombiana, un sistema que no se encuentra categorizado, que no señala más que dos causales específicas de impugnación y que se limita a diferenciar en sanciones los vicios de los que puede adolecer una decisión societaria, que dista mucho de la regulación actual española que ha sido modificada precisamente para atender todas las dificultades que generaba un sistema legislativo como el actual colombiano, sin matices y sin atender las características propias de la impugnación de los acuerdos sociales, que son manifestaciones de voluntad con profundas particularidades que los hacen diferentes a los demás actos de voluntad y que por ende merecen un régimen especial de regulación con relación a su impugnación.

---

[537] Se diferencia así de la inoponibilidad registral (art. 901 del C. de Co) y de la inoponibilidad contractual (art. 832 y siguientes del C. de Co).

[538] A modo de ejemplo señala GIL ECHEVERRY, J, ob. cit. pág. 312 que la decisión de aprobar "una escisión disponiendo que el capital en las beneficiarias, para algunos socios, no sea el mismo que tenían en la escindida", resulta inoponible frente a los socios aceptados, pese a la legalidad de la decisión.

[539] Al respecto señaló SANÍN BERNAL, I. ob. cit. Pág. 37, que ""la generalidad de las decisiones supone que éstas han de corresponder al interés de los asociados, dentro de la igualdad jurídica cualitativa que implica al status de socio, no quedando por consiguiente amparados por tal indispensable generalidad los acuerdos que componen inequidad o discriminación, abuso o despojo, como lo serían la aprobación de dividendos diferenciales (si no se basan en la existencia de acciones o cuotas privilegiadas), la autorización de suscripción de acciones o de pago de cuotas sociales en términos distintos para unos socios que para otros, el prohijamiento del ingreso de un socio o el incremento de capital de alguno, contra la voluntad de otros, ofreciendo cuotas o acciones a valor nominal en sociedades cuyo patrimonio es muy superior al capital; y el pago de remanentes sociales a un socio en especies de valor real inferior al nominal de adjudicación en concurrencia con otros socios a quienes se cancelan los remanentes sociales en dinero o en especies cuya valorización efectiva no ha sido íntegramente considerada."

CAPÍTULO TERCERO - LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS SOCIALES ABUSIVOS. ABUSO DE LA MAYORÍA, LA MINORIA Y EN CASOS DE PARIDAD.

La figura del abuso del derecho en relación con la adopción de acuerdos sociales, tal y como se desarrollará a profundidad en el presente capítulo, está reconocida, regulada y sancionada tanto en el régimen legal español, como en el sistema jurídico colombiano, existiendo unas disposiciones normativas especiales en ambos regímenes tendientes a repeler la adopción de acuerdos sociales abusivos.

Así, en la legislación española se ha establecido en el segundo párrafo del artículo 204.1 de la LSC cuando un acuerdo se considera lesivo al interés social por haberse adoptado con abuso de la mayoría, y en el artículo 43 de la Ley 1258/2008, de 5 de diciembre, por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada (de ahora en adelante SAS) en el régimen colombiano, cuando una decisión social se ha adoptado con abuso del derecho al voto y por lo tanto puede llegar a ser declarada nula por objeto ilícito[540].

Son así estas dos fuentes normativas las que se estudiarán a profundidad en el presente capitulo, para efecto de lo cual, se hará un primer análisis de la impugnación por lesión al interés social y abuso de la mayoría a la luz de la normativa española, y a continuación en un segundo apartado, se profundizará en la forma como se puede atacar una decisión social en Colombia adoptada con abuso del derecho al voto.

I. LA IMPUGNACIÓN POR LESIÓN AL INTERÉS SOCIAL Y EL ABUSO DE LAS MAYORÍAS EN DERECHO ESPAÑOL.

El legislador español estableció en el artículo 204.1 LSC (*in fine* y segundo párrafo) la lesión al interés social como causal de impugnación de los acuerdos sociales. Así dispuso que si un acuerdo no se adopta en beneficio de la

[540] Tal y como se desarrollará a profundidad en este capítulo, se trata de una norma que inicialmente solo era predicable de las SAS y no de las demás sociedades de capital, pero que sin embargo por interpretación normativa de la jurisprudencia de la SSC se ha extendido su aplicación a todos los tipos societarios. Sin embargo, desde el año 2017 la SSC viene impulsando una modificación legislativa, a la que haremos referencia en un apartado final de este capítulo, que busca modernizar y actualizar el régimen societario, y en concreto incluye disposiciones normativas sobre el abuso del derecho al voto en la adopción de los acuerdos sociales de todos los tipos societarios.

sociedad sino de uno o varios socios o de terceros, habrá lesión al interés social y por lo tanto será impugnable por esta causa. También estableció, mediante la reforma operada en el año 2014 que, hay lesión al interés social cuando el acuerdo se impone de manera abusiva por la mayoría así no cause daño al patrimonio de la sociedad, señalando a su turno que se presume la imposición abusiva del acuerdo cuando la decisión no atiende *una necesidad razonable de la sociedad* y se adopta en interés propio de la mayoría *y en detrimento injustificado de los demás socios*.[541]

Como se observa, esta causal especifica de impugnación utiliza en su positivización una pluralidad de conceptos jurídicos indeterminados, que por lo tanto no están definidos en una norma jurídica, tales como interés social, abuso de la mayoría, necesidad razonable de la sociedad y detrimento injustificado de los demás socios, entre otros, cuya comprensión se hace absolutamente necesaria para poder establecer cuándo un acuerdo es o no impugnable por esta causa, razón por la cual lo primero que haremos es enmarcar, a la luz de la doctrina y la jurisprudencia, el concepto jurídico indeterminado interés social, referido concretamente a la impugnación de acuerdos sociales.

1. El interés social amparado en la causal de impugnación de los acuerdos sociales.

El interés social es, como ya se dijo, un concepto jurídico indeterminado cuya definición ha venido construyéndose en la doctrina y la jurisprudencia española a partir de dos tesis, la contractualista y la institucionalista, las cuales parten de la posibilidad de que al ente societario se le pueda atribuir o no un interés propio y autónomo diferente al denominado interés colectivo o común de los accionistas[542].

---

[541] Artículo 204.1 *in fine* LSC.

[542] Al respecto señala CURTO POLO, M.: *La protección del socio minoritario: especial referencia a la protección frente al atesoramiento abusivo de los beneficios sociales*, Tirant lo Blanch, 2019, pág. 40. "El interés colectivo perseguido por los socios a través del contrato social será el común de los distintos intereses subjetivos (o motivos) que conducen a un sujeto a participar en el contrato de sociedad y que se pueden enmarcar en la causa del contrato. (…) el interés común será la maximización del valor de la empresa a través de la cual los socios integrantes podrán maximizar la rentabilidad de sus inversiones en la sociedad (…) en realidad con el contrato de sociedad los socios persiguen "intereses mixtos": uno común, consistente en la maximización de sus ventajas respecto a las que obtendrían sin actuar en sociedad, y otros individuales (…) todos estos intereses sociales individuales serán realizables a través del fin común que constituye la causa del contrato de sociedad y, por ello, se entienden como intereses de los socios que legítimamente pueden perseguir a través del contrato de sociedad.

Así, la tesis contractualista identifica el interés social con el interés común o colectivo de los socios, esto es, con aquel que propende por obtener la mayor rentabilidad posible a las inversiones de cada uno de los accionistas, sin tomar en consideración otros intereses que pueden concurrir en el funcionamiento del ente societario tales como el de los trabajadores o el medio ambiente[543].

Contrario sensu, la teoría institucionalista considera que el ente societario tiene un interés social propio independiente al interés colectivo de los accionistas, en el que si bien confluye este, también lo hacen los intereses de otros individuos relacionados de alguna manera con el ente societario, como lo pueden ser los intereses de los trabajadores de la sociedad, sus acreedores o sus proveedores, entre otros[544].

La jurisprudencia nacional ha venido acogiendo, en mayor medida la tesis contractualista, pues ya desde la STS del 12 de julio de 1983, se equiparó interés social al interés común de los socios, posición replicada en múltiples sentencias posteriores, tales como la del 19 de febrero de 1991, citada en la STS 825, de 18 de septiembre de 1998, en la que se dijo que el interés social "*no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social*".[545]

Sin embargo, dicha posición ha sido matizada por el propio TS y ello se observa claramente en la STS 889/2021, del 21 de diciembre, en la que se señaló que si bien en las sociedades de capital el interés social está principalmente determinado por el interés común de los socios, al tener una finalidad de lucro

[543] PULGAR EZQUERRA, J.: "Impugnación de acuerdos sociales: en particular abusos de mayoría", en, RONCERO SÁNCHEZ, A (coord.)., *Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad cotizada. Estudio de las modificaciones de la Ley de Sociedades de Capital introducidas por las Leyes 31/2014, de 3 de diciembre, 5/2015, de 27 de abril , 9/2015, de 25 de mayo , 15/2015, de 2 de julio y 22/2015, de 20 de julio , así como de las Recomendaciones del Código de Buen Gobierno de febrero de 2015.* vol. I, Navarra, 2016, pág. 319.

[544] MEGÍAS LÓPEZ, J.: "Opresión y obstruccionismo en las sociedades de capital cerradas: abuso de mayoría y de minoría", *Real Centro Universitario Escorial-María Cristina Anuario jurídico y económico escurialense*, núm.47, 2014, págs. 13-56.

[545] Esta asunción de la tesis contractualista por parte del TS, fue compendiada en la Sentencia 991/2011, de 17 de enero de 2012, en la que además se citan las STS 193/2000, de 4 de marzo, la 1086/2002, de 18 de noviembre, la 186/2006, de 7 marzo, las cuales coinciden en la identificación del interés común, no individual, de los socios con el interés social.

que constituye la causa de su creación, el hecho de que la sociedad tenga reconocida una personalidad jurídica independiente genera que la misma pueda tener un interés propio, que no se identifica con el de los socios a pesar de nutrirse también de estos[546], decantándose por una teoría ecléctica, en la que si bien el interés común de los socios es determinante para la definición del interés social, este último es independiente en razón a que se trata de sujetos distintos.

No obstante lo anterior, lo cierto es que en las sociedades de capital cerradas en las que el ente societario es el instrumento utilizado por aquellos socios que, en número son significativamente pocos en comparación con una sociedad cotizada[547], y que normalmente se encuentran vinculados de alguna forma entre sí y que hacen de la empresa su medio para obtener ingresos, el interés social continua centrándose en el denominado interés común de los socios, cual es, como ya se dijo, la maximización del valor económico de la empresa a largo plazo y la consecuente repercusión económica a favor de aquellos[548].

Ahora bien, la consecución de dicho objetivo común puede estar representada de manera distinta en cada uno de los socios, así por ejemplo, la forma más común de alcanzarse dicho interés colectivo se da mediante el reparto del dividendo, pero también puede conseguirse mediante la realización del valor real de la acción[549], posibilidades, estas dos, que genera posiciones distintas entre

---

[546] Fundamento de derecho cuarto, punto 3.

[547] Es de resaltar que, en el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas de 2015 (revisado en 2020), de la Comisión Nacional del Mercado de Valores se define, en la recomendación número 12, el interés social desde una vertiente institucionalista, al señalarse que: "*la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, que promueva su continuidad y la maximización del valor económico de la empresa. Y que en la búsqueda del interés social, además del respeto de las leyes y reglamentos y de un comportamiento basado en la buena fe, la ética y el respeto a los usos y a las buenas prácticas comúnmente aceptadas, procure conciliar el propio interés social con, según corresponda, los legítimos intereses de sus empleados, sus proveedores, sus clientes y los de los restantes grupos de interés que puedan verse afectados, así como el impacto de las actividades de la compañía en la comunidad en su conjunto y en el medio ambiente.*"

[548] Al respecto véase a ALONSO LEDESMA C., "Algunas consideraciones sobre el juego de la cláusula del interés social en la supresión o limitación del derecho de suscripción preferente", en Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena, Madrid, 1991., págs. 41-42.

[549] Al respecto señaló DE EIZAGUIRRE BERMEJO, J.: "Artículo 260. Disolución de la sociedad anónima", en SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1993 (versión electrónica), que estos objetivos se pueden alcanzar también mediante la constitución de reservas, o mediante inversiones en

los socios que persiguen una u otra, pues los primeros querrán mantenerse en la sociedad y continuar recibiendo las ganancias, mientras que los segundos buscarán vender su participación y hacer efectivo en ese momento su beneficio económico dejando de ostentar dicha condición de socio[550].

Así las cosas, es evidente que esos socios que se han unido en un interés común que sirve de causa a la sociedad, también tienen sus propios intereses individuales, los cuales pueden no pertenecer a la causa del contrato y por lo tanto no estar amparados en el interés social, es decir, constituir un interés extrasocial[551], el cual, no obstante ello, puede llegar a influir en la formación de la voluntad societaria y en la toma de decisiones por parte de la JGA, principalmente en aquellas sociedades que tienen un grupo de accionistas mayoritarios y otro minoritario, donde el primero al ejercer su derecho a voto puede hacer valer sus interés individuales en la adopción del acuerdo social.

Es en aquellos eventos en los que se requiere diferenciar entre la toma de una decisión en pro del interés social y la adopción de un acuerdo en beneficio de los intereses individuales de los accionistas, que han ejercido su derecho al voto y se han valido de la mayoría que ostentan en su propio beneficio y no en el de la sociedad. Para esta labor de diferenciación debería bastar con examinar si el acuerdo adoptado facilita el cumplimiento del objetivo común, por lo que parecería sencillo concluir que, si la decisión maximiza el valor económico de la sociedad esta no vulnera el interés social y por lo tanto no es impugnable y a *contrario sensu*, si la misma no genera dicho efecto iría en contra del interés societario y por ende sería impugnable.

No obstante lo anterior, luego de la reforma a la LSC llevada a cabo en 2014, es posible impugnar e incluso triunfar en la impugnación de un acuerdo por lesión al interés social, aunque con el mismo no se cause una afección real o directa al interés social, no se cause daño al patrimonio social[552] o incluso en

operaciones de negocios o proyectos creadores de valor, que también conllevan un aumento del valor de la participación, que se puede concretar incluso hasta la liquidación de esta.

[550] ESTEBAN VELASCO, G.: "Interés social, buen gobierno y responsabilidad social corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídico-societaria)", en ESTEBAN VELASCO, G, GONDRA, J, MONEVA ABADÍA, J y TIVERO TORRE, P: *Responsabilidad social corporativa: aspectos jurídico-económicos*. Castelló de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I, Servei de Comunicació i Publicacions, 2005. Pág.47.

[551] GARRIGUES, J.: "La protección de las minorías en el Derecho español", *Revista de derecho mercantil*, número 72, 1959, págs. 249-268.

[552] Al respecto véase a HERNANDO CEBRÍA, L.: "Del socio de control al socio tirano y al abuso de la mayoría en las sociedades de capital", Revista de Derecho de Sociedades, núm. 37,

algunos casos, aun cuando el acuerdo pueda llegar a redundar en pro del interés social[553], y ello ocurre cuando la decisión se adopta con abuso de las mayorías.

En efecto, el legislador estableció en el segundo párrafo del artículo 204.1 LSC, que cuando el acuerdo se adopta en interés particular de la mayoría, en detrimento de la minoría y sin atender a *una necesidad razonable de la sociedad* se considera que el acuerdo es abusivo y por ende el mismo puede ser impugnable, por lesionar el interés social[554].

Así las cosas, si bien consideramos que el abuso de las mayorías decisorias en la adopción de acuerdos sociales, en los términos señalados en el segundo párrafo del artículo 204.1 LSC, constituye una práctica contraria a Derecho que debe ser causal de impugnación de la decisión, tal y como se profundizará más adelante, no debe estar incluida dentro del concepto de lesión

---

2011, págs. 173-205, que denomina estos acuerdos como acuerdos neutros al interés social, en los cuales este, ni se lesiona ni se beneficia con la decisión adoptada.

[553] Señala GALLEGO CÓRCOLES, A.: "La impugnación de acuerdos de la junta general por abuso de mayoría.", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 308, 2018, págs.179-230 (Versión electrónica), que estos acuerdos "*son los adoptados por la junta general para aumentar el capital social sin que dicho aumento sea necesario desde el punto de vista del desarrollo de la actividad empresarial, o los acuerdos de atesoramiento de beneficios teniendo la sociedad un volumen suficiente e incluso significativo de reservas, que lesionan el interés de los minoritarios en cuanto que bien fuerzan a los socios minoritarios, si no desean ver diluida su participación en el capital social, a poner más fondos en manos del mayoritario con quien probablemente mantienen fuertes y permanentes desavenencias (aumentos de capital) o bien les privan de su participación en los resultados del ejercicio (atesoramiento de beneficios), pudiendo presentarse, no obstante, tales acuerdos como favorables para la sociedad por cuanto reducen su dependencia a la financiación ajena o ve incrementada el valor de la empresa de la que es titular y así fortalecida su solvencia, lo que a priori es siempre deseable.*"

[554] Se señaló en el Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas, de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, de 14 de octubre de 2013, que "*Para maximizar la protección material del interés social y la defensa de los derechos de los accionistas minoritarios propone la ampliación del concepto de interés social. Con frecuencia, nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia, a la vista del tenor literal de la norma reguladora de las causas de impugnación, se han resistido a incluir dentro de las infracciones del patrimonio social aquellos casos en que los acuerdos, aun cuando no afectan negativamente al interés social, resultan injustificadamente lesivos para los accionistas minoritarios (aumentos de capital no necesarios para el desarrollo de la empresa y planificados única y exclusivamente con la finalidad de diluir a la minoría, opresión de los accionistas minoritarios mediante prácticas recurrentes de no distribución de dividendos, etc.). Es cierto que, en algunas ocasiones, al problema se le ha encontrado remedio canalizando su tratamiento por la vía del abuso del derecho y configurándolo como abuso de mayoría. No obstante, el desarrollo de esta doctrina es aún muy incipiente. En opinión de esta comisión, resulta, por ello, oportuno eliminar los obstáculos formales o literales existentes en la normativa actual consagrando expresamente este supuesto como causa de impugnación, lo que facilitará —en línea con otras experiencias comparadas— la lucha contra prácticas societarias que constituyen abusos flagrantes.*"

al interés social, pues en realidad desborda el mismo[555], al no afectarse en todos los eventos de abuso de la mayoría.

Conforme a lo expuesto, el legislador español ha incluido en el concepto de lesión al interés social, el de abuso de la mayoría, y dentro de este a su turno el detrimento o perjuicio a la minoría, por lo que estemos de acuerdo o no con que dichas figuras forman parte del concepto de interés social tradicional, en la actualidad están amparados por la misma causa de impugnación, por lo que debe concluirse que a la luz de la legislación vigente, habrá lesión al interés social y por lo tanto podrá impugnarse el acuerdo por esta causal cuando: i) la decisión no se adopte en pro de la maximización del valor económico de la sociedad, sino en beneficio de algunos socio o de terceros y cuando ii) el acuerdo se adopte con abuso de la mayoría, aunque el mismo no afecte el interés social *stricto sensu*[556].

2. Acuerdos lesivos al interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

De lo hasta ahora expuesto, está claro que el legislador español asumiendo en parte la tesis institucionalista entiende y reconoce que, el ente societario como tal tiene un interés social autónomo y diferente al de los socios individualmente considerados que, si bien se nutre en gran parte del denominado interés común de los socios (teoría contractualista), goza de una protección especial mediante la acción de impugnación que, lo ampara frente a la adopción de acuerdos que le causen algún daño y que en su lugar beneficie únicamente a un sujeto diferente al ente societario, bien sea un socio o un tercero.

---

[555] Al respecto señala GALLEGO CÓRCOLES, A., "La impugnación de acuerdos de la junta general por abuso de mayoría.", ob. cit. (Versión electrónica) que "*los intereses lesionados en estos acuerdos* (en referencia a los adoptados con abuso de la mayoría en detrimento de la minoría) *no se identifican con el interés social y para ello se ha tenido que recurrir, al consagrar esta nueva causa de impugnación, al expediente de ampliar artificiosamente el concepto de interés social; ampliación forzada del concepto de interés social que, entendemos, más que ampliar el concepto lo que hace es desvirtuarlo*".

[556] Algunos autores como PULGAR EZQUERRA, J.: ob. cit. págs. 313 y 318 consideran que con la reforma al artículo 204.1 LSC, el legislador adoptó de manera positiva una tesis mixta entre la contractualista y la institucionalista, al proteger de manera específica el interés social de la sociedad, pero amparando también el interés individual del minoritario, ampliándose el concepto de interés social para incluir en él no solo la maximización económica de la sociedad, sino también la protección de los socios minoritarios frente al abuso de las mayarías.

La impugnación por lesión al interés social, que ya venía recogida en los mismos términos antes de la reforma del año 2014[557] dándose desde entonces la categoría de acuerdos anulables[558] a las decisiones así adoptadas, se funda en el principio de la buena fe, en virtud del cual los socios deben ejercer todos sus derechos, y especialmente con relación a esta causal de impugnación, el del voto, de manera fiel y leal con el interés general de la sociedad y no en pro de un interés individual o particular. Así, se parte de la existencia de unos deberes de los socios que implica que los mismos con su voto no causen daño al ente societario[559].

Se trata de impugnar un acuerdo que a *priori* no se opone ni a la Ley ni a los estatutos, adoptado con las mayorías necesarias y cumpliendo todas las formalidades legales, es decir, un acuerdo formalmente válido y legal, pero que sin embargo puede ser anulable, si concurren los tres requisitos que ha venido perfilando la jurisprudencia[560] desde que se estableció esta causal de impugnación[561], esto es: a) que el acuerdo produzca un daño o perjuicio a la sociedad, b) que el acuerdo produzca un beneficio para uno o varios socios o un tercero, y c) que exista una relación causal entre el daño a la sociedad y el beneficio al socio o tercero[562].

En cuanto al primer requisitos, la lesión puede consistir en cualquier daño, menoscabo o perdida de ganancia u oportunidad (daño emergente y lucro cesante) para la sociedad, que de manera directa o indirecta, mediata o inmediata causen un perjuicio a la misma[563], lo que implica que el daño no debe generarse en el momento de la adopción del acuerdo, sino que este puede tener la potencialidad de darse cuando se ejecute la decisión, por lo tanto si bien el daño

[557] En efecto se señalaba en el otrora artículo 204.1 LSC que "Son impugnables los acuerdos sociales que (…) lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros."
[558] Anterior numeral 2 del artículo 204 LSC.
[559] JIMÉNEZ DE PARGA, R., "La impugnación de acuerdos sociales en la ley reguladora de la sociedad anónima", en CÁMARA ÁLVAREZ, M. y URÍA, R., *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónim*a, Madrid, 1995, pág. 352.
[560] Véase entre otras la STS 707/2002 del 12 de julio de 2002, en la que se señala que "*para que un acuerdo sea impugnable es preciso que sea lesivo para el interés social (como suma de intereses particulares de los socios, Ss. 5 julio 1986 y 19 febrero 1991); la existencia de un beneficio para uno o varios accionistas o un tercero; y un nexo causal entre la lesión y el beneficio (S. 18 septiembre 1998)*".
[561] Esta causal de impugnación ya se consagraba en los mismos términos en el artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre).
[562] PIQUERAS CASADO, L.: "La impugnación de acuerdos sociales", *Anales de Derecho*, Murcia, Tomo 37, número 1, 2019, págs.1-32.
[563] ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, A., ob. cit., pág. 75.

no puede ser solo hipotético, sí puede ser razonablemente esperable[564] y por lo mismo podrá anularse la decisión sin esperar la consumación de aquel.

Ahora bien, la lesión debe predicarse del interés social[565] y no del interés individual de cada socio, correspondiendo al juez determinar en cada caso si el acuerdo es o no lesivo para dicho interés general, labor que resulta de gran complejidad y no puede estandarizarse en razón a que, no existe un catálogo legal de acuerdos que lo lesionan, sin que ello convierta al órgano judicial en un inspector de la conveniencia o acierto de los acuerdos sociales adoptados[566]. Por lo tanto, corresponderá al juzgador analizar a la luz de las circunstancias concretas de cada caso, si el acuerdo ha producido o puede producir un daño al interés social[567].

El segundo de los requisitos consiste en que se genere a favor de un sujeto distinto del ente societario cualquier utilidad, ventaja, provecho, ganancia, o mejora, apreciable o no en dinero, de naturaleza político-social, económica, o patrimonial como consecuencia de la adopción del acuerdo[568]. Nótese que el beneficio de ese sujeto distinto a la sociedad no necesariamente tiene que ser apreciable en dinero, ni revestir carácter económico, es más puede consistir simplemente en la evitación de la disminución del patrimonio de un socio o un tercero[569].

---

[564] Sobre el particular véase las SSTS 7769/2005, de 11 de noviembre y 9903/2000, de 9 de octubre.

[565] Volvemos aquí a la teoría contractualista, tal y como lo señala ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *Estudios sobre el proceso de impugnación de acuerdos sociales: adaptado a la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo,* Dykinson S.L., Madrid, 2015, pág. 120 "*existirá lesión al interés social cuando se adopte un acuerdo que pueda dañar el interés de los socios (normalmente a la revalorización de sus acciones y al reparto de dividendos (…) cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés*".

[566] Al respecto véase la SAP Barcelona 2946/1997, de 22 de diciembre (sección 15).

[567] En efecto en la STS1086/2002, de 18 de noviembre se señala que "*Ha de entenderse que procede considerar lesión a los intereses generales de la sociedad, entendidos como intereses comunes de todos los socios y con proyección consecuente a la defensa de los participantes minoritarios*".

[568] STS 1086/2002, de 18 de noviembre "*El requisito del beneficio a favor de uno o varios socios no hay que entenderlo exclusivamente en el sentido de puro interés económico, sino que también puede consistir en cualquier otra ventaja de carácter políticosocial o profesional, resultando decisivo que el beneficiario sea un socio de la compañía y concurra relación de causabilidad entre la lesión del interés social producido por el acuerdo y el beneficio experimentado por el socio*".

[569] Véase la STS 1686/2012 del 17 de enero, en la que se señaló: "Precisamente porque la asunción de riesgos empresariales no está sujeta a control de los Tribunales, la norma exige que

Ahora bien, el tercer requisito, esto es, la necesaria relación de causalidad entre la lesión y el beneficio ampliamente referenciado en la jurisprudencia nacional[570] implica que, la causa de la lesión al interés social debe ser el beneficio para ese sujeto distinto al ente societario, por lo tanto el acuerdo no será impugnable, por lo menos mediante esta causal, si a pesar de haber lesión y beneficio del socio o tercero, aquella no es causa de esta[571], pues la necesaria relación causal implica que el tercero se beneficie porque la sociedad se lesiona[572].

A modo de ejemplo se pueden traer a colación acuerdos sociales que fueron considerados en su día anulables por esta causal especifica. Así, el acuerdo en virtud del cual se aceptó una operación en beneficio de un accionista incrementando el pasivo del balance con el mismo objeto, un acuerdo que lesiona a una sociedad en beneficio de otra sociedad siendo los mismos socios mayoritarios en ambas sociedades, adoptar un acuerdo de cambio de nombre de la sociedad con el propósito de que ese nombre, ampliamente reconocido, sea utilizado por otra sociedad[573].

---

se constate la desviación del poder de decisión de la mayoría, de tal forma que se pueda identificar que el acuerdo lesivo para los intereses de la sociedad lo es en beneficio de alguno o varios socios -en este sentido la sentencia de 12 de julio de 1983 , apunta a que es precisamente la discriminación entre los socios lo que constituye el supuesto legal de la impugnación- o de terceros, en el bien entendido de que, como sostiene la sentencia de 19 febrero de 1991 , reiterada en la 1086/2002 , de 18 de noviembre que " [e]l "requisito del beneficio de uno o varios socios, no hay que entenderlo exclusivamente en el sentido de puro interés económico, sino que también puede consistir en cualquier ventaja de carácter político-social o profesional".

[570] Entre otras véase las SSTS 825/1998, de 18 de septiembre, 892/1999, de 23 de octubre y 898/2000, de 9 de octubre

[571] Al respecto señala RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: "LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES. Cap. II. Acuerdos nulos y anulables", en GIMENO-BAYÓN COBOS, R y GARRIDO ESPA, L (directores), *Órganos de las sociedades de capital. Tomo I. Junta general e impugnación de acuerdos, los administradores y su responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 403 a 424. "*No sería anulable porque la doble condición que dispone la ley es que se vea afectado el interés social y que un tercero o los socios se beneficien. Si la mayoría decide actuar en contra del interés social pero nadie se beneficia, no podría considerarse anulable el acuerdo*"

[572] El TS, definió la causa en la Sentencia 545/2007, de 17 de mayo como "el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporcionan la explicación, conforme con las leyes de la experiencia científica, de que el resultado haya sucedido".

[573] Estos acuerdos fueron analizados respectivamente en las SSTS 3446/1956, de 15 de noviembre, STS 3021/1962, de 23 de junio y STS 272/1968 de 11, tal y como lo reseña con cita CARRERA GIRAL, J., *La ley de sociedades anónimas y su interpretación por el Tribunal Supremo*, CYMYS, Barcelona, 1976.

Conforme a lo expuesto, esta causal de impugnación que viene recogida de antaño y pervive en la legislación vigente, permite anular acuerdos formalmente válidos que no son contrarios ni a la Ley ni a los estatutos, adoptados con la mayoría necesaria y suficiente pero que, no obstante toda esta buena apariencia, causan un daño o perjuicio a la sociedad, concretamente al interés social, generando como contrapartida un beneficio o ventaja a otro sujeto y que por lo tanto debe ser excluido de la vida jurídica.

3. Impugnación de los acuerdos adoptados con abuso de las mayorías.

Como ya se ha señalado desde la reforma del 2014 se incluyó de manera positiva dentro de las causales de impugnación por lesión al interés social las decisiones impuestas de manera abusiva por la mayoría, aun cuando no causen daño al patrimonio social, presumiéndose dicho abuso en los eventos en los que se adopta el acuerdo en interés propio de la mayoría, en perjuicio de la minoría, y sin obedecer a una necesidad razonable de la sociedad.

Como se observa se trata de una causal especifica de impugnación de gran complejidad jurídica por varias razones, en primer lugar, por cuanto tal y como ya se avanzó se incluye dentro del concepto de vulneración al interés social, cuando el mismo puede no resultar afectado de manera directa a pesar del abuso de la mayoría, y en segundo lugar por cuanto para definir lo que se considera abuso de la mayoría lesivo al interés social emplea, dentro de su regulación formal, una pluralidad de conceptos jurídicos indeterminados que requieren precisión específica a la luz de las circunstancias de cada caso, así como la realización de unas valoraciones de las conductas subjetivas de quienes conforman esa mayoría.

Todas estas singularidades de esta causa de impugnación serán analizadas a continuación para efectos de lo cual, en primer lugar, se hará una reseña de los antecedentes a la inclusión positiva como causal de impugnación en la LSC, para luego sí pasar a estudiar a profundidad cada una de sus aristas.

3.1. Impugnación de acuerdos por abuso de la mayoría antes de su inclusión como causal de impugnación especifica por lesión al interés social.

Antes de la reforma operada en el año 2014, mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, tal y como ya se señaló en el capítulo anterior y se ha referido en este, no se encontraba expresamente regulado dentro de los motivos de impugnación el abuso de la mayoría lo cual no implicaba que las decisiones adoptadas de esta manera no pudieran ser impugnables y declaradas nulas o anulables, según las circunstancias de cada acuerdo[574], acudiendo a la impugnación bien por violación de la Ley o bien por lesión directa al interés social[575].

Así las cosas, en aquellos eventos en los cuales a pesar de que el acuerdo se había adoptado con abuso de la mayoría, si el mismo no lesionaba el interés social o incluso redundaba en beneficio de este, la vía era la solicitud de la nulidad de la decisión por ser un acuerdo contrario a la Ley, concretamente al artículo 7.2 del Código Civil (de ahora en adelante CC) que prohíbe el abuso del derecho[576].

Ahora bien, cuando el acuerdo además de adoptarse con abuso de la mayoría lesionaba el interés social, lo viable era acudir a la causal de impugnación específica de acuerdos lesivos al interés social regulada desde la

[574] En efecto con anterioridad a la reforma la jurisprudencia nacional ya se había pronunciado al respecto, entre otras en las SSTS. 991/2012, de 17 de enero, 770/2011, de 10 de noviembre, 1136/2008, de 10 de diciembre, 97/1992, de 10 de febrero, señalando concretamente en la STS 873/2011, de 7 de diciembre, que "los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos -tanto si se califica el ejercicio del voto como abuso de derecho, como si se entiende que constituye un abuso de poder- deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad".

[575] GALLEGO CÓRCOLES, A., "La impugnación de acuerdos de la junta general por abuso de mayoría.", ob. cit. (Versión electrónica).

[576] Se dijo en la STS 418/2018, de 15 de febrero, que "existen supuestos en los que el abuso de derecho en que se ha incurrido al adoptar el acuerdo social no es reconducible a ese supuesto de acuerdo «lesivo» del interés social específicamente previsto en el art. 204.1 TRLSC, tanto antes como después de la reforma. Así ocurre cuando el abuso de derecho que supone la aprobación del acuerdo social no lesiona propiamente el interés social (…) esta contrariedad al ordenamiento jurídico que resulta del art. 7.2 del Código Civil tiene trascendencia en el ámbito societario, a cuyos efectos debe entenderse como la «contrariedad a la ley» que conforme al art. 204.1 TRSLC, en la redacción aplicable al caso objeto del recurso, da lugar a que el acuerdo sea nulo y, conforme al art. 206.1 TRSLC, esté legitimado para impugnarlo el tercero con interés legítimo, que en este caso es el interés que resulta dañado por el acto abusivo. La previsión de que se adoptarán las medidas judiciales que impidan su persistencia ha de traducirse, en el régimen de las sociedades mercantiles, en la aplicación del régimen de nulidad del acuerdo previsto en dicho precepto legal".

Ley de sociedades anónimas de 1951[577], solicitando la anulabilidad de la decisión, precisamente por lesionar directamente el interés social[578].

Dicha diferenciación entre acuerdos adoptados con abuso de la mayoría que lesionan el interés social y aquellos que no, no era baladí, pues conllevaba a su turno la aplicación de las consecuencias propias de cada una de las instituciones de la anulabilidad o de la nulidad, lo cual tenía especial relevancia en cuanto a la caducidad y a la legitimación, pues hay que recordar que la nulidad tenía un plazo de caducidad de 1 año y estaban legitimados para su ejercicio también los administradores y cualquiera que acreditara un interés legítimo mientras que, la anulabilidad tenía un plazo de caducidad de 40 días y la legitimación solo la ostentaban "*los socios asistentes a la junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes y los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto, así como los administradores*."[579].

Con la anterior legislación, para conseguir la declaratoria de nulidad de un acuerdo adoptado con abuso de la mayoría que no lesionaba al interés social, debía acreditarse que se había abusado del derecho, concretamente del derecho al voto y para ello debía demostrarse la concurrencia de los requisitos legales establecidos en el artículo 7.2 del CC, para que así fuera declarado.

Dichos requisitos han sido ampliamente desarrollados y concretados por la doctrina jurisprudencial[580] en los siguientes términos: "*i) uso aparente o*

---

[577] LEY DE 17 DE JULIO DE 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas. "*Artículo sesenta y siete. Podrán ser impugnados, según las normas y dentro de los plazos establecidos en los artículos siguientes, los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los Estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la Sociedad.*".

[578] Al respecto, se señala en la STS 418/2018, de 15 de febrero que "Existen algunos supuestos de abuso de derecho, en especial cuando afectan a conflictos intrasocietarios, en los que la conducta está expresamente tipificada como causa de impugnación del acuerdo social. En tal caso, al supuesto no le es aplicable el régimen general del art. 7.2 del Código Civil sino que ha de estarse a lo previsto específicamente en la norma societaria. Así ocurre, por ejemplo, con los acuerdos sociales que, en el régimen del art. 204 TRLSC anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, incurrían en un abuso de derecho que determinaba la lesión del interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. Las sentencias 641/1997, de 10 de julio, y 1136/2008, de 10 de diciembre, con cita de la anterior sentencia de 10 de febrero de 1992, afirmaron que «la lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas (que es una de las causas de impugnación contempladas en el precepto invocado) puede producirse mediante acuerdos sociales adoptados con la intervención de las circunstancias tipificadoras del abuso del derecho».".

[579] Anteriores artículos 205.1 y 2, y 206.1 y 2 de la LSC.

[580] Entre otras véase las SSTS 422/2011, de 7 de junio, 567/2012, de 26 de septiembre, 159/2014, de 3 de abril, y 58/2017, de 30 de enero, y las en ellas citadas), la apreciación del abuso de

formalmente correcto de un derecho subjetivo o potestad jurídica; ii) que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, el acto u omisión cuestionado sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho; y iii) que se cause daño a un tercero porque se afecte negativamente a un interés que no está específicamente protegido." [581]

El primer requisito implica lo que ya se ha venido señalando, esto es que, el acuerdo debe haber sido adoptado cumpliendo las formalidades legales y estatutarias, con competencia de la junta y con la mayoría necesaria para el efecto, pues en caso contrario, la decisión debía ser atacada alegando cualquiera de las causales de impugnación legalmente establecidas[582]. En efecto, cuando se plantea la impugnación por abuso del derecho no se cuestiona la legalidad de este y *contrario sensu,* cuando se cuestiona la legalidad del acuerdo no se está alegando un abuso del derecho[583].

El segundo de los requisitos implica el ejercicio extralimitado de un derecho, lo cual puede ocurrir, bien cuando el derecho se ejercita de manera exclusiva para causar daño o bien cuando se ejerce sin utilidad seria, apreciable y legitima, lo cual, tratándose de la adopción de acuerdos sociales de manera abusiva, quedará acreditado cuando existe una gran desproporción entre los beneficios que genera la adopción del acuerdo y el daño ocasionado con el mismo[584].

El tercer requisito consiste en que para que haya abuso del derecho se debe causar un daño a un interés no protegido legalmente, esto es a un interés respecto del cual no existe una norma positiva que expresamente lo salvaguarde y que por ende obliga al perjudicado a acudir a la figura del abuso del derecho para repeler esta conducta antijurídica.

---

derecho exige: i) el uso formal o externamente correcto de un derecho; ii) que cause daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y c) l y 137/2021, de 11 de marzo.

[581] STS 410/2018, de 14 de febrero de 2018.

[582] GINÉS CASTELLET, N.: "Impugnación de acuerdos sociales y abuso de derecho: algunas reflexiones para el ordenamiento jurídico español a la luz de la experiencia francesa", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 40, 2013, págs. 273-315.

[583] Al respecto, se señaló en la STS 898/2009, de 5 de marzo de 2009, que "que la Sentencia de la Audiencia, al afirmar la existencia de abuso de derecho, no está cuestionando la legalidad de la actuación de la sociedad, sino apreciando un ejercicio abusivo, y ello no podría ser de otro modo porque de haber estimado la existencia de una conculcación de la norma legal, no tendría sentido el acudir a la doctrina del abuso del derecho. Como sostiene la doctrina, un ilícito (infracción legal) por principio no es el abuso del derecho."

[584] SÁNCHEZ RUIZ, M.: *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital*, Aranzadi, 2000, págs. 205 y 206.

Así las cosas, es evidente que con el establecimiento de una causal propia de impugnación cuando el acuerdo se adopte con abuso de la mayoría, ya no podrá acudirse a la figura del abuso del derecho, en primer lugar por cuanto dicho acuerdo no cumplirá los requisitos antes reseñados para que el mismo opere y en segundo lugar por cuanto ya no será necesario en razón a que el legislador ya ha otorgado una herramienta para atacar este tipo de acuerdos, cual es la causal de impugnación autónoma del párrafo segundo del artículo 204.1 de la LSC.

Ahora bien, paralela y contrariamente a la falta de regulación positiva en materia mercantil que existió hasta el año 2014 respecto a la adopción de acuerdos con abuso de la mayoría, el legislador penal, sí se ocupó desde el Código Penal de 1995 de sancionar la imposición abusiva de acuerdos, cuando la adopción de la decisión societaria tiene como objetivo un lucro propio o de un tercero, perjudica a los demás socios y no beneficia a la sociedad.[585]

Sobre este delito, cuya tipificación resulta en gran medida coincidente con la actual regulación de la causal de impugnación por abuso de la mayoría, ha señalado el TS que con él se "*sanciona penalmente "determinadas conductas incardinables en el ejercicio abusivo de los derechos (artículo 7.2 CC. (LEG 1889, 27)).*"[586].

La diferencia entre el delito y la causal de impugnación radica en que, si bien en el tipo penal también se parte de un acuerdo lícitamente adoptado, la adopción del mismo puede resultar punible por la existencia del "ánimo de lucro" bien de los socios que conforman la mayoría bien de un tercero, que a su turno perjudica económicamente a la minoría a lo que debe sumársele que, el acuerdo no puede beneficiar de modo alguno a la sociedad.

Por lo tanto, a diferencia de lo que ocurre con la casual de impugnación en este caso se requiere ánimo de lucro, lo que implica que la ventaja o beneficio debe ser estimable económicamente, a su turno el perjuicio al socio también debe implicar un daño patrimonial y sobre todo no puede haber delito si el acuerdo adoptado de manera abusiva beneficia a la sociedad, así perjudique a la minoría[587].

---

[585] Artículo 291 del Código Penal.

[586] Véase entre otras las SSTS 654/2002 de 17 de abril, 796/2006 de 14 de julio, 172/2010 de 4 de marzo, y 284/2015 de 12 de mayo.

[587] Se dice en la STS 654/2002, de 17 de abril que "*La distinción entre el abuso que debe ser sancionado en la vía civil o mercantil y el comprendido en el artículo 291 C.P. solo puede*

Conforme a lo anterior, se trata de un delito especial y de peligro en razón a que no es necesaria la consumación del perjuicio, pues resulta suficiente con que la adopción del acuerdo pueda suponer un daño cuando se ejecute, con el que se busca sancionar la extralimitación en el ejercicio del derecho al voto por parte de la mayoría que, con intención de causar daño a la minoría[588] reporte un beneficio, bien de aumento de patrimonio o bien de eliminación de la posibilidad de disminución del mismo para esa mayoría que adoptó el acuerdo o para un tercero[589].

Así las cosas antes de la inclusión de la causal especifica de impugnación de acuerdos sociales por abuso de la mayoría, el legislador penal en su ámbito especifico, y la doctrina jurisprudencial en materia mercantil, venían reconociendo la posibilidad de atacar dichos acuerdos con fundamento en la figura del abuso del derecho, conforme a los mandatos del artículo 7.2 del C.C, cuando el interés lesionado no era el de la sociedad sino el del socio minoritario[590], pues como ya se dijo, cuando el perjuicio recaía sobre el interés social existía una causal especifica de impugnación que aún pervive y que se funda en la lesión propiamente dicha al interés social[591].

3.2. El abuso de la mayoría como causal especifica de impugnación en Derecho español.

---

establecerse, en primer lugar, teniendo en cuenta los elementos típicos descritos en este último, ya señalados anteriormente. Partiendo de su presencia y de la licitud formal en la adopción del acuerdo, la intención del agente debe responder, además, a un exclusivo ánimo de lucro propio o ajeno. Ello equivaldrá a considerar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto para verificar si el ejercicio del derecho sobrepasa manifiestamente sus límites normales".

[588] STS (Sala de lo Penal, Sección1ª), 359/2022 de 7 abril.

[589] SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: *Los delitos societarios*, Aranzadi, 1996, págs. 139.

[590] La mayoría de los acuerdos impugnados por esta vía estaban referidos a acuerdos de atesoramiento de beneficios (SSTS 873/2011, de 7 de diciembre y 418/2005, de 26 de mayo) o acuerdos de aumento de capital diluyendo la participación de los socios minoritarios (STS 408/1994, de 4 de mayo).

[591] Véase entre otras las SSTS 165/2004, de 5 de marzo que declara la lesión al interés social por retribución desproporcionada para administradoras en comparación con sus funciones, 10466/1991, de 7 de octubre que declara la lesión al interés social por la adopción de un acuerdo de arrendar un local de la sociedad a un socio cuando había terceros que ofrecían mejores condiciones económicas, 13053/1991, de 19 de febrero acuerdo mediante el cual se cede las marcas comerciales y los modelos industriales a dos accionistas de la sociedad, y 11120/1990, de 7 de julio que declara la lesión al interés social de un acuerdo que aprobar las cuentas cuando en ella se incluía unos gastos personales de un socio.

3.2.1 Naturaleza jurídica de la impugnación por abuso de la mayoría.

Como se señaló en el primer capítulo, los acuerdos sociales se rigen por el principio de la mayoría democrática que se desarrolla a través del voto particular de cada socio[592], el cual en virtud del principio de buena fe y de los deberes de lealtad o fidelidad[593], debe expresarse en pro del interés social o lo que es lo mismo de los intereses comunes de los socios.

El problema surge de la concurrencia de existencia de esos intereses comunes amparados en el interés social con los intereses particulares de cada accionista que, no forman parte del interés social, y se concreta cuando ese voto mayoritario se expresa en beneficio de un interés extrasocial y en perjuicio del interés de los socios minoritarios, que también forman parte de los legítimos intereses sociales o comunes en sentido extenso[594].

Es en estos eventos de conflicto de intereses[595] entre socios[596] en los cuales el juez debe intervenir para repeler el abuso y reivindicar los intereses

[592] En este punto cabe recordar que tanto en el régimen español como en el colombiano el voto es directamente proporcional con la participación en el capital social de cada accionista, aunque con el matiz ya señalado en el primer capítulo, consistente en que en Colombia cada acción confiere un voto, pues todas las acciones deben tener el mismo valor (art. 375 C. de Co), mientras que en España como pueden existir acciones con diferente valor nominal, la referida proporcionalidad se predica entre el valor nominal de la acción y el derecho al voto (art. 96.2 LSC).

[593] Al respecto señala GALLEGO CÓRCOLES, A., "La impugnación de acuerdos de la junta general por abuso de mayoría.", ob. cit. (Versión electrónica) "A pesar de la ausencia de una tipificación expresa del deber de fidelidad del socio en nuestro Derecho, en relación con el ejercicio del derecho de voto tradicionalmente nuestra doctrina lo ha traído a colación (si bien no frente a los demás socios, sino frente a la sociedad) con ocasión de la impugnación de acuerdos contrarios al interés social, destacándose que, en realidad, el mismo constituye una aplicación, en las relaciones del socio con la sociedad, del principio general de buena fe que, de conformidad con el art. 7.1 del Código Civil, rige todo el ordenamiento jurídico-privado".

[594] CURTO POLO, M., ob. cit., pág. 61.

[595] SÁNCHEZ RUIZ, M., ob. cit., pág. 153, define el conflicto de interés como "aquella situación en la que concurre un riesgo real y actual de lesión de un interés societario, derivado de la concurrencia de otro interés incompatible con el primero, de tal manera que la satisfacción de uno lleva consigo el sacrificio de otro".

[596] Al respecto señala CURTO POLO, M., ob. cit., pág. 68, que los conflictos societarios se clasifican en verticales (conflicto entre los socios con la sociedad), y horizontales, que son los que se dan entre los socios propiamente dichos, los cuales a su turno pueden ser coyunturales "cuando la contraposición de intereses tenga carácter esporádico; o de carácter estructural, cuando tenga vocación de permanencia en el tiempo", siendo los estructurales los de más difícil solución y los que constituyen un verdadero caso de opresión a la minoría, mediante la cual se busca asfixiar a los minoritarios para que vendan sus participaciones en los precios que fija esa mayoría opresora.

legítimos protegidos en la norma societaria. Esta labor que venía realizando la jurisdicción sin el amparo de una norma concreta que regulara esta situación, implicaba e implica una gran complejidad, en primer lugar por cuanto debe entrar a valorar elementos subjetivos e individuales de cada uno de los accionistas que conforman esa mayoría decisoria[597], para efecto de lo cual se debe analizar si se ha honrado el principio de buena fe, si se ha obrado respetando los deberes de fidelidad o lealtad y si esos intereses particulares de los mayoritarios, que no son compartidos por los minoritarios, forman o no parte del interés común y por ende pueden estar amparados por la ley y no pueden fundar una impugnación por abuso de la mayoría[598].

En segundo lugar debe el juzgador cuidarse de no interferir modificando la voluntad societaria expresada mediante el acuerdo objeto de impugnación, pues tal y como se ha venido señalando por el TS[599] la facultad de control por parte de los Tribunales de la lesividad de los acuerdos dictados por los órganos sociales, que encuentra su justificación en "*la trascendencia económica que en las sociedades capitalistas tiene el correcto desarrollo de la vida interna*" debe hacerse "*siempre con cautela y ponderación, para no interferir en la voluntad social y en la esfera de acción reservada por la Ley y los estatutos a los órganos sociales*" sin que incluya en dicho control una valoración sobre el acierto o desacierto de la decisión impugnada.

Así las cosas, el análisis de la conducta de esa mayoría para determinar si la misma es opresiva de la minoría[600] debe hacerse a la luz de los deberes que tiene dicha mayoría frente a la sociedad y frente a los demás socios[601]. Concretamente puede fijarse el punto de partida para entender la naturaleza jurídica de esta causa especifica de impugnación en el deber de fidelidad entre

---

[597] DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: *Tutela de la minoría impugnación de acuerdos lesivos (art. 67 LSA)*, Universidad de Valladolid, 1957, pág. 4.

[598] MEGÍAS LÓPEZ, J., ob. cit., pág. 27.

[599] STS 991/2011, de 17 de enero de 2012.

[600] Señala PERALES VISCASILLAS, M.: *La separación de socios y partícipes*, Tirant lo Blanch, 2000, pág. 124 que "opresión es un término genérico que en su sentido restringido viene a englobar diferentes situaciones que comparten como rasgo común: un comportamiento de quien ostenta el poder societario -mayoría o los administradores- antiestatutario o ilegal hacia la minoría".

[601] Sobre el particular se señala en VÁZQUEZ LÉPINETTE T.: *La protección de las minorías societarias frente a la opresión*, Thomson Civitas, 2007, pág. 16, que ese análisis también podría hacerse bajo la lupa de las expectativas de los socios minoritarios, pero que sin embargo ello no debe ser así, por cuanto esto podría implicar una declaratoria de abuso de la mayoría en todos los casos en que dichas expectativas no se vean colmadas, lo cual podría conllevar incluso a una desconfiguración del principio mayoritario a uno de unanimidad.

los socios[602], el cual si bien no tiene un reconocimiento expreso para el caso concreto del voto en la JGA[603], sí puede desprenderse de la consagración legal del principio de buena fe en la celebración y cumplimiento de los contratos establecido en los términos de los artículos 7.1 y 1258 del CC y 57 del Código de Comercio (de ahora en adelante C. de Com.)

El deber de lealtad o fidelidad de los socios opera en caso de conflicto de intereses y obliga a los socios a actuar en favor del interés social, haciendo prevalecer este y no contradiciéndolo, suponiendo a su turno la prohibición de llevar a cabo ciertas actuaciones que impliquen cualquier prevalencia del interés particular sobre el social[604].

Este deber de fidelidad que se funda en el principio de buena fe que, se predica de manera general de los socios con la sociedad, también resulta aplicable entre los mismos socios y especialmente entre los mayoritarios frente a los minoritarios al momento de conformar la voluntad societaria, y ello se ha venido a ver reflejado en el segundo párrafo del artículo 204.1 de la LSC, al establecerse que serán anulables los acuerdos que no causando daño patrimonial a la sociedad, faciliten a los mayoritarios la satisfacción de un interés personal en perjuicio de los intereses de los minoritarios, cuando los mismos no encuentran una justificación en una necesidad razonable de la sociedad ni son acordes con el fin perseguido[605].

Conforme a lo expuesto si bien esta causal de impugnación tiene unos antecedentes en la jurisprudencia que se basaba en la figura del abuso del derecho como punto de partida para anular los acuerdos adoptados con abuso de la mayoría, su consagración legal deja de lado este fundamento para pasar ahora a fundarse en el cumplimiento del deber de lealtad o fidelidad entre los socios

[602] Así se ha venido haciendo en la doctrina española, al respecto puede verse a: ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y MASSAGUER FUENTES, J.: "Artículo 204. Acuerdos impugnables…", ob. cit. págs. 196-198; PULGAR EZQUERRA, J., "Impugnación de acuerdos sociales abusivos y reestructuración societaria", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 44, 2015, págs. 72,74 y 95 GALLEGO CÓRCOLES, A., "La impugnación de acuerdos de la junta general por abuso de mayoría.", ob. cit. (Versión electrónica) y CURTO POLO, M., ob. cit., pág. 77.

[603] Salvo en los casos de conflicto de intereses regulado en el artículo 190 de dicha Ley, al respecto véase entre a GARNACHO CABANILLAS, L.: "Deber de lealtad del socio en una sociedad de capital", *Revista de Derecho de Sociedades*, num.52, 2018, pág. 6.

[604] VILLAFAÑEZ PÉREZ, I., "El deber de lealtad y sus concreciones en la legislación cooperativa", *Revista de Estudios Cooperativos*, N.º 120, 2016, pág. 122.

[605] CURTO POLO, M., ob. cit., pág. 96.

que, a su turno deriva del principio de buena fe[606] y que implica como ya se señaló la prohibición de hacer prevalecer en los acuerdos sociales los intereses particulares de la mayoría en prejuicio de los de la minoría, sin justificación alguna en el interés social.

Lo expuesto anteriormente sería suficiente fundamento para consagrar de manera autónoma la impugnación de acuerdos adoptados con abuso de la mayoría sin embargo, el legislador los ha incluido como una subespecie de acuerdos lesivos al interés social a pesar de no ser necesaria la lesión directa a dicho interés[607], lo que solo podría justificarse si se considera que en este caso se ha adoptado legalmente una tesis contractualista ampliada o evolutiva del concepto jurídico indeterminado interés social[608], que incluye los interés de la minoría dentro del interés común de los socios y a su turno estos dentro del interés social[609].

---

[606] Así lo ha reconocido el propio TS, en la Sentencia 410/2018, de 14 de febrero, cuando señaló en el Fundamento de Derecho Séptimo, numeral 8 que: "*Es posible que algunos casos de «abuso de la mayoría», más que un abuso de derecho propiamente dicho, constituyan la infracción de un concreto deber jurídico por parte de los socios mayoritarios. Pero cuando la conducta en que consista el «abuso de la mayoría» revista las características propias del abuso de derecho (uso formalmente correcto de un derecho subjetivo, desbordamiento manifiesto de los límites normales del ejercicio de un derecho y daño a un tercero), no es preciso acudir a la disciplina general del art. 7.2 del Código Civil puesto que se ha tipificado expresamente cuál es la consecuencia jurídica de tal conducta en el ámbito societario*".

[607] Al respecto señaló QUIJANO GONZÁLEZ, J., "La reforma del régimen de la impugnación de los acuerdos sociales: aproximación a las principales novedades", en MORILLAS JARILLO, M., PERALES VISCASILLAS, M., y PORFIRIO CARPIO, L., (directores.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pág. 799 "hubiera sido preferible configurar los acuerdos abusivos como una categoría autónoma de acuerdos impugnables, diferenciada de los acuerdos lesivos, atendiendo a la definición legal que el propio artículo 204 ofrece, combinando tres elementos de compleja valoración en el caso concreto: el acuerdo no responde a una necesidad razonable de la sociedad (lo que es bastante menos que la lesión del interés social); la mayoría lo adopta en interés propio (del socio mayoritario, cuando lo haya, sin duda; pero no todos los socios que integren la mayoría, cuando sean varios, tienen por qué tener el mismo interés propio); los demás socios sufren un detrimento injustificado (es el interés de la minoría, y no el interés social, el verdaderamente lesionado)."

[608] Al respecto véase a PULGAR EZQUERRA, J. ob. cit. (Versión electrónica).

[609] Al respecto señala ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y MASSAGUER FUENTES, J. "Artículo 204. Acuerdos impugnables…", ob. cit., pág. 199 que "*la mayoría puede adoptar los acuerdos que tenga por conveniente con dos límites: El primero, que el acuerdo no implique un intento de obtener el socio mayoritario ventajas particulares a costa de la empresa social. El segundo, que el acuerdo no perjudique de forma especial a la minoría, en cuyo caso, el socio mayoritario solo puede adoptar el acuerdo cuando sea la única forma razonablemente disponible de lograr la satisfacción del interés común. El sacrificio del interés de la minoría en interés de la empresa común puede estar justificado (puede formar parte del acuerdo hipotético), pero no lo está en ningún caso cuando se sacrifica en interés del socio mayoritario*".

En efecto, era entendible que con anterioridad a la consagración legal de la impugnación por abuso de la mayoría, el juez se viera obligado a acudir a diversas figuras legalmente establecidas como la de la lesión al interés social para tratar de expulsar del tráfico jurídico las decisiones sociales así adoptadas, y por ello en algunas ocasiones llegó a considerar las decisiones adoptadas en interés particular de la mayoría y en perjuicio de la minoría como lesivas al interés social aun cuando no supusieran una lesión directa al mismo[610] sin embargo, con el establecimiento de esta nueva causal ya no resultaba necesario acudir a la figura de la lesión al interés social, resultando más clarificador su regulación como una causal autónoma de impugnación.

No obstante lo anterior, lo cierto es que en la actualidad la impugnación por abuso de la mayoría constituye uno de los supuestos de lesión al interés social y por ende el acuerdo será anulable siempre que se demuestre que, este además de haber sido adoptado en pro de un interés particular de quienes ostentan la mayoría y de perjudicar los intereses de los minoritarios, no atiende una necesidad razonable de la sociedad[611], siendo este último elemento el que enlaza de manera definitiva la impugnación por abuso de la mayoría con la lesión al interés social, aunque de manera indirecta.

3.2.2 Requisitos de la causal de impugnación por abuso de la mayoría.

[610] STS 873/2011, de 7 de diciembre, Fundamento de Derecho Segundo "*36. Desde esta perspectiva, en conexión con la causa lucrativa que constituye la causa de negocio societario, los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos -tanto si se califica el ejercicio del voto como abuso de derecho, como si se entiende que constituye un abuso de poder- deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría, de tal forma que, aunque el artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas , aplicable para la decisión del recurso por razones temporales -hoy 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital- silencia el "abuso de derecho" y el "abuso de poder", ello no constituye un obstáculo insuperable para la anulación de los acuerdos sociales en tales supuestos, ya que, a tenor del artículo 7 del Código Civil , son contrarios a la ley -en este sentido apuntan las sentencias de 10 de febrero de 1.992 , 1136/2008, de 10 de diciembre , y 770/2011 , de 10 de noviembre-*".

[611] Sobre el particular señala PULGAR EZQUERRA, J. ob. cit. (versión electrónica) que "*La clave, por tanto, en la determinación de la abusividad de un acuerdo va a ser la «necesidad razonable» de la sociedad, lo que constituye una cláusula general, que habrá que concretar caso por caso y parece habría de conectarse con la causa económico-social del contrato de sociedad, que a su vez ha constituido criterio y límite de la facultad soberana de la junta de socios en la fijación o determinación del interés social.*"

La redacción del segundo párrafo del artículo 204.1 de la LSC puede resultar bastante confusa en la medida en que por un lado en su primera parte da a entender que, siempre que el acuerdo se adopte con abuso de la mayoría hay lesión al interés social y por ende el acuerdo resultaría impugnable, pero por otro lado, en su segunda parte define lo que debe entenderse por abuso de la mayoría que lesiona al interés social[612], señalando los tres requisitos que deben concurrir para que en efecto se pueda impugnar una decisión por lesión al interés social derivado del abuso de la mayoría. Por lo tanto, solo los acuerdos adoptados sin atender una necesidad razonable de la sociedad, en interés particular de la mayoría y en detrimento injustificado de la minoría, pueden considerarse adoptados con abuso de la mayoría y por ende ser impugnables por lesión al interés social al amparo de la referida norma.

De los requisitos legalmente establecidos para la procedencia de la impugnación por esta causa se desprende con claridad que con ella el legislador ha buscado proteger los intereses de los socios minoritarios que a su turno ha integrado dentro de un concepto ampliado de interés social, frente a la obtención de ventajas ilegitimas de la mayoría, restableciendo el equilibrio al contrato social en esos casos de inequidad evidente[613], permitiendo impugnar los denominados acuerdos "neutros" para la sociedad[614].

El establecimiento de estos requisitos precisos y concurrentes, aunque no estén concretamente definidos en su contenido sí son bastante limitativos de la potestad impugnatoria por esta causa, lo cual consideramos pertinente y necesario por cuanto esta disposición legal no pude servir de instrumento para que la minoría siempre que no esté de acuerdo con la decisión adoptada impugne la misma, más aun teniendo en cuenta que el legislador buscó con la reforma del 2014 reducir los motivos de impugnación, para limitar la utilización de esta acción como arma de batalla en los conflictos extrasocietarios de los socios.

---

[612] NAVARRO MORALES, A.: "La imposición de manera abusiva por la mayoría como causa de impugnación de los acuerdos sociales (Artículo 204.1. II. de la LSC).", en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M y COHEN BENCHETRIT, A (directores.), *Derecho de sociedades: los derechos del socio*, Tirant lo Blanch, 2020, pág. 515, considera que en esta regulación lo que se hace es "establecer una definición legal de ese ejercicio abusivo del derecho, como motivo de impugnación".

[613] MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: "Los acuerdos adoptados con abuso de mayoría en perjuicio de los socios minoritarios: caracterización y casuística.", *Revista de Derecho Mercantil*, num.310, 2018, (Versión electrónica).

[614] Esto se deriva de establecerse en la propia norma que los acuerdos son lesivos "aun no causando daño al patrimonio social".

Ahora bien, en cuanto a los requisitos concretos de procedencia de la impugnación por abuso de la mayoría que a continuación se proceden a analizar, se puede apuntar con carácter previo que además de la necesidad de concurrencia en toda su extensión, esto es, además de que la ausencia de necesidad de la sociedad debe ser *razonable* y el detrimento a los socios minoritarios debe ser *injustificado*, debe haber un nexo de causalidad entre el beneficio del interés propio de la mayoría y el perjuicio injustificado de la minoría[615]. No obstante, no se requiere de una intención subjetiva de la mayoría de abusar de esta para obtener la ventaja particular[616].

Sentado lo anterior, procedemos ahora sí a analizar cada uno de los tres requisitos cuya concurrencia se requiere para que proceda la impugnación por abuso de la mayoría, no sin antes señalar que la valoración de la concurrencia de estos requisitos en el acuerdo debe darse mediante la ponderación de varios intereses presentes, por un lado los intereses particulares de la mayoría, por otro los intereses de la minoría, pero no los particulares, sino aquellos que forman parte legítimamente del interés común, y finalmente los de la sociedad, aunque estos últimos de una forma menos intensa en la medida en que solo se valorará la necesidad "razonable" del acuerdo para el ente social.

A) Inexistencia de necesidad razonable para la sociedad:

Como es evidente no existe una definición legal de lo que debe entenderse por *necesidad razonable* para la sociedad, pues este es un requisito que conlleva un fuerte análisis subjetivo de cada ente societario, que implica la realización por parte del juzgador de un nuevo estudio de la valoración ya efectuada por la sociedad a través de su JGA que la llevó a decidir por la mayoría necesaria la adopción del acuerdo respectivo[617].

Esta tarea de revaloración por parte del juez resulta de gran complejidad jurídica, teniendo en cuenta que le está vedada cualquier invasión en la

[615] Al respecto señala GALLEGO CÓRCOLES, A., "La impugnación de acuerdos de la junta general por abuso de mayoría.", ob. cit. (Versión electrónica) que "consideramos que también en este último caso será requerida la existencia de dicha relación causal, en la medida en que, derivando la causa de una infracción del deber de fidelidad, realmente lo que el mismo prohíbe es la obtención de una ventaja o beneficio a costa de la lesión injustificada de un interés de los demás socios".

[616] MARTÍNEZ ARESO, A.: "El control judicial de los acuerdos sociales", en GARCÍA CRUCES, J (directores)., *La gobernanza de las sociedades no cotizadas*, Tirant lo Blanch, 2020, págs. 236 y 237.

[617] ALONSO LEDESMA C. ob. cit. pág. 57.

autonomía de la voluntad del ente societario, y por lo tanto para llevarla a cabo deberá, por un lado, comprobar sí existe una necesidad para la sociedad y por otro verificar si el acuerdo resulta idóneo para atender dicha necesidad[618].

Así las cosas, puede señalarse que este requisito se descompone en dos elementos: por un lado la necesidad que se predica de la sociedad y se entiende como aquella carencia, exigencia o requerimiento para el desarrollo del objeto social, y por otro lado la razonabilidad, que se predica del acuerdo[619] y que concurre cuando el mismo se presenta como idóneo, esto es, adecuado, proporcionado y de mayor beneficio para satisfacer ese requerimiento del ente social[620].

Así las cosas, el análisis de la necesidad para la sociedad debe darse a la luz de las circunstancias concretas de cada ente societario y de su objeto social, por lo tanto, dependiendo de cada caso podrán valorarse entre otras, el activo y el pasivo de la sociedad, sus inversiones, sus reservas, sus ingresos, sus egresos, su solvencia, la utilización de los créditos y en general la situación económica del sector concreto y de la economía en general[621].

Ahora bien, para el análisis de la razonabilidad debe valorarse si esa necesidad podía haberse satisfecha mediante la adopción de un acuerdo que no lesionara a la minoría, si el acuerdo debía adoptarse en ese preciso momento o

[618] GALLEGO CÓRCOLES, A.: "Impugnación de acuerdos sociales por abuso de mayoría e infracción de pactos parasociales omnilaterales tras la Ley 31/2014, de 3 de diciembre", en OLMEDO PERALTA, E, GALACHO ABOLAFIO, A, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M Y COHEN BENCHETRIT, A, *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*, Tirant Lo Blanch, 2018 (Versión electrónica), ha denominado este análisis como el doble juicio de necesidad y de conveniencia que se debe llevar a cabo para verificar la concurrencia del primer requisito en el estudio sobre la lesión por abuso de la mayoría de un acuerdo social.

[619] Aunque conforme a la literalidad de la norma la razonabilidad parece referirse a la necesidad, la doctrina, entre otros GALLEGO CÓRCOLES, A.: Impugnación de acuerdos sociales por abuso de mayoría e infracción…" ob. cit. (Versión electrónica) y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M, "Los acuerdos adoptados con abuso…" ob. cit. (versión electrónica), viene entendiendo que la razonabilidad debe analizar del acuerdo como herramienta utilizada para atender la necesidad, pues la necesidad no puede calificarse de razonable o proporcionada, sino de real o inexistente.

[620] PULGAR EZQUERRA, J., ob. cit. (versión electrónica), señala que para considerar el acuerdo razonable el mismo debe resultar indispensable para evitar un perjuicio a la sociedad, o pueda servir para satisfacer o alcanzar la causa económica del contrato social.

[621] Un buen ejemplo del análisis de la necesidad razonable en la adopción de un acuerdo impugnado por abuso de la mayoría se encuentra en la SAP Murcia 1438/2021, del 24 de junio, en la que se toma en consideración que las ultimas cuentas aprobadas arrojaban unos fondos propios negativos, la existencia de un alto nivel de endeudamiento, se ha transmitido la concesión de su principal activo y se está buscando refinanciación (Fundamento de Derecho Tercero, 10).

si no era necesaria su adopción inmediata, o si los términos del acuerdo hubieran podido ser diferentes y por ende menos lesivos para la minoría.

Por lo tanto si el juzgador encuentra probado que el acuerdo era el mecanismo idóneo y menos lesivo para atender una exigencia de la sociedad, descartará la concurrencia del primer requisito y por lo tanto la impugnación no saldrá adelante, tal y como ocurrió por ejemplo en un caso de aumento de capital por compensación de créditos de los socios mayoritarios, en donde el juzgador tuvo en cuenta la razonabilidad de la operación, el interés social y la naturaleza de los créditos, concluyendo que el acuerdo no resultaba lesivo por abuso de la mayoría, en la medida en que los créditos de los socios mayoritarios compensados procedían "*de inversiones realizadas en la sociedad y en parte responden a salarios dejados de percibir cuando la sociedad no podía atender puntualmente el pago*" [622].

En otro caso el juzgador encontró probado que un acuerdo que aprobaba la retribución de un administrador que a su turno era accionista, a pesar de que siempre había venido siendo retribuido, atendiendo las circunstancias actuales del ente societario ya no respondía a una necesidad de la sociedad, en razón a que la única actividad que venía desarrollando la compañía consistía en el alquiler de su único activo, sin que el administrador ejerciera función material alguna[623].

Así las cosas, la razonabilidad del acuerdo puede valorarse a la luz de su naturaleza, por lo tanto, si el acuerdo se limita a extraer valor de la compañía en beneficio de los mayoritarios ese acuerdo no será productivo para la sociedad y por ende podrá considerarse que no atiende una necesidad de esta y resultar abusivo si además perjudica a los minoritarios[624].

B) Interés propio de la mayoría:

[622] SAP Barcelona 969/2022, de 8 de junio.
[623] SAP Madrid 512/2021, de 17 de diciembre.
[624] Al respecto señaló ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y MASSAGUER FUENTES, J. "Artículo 204. Acuerdos impugnables…", ob. cit., pág. 200. Que "*Los acuerdos que proporcionan un beneficio particular a costa del patrimonio social a algunos socios pueden no ser contrarios al interés social si son "productivos" y no, simplemente, "redistributivos" y el socio mayoritario compensa a los minoritarios las desventajas de la medida adoptada que resultan para el valor de su participación en la sociedad. El acuerdo o decisión es "productivo" cuando aumenta el valor de la empresa. Es redistributivo cuando, simplemente, extrae valor de la compañía en beneficio del socio de control*".

El segundo requisito que debe concurrir y que señala el legislador en el texto de la norma para considerar que un acuerdo es lesivo por abuso de la mayoría, consiste en que el acuerdo debe haberse adoptado en interés propio de la mayoría. Se trata pues de otro elemento con gran contenido subjetivo de intencionalidad, no definido en la ley y que parte del reconocimiento de la existencia de esos intereses extra sociales de los accionistas no amparados en el interés social, cuya satisfacción, defensa o amparo es perseguida con la adopción del acuerdo abusivo.

El legislador, a diferencia de lo ocurrido cuando reguló la impugnación general de acuerdos lesivos al interés social utiliza en este caso el termino interés y no beneficio, el cual tiene una acepción más amplia, pues puede ser entendido como provecho, utilidad, ganancia, conveniencia, inclinación del ánimo o incluso beneficio material o moral[625], eso sí, debe ser propio o personal, no de un tercero como en el primer caso de artículo 204.1 de la LSC.

Sin la concurrencia de este requisito no podría afirmarse que ha existido desviación del poder decisorio y por ende abuso de la mayoría, pues si la adopción del acuerdo carece de esa intencionalidad y resultado consistente en priorizar el interés propio, el acuerdo podría ser no necesario y lesivo para la minoría, pero no impugnable por abuso de la mayoría[626], aunque podría llegar a serlo como acuerdo contrario a la Ley, concretamente a los mandatos del 7.2 del CC, por abuso del derecho[627].

Vuelve pues aquí a hacerse patente la exigencia del deber de fidelidad al que ya nos hemos referido, en el sentido de que para que pueda considerarse infringido este deber debe obtenerse un beneficio y por lo tanto, se prohíbe la satisfacción de un interés extrasocial propio de la mayoría a costa del sacrificio de los intereses de la minoría que hacen parte del interés común.

---

[625] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., (versión 23.5 en línea). https://dle.rae.es (consultado el 28 de julio de 2022).

[626] Sobre el particular véase la ya citada STS 991/2011, de 17 de enero de 2012, en la que se reitera la doctrina jurisprudencial sentada en el sentido de que no le corresponde al juzgador pronunciarse sobre la conveniencia o no del acuerdo adoptado en términos económicos para la sociedad, debiendo limitarse a analizar la existencia de un abuso prohibido por la ley.

[627] Dentro de los requisitos del abuso del derecho no se exige el beneficio, sino únicamente, como ya se dijo: uso formalmente correcto de un derecho subjetivo o potestad jurídica, extralimitación en el ejercicio del derecho y daño a un tercero sobre un interés no protegido específicamente.

Ahora bien, se discute en la doctrina si debe concurrir intención de la mayoría de adoptar el acuerdo en interés propio para entender el acuerdo lesivo por abuso de la mayoría, o si basta con que el acuerdo tenga la potencialidad de generar cualquier ventaja presente o futura en esa mayoría tal y como ocurre con la regla general de impugnación por lesión al interés social donde no se requiere intencionalidad[628].

Sobre el particular consideramos que con relación a esta causal especifica de impugnación, a diferencia de lo que ocurre con la impugnación general por lesión directa al interés social, el legislador ha requerido de esa intencionalidad en la adopción del acuerdo lesivo para la minoría, no solo por la literalidad de la norma, sino por su fundamento y su objeto de protección, pues no debemos olvidar que la misma se basa en el incumplimiento del deber de fidelidad entre socios así como en una prohibición expresa de abuso de poder y busca protege el interés de la minoría[629]. Pero ello no implica que necesariamente deba acreditarse en el procedimiento judicial esa intencionalidad, sino que la misma puede deducirse de la concurrencia de los demás requisitos, principalmente del resultado perjudicial para los minoritarios perseguido.

En efecto, consideramos que los requisitos para que prospere una impugnación fundada en el segundo párrafo del artículo 204.1 de la LSC deben resultar en este punto concreto más exigentes que aquellos que sirven para fundamentar la impugnación de un acuerdo por lesión directa al interés social, pues no podemos olvidar que se trata de un acuerdo formalmente válido que puede no lesionar directamente el interés social (acuerdo neutro) y que incluso en algunas ocasiones puede beneficiarlo[630].

---

[628] SÁNCHEZ RUIZ, M., ob. cit., pág. 178-181.

[629] Una postura contraria sostiene GALLEGO CÓRCOLES, A., "La impugnación de acuerdos de la junta general por abuso de mayoría.", ob. cit. (Versión electrónica), al señalar sobre el particular que si para el TS no es necesario valorar la intención de la mayoría al adoptar el acuerdo para considerar el mismo lesivo para los intereses de la sociedad a la luz del primer párrafo del art. 204.1 LSC, bastando con el nexo de causalidad entre el beneficio y el perjuicio, tampoco lo es para considerar lesivo para la minoría el acuerdo por abusivo, "*en la medida en que no existe elemento en la configuración de estas dos causas de impugnación que permita sostener lo contrario y a este respecto no consideramos que las diferencias que presentan en términos literales la formulación de ambas causas permitan sostener semejante diferenciación*".

[630] Un buen ejemplo de la necesaria valoración de la intencionalidad del provecho propio ilegitimo se encuentra en la ya citada SAP Barcelona 969/2022, de 8 de junio, en la que sobre este aspecto se señaló: "Es cierto, como apunta la recurrente, que el demandado y administrador, Sr. Remigio, declaró en juicio que llevaron a cabo el aumento de capital ante la imposibilidad de retirar sus aportaciones puesto que la empresa no generaba suficientes beneficios para pagarlo y así recuperar sus inversiones. No dota de nulidad al acuerdo que la intención del mismo sea

Ahora bien, ese interés, tal y como ocurría con el requisito del beneficio de los acuerdos lesivos directamente al interés social, debe ser entendido en términos amplios y no puede circunscribirse solo a aspectos económicos, sino que puede consistir en ventajas políticas o profesionales, pudiendo el mismo incluso consistir exclusivamente en perjudicar a la minoría sin obtener nada a cambio más que una satisfacción personal, por lo tanto el interés puede ser también emocional o vengativo[631], aunque en estos últimos casos lo difícil será acreditarlo, para lo cual podrá valorarse las circunstancias personales y las relaciones entre los socios, particularmente la existencia o no de un conflicto entre socios.

C) Perjuicio injustificado para la minoría:

En este último requisito se centra esta causal de impugnación, pues es precisamente la protección de esos intereses de los minoritarios incluidos dentro del interés social lo que se amparó por el legislador cuando estableció la posibilidad de impugnar los acuerdos adoptados con abuso de la mayoría, aunque no lesionen directamente el interés social[632].

El concepto de minoría hace referencia a aquellos socios que votaron en contra de la adopción del acuerdo social, pero que sin embargo por regirse el ente societario por el principio mayoritario quedan igualmente sometidos a la decisión. Por lo tanto, podría afirmarse que en las sociedades en las que, ningún

recuperar las inversiones realizadas por los socios durante una fase de necesidad financiera de la sociedad. Debemos recordar que los créditos proceden de inversiones realizadas en la sociedad y en parte responden a salarios dejados de percibir cuando la sociedad no podía atender puntualmente el pago (años 2013 y 2014), fechas en que el actor sí percibió sus emolumentos tras reclamarlos judicialmente, como hemos visto. Por ello, nos encontramos ante una ampliación de capital debidamente justificada por los administradores, aprobada por la junta de socios, respecto de unos créditos procedentes de préstamos realizados a la sociedad y salarios dejados de percibir, que justifican el interés social focalizado en el momento en el que la sociedad necesitaba tesorería no al tiempo de la ampliación de capital sino al tiempo en el que los socios llevaron a cabo los actos dispositivos."

631 MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M, "Los acuerdos adoptados con abuso…", ob. cit., (versión electrónica).

632 DUQUE DOMÍNGUEZ, J. ob. cit. pág. 10, entiende el amparo a los intereses de la minoría como "*la actividad realizada por los órganos judiciales para determinar, en interés de la existencia de la sociedad, si los acuerdos de la junta se adecúan a las normas de legalidad que, para su funcionamiento, se han dictado cuando la valoración minoritaria disiente de la realizada por la mayoría sobre el interés social. (...). En definitiva, es un poder que permite destruir la presunción iuris tantum de que el acuerdo social realiza verdaderamente el interés de todos*".

socio individualmente considerado ostenta la mayoría, la minoría se integra de manera dinámica en la medida en que no siempre serán los mismos accionistas los que votan en contra de la adopción de los acuerdos[633].

Así las cosas el concepto de minoría, en caso de que ningún socio individualmente considerado ostente la mayoría necesaria, no se asimila necesariamente con una ínfima participación accionaria, por lo tanto, se hará parte de esa minoría siempre que se vota en contra de un acuerdo que finalmente es adoptado con el voto a favor de otros socios que conforman la mayoría decisoria.

Sentado lo anterior corresponde ahora entrar a analizar los parámetros que podrán servir de guía para determinar si el acuerdo resulta lesivo al interés del minoritario integrado dentro del interés social, para efectos de lo cual, en primer lugar, debemos fijarnos en el tenor literal de cada uno de los preceptos utilizados por el legislador. Así se ha dispuesto en el segundo párrafo del artículo 204.1 de la LSC que para que el acuerdo sea reputado como abusivo por la mayoría debe causar un "*detrimento injustificado de los demás socios*".

Ya hemos señalado que cuando el legislador habla en esta norma de "*los demás socios*", está haciendo referencia a los accionistas que conforman la minoría por no haber votado a favor de la adopción del acuerdo, siendo precisamente a estos, a los que debe causárseles un *detrimento* que a su turno debe ser *injustificado*.

Así las cosas, para que el acuerdo resulte abusivo el mismo debe dañar, perjudicar, desfavorecer, mermar o disminuir los derechos o expectativas legitimas de los minoritarios[634], perjuicio que, al igual y como ocurre con la impugnación de acuerdos por lesión directa al interés social no debe ser

[633] Al respecto señala CURTO POLO, M., ob. cit., pág. 63 y 64, que en las sociedades cerradas donde existe un conflicto entre los socios, la conformación de esa mayoría y minoría, no es dinámica sino más o menos estable "*estabilidad que vendrá determinada en función del "poder" ostentado por un conjunto de socios en el seno de la sociedad que constituyen la mayoría, por contraposición a una minoría que no participa en dicha capacidad de control de la sociedad.*"

[634] Se habla en este punto de detrimento de los derechos o expectativas legitimas de los minoritarios, por cuanto son estos los interese que pueden llegar a considerarse amparados dentro del interés social, pues no debemos olvidar que se trata de una causal de impugnación que se basa en la protección de aquel por la vía indirecta. Así puede concluirse que hay detrimento cuando se afecta la expectativa legitima del socio a obtener las ganancias sociales, cuando se le diluye su participación y por ende se le quita poder político, o en cualquier otra situación en la que el acuerdo afecta su posición jurídica como socio.

necesariamente en términos económicos, aunque en la mayoría de las veces lo sea, precisamente por tener el ente societario una causa económica[635].

Pero no basta con que el acuerdo cause un daño a los socios minoritarios, sino que ese daño va acompañado de un adjetivo calificativo, cual es, el carácter injustificado del mismo, lo que implica un límite adicional a la posibilidad de impugnar los acuerdos abusivos que conlleva la necesidad de acreditar que el daño causado a los minoritarios no es proporcional con el beneficio o provecho que el acuerdo pueda implicar para atender la necesidad de la sociedad. Por lo tanto, este requisito no puede enjuiciarse aisladamente, sino que conecta directamente con el primer requisito, esto es, con la razonabilidad del acuerdo para atender una necesidad de la sociedad[636].

Así las cosas, para enjuiciar la existencia del detrimento injustificado a los demás socios, debe ponerse en valor por un lado la necesidad de la sociedad, por otro la razonabilidad del acuerdo y por otro lado la proporcionalidad del perjuicio causado a la minoría con el acuerdo en relación con el beneficio a la sociedad, lo que implica que se puede deducir el carácter injustificado del daño de la falta de razonabilidad del acuerdo, lo cual, como ya se señaló, se analiza a la luz de las circunstancias particulares de cada ente societario[637].

3.2.3. Los dos supuestos más comunes de impugnación por abuso de la mayoría en la jurisprudencia nacional.

[635] CURTO POLO, M., ob. cit., pág. 205.

[636] Esto es lo que GALLEGO CÓRCOLES, A., "La impugnación de acuerdos de la junta general por abuso de mayoría.", ob. cit. (Versión electrónica), ha denominado el doble juicio de necesidad y de conveniencia del acuerdo, los cuales califica de consecutivos, en el que en el primero se analiza la existencia de la necesidad de la sociedad y la razonabilidad del acuerdo y en el segundo (sino se supera el primero), se analiza si el perjuicio causado a los minoritarios es proporcional al beneficio perseguido con el acuerdo.

[637] Un ejemplo claro de esta valoración a tres bandas se observa en la SAP Madrid 479/2021, de 3 de diciembre, en la que se concluyó con relación a una impugnación de un acuerdo de cambio de domicilio por abuso de la mayoría lo siguiente: *Se habla en este punto de detrimento de los derechos o expectativas legitimas de los minoritarios, por cuanto son estos los interese que pueden llegar a considerarse amparados dentro del interés social, pues no debemos olvidar que se trata de una causal de impugnación que se basa en la protección de aquel por vía indirecta, así puede concluirse que hay detrimento cuando se afecta la expectativa legitima del socio a obtener las ganancias sociales, cuando se le diluye su participación y por ende se le quita peso político, o en cualquier otra situación en la que el acuerdo afecta su posición jurídica como socio*.

La impugnación de acuerdos sociales por abuso de la mayoría plasmada por primera vez en la legislación española en el año 2014, surgió, como ya se señaló, luego de que los tribunales nacionales llevaran pronunciándose sobre esta durante años sin contar con una norma específica que la regulara, por lo tanto, lo que el legislador hizo no fue más que reconocer una situación de facto que se planteaba a menudo ante situaciones normalmente opresivas[638] de los socios mayoritarios frente a los minoritarios.

Esta actuación opresiva que en la mayoría de los casos busca asfixiar a los minoritarios para conseguir su salida en condiciones beneficiosas para los mayoritarios, normalmente se lleva a cabo mediante la adopción de dos tipos de acuerdos, unos consistentes en el atesoramiento de beneficios y otros tendientes a diluir la participación accionaria de los minoritarios. Lo primero normalmente se consigue mediante acuerdos de no reparto de los beneficios sociales que asfixian al minoritario y lo segundo mediante acuerdo de aumento de capital en el que el minoritario no puede participar por diversas circunstancias, lo que le quita peso en la sociedad.

Son pues estos los dos casos que con mayor frecuencia se enjuician por la vía del abuso de la mayoría, el primero de ellos un poco más problemático que el segundo en la medida en que el no reparto de los beneficios es un acuerdo de naturaleza negativa, en los términos señalados en el capítulo anterior, cuya anulación por la vía de la impugnación no conlleva una orden de reparto de los beneficios o de adopción de un acuerdo en este sentido, principalmente debido a la naturaleza abstracta de dicho derecho y a la soberanía de la JGA con relación a la aplicación del resultado[639]. Sin embargo, en algunos casos, principalmente en aquellos en los que se enjuiciaban estos acuerdos por la vía del abuso del derecho del artículo 7.2 del CC, la orden de reparto parecía justificada en la

[638] VÁZQUEZ LÉPINETTE, T. ob. cit. págs. 59 y 60, define la opresión como "una forma de englobar toda una serie de actuaciones en las que determinados socios, utilizando bien su posición estratégica dentro de una sociedad cerrada, bien la información privilegiada de que disponen, bien por medio de sus poderes de control o a través del uso (torticero) de algún procedimiento legal, buscan eliminar de la sociedad total o parcialmente a uno o más socios o accionistas de la misma…tres son, por tanto, las notas de la "opresión": por un lado, la expulsión del minoritario es antijurídica, por otro, se produce perjudicando al minoritario no solo en sus derechos patrimoniales, sino en general afectando a su posición en la sociedad, y, en tercer lugar, dicha expulsión va acompañada de una retribución de su inversión a un precio por debajo de su valor razonable"

[639] Esto es lo que ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P. ob. cit. pág. 47. califica como "el *principio básico de minimización de la jurisdicción en el Derecho societario*", que se funda en la soberanía de la voluntad social y el derecho a su autoorganización.

obligación del juez de evitar la persistencia del abuso[640], reconociéndose así en algunas sentencias en las que incluso se llegó a señalar la proporción en la cual habían de repartirse[641].

La forma más habitual de justificar la adopción de un acuerdo de no reparto de beneficios es la aplicación de estos a las reservas, lo cual a priori resulta beneficioso para la sociedad y en algunos casos necesario para la autofinanciación del ente, sin embargo, en otros casos esto no es más que una fachada para oprimir a la minoría y conseguir su asfixia financiera.

Para valorar la abusividad de este tipo de acuerdos, el juzgador normalmente debe remontarse varios ejercicios atrás para determinar si ha habido un cambio en la política de reparto del dividendo y si el mismo encuentra un fundamento o no. A modo de ejemplo traemos a colación la SAP Vizcaya 1986/2021 del 23 de diciembre, en la que se analiza la lesividad de un acuerdo por abuso de la mayoría, en el que se aprobó aplicar el resultado del ejercicio a reservas voluntarias y a su turno se fija la remuneración del órgano de administración integrado únicamente por los socios mayoritarios, en una proporción igual a la que hubiera correspondido si se repartía el beneficio, acuerdo que a su turno se viene adoptando durante tres ejercicios consecutivos y solo desde que dichos socios mayoritarios empezaron a ostentar el cargo de consejeros[642].

---

[640] CAMPINS VARGAS, A y ALFARO AGUILA-REAL, J.: "Abuso de la mayoría en el reparto de dividendos y derecho de separación del socio en las sociedades de capital", en GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *Liber amicorum Juan Luis Iglesias*, Civitas-Thomson Reuters, 2014, pág. 75.

[641] A modo de ejemplo en la STS 418/2005, de 26 de mayo, no se casa una sentencia proferida en primera instancia y confirmada íntegramente en segunda en la que se declaraba la nulidad del acuerdo de no reparto de beneficios por abuso y se ordena que los beneficios del ejercicio *se repartan entre los socios en proporción a sus participaciones*, encontrando el TS dicha sentencia ajustada a Derecho en razón a que "*Privar al socio minoritario sin causa acreditada alguna, de sus derechos a percibir los beneficios sociales obtenidos y proceder a su retención sistemática, … se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener el amparo de los Tribunales, pues se trata de actitud impeditiva afectada de notoria ilicitud, que justifica la impugnación promovida y estimada del acuerdo de aplicación del resultado, pues todo ello significaría consagrar un imperio despótico de la mayoría, en este caso dos socios hermanos, frente a la minoría (el demandante que recurre)*".

[642] Concretamente se señala en el apartado 37 que: "*37.- Esas circunstancias del caso concreto evidencian que, sin justificación mínimamente razonable, la mayoría de socios ha establecido un sistema que modifica la dinámica social previa, deja de distribuir dividendos entre los socios, y en cambio obtienen retribución los que tienen calidad de consejeros. Si se hubiera continuado con el reparto de dividendos, no podría hablarse de abuso de derecho por la mayoría. Pero como a partir del cambio estatutario se dispone una política restrictiva al respecto, lo que en definitiva se adoptó es una fórmula que reserva los beneficios sociales a los socios consejeros,*

El caso anterior constituye un típico ejemplo de opresión a la minoría por la vía del no reparto del beneficio, en donde además los accionistas mayoritarios sí consiguen recibir aquel de manera indirecta mediante remuneración enmascarada del cargo de administradores, en los que en la mayoría de los casos ni siquiera ejercen una función verdadera, quedando aquí claramente plasmados todos los requisitos de la procedencia de la impugnación por abuso de la mayoría.

En cuanto a la adopción de acuerdos de aumento de capital como mecanismo opresivo a la minoría, su impugnación por abuso de la mayoría sale adelante siempre que se acredite que su adopción no atiende a una verdadera causa, es decir, no existe una necesidad que justifique ese aumento de capital y por lo tanto la adopción del acuerdo no ha honrado el principio de buena fe, sino que se ha adoptado con la intención de diluir a los minoritarios[643].

La justificación de la necesidad o de la causa de la adopción del acuerdo normalmente se encuentra en la necesidad de fondos del ente, que resulta preferible ser atendida mediante un aumento de capital, que mediante el endeudamiento con terceros[644]. Aunado a ello puede también valorarse el mantenimiento o no del derecho de preferencia, pues si al accionista no se le limita esta posibilidad, tendrá derecho a concurrir en la ampliación de capital lo que imposibilitaría la dilución de su participación, sin embargo, no en todos los casos ello es así, pues si por la situación económica del minoritario este no puede ejercer dicho derecho de preferencia el objetivo de diluirlo se podrá igual alcanzar pero con una fachada de legalidad aún más reforzada.

En la SAP Coruña 474/2021, del 15 de diciembre, se señalan otros supuestos de los que puede derivarse el carácter abusivo del acuerdo de aumento de capital, como cuando el valor de las participaciones sociales es

apartando a quienes no lo son, lo que constituye un abuso de la mayoría que carece de justificación."

[643] FRÍAS, I y DE CASTRO ARAGONÉS, J.: "Impugnación de acuerdos sociales por abuso de la mayoría", en ORTEGA BURGOS, E (Dir.), *Actualidad mercantil 2018*, Tirant lo Blanch, 2018. Págs. 37 y 38.

[644] Al respecto puede verse la SAP Barcelona 1034/2022, de 15 de junio, en la que no se anula el acuerdo de ampliación de capital, en razón a que la Audiencia Provincial, encontró probado la iliquidez de la sociedad y por el contrario no se acreditó que dicha situación de iliquidez hubiera sido voluntariamente causada por los administradores, a lo que añadió que los accionistas impugnantes no participaron en la ampliación de capital porque no quisieron, más no porque se les hubiera privado de dicha oportunidad.

"manifiestamente inferior al real", o se lleva a cabo en un momento en que no resulte atractivo ejercitar el derecho de suscripción preferente, pues ello solo implica entregar más fondos propios para la gestión de la mayoría, o cuando se lleve a cabo con infracción del derecho de información, o cuando "la mayoría acuda a la ampliación por medio de una asistencia financiera de la propia sociedad".

En dicho caso concreto se concluyó que el aumento del capital, aunque sí genera dilución en el minoritario, atiende una necesidad de la sociedad (modificar su estructura económico-financiera), resultando el acuerdo razonable para el efecto, concluyendo que no había primado un interés propio de la mayoría en la adopción de este en razón a que su fin no era diluir al minoritario, más aun teniendo en cuenta que gozaba de su derecho de suscripción preferente[645].

En la referida sentencia se observan claramente los elementos configurativos de la impugnación de acuerdos lesivos por abuso de la mayoría, su necesidad de concurrencia y cómo su valoración debe hacerse en conjunto, además de ser clarificadora de lo que el legislador quiso amparar con ella, el interés de los minoritarios, en casos muy concretos donde la adopción del acuerdo estaba encaminada única y exclusivamente a dañar a aquellos, quedando patente, sin embargo, la primacía del interés social sobre el interés de los minoritarios, pues este último puede resultar lesionado y no recibir un amparo judicial, tal y como ocurrió en la sentencia citada.

En los anteriores términos se plantea en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia española la impugnación de acuerdos lesivos al interés social tanto de manera directa como de manera indirecta, esto último mediante el abuso de la mayoría en la adopción del acuerdo cuando lesiona el interés de los socios minoritarios sin reportar ningún beneficio para la sociedad.

[645] Al respecto se señaló en la parte final del Fundamento de Derecho Tercero lo siguiente: "En conclusión, la alegada dilución de la socia demandante es inherente a la ampliación del capital social y a su no participación en tal acto jurídico mediante el ejercicio del derecho de suscripción. Sin embargo, no resultó probado que el acuerdo impugnado se hubiera adoptado con una finalidad desleal y abusiva, contraria, ajena o neutra al interés social de la entidad demandada, sino que suponía una solución técnica proporcionada a las debilidades en la estructura financiera de la sociedad demandada."

II. LOS ACUERDOS ABUSIVOS EN EL DERECHO COLOMBIANO.

En el régimen colombiano existe una acción específica, autónoma y diferente a la acción de impugnación de acuerdos sociales para atacar las decisiones adoptadas con abuso del derecho, concretamente con abuso del derecho al voto[646], la cual, como ya se dijo se encuentra regulada en el artículo 43[647] de la Ley 1258 de 2008, de 5 de diciembre, de creación de la sociedad por acciones simplificada (de ahora en adelante Ley 1258/2008).

La principal diferencia entre estas dos acciones gira en torno a la causa, pues en virtud de la impugnación de decisión sociales se puede declarar la nulidad absoluta de las mismas, siempre que se acredite que se adoptaron "sin el número de votos previsto en los estatutos o en las leyes, o excediendo los límites del contrato social" (Art. 190 C. de Co), mientras que en el caso de la nulidad de la decisión por abuso del derecho al voto esto solo ocurre, tal y como se expondrá a profundidad en este apartado, cuando la decisión se ha adoptada válida y legalmente, pero los votos determinantes para su adopción se expresaron con el propósito de ocasionar un daño u obtener una ventaja injustificada para sí o para un tercero[648], dañando a la sociedad o a los accionistas.

---

[646] Al respecto se señaló por la SSC, Oficio 220-027960 del 14 de marzo de 2013 que "esta acción de la cual se ocupa en particular el artículo 24 del nuevo Código General del Proceso, es autónoma e independiente de la clásica acción de impugnación regulada en el artículo 190 del Código de Comercio, pese a que una de las consecuencias del abuso en el ejercicio del derecho al voto, sea precisamente la nulidad de la decisión".

[647] ARTÍCULO 43. ABUSO DEL DERECHO. Los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía. Se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para una tercera ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas. Quien abuse de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio que la Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por la ilicitud del objeto.
La acción de nulidad absoluta y la de indemnización de perjuicios de la determinación respectiva podrán ejercerse tanto en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad. El trámite correspondiente se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades mediante el proceso verbal sumario.

[648] Al respecto véase a la Sentencia de la Superintendencia de Sociedades colombiana (de ahora en adelante SSSC) 800-000074, de 4 de agosto de 2017, en la que además se señalaron otras diferencias tales como i) que en la acción de impugnación los perjuicios solo pueden solicitarse ante el juez ordinario (artículo 24.5C del Código General del Proceso (de ahora en adelante CGP), mientras que en la acción de nulidad por abuso del derecho de voto los perjuicios pueden ser solicitados concomitante con aquella ante la misma Superintendencia de Sociedades, ii) la SSC solo puede conocer de la acción de impugnación de sociedades vigiladas por esta (art. 24.5

Se trata de una causal de nulidad autónoma de las decisiones sociales que, en principio solo era ejercitable para repeler el abusos del derecho al voto por parte de los accionistas en las SAS, pero que sin embargo, en virtud de la interpretación sistemática que ha venido efectuando la SSC del artículo 252[649] de la Ley 1450 de 2011, en concordancia con el artículo 24.5 e)[650] del CGP, en desarrollo de sus funciones jurisdiccionales respecto a esta acción, se ha extendido a los demás tipos societarios y concretamente a las sociedades anónimas[651].

Encontramos así pues en los mandatos del artículo 43 de la Ley 1258/2008 el fundamento normativo que permite atacar las decisiones sociales adoptadas con abuso del derecho al voto, objeto de análisis en este acápite, y que

C del CGP), no existiendo esta limitación respecto a las facultades jurisdiccionales para conocer de la nulidad por abuso del derecho al voto por parte de la SSC, iii) la impugnación solo la pueden ejercer "los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes o disidentes" (Art. 191 C. de Co), mientras que la nulidad por abuso del derecho al voto no tiene restringida dicha legitimidad, pues nada se dice al respecto ni en el artículo 43 de la Ley 1258/2008, ni en el artículo 24.5E del CGP, por lo que la SSC ha considerado que puede estar legitimado cualquiera que acredite un interés legítimo (Auto 801-207 del 9 de enero de 2013), Y finalmente iv) la impugnación tiene establecido un plazo de caducidad de dos meses (artículo 191 del Código de Comercio), mientras que la nulidad por abuso del derecho al voto se rige por el término general de caducidad de cinco años (art. 233 de la Ley 222 de 1995).

[649] ARTÍCULO 252. ATRIBUCIÓN DE FACULTADES JURISDICCIONALES. Las funciones jurisdiccionales otorgadas a la Superintendencia de Sociedades, por el artículo 44 de la Ley 1258 de 2008, con fundamento en lo previsto en el artículo 116 de la Constitución Política, procederán respecto de todas las sociedades sujetas a su supervisión.

[650] ARTÍCULO 24. EJERCICIO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES POR AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. Las autoridades administrativas a que se refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas: 5. La Superintendencia de Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales en materia societaria, referidas a: e) La declaratoria de nulidad absoluta de la determinación adoptada en abuso del derecho por ilicitud del objeto y la de indemnización de perjuicios, en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad, cuando los accionistas no ejerzan su derecho a voto en interés de la compañía con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas.

[651] Al respecto, señaló concretamente la SSSC 800-20 del 27 de febrero de 2014 que: "Bajo una de las posibles interpretaciones del citado artículo 252, la figura del abuso del derecho de voto regulada en la Ley 1258 podría aplicarse también en las sociedades anónimas. Esta postura encuentra fundamento en el análisis sistemático de las disposiciones en comento, así como en lo previsto en el artículo 24 del Código General del Proceso, bajo el cual esta entidad cuenta con facultades jurisdiccionales, sin limitación alguna por el tipo societario, para la declaratoria de nulidad absoluta de la determinación adoptada en abuso del derecho por ilicitud del objeto y la de indemnización de perjuicios, en los casos de abuso de la mayoría, como en los de la minoría y de paridad, cuando los accionistas no ejerzan su derecho a voto en interés de la compañía o para los otros accionistas".

presenta respecto al régimen impugnatorio por abuso de la mayoría del derecho español algunas similitudes, pues busca el amparo del interés social y el de los accionistas minoritarios, pero también grandes diferencias, no solo por el hecho de que se trata de una acción diferente a la de impugnación, sino porque la misma no repele solo el abuso de la mayoría, sino que también lo hace respecto a posibles bloqueos injustificado en la adopción del acuerdo por parte de la minoría o en casos de paridad.

1. El abuso del derecho como punto de partida. Principio de buena fe, deber de lealtad e interés social.

La figura del abuso del derecho fue inicialmente reconocida por la corte Suprema de Justicia[652] mucho antes de que se positivizara en el artículo 830[653] del C. de Co en el año 1971, y que se elevara a rango constitucional, en los términos del artículo 95.1[654] de la Constitución Política colombiana, en el que se establece que es un deber constitucional del ciudadano no abusar de los derechos propios.

Este deber constitucional ha sido interpretado y concretado por la propia Corte Constitucional colombiana, quien ha señalado que el abuso del derecho se puede perpetrar: i) cuando el derecho es utilizado "para fines no queridos por el ordenamiento jurídico", ii) cuando se utiliza la interpretación o la reglamentación del derecho para alcanzar "fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico", iii) cuando el titular del derecho lo utiliza de manera "inapropiado e irrazonable a la luz de su contenido esencial y de sus fines", iv)

[652] En efecto, se analizó en la Sentencia de la SCSJ 419917 del 30 de octubre de 1935, publicada en la Gaceta Judicial: Tomo XLIII n°. 1907 - 1908, pág. 310 – 316, el abuso del derecho a litigar (embargo de bienes a un tercero diferente al demandado), concluyéndose que "el uso anormal, mal intencionado, imprudente, inconducente o excesivo en relación con la finalidad que legítimamente ofrecen esas leyes rítuarias para el reconocimiento, efectividad o defensa de un derecho, degenera en abuso del derecho (…) y en cada caso particular el juez puede juzgar que constituye un caso de culpa civil".

[653] ARTÍCULO 830. ABUSO DEL DERECHO-INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS. El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.

[654] "ARTICULO 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y **no abusar de los propios**".

cuando se "invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue." [655]

Lo expuesto anteriormente implica por un lado que la figura del abuso del derecho parte del reconocimiento normativo de unos derechos, garantías o facultades subjetivas, que no son absolutas y que por lo tanto su ejercicio está circunscrito a los límites impuestos por el ordenamiento que la reconoce, y por otro lado que, se configura cuando dichas prerrogativas se ejercen por su titular sin atender la finalidad, alcance o extensión que persigue la consagración de dicho derecho, esto es, desbordando el interés jurídicamente tutelado, buscando la obtención de un beneficio no amparado en la norma[656].

Sobre el particular ha señalado la Corte Constitucional colombiana que el abuso del derecho se concreta en la extralimitación en el ejercicio del derecho subjetivo, lo cual ocurre siempre que se rompa la relación finalista que existe entre el contenido del derecho subjetivo y "la proyección social con la que aquel se ha previsto". Por lo tanto, habrá abuso del derecho cuando con el ejercicio aparentemente legal de un derecho subjetivo se obtiene un provecho más allá del consagrado en la norma[657].

Conforme a lo anterior, para determinar si el ejercicio de un derecho ha supuesto un abuso de este deben analizarse las prerrogativas conseguidas con dicha actuación versus la finalidad de la norma que contiene el derecho en cuestión. Esta labor de determinación de la finalidad de la norma resulta de gran

---

[655] Corte Constitucional colombiana, Sentencia de Constitucionalidad C-258/13, de 7 de mayo, Consideración 3.7.2.3.

[656] Al respecto señala RODRÍGUEZ GREZ, P.: *El abuso del derecho y el abuso circunstancial.* Editorial jurídica de Chile, 1999, pág. 57, que "el abuso debe ser apreciado, en la medida de lo posible, con un criterio esencialmente "objetivo" y ello solo puede conseguirse desprendiendo del derecho subjetivo, en cada caso, los intereses que la norma resguarda y protege, para confrontarlos con la conducta del agente y sus resultados. De esta manera se evidenciará el "abuso", siempre que se logre con el ejercicio del derecho subjetivo un resultado que contravenga los interese y, por ende, los valores que inspiran y justifican el establecimiento de la norma jurídica".

[657] Al respecto señaló la Corte Constitucional colombiana, Sentencia unificadora SU 631/17, apartados 16 y 17 de la Consideraciones que "El abuso del derecho, según lo ha destacado esta Corporación, supone que su titular haga de una facultad o garantía subjetiva un uso contrapuesto a sus fines, a su alcance y a la extensión característica que le permite el sistema. Se presenta cuando en el ejercicio de un derecho subjetivo se desbordan los límites que el ordenamiento le impone a este, con independencia de que con ello ocurra un daño a terceros. Es la conducta de la extralimitación la que define al abuso del derecho, mientras el daño le es meramente accidental (…) Se trata por lo general de situaciones en las que, en aplicación de una disposición normativa que desarrolla un derecho subjetivo, éste se desvía y logra un alcance más allá de sí mismo."

complejidad en la medida en que la misma debe fijarse a la luz, no solo de los principios inspiradores de esta, sino a la luz de los principios constitucionales que rigen todo el sistema jurídico[658], lo que implica que la determinación de un ejercicio abusivo del derecho no puede hacerse bajo parámetros fijos de interpretación[659].

Así las cosas el operador jurídico, para enjuiciar la existencia o no de abuso del derecho, deberá en primer lugar fijar un marco interpretativo conformado por los principios inspiradores del ordenamiento y los principios constitucionales que rigen todo el régimen, para en segundo lugar determinar si dicho marco ha sido desbordado, obteniendo el sujeto un beneficio no previsto en la norma, causando, como consecuencia de aquello un daño directo o indirecto, concreto o general, que resulta inadmisible[660].

Entra aquí en juego por hacer parte de la base de los principios que conforman ese marco interpretativo para determinar el ejercicio abusivo de un derecho, un principio fundamental de la celebración y ejecución de los contratos[661] cual es el principio de buena fe, reconocido tanto en el artículo 83[662]

---

[658] Al respecto se señaló en la ya citada Sentencia SU 631/17, consideración 19 que: "el abuso del derecho se caracteriza por causar, en ejercicio de un derecho subjetivo, un resultado incompatible con los fines y los principios a los que responde la disposición normativa que le da cuerpo y legitimidad al interés particular reivindicado."

[659] Al respecto se señaló en la SCSJ 6499, del 1 de abril de 2003 que "los criterios para la determinación del abuso del derecho en un caso concreto no han sido definidos por la ley, pues de manera escueta ella solo se limita a pregonar que "el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause" (artículo 830 del Código de Comercio). Así, se ha señalado que tanto el dolo o deseo de causar daño, como la culpa, los límites objetivos del derecho del que se pregona su abuso, el fin económico y social de la norma que consagra el derecho, y hasta la moral social contemporánea han sido puestas como guías o pautas para aplicar la teoría del abuso de los derechos, sobre la base de la relatividad de los mismos. En suma, se le ha dejado al recto y sano criterio del fallador la configuración en un determinado caso de conductas que puedan ser calificadas de abusivas."

[660] Sobre el daño señaló la Corte Constitucional en la ya citada SU 631/17, que siempre que hay abuso del derecho se acarrea un daño, el cual no obstante ello es meramente consecuencial del ejercicio abusivo de un derecho, por lo que no es presupuesto de su existencia.

[661] Es de resaltar que en un primer momento la Corte Suprema de Justicia consideró que la figura del abuso del derecho tenía un origen típicamente extracontractual, postura que fue modulando, para extender la misma al ejercicio abusivo de las potestades nacidas en las relaciones convencionales asimilándolo a la culpa aquiliana, pudiéndose presentar el mismo en la formación, ejecución o disolución del contrato e incluso en la etapa post contractual. (Sentencia de 16 de noviembre de 2010, Sala de Casación Civil)

[662] ARTICULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

de la CPC, como en los artículos 871[663] del C. de Co. y 1603[664] del CCC, lo primero implica que tanto los particulares como las autoridades al relacionarse entre sí, deben actuar de manera honesta, leal y correcta[665], y lo segundo que las partes tienen el deber de celebrar y ejecutar los contratos de forma fiel, honesta, leal y moral[666].

Como se observa el principio de buena fe se extiende tanto a los particulares en el ejercicio de sus derechos subjetivo, en las relaciones contractuales y en el cumplimiento de las obligaciones así como a las actuaciones de las autoridades[667], constituyéndose en la base fundamental sobra la que se erige el sistema de actos y negocios jurídicos en el Derecho privado colombiano, teniendo a su turno como una de sus funciones la de limitar las conductas de las partes, repeliendo cualquier actuación de mala fe[668].

---

[663] ARTÍCULO 871. PRINCIPIO DE BUENA FE. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

[664] ARTICULO 1603. EJECUCIÓN DE BUENA FE. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

[665] Corte Constitucional colombiana, Sentencia de Tutela 475/92, de 29 de julio, Fundamento Jurídico 11.

[666] Así se señaló por parte de la Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia C-865/04, de 7 de septiembre, en el apartado 23 de las Consideraciones: "El artículo 83 de la Constitución Política reconoce el principio de buena fe en las actuaciones de los particulares. Dicha disposición de raigambre Superior tiene desarrollo legislativo concreto, en materia contractual, en los artículos 1603 de Código Civil y 871 del Código de Comercio. Según el principio de buena fe contractual, las partes obligadas por un acto jurídico actúan bajo los parámetros de la recta disposición de la razón dirigida al cumplimiento fiel de las obligaciones derivadas del acto. Se trata de reconocer que al momento de aceptar la realización de una determinada prestación, se procederá con honestidad, lealtad y moralidad.

[667] SCSJ 5372 del 9 de agosto de 2000 "en cuanto postulado esencial del derecho, carácter que muy pocos se atreven a disputarle, trasciende del ámbito meramente extracontractual al cual se quiso restringir, para orientar, por el contrario, toda actividad humana amparada por el ordenamiento jurídico, de modo que, inclusive, el artículo 95 de la Constitución Política Colombiana lo considera uno de los deberes "de la persona y del ciudadano", amén que manifestaciones del mismo pueden percibirse en el derecho público en la medida en que éste reprime el ejercicio arbitrario del poder o su desviación. Aludir a la buena fe en materia de la formación y ejecución de las obligaciones, apareja ajustar el comportamiento a un arquetipo o modelo de conducta general que define los patrones socialmente exigibles relacionados con el correcto y diligente proceder, la lealtad en los tratos, la observancia de la palabra empeñada, el afianzamiento de la confianza suscitada frente a los demás; en síntesis, comportarse conforme se espera de quienes actúan en el tráfico jurídico con rectitud, corrección y lealtad."

[668] Señaló la SSSC 480-000056, del 20 de mayo de 2015, que: "4. La buena fe es uno de los principios generales del derecho privado, que irradia todos los aspectos relacionados con el ejercicio de los derechos subjetivos, el cumplimiento de las obligaciones y la conducta de los particulares en el tráfico social. Se trata de un pilar de nuestro sistema, en el que se basa la

Ahora bien, en ese deber de buena fe al que hemos venido haciendo referencia siempre se ha incluido, entre otros, un deber de lealtad, el cual al igual que como ocurre en Derecho español solo está expresamente recogido como mandato imperativo para los administradores (Art. 23 de la Ley 222/1995), pero que sin embargo también resulta predicable respecto de los accionistas, precisamente por la propia definición y aplicación transversal del principio de buena fe[669].

Sobre el particular debe señalarse que si bien no abunda la doctrina y la jurisprudencia que se ocupe de concretar ese deber de lealtad entre accionistas[670], por la definición propia del principio de buena fe y su aplicación transversal a las relaciones entre particulares puede deducirse que el deber de lealtad también debe guiar la actuación de los accionistas especialmente al proferir el voto, pues al ejercer este derecho se está formando la voluntad societaria, por lo que los accionistas deben actuar de manera fiel frente a la sociedad y frente a los demás

protección que nuestro ordenamiento jurídico da a todos los actos y negocios jurídicos; como tal, cumple distintas funciones en todas las etapas y proyecciones de los negocios privados. 5. Durante la vida de los actos y negocios jurídicos, la buena fe cumple con tres roles fundamentales: una función integradora de las obligaciones derivadas de los contratos; una función limitadora de las conductas de las partes, y de exclusión de las conductas de mala fe; y una función de lealtad y corrección, que da sentido a la actuación de las partes, no solo en interés propio, sino también de las finalidades del contrato y de su contraparte."

[669] Al respecto se señaló en la SSSC 800- 119, de 17 de septiembre de 2015 que "La Corte Suprema de Justicia ha explicado que el principio de buena fe a que alude el artículo 1603 del Código Civil lleva implícito el deber de que las partes contratantes se comporten lealmente. Según una sentencia emitida por esa Corporación el 2 de febrero de 2015, 'la palabra «fe», fidelidad, quiere decir que la persona, o la parte, según el contexto, se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en la observancia de sus obligaciones, creyendo que respetará a cabalidad los compromisos asumidos. [...] [se trata entonces de] comportarse conforme se espera de quienes actúan en el tráfico jurídico con rectitud, corrección y lealtad'. Es interesante anotar, en este sentido, que el deber de lealtad descrito por la Corte Suprema de Justicia es similar al que en otros países rige la conducta de los accionistas controlantes en sus relaciones con los minoritarios(...)¨."

[670] Así se reconocía expresamente por la SSC en el Concepto 220-179486 del 31 de diciembre de 2019, en el que señaló que dicha corporación no se había referido en ningún concepto o decisión, de manera específica sino solo tangencialmente sobre el conflicto de intereses o deber de lealtad entre socios, sin embargo, si puede señalarse que en el concepto 2018-800-00431 28 de agosto de 2019, dijo que "bajo el postulado de la buena fe contractual, este Despacho ha reconocido la posibilidad de hacerle exigible el deber de lealtad a los administradores sociales e incluso a los accionistas controlantes en hipótesis de apropiación irregular de recursos sociales."

socios, para lo cual vienen obligados a manifestar el voto en pro del interés social[671] y sin hacer prevalecer el interés personal o particular.

Entra aquí en juego otro concepto de gran relevancia, el interés social, sobre el que se hace gravitar de manera concreta el deber de lealtad y el principio de buena fe con relación al abuso del derecho al voto. Este concepto, al igual que como ocurre en Derecho español, tampoco se encuentra definido en la legislación mercantil colombiana, pero sí encuentra una referencia normativa específica en los artículos 187.6[672] y 420.6[673] del C. de Co en los que se establece como una de las competencias de la JGA la adopción de medidas para el cumplimiento del *interés común de los asociados* y para el cumplimiento del *interés de la sociedad*, respectivamente.

Nótese que en el artículo 187.6 del C. de Co. (régimen general de sociedades) se hace referencia al interés común de los socios, mientras que en el 420.6 (régimen específico de las sociedades anónimas) se habla del interés de la sociedad, diferenciación que no es casual, sino perfectamente intencionada para diferenciar el concepto de interés social en las sociedades de personas del concepto interés social en las sociedades anónimas.

En efecto, cuando en el artículo 187.6 C. de Co. se establece que es competencia de la junta adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento del interés común de los socios, se está identificando el interés social con el interés común de los socios (teoría contractualista), pero se ha entendido que este mandato solo se refiere a las sociedades de personas[674], en las cuales las condiciones personales de cada socio son determinantes para formar el ente y la

[671] GAITÁN VILLANEDA, N.: "La autocontratación en el derecho de sociedades colombiano: deber de lealtad, interés social y vínculo jurídico administrador-sociedad". *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 12, n.° 2, julio-diciembre, 2013, pág. 43 a 79, pág. 48.

[672] ARTÍCULO 187. FUNCIONES GENERALES DE LA JUNTA O ASAMBLEA DE SOCIOS. La junta o asamblea ejercerá las siguientes funciones generales, sin perjuicio de las especiales propias de cada tipo de sociedad: 6) Adoptar, en general, todas las medidas que reclamen el cumplimiento de los estatutos y el interés común de los asociados.

[673] ARTÍCULO 420. FUNCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS. La asamblea general de accionistas ejercerá las funciones siguientes: 6) Adoptar las medidas que exigiere el interés de la sociedad.

[674] Nos referimos aquí especialmente a las sociedades colectivas y en comandita, esta últimas en relación al socio gestor, en donde la condición de la persona es determinante para la formación y liquidación del ente societario, y la administración y representación del ente está en cabeza de todos los socios, de donde se deduce sin lugar a dudas que el interés social está conformado por el interés común de los socios de manera exclusiva.

separación patrimonial entre estos y la sociedad no es total[675], razones por las cuales puede considerarse acertadamente que, el interés social en este tipo de sociedades está conformado de manera íntegra y exclusiva por el interés común de los socios[676].

Ahora bien, en cuanto al interés social respecto de las sociedades anónimas[677] se puede considerar que en este caso ha habido una inclinación por la tesis institucionalista[678], la cual tal y como ya se señaló incluye en el concepto indeterminado interés social no solo el común de los socios, sino el de otros sujetos que interactúan con la sociedad, tales como los trabajadores, los acreedores, el Estado y tiene en cuenta temas trascendentales como el medio ambiente, entre otros.

El acogimiento de la tesis institucionalista para definir el interés social de la sociedad anónima en Colombia se empezó a derivar del esquema de organización del Estado colombiano, acogido en la Constitución Política de 1991, como Social de Derecho[679], pues ello implicó que el Derecho de sociedades fuera una herramienta más al servicio de los interese colectivos y por lo tanto, la sociedad como ente con personalidad jurídica propia y actor fundamental en la economía del país, se puso por encima de los interés comunes de los socios, debiendo propender por reivindicar, mejorar y amparar los

---

[675] Al respecto véase los artículos 294 y 323 del C. de Co. que establecen, respectivamente: ARTÍCULO 294. RESPONSABILIDAD DE SOCIOS EN SOCIEDAD COLECTIVA. Todos los socios de la sociedad en nombre colectivo responderán solidaria e ilimitadamente por las operaciones sociales. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita. (…). ARTÍCULO 323. FORMACIÓN DE SOCIEDAD EN COMANDITA - DENOMINACIÓN DE SOCIOS. La sociedad en comandita se formará siempre entre uno o más socios que comprometen solidaria e ilimitadamente su responsabilidad por las operaciones sociales y otro o varios socios que limitan la responsabilidad a sus respectivos aportes. Los primeros se denominarán socios gestores o colectivos y los segundos, socios comanditarios.

[676] CÓRDOBA ACOSTA, P.: *Derecho de sociedades y gobierno de las sociedades anónimas; el interés social, órganos, accionistas y administradores*, Universidad Externado de Colombia. 2014, págs. 145 y 146.

[677] Debe señalarse que por la aplicación analógica de los mandatos de la sociedad anónima a las demás sociedades de capital, tal y como se señaló en los capítulos anteriores, lo que se va a firmar es también predicable de estas.

[678] Así también lo ven CÓRDOBA ACOSTA, P. ob. cit. págs. 153 a 159; MORGESTEIN SÁNCHEZ, W.: "El Concepto de Interés Social y su Impacto en el Derecho de Sociedades Colombiano", *REVIST@ e – Mercatoria*, Volumen 10, Número 2 (julio – diciembre 2011). En contraposición encontramos a MARTÍNEZ NEIRA, N. ob. cit. págs. 495 a 497, quien define el interés social como *uti socci* bajo una tesis contractualista.

[679] Al respecto véase entre otros a VELÁSQUEZ RESTREPO, C.: *Orden societario*, 3ª ed., Señal editora, 2010, pág. 36. y PEÑA NOSSA, L.: *De las sociedades comerciales*, 6ª ed., Temis, 2011, pág. 25.

intereses de todos los que tiene que ver con la empresa y no solo de sus accionistas[680].

A su turno, el carácter institucional del interés social también se ha extraído de una interpretación sistemática de las normas societarias, en donde de manera directa o indirecta se reconoce la existencia de un interés propio y autónomo de la sociedad, en el que confluyen los intereses de los accionistas y de otros sujetos, como los acreedores, trabajadores e incluso el Estado. Un ejemplo muy clarificador del acogimiento de dicha tesis se encuentra en los mandatos del artículo 23 de la L 222/1995 en el que se establecen los deberes de los administradores, disponiéndose de manera expresa que "*sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados*", haciendo así una clara separación entre el interés social como tal y los intereses de los socios, quedando claro que aquel es diferente y autónomo de estos últimos[681].

Del mismo modo, en el artículo 43 de la Ley 1258/2008, fundamento normativo del análisis que se efectúa en este acápite, se hace una clara diferenciación entre el interés de la sociedad y el interés de los accionistas, pues allí se establece por un lado que el ejercicio del derecho al voto debe hacerse en "interés de la compañía", y por otro lado, luego, se señala que será abusivo el voto que se haya ejercido con el propósito o que cause *daño a la compañía o a otros accionistas*, lo que implica que no se asimila interés social con interés común de los socios, sino que se trata de dos intereses autónomos, ambos amparados frente al abuso del derecho al voto en una JGA.

Sentado lo anterior, corresponde ahora sí entrar a analizar la figura de la nulidad de los acuerdos sociales por abuso del derecho al voto regulada en el citado artículo 43 de la Ley 1258/2008.

---

[680] NARVÁEZ GARCÍA, J. ob. cit. pág. 36.

[681] Otro ejemplo que se pueden encontrar en la legislación del que se puede extraer una definición institucionalista del interés social, los tenemos en los mandatos del artículo 25 de la Ley 222 de 1995 (acción social de responsabilidad contra los administradores), en cuyo párrafos tercero y cuarto se establece que: "cuando adoptada la decisión por la asamblea o junta de socios, no se inicie la acción social de responsabilidad dentro de los tres meses siguientes, ésta podrá ser ejercida por cualquier administrador, el revisor fiscal o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad. En este caso los acreedores que representen por lo menos el cincuenta por ciento del pasivo externo de la sociedad, podrán ejercer la acción social siempre y cuando el patrimonio de la sociedad no sea suficiente para satisfacer sus créditos. Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de los derechos individuales que correspondan a los socios y a terceros."

2. Nulidad de los acuerdos adoptados con abuso del derecho al voto.

2.1 Antecedentes.

Antes de la promulgación de la Ley 1258/2008, la única referencia legal en materia mercantil que tenían los accionistas para atacar los acuerdos sociales abusivos estaba recogida en el aún vigente artículo 830 del C. de Co, en el que únicamente se establece la obligación de indemnizar los perjuicios causados cuando se ejerza un derecho subjetivo de manera abusiva, norma que claramente no estaba encaminada a repeler la adopción de acuerdos sociales abusivos.

No obstante lo anterior, al igual que como ocurrió en el régimen español la falta de una norma expresa no impedía que se plantearan pretensiones, principalmente indemnizatorias, basadas en el abuso del derecho de la mayoría, sin embargo no se puede afirmar que surgiera en la doctrina jurisprudencial colombiana, como sí ocurrió en España, una teoría sobre el abuso del derecho de las mayorías, en la que se establecieran claramente los presupuestos de su procedencia[682], siendo en los Tribunales de Arbitraje en los que en mayor medida, pero sin abundamiento, más se planteaba esta figura de los acuerdos abusivos[683].

A modo de ejemplo podemos traer a colación el Laudo Arbitral, proferido el día 17 de marzo de 2004, dentro del trámite adelantado en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de Guillermo Rengifo contra Lucila Acosta Bermúdez, Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda. y otros, en el cual se planteó, entre otras, el abuso del derecho por parte de los

[682] En la SCSJ 6499, del 1 de abril de 2003, se resolvió un recurso de casación contra una sentencia en la que se había debatido sobre la adopción abusiva de un acuerdo de venta de acciones, sin embargo en la sentencia de casación no se entra a analizar la figura del abuso de las mayorías, limitándose el análisis a considerar lo correspondiente al monto indemnizatorio reclamado con base en el artículo 830 del C. de Co, es más a pesar de encontrarse probado que la accionista demandada abuso de su derecho en la adopción de la decisión, absuelve a la sociedad, al respecto se señaló: "Reitera la Corporación que el abuso de derecho exige un requisito subjetivo, que es precisamente ser titular del derecho utilizado como desviación de poder para obtener una ganancia abusiva en detrimento abusivo del sujeto pasivo. "Por eso se condena a Elvara en referencia con esta pretensión", pero no condena a Satexco, porque no tomó parte en la negociación."

[683] Al respecto puede verse también el Laudo Arbitral del 29 de noviembre de 2005, de German Alfonso y Cia Ltda., Gaffel Gustavo Lohle y Cia. C.S, Cobúfalos S.A., Activos y Títulos S.A. (en liquidación), Rafael Antonio Álvarez, contra Datafux S.A. de C.V. y Genetec S.A. de C.V., proferido dentro del trámite arbitral adelantado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

mayoritarios al aprobar una capitalización que diluyó al demandante, pasando del 5.7692% al 0.34%. En esa ocasión el Tribunal de Arbitraje consideró que dicha decisión se había adoptado con abuso del derecho, para lo cual, en primer lugar valoró como indicio del abuso el hecho de que la convocatoria se hubiera realizado por medios "inusuales", en segundo lugar que la decisión del aumento de capital fuera "intempestiva" y equivalente al mil seiscientos por ciento (1600%), y en tercer lugar que la misma no tuvo un propósito claro y definido, por lo que todo ello, aunado a que fue dicha decisión lo que provocó la dilución del socio, lo llevó a declarar la existencia del abuso del derecho y a ordenar el pago de la correspondiente indemnización[684].

En aquellos pocos eventos a los que hemos hecho referencia en los que se analizó el abuso del derecho por parte de las mayorías decisorias, nada se dijo sobre las consecuencias jurídicas frente al acuerdo adoptado abusivamente, pues las decisiones se centraron en declarar la procedencia o no de la indemnización reclamada, dejando incólume la decisión adoptada abusivamente[685], seguramente porque no existía una norma, como en Derecho español[686] que

[684] Sobre la aplicación de la teoría del abuso del derecho al caso concreto se señaló en el citado Laudo arbitral que: "En suma, los socios con capacidad decisoria tienen la potestad de hacer valer su mayoría para aprobar una decisión que implique una capitalización de la sociedad. El derecho en mención, que se enmarca dentro de los lineamientos propios de ejecución del contrato social, debe sin embargo ejercerse en forma consecuente con la función que en el ordenamiento jurídico se le atribuye al mismo, de manera que un comportamiento que sea incongruente con la función que para la figura de la capitalización o aumento del capital social se ha previsto en el ordenamiento jurídico en orden a la plena realización de los fines del contrato de sociedad, debe ser rechazado, particularmente si como consecuencia del mismo se infringe un daño a un tercero".

[685] Se señaló en el citado Laudo Arbitral de 17 de marzo de 2004 que "A este tribunal no le fueron planteadas por el convocante cuestiones relativas a la eficacia o ineficacia de las mencionadas decisiones sociales y, por ende, no se pronunciará sobre ese aspecto. También debe ponerse de presente que para el examen de la cuestión que se analiza, el tribunal parte de la premisa de lo que consta en el acta 59 de la reunión de la junta de socios de la sociedad A.M.S. e Hijos Ltda., en el entendido que no le concierne decidir sobre la validez de las decisiones tomadas, desde el punto de vista del cumplimiento de los requisitos que para el efecto plantea el ordenamiento legal colombiano. Lo que el tribunal sí examinará serán las consecuencias que para el convocante se derivaron de las decisiones tomadas en la mencionada reunión de la junta de socios, concretamente en lo concerniente con el efecto de dilución de la participación de capital que, según los documentos aportados, tenía el socio G.M.R. antes y después de la aludida capitalización.". Así mismo se dijo en la SCSJ 6499, del 1 de abril de 2003, que el objeto de la casación era simplemente el quantum de la indemnización decretada, e incluso cuando se hace un recuento de los antecedentes del fallo recurrido se puede ver que en aquel tampoco se llegó a declarar la nulidad absoluta por objeto ilícito demandado respecto de la decisión.

[686] Hay que recordar que el artículo 7.2 del Código Civil español establece la obligación de las autoridades judiciales o administrativas de impedir la persistencia del abuso.

obligara a repeler el abuso[687]. No obstante lo anterior, se puede afirmar que en dichos supuestos hubiera podido intentarse la declaratoria de nulidad absoluta de la decisión, bien por objeto ilícito, como finalmente lo acogió el legislador colombiano en el art. 43 de la Ley 1258/08, bien por violación de norma imperativa, concretamente por la violación del deber constitucional contenido en el artículo 95.1 de la Carta Política[688].

2.2. El reconocimiento en el derecho positivo de la nulidad de los acuerdos abusivos.

Como ya se ha señalado la incorporación de la figura de la nulidad de los acuerdos abusivos en Colombia no ocurrió sino hasta la expedición de la Ley 1258/2008, normativa a través de la cual se buscaba darle más relevancia a la autonomía de la voluntad en las sociedades cerradas, pasando las disposiciones legales normativas a un segundo plano adquiriendo el carácter de dispositivas[689].

Así, al dársele un gran poder dispositivo a los accionistas para regular los aspectos vertebrales de la SAS en el propio contrato de sociedad, el legislador también previó mecanismos que repelieran el uso abusivo de esas prerrogativas que estaba otorgando[690], una de las cuales consistió precisamente en la

[687] Sobre el particular señaló la SSC, en el Oficio 220-121211, de 1 de noviembre de 2009 que "el abuso origina la obligación de indemnizar mas no necesariamente conlleva a una nulidad o ineficacia del acto jurídico en el que se haya dado el abuso del derecho, de tal manera que tal consecuencia habría que buscarla a partir de otros instrumentos o construcciones legales."

[688] Al respecto señaló GIL ECHEVERRY, J.: *Impugnación de decisiones societarias.* ob. cit. págs. 244, que el régimen general de nulidad absoluta del negocio jurídico mercantil, regulado en el artículo 899 del C. de Co, en el que se establece que será nulo absolutamente el negocio jurídico contraría una norma imperativa, el que tenga causa u objeto ilícito o sea celebrado por persona absolutamente incapaz, es aplicable a las decisiones sociales bajo el entendido de que las decisiones sociales son actos de ejecución del contrato de sociedad.

[689] Gaceta 346/2007 de 25 de julio, del Senado de la República de Colombia.

[690] Dentro de estas encontramos la posibilidad de creación por acto unipersonal, la constitución por documento privado, el carácter constitutivo de la inscripción en el registro mercantil, la limitación de responsabilidad por obligaciones sociales, incluidas las derivadas de impuestos y obligaciones laborales, la posibilidad de objeto indeterminado, término de duración indefinido, abolición de la revisoría fiscal obligatoria, clasificación de acciones, voto múltiple, abolición de la pluralidad para quórum y mayorías decisorias, incluidas las reuniones de segunda convocatoria, la posibilidad de renunciar al derecho a ser convocado a reuniones de la asamblea, votación por principio de simple mayoría, libertad de proporción entre capital autorizado y suscrito, plazo amplio de dos años para el pago del capital sin sujeción a proporción definida de cuota inicial, supresión de prohibiciones a los administradores sociales y de los límites para la distribución de utilidades, posibilidad de arbitramento para resolver todos los asuntos incluidas las acciones de impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva.

establecida en su artículo 43 de la Ley 1258/2008[691], en la que se reconoció por primera vez, de manera positiva, que:

i) El derecho al voto debe ejercerse en interés de la compañía.
ii) Que se considera abusivo tanto el voto que se ejerza con la intención de causar daño a la compañía o a otros socios, como el voto que se ejerza con la intención de obtener un beneficio "injustificado" para sí o para un tercero, como el voto que sin la intención de causar daño o de obtener un beneficio, efectivamente cause un perjuicio a la sociedad o a otros accionistas.
iii) Que pueden incurrir en esta conducta abusiva tanto los accionistas mayoritarios cuando adoptan un acuerdo bajo dichos parámetros, como los minoritarios o paritarios cuando bloquean de manera injustificada la adopción de un acuerdo y que:
iv) Dicha conducta genera la nulidad absoluta de la decisión por objeto ilícito.

Fueron así asentados los presupuestos de la teoría del abuso del derecho al voto en las decisiones sociales, que propende por amparar el interés de la compañía, concepto indeterminado, que tal y como ya se anotó se define, en Derecho colombiano bajo los parámetros de la teoría institucionalista en virtud de la cual se entiende que dicho interés está conformado no solo por el común de los socios, consistente en la maximización del valor económico del aporte, sino también por los intereses de los demás sujetos (trabajadores, acreedores, consumidores etc.) interrelacionados con el ente societario.

Puede resultar muy diciente, aunque no se haya expresado así en la exposición de motivos de la Ley y el legislador siempre haya considerado sinónimos los términos compañía y sociedad, el hecho de que en esta ocasión la norma hable de "interés de la compañía" y no de "interés de la sociedad", como lo ha hecho en otras oportunidades cuando se refiere a este concepto jurídico indeterminado, pues esto podría indicar un acogimiento en el Derecho positivo colombiano de la definición del interés social bajo los postulados de la tesis institucionalista, si se asimila interés de la compañía a interés de la empresa[692].

[691] Otro mecanismo de protección frente a actuaciones abusivas consiste en la posibilidad de desestimación de la personalidad jurídica en hipótesis de fraude o utilización abusiva del tipo societario.

[692] Al respecto señala CÓRDOBA ACOSTA, P. ob. cit. pág. 140 y 141, con cita de la obra de Pier Giusto Jaeger, L'interesse sociale, Milano, Giuffré, 1964 que la tesis institucionalista

Así pues, más que un interés social entendido en sentido estricto como aquel que surge del contrato de sociedad celebrado entre los accionistas, puede considerarse que cuando el legislador colombiano señala que el voto debe ejercerse en "interés de la compañía", en realidad está haciendo referencia al interés de la empresa, entendida esta como una "actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios"[693], en el que tienen cabida los intereses de una pluralidad de partes además de los socios.

Se refleja aquí el principio constitucional establecido en el artículo 333[694] de la Carta política que dispone, entre otros que, la empresa por ser base fundamental para el desarrollo de la economía colombiana "tiene una función social que implica obligaciones", lo que se traduce en que la empresa es una herramienta más al servicio del interés general y que por lo tanto no puede servir únicamente como medio de obtención de riqueza para los accionistas sino que también debe redundar en beneficio de la sociedad colombiana en general y más concretamente en beneficio de los sujetos interconectados con ella[695].

Así las cosas, y partiendo de la concepción funcionalista de la teoría del abuso del derecho acogida desde el primer momento por la Corte Suprema de

---

confunde los conceptos de sociedad y empresa, pues solo hacen parte de este último y no de aquel lo concerniente a los temas laborales, ambientales y protección de los acreedores.

[693] Artículo 25 del C. de Co.

[694] ARTICULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.
La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.
La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.
El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.
La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

[695] Al respecto señaló CÓRDOBA ACOSTA, P. ob. cit. pág. 140 y 141 que "el interés social de la sociedad anónima se encuentra estrechamente relacionado con la función que la empresa está llamada a cumplir en el Estado colombiano, siendo la sociedad anónima, desde este punto de vista y sin atentar contra la libertad de empresa y contractual, una institución, en la medida en que se trata de un comerciante o empresario que desarrolla una actividad económica organizada, es decir, la empresa, que tiene una connotación especial a partir de la normativa constitucional vigente."

Justicia[696], los accionistas desbordan la función social y económica de los derechos otorgados en el régimen societario y por ende infringen el interés social cuando expresan su voto afectando todos o alguno de los múltiples intereses concurrentes en el interés social y no solo cuando lesionan el interés común de los socios de obtener el reparto de beneficios económicas del ente[697].

2.3. Configuración del abuso del derecho al voto en la adopción de una decisión de JGA.

Lo primero que debemos plantearnos es si los supuestos de abuso del derecho al voto enunciados en el artículo 43 de la Ley 1258/2008 constituyen presupuestos concurrentes para la configuración del mismo o si por el contrario son independientes y puede predicarse abuso del derecho en cada uno de ellos, es decir, corresponde en primer lugar determinar si el abuso del derecho se configura solo si el voto se ejerce con la intención de causar daño u obtener un beneficio injustificado y siempre que efectivamente causa ese daño, o si por el contrario el voto puede reputarse abusivo si causa daño, se ejerza o no con esta ilegitima intención o para obtener un beneficio injustificado para quien lo ejerce o un tercero.

Del tenor literal de la norma se puede desprender que el legislador colombiano ha establecido 2 supuestos distintos y no concurrente de abuso del derecho al voto, en virtud de los cuales: abusa de este derecho tanto quien lo ejerce con la intención de causar daño o con la intención de obtener un beneficio injustificado, como quien sin ninguna de dichas intenciones al ejercerlo causa un daño por haberlo ejercido de manera desbordada, lo que implica que, en este caso concreto, se puede abusar del derecho al voto tanto de forma intencionada (dolosa o culposa) como sin que concurra dicho elemento subjetivo, como

[696] Al respecto se dijo en la SCSJ SC1074/2022, del 22 de abril, que la teoría funcionalista del abuso del derecho expuesta por Louis Josserand en su obra *De l'abus des droits*, Edit. Rousseau, París, 1905 y acogida por la Corte Suprema de Justicia desde la Sentencia del 21 de febrero de 1938. G.J. 1932, p.62, implica que abusa del derecho quien ejerce un derecho subjetivo de manera "disímil del estándar o patrón de comportamiento exigible", lo cual implica desde un "criterio funcional", que se actuó con "anormalidad" o "exceso", de forma "culposa o dolosa", o con "falta de precaución", o con "malicia", así como cuando la actuación está gobernada por "una falsa dirección", sin un "fin lícito y moral", "[E]s decir, distinta de su propia y natural destinación o fuera de sus límites adecuados".

[697] MORGESTEIN SÁNCHEZ, W.: "Sobre la teoría del abuso del derecho y en especial del abuso de las mayorías en el derecho societario colombiano", *Revista opinión jurídica Universidad de Medellín*, Vol. 16, N° 31, págs. 197-214, pág. 205.

cuando el mismo se ejerce de forma extralimitada causando un daño (objetivamente).

Se trata pues aquí del acogimiento en Derecho positivo de una posición ecléctica entre la visión subjetiva y la visión objetiva del abuso del derecho, ya esbozada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en virtud de la cual tanto la intención maliciosa la actuación imprudente en el ejercicio del derecho (teoría subjetiva), como el ejercicio excesivo o anormal en el derecho subjetivo sin intención ni culpa (teoría objetiva), que cause daño a otro constituye un presupuesto de abuso del derecho[698].

No obstante lo anterior la SSC considera que para que exista abuso del derecho al voto, además del resultado dañoso al interés social o de los otros accionistas o de la obtención de la ventaja injustificada, también debe estar siempre presente el elemento volitivo, y por lo tanto quien ejerce el voto debe hacerlo con esa intención de causar daño o de obtener una ventaja injustificada[699], desconociendo así el tener literal de la norma que señala expresamente que abusa del derecho al voto el que lo ejerce "con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para una tercera ventaja injustificada, **así como aquel** voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas".

[698] Al respecto se señaló en la SCSJ 429118, de 16 de septiembre de 2010 que "Una vez asimilada y aplicada la doctrina del abuso del derecho, fundada en los antecedentes de los actos de emulación y en las inmisiones, empezaron a brotar, como sucedáneas, la visión subjetiva, afincada en la necesidad de intención dañina o por lo menos de imprudencia o descuido en la conducta, para que pudiera advertirse el fenómeno, y la objetiva, apoyada en la presencia del exceso o anormalidad en la ejecución del respectivo derecho, tesis ambas que terminaron siendo aceptadas en una especie de postura ecléctica, de conformidad con la cual se incurriría, en cualquiera de los dos casos, en el fenómeno que se viene tratando, pues en una u otra situación emergería el desafuero siempre que el titular del respectivo privilegio causara menoscabo por razón de su designio dañado, ora por virtud de la simple negligencia, ya porque desbordase sus límites, lo ejerciera de manera anormal o merced a que lo practicara en forma diversa a la función para la cual fue establecido."

[699] Véase la SSC en la Sentencia 800-000073, de 19 de diciembre de 2013, Consideraciones, apartado B, en la que se señaló que "las consideraciones presentadas en el acápite precedente dan cuenta de la desventajosa posición en la quedó Servicis S.A. luego de su remoción anticipada como miembro de la junta directiva de NCSC S.A.S. Con todo, esta circunstancia no es suficiente, por sí sola, para que pueda predicarse el ejercicio abusivo del derecho de voto en los términos del artículo 43 de la Ley 1258 de 2008. Según ya se dijo, la aplicación de la figura bajo estudio presupone la acreditación de un elemento volitivo, vale decir, la intención de provocar un daño o de obtener una ventaja injustificada. Se trata del ejercicio de derechos políticos con un propósito que excede la finalidad del derecho de votar a favor o en contra de una determinación."

Nótese que el legislador utilizo un elemento copulativo en la redacción de la norma, "así como", que implica que tanto en el caso indicado anteriormente como en el caso señalado posteriormente se incurre en abuso del derecho, sin embargo, la SSC no concibe un abuso del derecho al voto sin que concurra intención de dañar o de beneficiarse, en los términos que se analizará más adelante[700].

Sentado lo anterior, corresponde ahora señalar que para la determinación del ejercicio abusivo del derecho al voto, lo primero que deberá hacerse es intentar fijar la función y finalidad de este derecho, y así establecer un marco dentro del cual puede ejercerse el mismo sin considerarse abusivo. Sobre el particular debemos señalar que en el capítulo primero de este trabajo (apartado 5.3.1) ya sí hizo un profundo análisis sobre este importante derecho político de los accionistas, por lo que, con el propósito de no incurrir en reiteraciones innecesarias, en cuanto al alcance, contenido y limitaciones nos remitimos a dicho apartado, aclarando en todo caso que, cuando el voto se ejerce sin tener derecho a ello, este supuesto no constituye un abuso del derecho, sino una violación de la ley que debe impugnarse por otra vía[701].

Conforme a lo anterior, solo resta aquí señalar que al ser el voto de cada accionista el mecanismo que permite aplicar el principio mayoritario para adoptar las decisiones sociales, su función y finalidad está enmarcada, en términos generales, precisamente en esa labor tan importante de la formación de la voluntad social que, le permite relacionarse y actuar como ente jurídico autónomo y desarrollar su objeto social, por lo que todo aquello que no sea

[700] Esta exigencia se puede deber a que la SSC ha seguido en gran medida, pues lo cita constantemente en sus resoluciones judiciales, los planteamientos esbozados por Néstor Humberto Martínez Neira en su libro de Catedra de Derecho Contractual Societaria, ya citado en este trabajo y en cuya página 498 afirma que es un elemento esencial para configurar el abuso del derecho al voto la intención de causar daño, sin referirse al otro supuesto intencional consistente en la de obtener una ventaja injustificada, no obstante hacer mención a la visión ecléctica que tiene la Corte Suprema de Justicia con relación al abuso del derecho subjetivo y objetivo.

[701] Al respecto puede verse la SSSC 810-000041, de 2 de junio de 2017, en la que se concluyó: "el Despacho sí pudo advertir una irregularidad en el ejercicio del derecho de voto por parte del demandado en relación con estas decisiones sociales en particular. Ello se debe a que los estados financieros de Hacienda San Antonio Ltda. fueron aprobados en contravención a lo dispuesto por el artículo 185 del Código de Comercio, por cuya virtud, los administradores no pueden 'votar los balances y cuentas de fin de ejercicio [...]'. Lo anterior es suficiente para concluir que no se configuró un abuso del derecho de voto por parte de Ricardo Suárez Pardo, sino, más bien, el ejercicio de esta prerrogativa cuando ello estaba prohibido por la ley (…) En efecto, el abuso del derecho de voto parte de que, si bien la ley permite el ejercicio de esta prerrogativa, el asociado desvía su finalidad con los propósitos ilegítimos que la norma indica."

acorde con esta importantísima labor, puede considerarse desbordante de la finalidad y función del derecho al voto en la JGA.

2.3.1 Requisitos de configuración del abuso del derecho al voto.

Si bien la norma no establece unos requisitos taxativos para determinar la concurrencia de abuso en el ejercicio del derecho al voto, tal y como se señaló anteriormente, la SSC sí ha sentado doctrina jurisprudencial en el sentido de establecer que quien alega la toma de decisiones abusivas debe acreditar: en primer lugar que el derecho al voto ha sido ejercido, en segundo lugar que dicho voto se ha ejercido con la intención de causar daño o de obtener una ventaja, y en tercer lugar que como consecuencia del ejercicio de ese voto se ha adoptado o dejado de adoptar una decisión[702] que ha causado un perjuicio a la compañía o a los accionistas o que ha permitido, a quien ejerció el voto de manera abusiva o aun tercero, obtener una ventaja injustificada[703].

Son pues estos los requisitos o presupuestos que procedemos a analizar de manera individual.

A) Ejercicio del derecho al voto.

Aunque este requisito pareciera obvio, no resulta tan claro en todos los casos referidos al voto en una JGA, toda vez que, si bien este puede consistir y consiste en la mayoría de las veces, en una manifestación a favor o en contra de la toma de la decisión, también puede expresarse mediante una abstención o incluso mediante un voto en blanco, pues ninguna norma prohíbe al accionista votar de estas dos últimas maneras.

A pesar de lo anterior, la SSC ha considerado que solo se puede ejercer la acción regulada en el artículo 43 de la Ley 1258/2008 cuando el voto ha sido bien a favor o bien en contra de la adopción del acuerdo, pero no en los casos en

[702] Sobre este aspecto volveremos más adelante, pues en los casos de abuso de la minoría como de abuso por la situación paritaria se parte de la no adopción de un acuerdo, precisamente por el bloqueo de esa minoría en la adopción de la decisión que requiere su voto positivo.

[703] Sobre los presupuestos que deben acreditarse para controvertir decisiones abusivas, señaló la SSC Sentencia 800-000044, de 18 de julio de 2014, con cita de dos sentencias anteriores que "un demandante que invoque la utilización irregular del derecho de voto debe probar que el ejercicio de esa prerrogativa le causó perjuicios a la compañía o a alguno de los accionistas o que sirvió para obtener una ventaja injustificada. También es indispensable que el derecho de voto haya sido ejercido con el propósito de generar esos efectos ilegítimos".

los que el accionista se haya abstenido, pues considera que en dicho evento no se ha hecho propiamente un uso de dicho derecho[704].

No obstante lo anterior, consideramos que podría llegar a entenderse que la abstención es otra facultad inherente al voto y que por lo tanto si con ella se consigue el mismo efecto de causar daño a la compañía o a otros accionistas o se obtiene para sí una ventaja injustificada, podría llegar a verificarse un abuso del derecho resarcible, pues no debemos olvidar, tal y como ya se dijo en el primer capítulo que, en Derecho colombiano la regla general es que la decisión se adopta con el voto afirmativo de más del 50% de las acciones presentes y que por lo tanto los votos en blanco o las abstenciones terminan contabilizándose como votos en contra a pesar de no serlo.

En efecto, si un accionista que representa un porcentaje de participación accionaria necesaria para adoptar la decisión sometida a consideración de la JGA, en lugar de votar en contra de esta se abstiene, por ejemplo, para lograr que no se apruebe una acción social de responsabilidad contra un administrador (ventaja injustificada de un tercero), podría con esta conducta abusar de su derecho y resultar impune en su actuación.

Esta concepción limitada del ejercicio al derecho al voto abre una puerta para que las minorías o incluso los accionistas en caso de paridad, puedan abusar del derecho sin poder ser perseguidas por esta actuación, para lo cual, en lugar de votar en contra de la adopción del acuerdo, bastaría con abstenerse o incluso con votar en blanco y así conseguir el mismo objetivo pero sin ser sancionados por ello.

Así las cosas, consideramos más acertado no descartar de entrada la procedencia de la acción contemplada en el artículo 43 de la Ley 1258/2008, por el simple hecho de que la conducta desplegada haya consistido en la abstención o en el voto en blanco, debiéndose analizar la concurrencia o no de los demás requisitos para así determinar si en ese caso concreto ha habido o no abuso del derecho.

B) El propósito: el daño a la sociedad o a los accionistas, o la ventaja injustificada para si o para un tercero.

- La intencionalidad de la conducta

[704] SSSC 820-000013, de 15 de febrero de 2022.

Sobre este requisito ha establecido la SSC además de que es esencial y necesario siempre para considerar un acuerdo abusivo, que el mismo consiste en un elemento volitivo-subjetivo que implica querer la producción del perjuicio o la obtención de la ventaja, y que su concurrencia se puede deducir de la existencia previa de un conflicto intra societario entre los accionistas[705], del carácter intempestivo o sigiloso en la adopción de la decisión, así como de la naturaleza inverosímil o insuficiente de la justificación de la adopción del acuerdo[706].

Así, podemos asimilar este último supuesto al requisito establecido en la legislación española denominado "necesidad razonable para la sociedad", por lo que, si se encuentra suficientemente acreditado que la adopción de la decisión era necesaria para el buen funcionamiento del ente o para el desarrollo de su objeto social o para alcanzar sus fines, el acuerdo será justificado y por lo tanto desaparecerá ese elemento volitivo que demanda la jurisdicción societaria.

A modo de ejemplo podemos traer a colación el caso analizado en la SSSC 800-000044, de 18 de julio de 2014, ya citada, en la que la demandada pretendió justificar la adopción de la decisión de no repartir las utilidades so pretexto de la existencia de un plan de expansión del negocio, que no resultó probado en el procedimiento, pero que sin embargo de haberlo hecho hubiera sido suficiente para descartar el cumplimiento de este requisito[707].

En igual sentido, cuando la SSC se ha pronunciado sobre los típicos casos de abuso del derecho en la adopción de la decisión de capitalizar la compañía, también ha tenido en cuenta entre otros, la necesidad de recursos para atender los requerimientos de capital o liquidez de la compañía, declarando que no hay abuso del derecho cuando la sociedad necesita los recursos para cubrir gastos o pagar obligaciones tributarias entre otros[708].

---

[705] Al respecto se señaló por la SSC en el Auto 802-12735 de 18 de junio de 2013 que "el Despacho ha detectado la existencia de un pronunciado conflicto entre los asociados mayoritarios y minoritarios (…) esta circunstancia podría constituir un indicio de la naturaleza abusiva de decisiones que, de no existir esa disputa, serían perfectamente legítimas".

[706] Véase la SSSC 830-000065, de 22 de septiembre de 2020.

[707] Se dijo en la referida Sentencia que "No fue posible corroborar la existencia de proyectos lo suficientemente decantados como para justificar la retención continuada de las utilidades generadas (…) El Despacho no encontró siquiera las proyecciones financieras que permitieran establecer la viabilidad de un potencial proyecto de expansión, ni calcular el retorno mínimo".

[708] Al respecto pueden verse, entre otros, la SSSC 800-20, de 27 de febrero de 2014 o el Auto 800-2730, de 17 de febrero de 2015.

- El perjuicio a la compañía o a los accionistas o la ventaja injustificada para sí o para un tercero

Se ampara en esta norma, al igual que ocurre en Derecho español, tanto el interés social de la compañía, al cual ya nos hemos referido en cuanto a su extensión y contenido, como el interés de los accionistas, el cual debe ser entendido en los mismo términos ya señalados anteriormente cuando analizamos esta figura en el Derecho español, esto es, como el común de los accionistas consistente en la maximización del valor económico de la empresa, e incluye una serie de prerrogativas que encuentran causa en el contrato social.

Lo anterior implica que no se puede invocar el daño respecto de cualquier interés subjetivo de los socios para fundamentar el ejercicio abusivo del derecho por parte de los otros accionistas[709], traduciéndose esto en que, no siempre que no se apruebe una decisión que los minoritarios querían que se aprobara puede afirmarse que ha habido abuso del derecho al voto por los otros accionistas[710].

Sentado lo anterior, lo primero que debemos señalar es que el perjuicio y el beneficio injustificado no deben ser concurrentes, sino que son presupuestos alternativos, aunque en algunos casos la obtención del beneficio pueda acarrear un daño o viceversa[711], sin que ello implique que en estos casos particulares deba

[709] Así se afirmó en la SSSC 820-55 del 29 de junio de 2017, en la que se dijo: "esta Superintendencia no interferirá con la potestad decisoria de un asociado, por el simple hecho de que las decisiones aprobadas en una reunión asamblearia fueron contrarias a los intereses subjetivos de uno o varios accionistas".

[710] Al respecto véase la SSSC 800-000107, de 8 de agosto de 2019, mediante la cual se resolvió entre otras una acción encaminada a declarar la abusividad de la decisión de aprobar el informe de gestión de la administración, encontrando el Despacho que con dicha decisión no se vulneraron los intereses del minoritario en la media en que el informe de gestión era el reflejo fiel del estado de la sociedad, y que el hecho de que el negocio no fuera bien según el criterio de dicho accionista, no implicaba que la aprobación del informe resultará abusivo.

[711] Un ejemplo de concurrencia de una ventaja y un perjuicio conseguidos con la adopción del mismo acuerdo lo encontramos en la SSSC S. 800-73, de 19 de diciembre de 2013, en el que la ventaja injustificada, consistió en que el accionista mayoritario al excluir de la administración al minoritario se hizo con la administración exclusiva de la sociedad y el perjuicio para aquel consistió precisamente en la perdida de este poder que desde siempre venía ostentando. Al respecto se señaló: "Lo expresado en esta sentencia no puede entenderse en el sentido de que los accionistas minoritarios cuentan con un derecho intrínseco a participar en los órganos de administración de una compañía, ni mucho menos de que, una vez tales asociados formen parte de la junta directiva, se conviertan en funcionarios inamovibles. Es claro para este Despacho que la elección y remoción de los directores de una compañía les corresponde a los accionistas, reunidos en el seno del máximo órgano social, con sujeción al sistema de votación aplicable tales efectos. En este pronunciamiento simplemente se censura, por abusivo, el voto ejercido con la

existir un nexo o relación causal para que se considere cumplido este requisito, configurándose así una diferencia con la regulación al respecto en el Derecho español, que exige para considerar un acuerdo lesivo al interés social no solo el perjuicio a este, sino además el correlativo beneficio por dicho perjuicio de uno o varios accionistas o de un tercero.

Ahora bien, donde sí debe existir un nexo de causalidad para que pueda predicarse la figura del abuso del derecho es entre el perjuicio o el beneficio y el ejercicio del derecho al voto, lo que implica que el daño o la ventaja debe tener origen en el ejercicio desbordado del derecho con fines extralegales[712].

En segundo lugar, podemos referir que este presupuesto se verifica cuando la conducta desplegada por los accionistas tiene "la virtualidad de causar un perjuicio o promover una ventaja injustificada"[713], por lo tanto, al igual que como ocurre en Derecho español, el daño o el beneficio pueden producirse inmediatamente con la adopción del acuerdo o con posterioridad cuando el mismo se ejecute.

Ahora bien, en cuanto al perjuicio como tal, esto es, al daño o afección que puede sufrir tanto el ente societario como el accionista debe señalarse que el mismo puede ser patrimonial, como cuando el acuerdo consiste en el no reparto de las utilidades sociales[714] (perjuicio económico al accionista), pero también puede consistir en la pérdida de poder político o directivo en la compañía, como

finalidad, a todas luces ilícita, de ocasionar perjuicios y obtener ventajas indebidas, particularmente en hipótesis de conflicto y en el curso de un proceso de venta sobre el control de una compañía".

[712] Véase la SSSC 800-000018, de 25 de febrero de 2022, en la que se dijo: "para el Despacho es claro que si bien existió una variación de precios al adquirir el producto Ketovolve por parte de Metabólica S.A.S. hecho que incidió en las utilidades de la compañía en el año 2018, esta no tuvo como origen un actuar negligente de la señora Luz Norela Correa al votar negativamente la aprobación de la acción social en su contra, sino que devino de la pérdida del contrato de distribución y de la transferencia de marcas cuyo origen correspondió al comportamiento del demandante".

[713] SSSC 800-0073, de 19 de diciembre de 2013.

[714] En la Sentencia citada anteriormente se argumentó por parte de la demandada que no había existido un perjuicio a la demandante por el no reparto de utilidades en la medida en que el valor de sus acciones había crecido significativamente, sin embargo, el Despacho desechó esta justificación en razón a que en el procedimiento también se había acreditado que la demandante había ya intentado vender sus acciones pero que precisamente el bloque mayoritario se había opuesto.

cuando se excluye a este de la participación en la junta directiva de manera abusiva[715] (perjuicio no económico al accionista).

Con relación a la ventaja injustificada, podemos señalar respecto al primer elemento del requisito, esto es, la ventaja, que la misma se asimila a la obtención de un plus no previsto o previsto con menos intensidad dentro de las prerrogativas que se tiene como accionista o como tercero relacionado con esa compañía. En cuanto al carácter injustificado puede entenderse como no equitativo frente a lo obtenido por los demás accionistas con la adopción de la misma decisión o desproporcionado con la lesión causada.

Conforme a lo anterior, si con la adopción de la decisión se obtiene una prerrogativa que desborda las consagradas en la norma y si además resulta que la misma solo es predicable de quienes representaban el capital accionario suficiente para adoptar la decisión o de un tercero, puede entenderse que se ha obtenido una ventaja injustificada que genera abuso del derecho[716].

Un buen ejemplo de un caso en el que se consideró que pudo ser abusivo el voto, únicamente por la existencia de una ventaja injustificada de uno de los accionistas y el perjuicio de los otros accionistas, lo encontramos en el Auto 800-2730, de 17 de febrero de 2015 de la SSC, en el que se concluyó, que la decisión de uno de los accionistas de capitalizar sus utilidades implicó que este se hiciera con la mayoría decisoria, pues pasó de ostentar el 49, 98% a tener el 51, 87%.

[715] Véase la SSSC 800-73, de 19 de diciembre de 2013, en la que al respecto se señaló "La remoción de Serviucis S.A. de la junta directiva de NCSC S.A.S. se consumó de manera intempestiva y en el curso de un conflicto intrasocietario, poco tiempo después de que Edwin Gil Tobón hiciera efectivo el mecanismo de información descrito en el acápite precedente, con el efecto de que Serviucis S.A. fue reemplazado por un director vinculado al bloque de accionistas mayoritarios liderado por Mauricio Vélez Cadavid. Se trata, a todas luces, de un patrón de conducta que denota una intención premeditada de perjudicar a Serviucis S.A. y, correlativamente, procurar que el bloque mayoritario pudiera ejercer un control irrestricto sobre la operación de NCSC S.A.S. Debe concluirse, pues, que el bloque mayoritario liderado por Mauricio Vélez Cadavid ejerció el derecho de voto de una manera que desborda el límite de lo permisible bajo el ordenamiento jurídico colombiano".

[716] Véase la SSCS 810-000100, de 2 de octubre de 2018, en la que se consideró que los accionistas que habían aprobado la decisión de vender sus acciones a un tercero no habían obtenido una ventaja injustificada, en la medida que solo estaban ejerciendo un derecho, teniendo el accionista minoritario la posibilidad también de verde sus acciones a ese mismo tercero. Véase también la SSSC 820-000025, de 16 de marzo de 2018, en la que concluyó la existencia de una ventaja injustificada consistente en injustificada, en un aumento considerable de la proporción de su participación en la una SAS, al adoptar la decisión de excluir a dos de los socios por supuestamente no haber efectuado los aportes al capital, estando aún dentro del plazo para ello y sin que los mayoritarios tampoco lo hubieran hecho en su totalidad.

Por lo tanto, si bien dicha decisión no causó daño a la sociedad, ni afectó económicamente a los demás accionistas, quienes además también tuvieron la oportunidad de capitalizar su dividendo, sí generó una ventaja injustificada consistente precisamente en hacerse con la mayoría decisoria[717].

A su turno, la ventaja injustificada puede consistir, como de hecho ocurre en una gran pluralidad de casos, en la obtención del fin último de las conductas opresivas, cual es la exclusión del accionista minoritario de la participación accionaria, para efectos de lo cual se pueden valer de múltiples decisiones, siendo una de las más típicas la enajenación global de activos a un tercero donde el mayoritario tiene una participación significativa[718].

2.3.2 Abuso de la mayoría, de la minoría y en casos de paridad.

Ahora bien, también se ha establecido que puede abusar de su voto cualquier accionista que con sus participación accionaria tenga la capacidad de adoptar, rechazar o vetar la decisión[719], se trata pues aquí de una diferencia significativa con la regulación española que solo contempla casos de abuso de la mayoría, aunque como ya se dijo los supuestos excluidos de los mandatos del artículo 204.1 segundo párrafo de la LSC, pueden aún impugnarse por la figura del abuso del derecho del art. 7.2 del CC.

---

[717] Se señaló en el referido auto que "una simple lectura de la información expuesta en el acápite anterior es suficiente para concluir que la capitalización de dividendos examinada tuvo por efecto la concentración de una mayoría accionaria en cabeza de Carlos Alberto Solarte Solarte. Ciertamente, el señor Solarte Solarte pasó de detentar, a título individual, el 49.98931% del capital suscrito de CSS Constructores S.A., al 51.87247% de las acciones en circulación de la compañía. En vista de que las mayorías calificadas incluidas en los estatutos de CSS Constructores S.A. parecen haberse suprimido, la precitada modificación porcentual le permitiría al señor Solarte Solarte ejercer, por sí solo, la potestad mayoritaria en las reuniones del máximo órgano social, al amparo de lo previsto en el artículo 68 de la Ley 222 de 1995. En síntesis, pues, el señor Solarte Solarte obtuvo una evidente ventaja económica por virtud de la capitalización aprobada en el seno de la asamblea general de accionistas de CSS Constructores S.A".

[718] Véase la SSSC 800-000119 de 18 de septiembre de 2015.

[719] Se señaló en la SSSC al diferenciar las acciones de impugnación de las de abuso del derecho al voto que: "Mientras que la impugnación da lugar a que se declare la nulidad absoluta de las decisiones que se adopten 'sin el número de votos previsto en los estatutos o en las leyes, o excediendo los límites del contrato social', con el abuso del derecho de voto habrá primero que determinarse si se trata de una infracción cometida en hipótesis de mayoría, minoría o paridad. Cuando se trata de un abuso perpetrado mediante el voto mayoritario, el juez habrá de declarar la nulidad absoluta de la decisión social aprobada con aquel voto favorable del controlante que haya sido emitido con el propósito de ocasionar un daño u obtener una ventaja injustificada."

Respecto al abuso de la mayoría, que son los casos que con mayor frecuencia se enjuician, podemos precisar que la misma puede estar conformada por un solo accionista o por varios, esto último es lo que se conoce con el nombre de bloque mayoritario, siendo los acuerdos más comunes de adopción con abuso de la mayoría los relacionados con la remoción de administradores[720], la emisión primaria de acciones[721], la retención de utilidades[722], la capitalización de dividendos[723], la enajenación global de activos[724] y la creación de juntas directivas[725].

En cuanto al abuso de las minorías, ocurre en casos de acuerdos que requieren para su adopción mayorías especiales o reforzadas, bien sea porque así lo impone la ley o porque así se haya establecido en los estatutos, y se concreta en una expresión negativa del voto para adoptar el acuerdo respectivo, bloqueando su adopción, por lo que si con dicho voto el o los minoritarios, queriéndolo, causan un daño a la compañía o a algún accionista u obtienen una ventaja injustificada para sí o para otro, habrá ocurrido un ejercicio abusivo del derecho al voto y por ende deberá indemnizar los perjuicios.

Un análisis sobre esta particular forma de abuso se contiene en la SSSC 800-50, de 7 de mayo de 2015, en la que se planteó el posible abuso por parte del socio minoritario al haber votado en contra la decisión de capitalización mediante emisión de acciones, justificada en el supuesto cumplimiento de una orden de carácter administrativo, pero que en realidad pretendía la expansión de la capacidad industrial de la sociedad. En este caso si bien la adopción de la decisión podría llegar a ser beneficiosa para la sociedad, en realidad su no adopción no supuso un perjuicio para esta, ni una ventaja injustificada para el socio minoritario ni para un tercero, por lo que se consideró que el voto no se expresó de manera abusiva, pues precisamente la posibilidad de veto en este tipo de decisiones que tenía el minoritario, buscaba que las mismas se adoptaran de manera consensuada[726].

---

[720] Al respecto véase la ya citada SSSC 800-73 del 19 de diciembre de 2013.
[721] SSSC 800-20 del 27 de febrero de 2014.
[722] SSSC 800-44 del 18 de julio de 2014.
[723] SSC Auto800-2730 del 17 de febrero de 2015.
[724] SSSC 800-119 del 17 de septiembre de 2015.
[725] SSSC 800-46 del 11 de mayo de 2016.
[726] Sobre el particular se dijo en la respectiva sentencia que "A la luz de las anteriores consideraciones, el Despacho debe concluir que el señor Márquez no actuó en forma abusiva al votar en contra de la capitalización de Gestión Orgánica GEO S.A.S. durante las reuniones asamblearias celebradas entre el 3 de julio de 2012 y el 5 de septiembre de 2013. Ciertamente, las razones invocadas por el señor Márquez para ejercer su derecho de veto no solo son

Los casos de abuso de la posición paritaria se dan en supuestos en los que existe una simetría en la distribución del capital entre dos bloques accionarios, en virtud de la cual ninguno de los dos bloques puede conformar por sí solo la mayoría para adoptar los acuerdos, surgiendo así una posibilidad de veto de cada decisión a favor de cada uno de los grupos, cuyo ejercicio supondrá abuso del derecho cuando, como en los casos de la mayoría o la minoría, concurren todos los requisitos para el efecto, esto es, la intención, el voto y el daño o la ventaja[727].

Ahora bien, en los casos del abuso de las minorías como en los de posición paritaria, la voluntad social se ha expresado de manera negativa y por lo tanto no se ha adoptado materialmente un acuerdo que pueda ejecutarse, por lo que ha señalado la SSC que si bien puede declararse la nulidad de dicha decisión, ello no conlleva como consecuencia la adopción del acuerdo rechazado, sin embargo ha considerado que puede analizarse una posible aplicación de la teoría o prueba de la resistencia[728], a la que se hizo referencia en

---

verosímiles, sino que, además, encuentran asidero en las diferentes pruebas recaudadas durante el curso del presente proceso. También debe advertirse que las propuestas de capitalización estudiadas por el Despacho no parecen haber obedecido exclusivamente a la necesidad de cumplir con las órdenes de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca. En este sentido, las pruebas disponibles denotan el interés de Alienergy S.A. por expandir la capacidad industrial de Gestión Orgánica GEO S.A.S. Aunque la motivación de la demandante es meritoria, no puede perderse de vista que ella misma aceptó conferirle un derecho de veto al señor Márquez respecto de todas las propuestas sometidas a consideración del máximo órgano social. Al haberse otorgado esa prerrogativa, Alienergy S.A. no puede decidir unilateralmente emprender un ambicioso plan de expansión en Gestión Orgánica GEO S.A.S., sin haber concertado los términos de ese proyecto con el señor Márquez'."

[727] Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia del 23 de septiembre de 2021.

[728] SSSC 820-000012 de 2 de marzo de 2021, en la que se dijo: "Este Despacho decretará la nulidad absoluta de la decisión adoptada durante la reunión de la asamblea general de accionistas de Golpeautos Colisiones S.A.S. del 10 de diciembre de 2018, en el sentido de no dar inicio a la acción social de responsabilidad en contra de Olga Lucía Acevedo Moreno, conforme se solicitó en la primera pretensión de la demanda. En este punto es pertinente advertir que no por esta declaración puede pensarse que la acción social de responsabilidad fue entonces aprobada durante la mencionada sesión asamblearia. Para ello sería indispensable el voto afirmativo de la mayoría de las acciones representadas en la respectiva reunión, según lo exige el artículo 25 de la Ley 222 de 1995. (nota al píe 21 Aunque este Despacho ha sido enfático en que al declarar el abuso del derecho de voto en situación de paridad no puede concluirse que la decisión bloqueada se entiende aprobada, lo cierto es que hay supuestos de hecho que ameritan una revisión de esta postura. Así, ante la injusta situación a la que se ve expuesto un asociado por el bloqueo de la acción social de responsabilidad, podría pensarse en la posibilidad de anular el voto impartido de forma abusiva, para impedir que esos votos ilegítimamente encaminados a frustrar el inicio de tal acción sean tenidos en cuenta para efectos de determinar la voluntad social. Y es que, en la hipótesis en la que el control de la compañía se encuentra en cabeza del administrador que, a su vez, cuenta con la posibilidad de vetar la adopción de decisiones contrarias a sus intereses

el capítulo segundo, lo que supondría declarar la nulidad del voto y no la de la decisión, por lo que podría llegar a considerarse adoptada la decisión si descontados los votos nulos se ha obtenido la mayoría necesaria para el efecto.

Es pues este el régimen general de nulidad de los acuerdos sociales abusivos en el Derecho colombiano que se ha instituido desde el año 2008 para las SAS, pero que se ha extendido a los demás tipos societarios, en virtud del cual se sanciona el abuso del derecho al voto ejercido tanto por los accionistas mayoritarios, como por los minoritarios como en caso de paridad, eventos en los cuales se considera que el acuerdo social, como acto jurídico adolece de objeto ilícito y por lo tanto debe ser excluido del tráfico jurídico, surgiendo la correlativa obligación en cabeza del accionista que ejerció su derecho de esta manera, de indemnizar por los perjuicios causado.

3. Proyecto de reforma al régimen societario colombiano. Incidencia en la regulación del abuso del derecho al voto al adoptar las decisiones sociales.

La SSC desde el año 2015 viene impulsando una reforma para la modernización del régimen societario colombiano mediante la promoción de tres Proyectos de Ley, uno en el año 2017, otro en el 2018 y finalmente el del 23 de agosto de 2021, que es precisamente del que nos ocuparemos en este apartado en razón a que es el único que está en la actualidad en trámite, pues los dos primeros no superaron el debate parlamentario[729].

Dicho Proyecto de Ley que tiene sus antecedentes en el Proyecto de Ley 002 del 2017 pero que fue ampliado para incluir aspectos de insolvencia empresarial, propende por la modernización del régimen societario, cuyas últimas reformas de calado se hicieron hace más de una década, así como por la incorporación de las nuevas tecnologías implementadas en el tráfico societario colombiano a la fuerza y por necesidad con ocasión de la pandemia mundial del Covid 19[730].

---

personales, los demás asociados se hallan especialmente desprotegidos. De ahí que se justifique una decidida intervención judicial que proteja el ánimo de lucro subjetivo que llevó a los accionistas no controlantes a adquirir una participación en el fondo social. En el presente caso, sin embargo, el demandante no presentó una pretensión en ese sentido."

[729] En efecto el Proyecto de Ley 002 de 2017 no superó el debate en la Cámara de representantes, mientras que el Proyecto de Ley 137 de 2018 no fue aprobado por el Senado de la República.

[730] Sobre el particular se señala en la Exposición de motivos del Proyecto que: "Las reformas sustanciales más recientes al régimen societario corresponden a la Ley 1429 de 2010, a la Ley 1258 de 2008 y a la Ley 222 de 1995, razón por la cual el contexto económico, social y jurídico

La filosofía que ha guiado tanto este Proyecto de Ley como los anteriores es el otorgamiento de herramientas jurídicas suficientes para promover el emprendimiento e incentivar la inversión económica a través de las sociedades de capital cerradas, para lo cual propone una reforma en seis aspectos[731], siendo el que nos interesa en este estudio el contenido en el numeral 2 del Proyecto, denominado "*asociados, deberes y mecanismo de protección*", en razón a que es en este en el que se aborda lo concerniente a los acuerdos sociales adoptados con abuso del derecho al voto.

La reforma en este aspecto parte de los estudios económicos que apuntan a demostrar que los países en los que se establecen medidas de gobierno corporativo y de protección de los minoritarios tienden a tener un mayor crecimiento económico, pues aquellas incentivan la inversión económica en las empresas[732]. Así las cosas y a pesar de que tal y como se señala en la Exposición de motivos del Proyecto de Ley, Colombia para el año 2020 tenía una calificación de 8 puntos sobre 10 en el indicador de protección de los accionistas minoritarios[733], es posible mejorar la puntuación en este indicador e incentivar la inversión económica.

Con dicho propósito de ampliar la protección de los accionistas minoritarios, en este Proyecto se plantean cuatro medidas, denominadas: i) *Acción de opresión de asociados minoritarios*, ii) *Unificación del régimen aplicable a los diferentes tipos societarios en materia de abuso del derecho de voto y acuerdos de asociados*, iii) *La desestimación de la personalidad jurídica*, y iv) *El conflicto de intereses de asociados controlantes*[734].

---

que ha marcado a nuestro país y a sus empresarios en la última década ha cambiado, de tal manera que resulta indispensable revisar y mejorar las instituciones existentes en procura de su idoneidad y eficiencia y adecuarlas al contexto virtual y digital que exige esta época post-pandemia".

[731] Los seis aspectos sobre los que versa el Proyecto de Ley son: *1) Responsabilidad de los administradores, 2) Asociados, deberes y mecanismos de protección, 3) Flexibilización de normas en materia societaria, 4) Facultades jurisdiccionales y de supervisión de la Superintendencia de Sociedades, y 5) Fortalecimiento patrimonial de las sociedades. 6) Extensión de la vigencia de lo dispuesto en los decretos legislativos 560 y 772 de 2020 en el régimen de insolvencia empresarial*.

[732] Véase *EXPOSICIÓN DE MOTIVOS PROYECTO DE REFORMA AL RÉGIMEN GENERAL DE SOCIEDADES Y DE INCORPORACIÓN COMO LEGISLACIÓN PERMANENTE DE LAS NORMAS EXTRAORDINARIAS DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL,* pág. 13.

[733] Sobre este aspecto se cita en el Proyecto de Ley el Doing Business 2020 del Banco Mundial.

[734] Es de resaltar que el Proyecto del año 2017 también incluía, una reforma del artículo 182 del Código de Comercio, la cual ya fue materializada en la Ley 2069 de 2020, de Emprendimiento (artículo 6), mediante la cual se disminuyó el porcentaje de participación mínimo en el capital

A continuación, haremos una breve mención a la primera, tercera y cuarta medida, centrándonos en la segunda de ellas, que es precisamente la que plantea una reforma en el tema aquí estudiado.

La primera medida busca incluir una definición legal de opresión, así como establecer una acción a favor del socio que la padezca para repelerla, dotando de salidas al socio oprimido mediante el establecimiento de medidas tales como: el derecho de retiro, la opción de compra o reembolso e incluso la posibilidad de llegar a la liquidación del ente societario[735].

Con la tercera medida que se plantea en este apartado de protección de los accionistas minoritarios, referida a la desestimación de la personalidad jurídica, se pretende extender la regulación normativa de la SAS a los demás tipos societarios en materia de desestimación de la personalidad jurídica y declaratoria de invalidez de los actos defraudatorios, mediante la modificación de los artículos 98-1 y 265-1 del Código de Comercio[736].

---

de los socios que pueden solicitar la convocatoria del máximo órgano social, pasando de requerir la cuarta parte o más del capital al 10%

[735] La materialización de esta medida se pretende llevar a cabo mediante la adición del artículo 188 del Código de Comercio, de un apartado 1, que se denominaría opresión a los asociados minoritarios, en el cual se define esta conducta y se incluyen reglas de procedimiento para el ejercicio de la acción correspondiente.

[736] El tenor literal de estas nuevas disposiciones normativas sería el siguiente: "Artículo 98-1. Desestimación de la personalidad jurídica y nulidad de los actos defraudatorios. Cuando se utilice la sociedad en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los asociados y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados, sin perjuicio de la declaratoria de nulidad absoluta de dichos actos." "Artículo 265-1. Responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlantes en la insolvencia y liquidación de la subordinada. Cuando la situación de insolvencia y liquidación de una sociedad haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que hayan realizado la matriz o controlantes, en virtud de la subordinación y en interés de esta o éstas o de cualquiera de sus subordinadas o vinculadas y en contra del beneficio de la sociedad en insolvencia y liquidación, la matriz o controlantes responderán solidariamente y en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad está en insolvencia y liquidación por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlantes, según el caso, demuestren que esta fue ocasionada por una causa diferente. En caso que la demanda sea presentada por los acreedores, la indemnización corresponderá al monto de su crédito insoluto, pero si es presentada por el ministerio público, el liquidador o el agente interventor la indemnización abarcará la totalidad del pasivo externo faltante. En este último caso, cualquier suma recuperada por la ejecución de la sentencia entrará a la masa y la asignación se hará de acuerdo con la prelación de pagos, las reglas del concurso o del trámite administrativo respectivo."

La cuarta medida propende por incluir una regulación sobre los conflictos de intereses de los asociados controlantes, diferente al régimen ya establecido de conflicto de intereses de los administradores, que pasa por imponer al controlante la obligación de informar al máximo órgano social sobre el conflicto, por la imposición de la adopción de un acuerdo que autorice la celebración del negocio en conflicto bajo ciertas condiciones, así como por el establecimiento de una acción resarcitoria a favor de la sociedad y de los demás socios por los daños y perjuicios causados en estos eventos[737].

La segunda medida, que es la que resulta relevante para nuestro estudio, denominada en la exposición de motivos del Proyecto de Ley como "unificación del régimen de abuso del derecho al voto en todos los entes societarios", busca que se establezca en el Derecho positivo una norma que regule y sancione el abuso del derecho al voto, en términos similares a la actualmente prevista para la SAS, y que se viene aplicando a los demás tipos societarios por ampliación jurisprudencial, tal y como se ha expuesto en este capítulo.

La referida medida se pretende implementar mediante la modificación del artículo 188 del Código de Comercio, con la inclusión del siguiente texto normativo:

"*Artículo 188-2. Abuso del derecho de voto. Los asociados deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la sociedad. Se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la sociedad o a otros asociados o de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la sociedad o para los otros asociados. Quien abuse de sus derechos de asociado en las determinaciones adoptadas por el máximo órgano social, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio de la declaratoria de la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por la ilicitud del objeto.*

[737] Esta medida pretende ser adoptada mediante la inclusión de un apartado 2 en el artículo 261 del Código de Comercio, con el siguiente tenor literal: "Artículo 261-2. Conflicto de intereses del asociado controlante. El asociado controlante que tenga un conflicto de intereses respecto a la realización de determinado negocio, deberá revelarlo al máximo órgano social de manera previa a su celebración y solo podrá impartir su aprobación si se realizare en condiciones de plena competencia y no perjudique los intereses de la sociedad. El incumplimiento de la presente obligación lo hará responsable de los daños y perjuicios que cause a la sociedad o a los otros asociados."

La acción de nulidad absoluta y la de indemnización de perjuicios de la determinación respectiva podrán ejercerse tanto en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad.

Parágrafo. Uno o más asociados podrán incoar una acción derivada, por cuenta y en beneficio de la sociedad, contra los asociados que adoptaron la decisión en abuso del derecho de voto a efectos de resarcir los perjuicios sufridos por la sociedad, sin perjuicio de las acciones individuales a que hubiere lugar."

Nótese que los dos primeros apartados son sustancialmente idénticos a la regulación contenida en el artículo 43 de la Ley 1258/2008, cambiando solamente los términos "compañía" y "accionistas" por los de sociedad y asociados, y eliminando la referencia a la competencia de la SSC para resolver estos asuntos, así como la remisión al trámite verbal sumario para el efecto. Cambios que desde nuestro punto de vista resultan razonables, en la medida en que ahora se trata de una disposición que aplica a todos los tipos societarios y no solo a las SAS, así como a que el Proyecto también incluye una modificación al Código General del Proceso en el que se amplía la competencia de la SSC para resolver esta acción en particular determinado el trámite que debe seguir[738].

Así pues, el punto diferencial se centra en los mandatos contenidos en el *parágrafo*, en el que se establece la procedencia de la denominada "acción derivada" en cabeza de los socios y en contra de los que ejercieron el voto de manera abusiva, "por cuenta y en beneficio de la sociedad", mediante la cual se otorga una acción especial a los socios para reclamar judicialmente perjuicios en favor del ente societario, rompiendo el esquema tradicionales del Derecho societario, en el que el ente con personalidad jurídica propia ejerce sus acciones en su beneficio.

Se trata de una particular acción que viene referida en la Exposición de motivos del Proyecto de Ley en el apartado de modificación de la responsabilidad de los administradores, cuya regulación se pretende incorporar mediante una modificación al artículo 200 del Código de Comercio, en el cual se establece en cabeza de los socios la potestad de demandar la reparación de daños y perjuicios en favor de la sociedad, causado como consecuencia de las

[738] En efecto se modifica el numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso para incluir, entre otros, en los numerales b y g la competencia de la SSC para resolver la acción de nulidad de la decisión social por abuso de la mayoría y las acciones derivadas.

acciones u omisiones tanto de los administradores como de los socios controlantes en conflicto de intereses[739].

No obstante lo anterior, es de resaltar que en dicho artículo 200-2 no se hace mención expresa a la acción derivada en los eventos del ejercicio abusivo del derecho al voto, sino únicamente a los casos de conflicto de interese respecto de los administradores y el socio controlante, limitando por tanto su regulación en este caso particular a los mandatos del parágrafo del artículo 188-1, quedando varios interrogantes al respecto que, si no se adiciona tendrá que contestar la jurisprudencia nacional cundo empiece a resolverlas.

Así por ejemplo se dice en el referido parágrafo que la acción derivada la puede ejercer uno o varios socios, sin indicar límite mínimo de participación en el capital social y sin importar si el que la ejerce tenía o no la condición de socio en el momento en que se adoptó la decisión con abuso del derecho al voto. Tampoco se dice nada sobre una necesaria y previa declaración de nulidad de la decisión para poder promoverla, ni se establece requisito alguno sobre una previa pasividad de la sociedad para demandar por sí misma los perjuicios causados.

Así las cosas, aunque la medida resulta bastante novedosa y llamativa como tuitiva de los derechos de los minoritarios para proteger su inversión, lo cierto es que una regulación tan escueta puede llegar a generar mayor inseguridad jurídica y una inoperancia de la acción derivada en este caso particular.

[739] Artículo 200-2. Acción derivada. Cuando se trate de resarcir los perjuicios sufridos por la sociedad como consecuencia de las actuaciones u omisiones de los administradores o del asociado controlante, uno o más asociados podrán demandar, mediante acción derivada, la responsabilidad de aquéllos, en beneficio de la sociedad. Esta acción procederá contra los administradores siempre que no se hubiere adoptado por el máximo órgano social la decisión de incoar la acción social de responsabilidad en una reunión extraordinaria, convocada para ello por un número de asociados que represente por lo menos el diez por ciento de las acciones, cuotas o partes de interés en que se halle dividido el capital social, o cuando tal decisión haya sido propuesta y no se hubiere adoptado en otra reunión. Igualmente, el ejercicio de la acción derivada procederá en contra del asociado controlante en los supuestos a que se refiere el artículo 261-2, siempre que de forma previa se hubiere solicitado a la sociedad el inicio de esta acción y esta no se haya iniciado con fundamento en que el negocio se realizó en condiciones de plena competencia y no perjudicó los intereses de la sociedad, o cuando transcurridos seis meses después de haberse presentado la solicitud esta no hubiere sido resuelta. Parágrafo primero. En el caso de las sociedades abiertas o cuyas acciones se encuentren inscritas en el Registro Nacional de Valores y Emisores, la legitimación en la causa para incoar la acción derivada, la tendrán uno o más asociados que representen el dos por ciento o más del capital suscrito. Parágrafo segundo. El demandante debe tener la calidad de asociado en el momento en que interponga la acción.

Es pues, en estos términos que la SSC plantea la incorporación de la acción de nulidad por abuso del derecho al voto en los acuerdos sociales adoptados en cualquier tipo societario, manteniéndola como modalidad especial de nulidad por objeto ilícito, pero sin incluir ni tocar de manera alguno el régimen general de impugnación de decisiones sociales que continua sin ser modificado ni actualizado ni modernizado de manera alguna, manteniéndose la obsoleta aplicación de un régimen diferenciado para decisiones viciadas de nulidad, ineficacia e inoponibilidad.

CAPÍTULO CUARTO- EL PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN

I. LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN.

La impugnación, vista desde el prisma del derecho procesal se puede considerar como una acción[740] en virtud de la cual se les otorga a los legitimados para ejercerla (socios, administradores y otros interesados, con los matices que se verán a profundidad más adelante), la potestad de acudir a la jurisdicción para demandar un control de validez y legalidad[741] sobre las decisiones adoptadas por el máximo órgano social[742].

---

[740] GONZAÍNI, O.: "Las teorías de la acción", en CACHÓN CAENAS, M y FRANCO ARÍAS, J (coordinadores.), *Derecho y proceso. Liber amicorum del profesor Francisco Ramos Méndez*, Atelier Libros Jurídicos, págs. 1191-1220. Pág. 1214, define la acción como "un acto de contenido estrictamente procesal destinado a efectuar un reclamo a la autoridad jurisdiccional, para que actúe consecuentemente contra un adversario a quien tendrá que emplazar para someterlo a las reglas del proceso judicial. Este acto de pedir informa al mismo tiempo una manifestación típica del derecho constitucional de petición.

[741] Al respecto se ha señalado en la doctrina colombiana, SANÍN BERNAL, I. ob. cit. págs. 30 a 31, que "La acción de impugnación se orienta a controvertir la validez y legalidad de ciertas decisiones sociales, en defensa del orden público económico y del interés general de una parte, y de la otra de la protección (con contenido e implicaciones económicos o sin ellos) de los derechos de los socios y de terceros.". Véase en Derecho español a HERNANDO MENDÍVIL, J.: "Sociedades: impugnación de acuerdos sociales", en LLAMAS POMBO. E, *Acciones Civiles*, Segunda Edición, Tomo III *Derecho de contratos*, págs. 1231 a 1232, en la que señala: "la doctrina difiere al pronunciarse acerca de la naturaleza de este derecho. Unos sostienen que se trata de un derecho subjetivo del socio porque, aunque defiende el sometimiento de la mayoría al ordenamiento jurídico y al interés social, en el fondo subyace el interés del socio impugnante como compulsar de la acción. Por el contrario para otros el socio no ejercita un derecho subjetivo sino que al defender el interés social viene a ejercitar una especie de acción popular o, según han sostenido otros, la facultad del socio de impugnar los acuerdos se enmarca en exclusiva en la defensa del ordenamiento jurídico de la sociedad, de cuya base corporativa es un elemento. No obstante la existencia de opiniones diversas al respecto, de forma general se enciente que el socio actúa como órgano de defensa social con objetivo de acomodar la actuación soberano de la junta a la ley".

[742] Para MIÑANO YEPES, J.: "Un estudio jurisprudencial del proceso de impugnación de acuerdos sociales desde la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo", en, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M y COHEN BENCHETRIT, A (Directoras), *Derecho de sociedades : cuestiones sobre órganos sociales,* Tirant lo Blanch, 2019 (versión electrónica) "La acción de impugnación de acuerdos sociales constituye una especie de remedio frente al incumplimiento contractual adaptados a las especialidades del contrato de sociedad en relación con los contratos sinalagmáticos y, en especial, de las sociedades de estructura corporativa (…) En la medida en la que los órganos colegiados se expresan a través de acuerdos y estos acuerdos se adoptan por mayoría, el Ordenamiento ha de otorgar remedios a la minoría frente a aquellos acuerdos que haya adoptado el órgano social, infringiendo el contrato. Por tanto, no es procedente la impugnación de las decisiones del socio único ni las de los administradores cuando el órgano de administración no tiene la forma de Consejo".

Así las cosas, el ejercicio de la referida acción es el acto que da inicio al proceso judicial de impugnación de acuerdos sociales[743], el cual se adelanta en el régimen español mediante los tramites del juicio ordinario[744], siendo el juez competente el del domicilio social de la sociedad[745] y, mediante un juicio verbal en Derecho colombiano, régimen en el que además se establece que tienen competencia para conocer de dichos procedimientos a *prevención*[746] tanto los jueces civiles del circuito del domicilio social de la sociedad, como la Superintendencia de Sociedades[747], aunque esta última solo respecto de las sociedades vigiladas por dicha Entidad[748].

---

[743] El proceso de impugnación también puede ser objeto de tramite arbitra tal y como se verá a profundidad más adelante.

[744] Así lo establece el artículo 249.1. 3º Ley de Enjuiciamiento Civil española (de ahora en adelante LEC), que dispone: "Artículo 249. Ámbito del juicio ordinario. 1. Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía (…) 3.º Las demandas sobre impugnación de acuerdos sociales adoptados por Juntas o Asambleas Generales o especiales de socios o de obligacionistas o por órganos colegiados de administración en entidades mercantiles".

[745] Artículo 52.1. 10º LEC "Artículo 52. Competencia territorial en casos especiales. 10.º En materia de impugnación de acuerdos sociales será tribunal competente el del lugar del domicilio social".

[746] La SSC Auto 400-009880, de 28 de noviembre de 2011, definió la competencia a prevención como "aquella que compete a dos o más jueces indistintamente, para que conozcan de un determinado asunto, de los cuales, el que se anticipa previene a los otros del conocimiento del mismo, es decir, los inhibe para tal efecto. Dicho en otras palabras, cuando existen varios jueces competentes para conocer de ese asunto, la ley le otorga al demandante la facultad de elegir ante quien desea presentar la demanda y, una vez el primero conoce del asunto previene el conocimiento a los demás jueces que se privan de conocerlo."

[747] Los aspectos de la competencia se encuentran regulados en los artículos: 20.8 y 24.5 c) del CGP, que establecen respectivamente: "Artículo 20. Competencia de los jueces civiles del circuito en primera instancia. Los jueces civiles del circuito conocen en primera instancia de los siguientes asuntos: 8. De la impugnación de actos de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas jurídicas sometidas al derecho privado, **sin perjuicio** de la competencia atribuida a las autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales.", "Artículo 24. Ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas. Las autoridades administrativas a que se refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas. 5. La Superintendencia de Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales en materia societaria, referidas a: c) La impugnación de actos de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo **de personas sometidas a su supervisión**.". El adelantamiento del procedimiento mediante el trámite verbal se deriva de los mandatos del 382 en concordancia con el 368 del CGP, en los que se esté establece que están sometidos al trámite del proceso verbal "todo asunto contencioso que no esté sometido a un trámite especial.", y que la demanda de impugnación se tramita por estos cauces procesales.

[748] Las sociedades sometidas a vigilancia de la SSC están definidas en los artículos 2.2.2.1.1.1, 2.2.2.1.1.2, 2.2.2.1.1.3, 2.2.2.1.1.4 y 2.2.2.1.1.5 de la sección 1 del capítulo 1 del título 2 del Decreto 1074 de 2015.

Dicho procedimiento tiene por objeto la verificación de la validez de los acuerdos o decisiones sociales adoptados en el seno de la JGA, bajo unos parámetros estrictos que impiden la intromisión del poder jurisdiccional en la formación de la voluntad social, es por ello que la pretensión en estos procedimientos no pueda estar encaminada a que en la sentencia se adopte un acuerdo social determinado, sino únicamente a que se anule o invalide, esto es, que se saque del tráfico jurídico el acuerdo impugnado[749].

Conforme a lo anterior se puede afirmar que el control judicial que se ejerce mediante el procedimiento de impugnación es de carácter formal y no material, lo que implica que el juzgador no puede entrar a analizar el acierto de la decisión, sino únicamente si la misma se adoptó con cumplimiento de la ley, los estatutos y con observancia del interés social[750].

Ahora bien, como ya se señaló en el capítulo segundo lo que resulta impugnable es el acuerdo social y no la reunión de la JGA con las particularidades allí referidas y por las causas ya apuntadas también, por lo que partiendo de que el objeto material de la acción de impugnación es precisamente

[749] En Derecho colombiano véase a MARTÍNEZ NEIRA, N. ob. cit. pág. 402, en la que señaló: "no es posible que el juez, por vía de la impugnación, además de declarar la nulidad del acto, sustituya al órgano social, por ejemplo aprobando una decisión que es objeto de cuestionamiento. Porque el juez debe limitar el ejercicio de su función jurisdiccional a declarar ale vicio del negocio jurídico y jamás podrá abrogarse las competencias del máximo órgano social". En Derecho español véase a ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P. ob. cit. pág.46, quien señaló: "dentro del principio básico de minimización de la jurisdicción en el Derecho societario y a través de la definición de la pretensión de este proceso (…) la regulación del mismo cierra las puertas a los ámbitos de discrecionalidad judicial (…) lo que excluye que el juzgador pueda suplantar la voluntad social libremente expresada por los órganos a quien la ley encomienda esta función."

[750] Así lo ha reiterado la jurisprudencia española entre otras en las STS 991/2011, de 17 de enero de 2012, en la que se señaló: "Corresponde a los empresarios la adopción de las decisiones empresariales, acertadas o no, sin que el examen del acierto intrínseco en sus aspectos económicos pueda ser fiscalizado por los Tribunales ya que, como señala la sentencia de 12 de julio de 1983, aquel " escapa por entero al control de la Jurisdicción". Pese a lo cual, como sostuvimos en la sentencia 569/2010, de 6 de octubre , la trascendencia económica que en las sociedades capitalistas tiene el correcto desarrollo de la vida interna, justifica que dentro de ciertos límites el Estado se inmiscuya, lo que permite el control sobre la lesividad de los acuerdos de sus órganos colegiados, pero como precisa la 377/2007, de 29 de marzo " siempre con cautela y ponderación, para no interferir en la voluntad social y en la esfera de acción reservada por la Ley y los estatutos a los órganos sociales". En Colombia véase entre otras las SSSC 801-072 de 11 de diciembre de 2012, 801-059 de 4 de diciembre de 2013 y 800-73 de 19 de diciembre de 2013, en las que se señaló que "como se ha manifestado en numerosas providencias, este Despacho no suele entrometerse en la gestión de los asuntos internos de una compañía, a menos que se acrediten actuaciones ilegales, abusivas o viciadas por un conflicto de interés".

la decisión y el fundamento de la misma son las causas legalmente establecidas, procedemos ahora a analizar de manera pormenorizada cuál es la materia y fin de la acción y del procedimiento de impugnación en cada uno de los regímenes aquí analizados.

1. Objeto de la acción de impugnación en Derecho español.

El hecho de que el legislador español haya unificado el régimen de impugnación con la reforma operada en el año 2014, en los términos que ya se ha expuesto en este trabajo, supuso un avance significativo en la legislación en materia societaria, pues se creó un régimen especial de anulabilidad de los acuerdos sociales que atiende las particularidades de este acto jurídico con características especiales, separándolo del régimen general de nulidad y anulabilidad de otros actos jurídicos.

En efecto, al ser los acuerdos sociales unos actos jurídicos particulares en cuanto a su formación, obligatoriedad, contenido y efectos, mediante los cuales se conforma la voluntad societaria del máximo órgano social, su formación, expresión y ejecución dista de los demás actos, contratos y negocios jurídicos, por lo que resulta pertinente el establecimiento de un régimen particular de impugnación fundado en la figura de la anulabilidad del acuerdo, reservando la severa sanción de la nulidad solo a aquellos acuerdos contrarios al orden público.

Así las cosas, parece acertado que el legislador haya elegido como vía de sanción a los acuerdos sociales el de la anulabilidad, pues está dota de mayor seguridad jurídica a las decisiones sociales y por ende a la expresión de la voluntad del ente societario, en la medida en que no opere de pleno derecho, necesite de declaración judicial, su ejercicio está limitado en el tiempo y solo se reconoce capacidad para demandarla a ciertos sujetos[751].

Conforme a lo anterior, podemos señalar que el fin perseguido con la acción de impugnación en Derecho español es la invalidez del acuerdo social y su correspondiente ineficacia, esto es, la no producción de los efectos buscados con el acuerdo social[752], lo cual procede cuando el acuerdo, tal y como lo señala

[751] Al respecto véase a BELADIEZ ROJO, M.: "La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación", *Revista de administración pública*, número 133, 1994, págs. 155 a 188, Págs. 159 y 160.

[752] PARRA LUCAN, M.: "Conceptos jurídicos", en PARRA LUCAN, M y LALANA DEL CASTILLO, C, *Eficacia e ineficacia del contrato*, Dykinson, 2010, págs. 133 a 148. Págs. 142

el artículo 204 de la LSC, es contrario a la Ley, se opone a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesiona el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

No obstante lo anterior, no cualquier acuerdo adoptado en dichas condiciones puede ser objeto de la acción de impugnación, pues el legislador en el mismo artículo 204.2 y 3, por un lado ha establecido la improcedencia de la impugnación de los acuerdos dejados sin efecto o sustituidos por otros, y por otro lado ha excluido de las causas de impugnación ciertas infracciones irrelevantes o no esenciales e intrascendentes, de las normas relativas al proceso de formación de la voluntad y adopción del acuerdo, esto es, convocatoria, quorum, mayorías y derecho de información.

Así las cosas podría señalarse que son objeto de la acción de impugnación los acuerdos sociales que no hayan sido subsanados, que violen la ley, los estatutos, el reglamento de la junta o lesiones el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros, así como aquellos adoptados con infracción de las reglas determinantes en el proceso de adopción del acuerdo siempre que el vicio alegado consista en: i) la infracción relevante o esencia de las normas legales, estatutarias o del reglamento de la junta sobre forma y plazo de la convocatoria, constitución de la JGA y mayorías necesarias para la adopción del acuerdo; ii) la violación del derecho de información esencial para el ejercicio del derecho al voto o; iii) la participación de una persona no legitimada así como la contabilización de un voto inválido, cuando dicha participación o voto haya sido determinante para la constitución de la junta o para el alcance de la mayoría necesaria, respectivamente[753].

Ahora bien, para efectos de dilucidar lo anterior, esto es, si el acuerdo que ha sido impugnado en el procedimiento ha sido subsanado o adolece de un vicio en su proceso de formación relevante que permita seguir adelante con el procedimiento de impugnación, el legislador estableció, por un lado las

y 143, quien al respecto señaló: "hay autores que utilizan indistintamente los conceptos de ineficacia y de invalidez de los contratos (…) sin embargo, parece preferible distinguir ambos conceptos: - ineficacia quiere decir que el contrato no produce efecto o que no produce los efectos que corresponde a su contenido: - invalidez del contrato depende de su adecuación a las normas legales que establecen los requisitos que debe reunir para ser válidos: si el contrato no se ajusta a esas normas no será válido. Los contratos inválidos son ineficaces, y no producirán los efectos que se pretendían, pero puede haber contratos válidos que sean ineficaces: por ejemplo, porque no se realiza algo que el ordenamiento exige para que produzca efectos".

[753] Estas causales de impugnación ya fueron suficientemente analizadas en el segundo capítulo, por lo que sobre el particular nos remitimos a lo ya manifestado en aquel acápite.

consecuencias procesales de la subsanación de los acuerdos cuando ello ocurre antes de la demanda o después de presentada esta, y por otro lado un trámite incidental para resolver sobre el carácter relevante del vicio alegado en el procedimiento de adopción del acuerdo. Asuntos estos dos que procedemos ahora a analizar, partiendo de que lo concerniente a la subsanación de acuerdos y las infracciones que no constituyen motivos de impugnación ya fueron analizados a profundidad en el segundo capítulo.

1.1. Cuestión incidental previa para resolver el carácter esencial o determinante de la impugnación fundada en vicios de procedimiento de adopción del acuerdo.

Es evidente que la reforma operada al régimen legal de impugnación de los acuerdos sociales tendió a reconocer unas realidades que de facto se venían presentado, dentro de las cuales se incluía la utilización de la acción de impugnación como arma de batalla cuando existía un conflicto intrasocietario, conllevando en muchos casos al planteamiento abusivo e indiscriminado de dicha acción sin fundamento real alguno[754], para efectos de lo cual, en la mayoría de los casos, el socio en conflicto alegaba el supuesto incumplimiento de los requisitos procedimentales establecidos para la adopción del acuerdo[755].

Es por lo anterior que el Legislador estableció en el artículo 204.3 LSC que los defectos meramente procedimentales en la adopción del acuerdo, la violación del derecho de información ejercido durante la junta o antes de esta (dependiendo del tipo de información incorrectamente suministrada), y la participación o el voto de personas no legitimadas o su contabilización, no podían alegarse como motivos o causas de impugnación, a menos que hubiesen sido relevantes o determinantes para la adopción del acuerdo, incluyendo así una serie de conceptos jurídicos indeterminados que claramente debían dilucidarse en el procedimiento judicial de impugnación para diferenciar cuando los vicios

[754] Al respecto véase a ALFARO ÁGUILA-REAL, J, "La impugnación de acuerdos …". ob. cit. (versión electrónica) quien al respecto señaló: "Los casos más claros de impugnación abusiva son aquellos en los que la demanda es un instrumento de chantaje (…) Los casos más frecuentes irán referidos a la impugnación basada en infracciones del derecho de información o el incumplimiento de requisitos procedimentales de convocatoria y celebración de la Junta".

[755] Este hecho se reconoce expresamente en el propio preámbulo de la LSC, apartado IV, en el que expresamente se dice: "Por lo que se refiere al régimen jurídico de la impugnación de los acuerdos sociales, se han ponderado las exigencias derivadas de la eficiencia empresarial con las derivadas de la protección de las minorías y la seguridad del tráfico jurídico. En consecuencia, se adoptan ciertas cautelas en materia de vicios formales poco relevantes y de legitimación, para evitar los abusos que en la práctica puedan producirse."

formales en la adopción del acuerdo constituían verdaderas causas de impugnación y cuando no.

Para efectos de lo anterior incluyó en el último párrafo del precitado artículo 204.3. LSC, el trámite incidental de previo pronunciamiento, en el cual se resolvería sobre la relevancia de estos vicios en la adopción del acuerdo que, a priori constituían causa de impugnación por vulnerar normas legales o estatutarias pero que, a posteriori fueron excluidos en pro de la seguridad jurídica y la evitación del abuso del derecho de impugnación.

Dicho trámite procesal no se había previsto en el texto del Proyecto de Ley, sino que vino a ser incluido en la tramitación parlamentaria[756], razón por la cual no figuraba dentro de las reformas propuestas en el Estudio de la Comisión de Expertos en Materia de Gobierno Corporativo, encontrando su justificación en las recomendaciones del *Informe al anteproyecto de ley por la que se modifica la Ley de sociedades de capital para la mejora del gobierno corporativo*, de 19 de mayo de 2014, del Consejo General del Poder Judicial[757].

Así, se señaló en el referido Informe que la utilización de conceptos jurídicos indeterminados para regular los vicios formales en el procedimiento de adopción de la decisión que no constituían motivos de impugnación generaba mayor inseguridad jurídica[758], razón por la cual se propuso o bien eliminar dichas

[756] Concretamente la inclusión se dio mediante la enmienda número 58 del Grupo Parlamentario Popular, tal y como se recoge en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A, de 23 de septiembre de 2014 Núm. 97-2 Pág. 45, donde se justificó la inclusión en los siguientes términos: "Finalmente, siguiendo la propuesta del CGPJ, se incluye la previsión de que en el caso de ejercicio de acciones que, conforme a lo dispuesto en el artículo 204, no sean impugnables, la cuestión sobre su impugnabilidad se dilucide mediante cuestión incidental."

[757] Al respecto señala MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: "El cribado del carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación …". ob. cit. (Versión electrónica), que también encuentra su antecedente esta figura procesal "en el largo debate doctrinal que precedió a la reforma, y en el que se abogaba por reducir el número de procesos para proporcionar mayor seguridad jurídica a las sociedades y a sus acuerdos, varios autores se mostraron partidarios de introducir, entre las especialidades procesales que se consideraban necesarias para el proceso de impugnación, algún trámite o incidente inicial que permitiera descartar las demandas claramente infundadas o abusivas".

[758] En efecto se señaló en el apartado 45 y 46 que ". El problema reside en la definición de la regla jurídica precisa de convalidación del acuerdo social viciado de defectos "menores" habida cuenta de que resulta imposible obtener una determinación precisa de los criterios que permiten precisar con un mínimo de seguridad cuáles son los vicios que deben reputarse como no invalidantes del acuerdo social en cuestión. Es inevitable acudir para ello a conceptos jurídicos indeterminados como son los que se emplean en la redacción dada al artículo 204.3.a) LSC en la propuesta (…) 46. A la vista de la infinita casuística que cabe imaginar (…) de prosperar la

causales de no impugnación de la reforma o "introducir ciertas cautelas para el conocimiento temprano y sumario de las controversias menores relativas a la ponderación como irrelevantes de los defectos no invalidantes"[759], planteando como una alternativa para resolver sobre el carácter esencial de los motivos de no impugnación, el adelantamiento de un trámite incidental de previo pronunciamiento judicial[760], la cual finalmente fue acogido mediante la enmienda 58 del Partido Popular.

Es pues esta la génesis del referido trámite incidental establecido en el último párrafo del artículo 204 de la LSC, en virtud del cual se dispone que: "presentada la demanda, la cuestión sobre el carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación previstos en este apartado se planteará como cuestión incidental de previo pronunciamiento".

Sobre el particular lo primero que debemos señalar es que la inclusión de dicho trámite incidental para resolver con carácter previo, dentro del proceso judicial, si los motivos en los que se funda la impugnación son o no relevantes, no vino acompañada del establecimiento de reglas especiales de índole procesal que regularan de manera específica las particularidades de este trámite previo, por lo que el mismo se rige por las reglas generales previstas en la LEC, concretamente en el Libro II, Título I, Capitulo VII.

Se trata de un procedimiento especial dentro del procedimiento de impugnación, en el cual se define si este último puede o no seguir adelante[761],

---

reforma, las sociedades están condenadas a soportar una inseguridad jurídica mayúscula con el riesgo de que, al cabo de mucho tiempo, confiados los administradores en el carácter irrelevante de los vicios no invalidantes de ciertos acuerdos, se puedan encontrar ellos y los socios, después, con una sentencia de nulidad de un acuerdo adoptado quizás en el lejano pasado; anulación cuya ejecución puede crear un caos organizativo interno si existen acuerdos posteriores al afectado por el vicio".

[759] Apartado 49 del Informe.

[760] Al respecto se dijo en el informe: "a) Una de ellas es la posibilidad de que caso de impugnación judicial pueda plantearse, con suspensión del curso de los autos si existen otras causas de fondo, como cuestión incidental de previo pronunciamiento el que se está a presencia de cualquiera de las deficiencias no invalidantes a que hacen referencia los apartados 1 a 3 de este art. 204.3, en términos recurribles en apelación. Con ello las cuestiones irrelevantes se decidirían en todo caso en un proceso mucho más ágil evitando esos posibles abusos que la reforma trata en todo caso de evitar. b) De igual manera, con carácter preventivo, cabría regular que tratándose de acuerdos inscribibles se plantee esa incidencia ante el Registrador Mercantil que calificará si esa infracción es o no relevante, y si estima que no lo es y suspende la inscripción sea posible el recurso judicial contra las calificaciones negativas".

[761] las cuestiones incidentales se definen en el Artículo 387 de la LEC como: "las que, siendo distintas de las que constituyan el objeto principal del pleito, guarden con éste relación inmediata,

por lo que se puede entonces calificar como un "antejuicio"[762], que suspende el adelantamiento del procedimiento de impugnación mientras se resuelve sobre el carácter relevante del motivo que funda la misma[763] y que sigue los tramites de las cuestiones incidentales regulados en los artículos 392 y 393 de la LEC, pudiendo llegar a terminar el procedimiento mediante auto apelable, pero sin sentencia de fondo, lo cual ocurrirá cuando se establezca que los vicios procedimentales invocados como causa de impugnación fueron irrelevantes.

El establecimiento de este trámite incidental para resolver este asunto ha supuesto la crítica de la doctrina[764], que no termina de ver procedente esta figura para decidir el asunto de la relevancia de los motivos de impugnación, pues se trata de un tema de Derecho sustantivo que no encuadra con la naturaleza de la cuestión incidental[765] y que bien podría analizarse en el trámite de la audiencia previa del juicio ordinario, que tiene precisamente como uno de sus objetivos el

así como las que se susciten respecto de presupuestos y requisitos procesales de influencia en el proceso".

[762] Al respecto, señala MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: "El cribado del carácter esencial…", ob. cit. que "lo que la ley societaria exige ahora es disociar un proceso de valoración jurídico-fáctica que anteriormente se producía conjuntamente, de manera que el incidente supone un antejuicio sobre algunas de las cuestiones implicadas en el fondo del asunto".

[763] Lo que implica que siempre se aplica los mandatos del Artículo 390 de la LEC, que establece que "se suspenderá el curso de las actuaciones hasta que aquéllas sean resueltas."

[764] Esto por la naturaleza jurídica de este trámite incidental, el cual según ARIZA COLMENAREJO, M.: "El cauce procesal del incidente de previo pronunciamiento para determinar la no impugnabilidad del acuerdo", en, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M y COHEN BENCHETRIT, A (Directoras), *Derecho de sociedades : cuestiones sobre órganos sociales*, Tirant lo Blanch, 2019 (versión electrónica) "el incidente de previo pronunciamiento está pensado para resolver cuestiones principalmente de carácter procesal, y en concreto cuando sucedan acontecimientos tras la audiencia previa, con lo que se produce una pérdida de oportunidad procesal por preclusión. La razón estriba en el hecho de que el defecto supone un obstáculo a la continuación del juicio por sus trámites ordinarios, por lo que la consecuencia es la suspensión del procedimiento."

[765] Sobre el particular señaló GONZÁLEZ MOZAS, N.: "La cuestión incidental de previo pronunciamiento en los procedimientos de impugnación de acuerdos sociales (art. 204.3 LSC)", en *Revista de Derecho de Sociedades*, num.48/2017, Editorial Aranzadi, (versión electrónica), que "si atendemos a la definición de la cuestión incidental de previo pronunciamiento contenida en la LEC , nos encontramos ante una figura tradicional en nuestro sistema procesal cuyo objeto no es analizar cuestiones sustantivas, sino solventar presupuestos y requisitos procesales que impiden la válida prosecución del proceso. Sin embargo, la determinación del carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación de acuerdos sociales no puede considerarse una excepción procesal ni una falta o defecto procesal sobrevenida con posterioridad a la audiencia previa, y mucho menos una incidencia surgida durante el juicio cuya resolución sea necesaria para continuar con su tramitación. Si el motivo de impugnación es esencial o determinante, lo será desde el momento de la interposición de la demanda, y es bastante improbable que puedan surgir con posterioridad a la demanda o, en su caso, a la contestación, cuestiones que pongan de manifiesto la falta de esencialidad o relevancia del motivo de impugnación."

resolver sobre estas cuestiones previas que impiden la continuación del procedimiento[766], o bien podría constituir un requisito adicional de la demanda cuando la misma se funde precisamente en el desconocimiento de las reglas de adopción del acuerdo[767].

Frente a la primera opción, esto es, resolverlo en la audiencia previa, puede oponerse el hecho de que parece claro que el legislador ha querido que el proceso de impugnación no surta ningún trámite hasta que se resuelva sobre la relevancia de los motivos procedimentales de impugnación que se invocan, por lo que la cuestión incidental de previo pronunciamiento resultaría más acorde con este objetivo que esperar hasta el trámite de la audiencia previa para resolver esta cuestión.

Con relación a la segunda opción, esto es, incluir como un requisito adicional de la demanda, si bien resulta acorde con la normativa sustantiva y procesal que quien impugna debe fundamentar y probar la procedencia de esta, ello solo solucionaría el problema que ha querido resolver el legislador con el establecimiento de esos motivos de no impugnación y sus excepciones, si se le hubiese a su turno, permitido al juzgador inadmitir la demanda por esta causa, porque de lo contrario igualmente habría que esperarse hasta la sentencia para resolver sobre si los mismos eran o no causas de impugnación.

Así las cosas, si el legislador estableció unos motivos de no impugnación de los acuerdos sociales, o lo que es lo mismo de improcedencia de la acción de impugnación en dichos eventos, quizá lo más apropiado para hacer efectiva esta

---

[766] Al respecto véase a ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P. ob. cit. pág. 77, quien considera que no era necesario acudir al trámite incidental para resolver sobre el carácter relevante del vicio, pues ello podía solventarse en la audiencia previa del proceso ordinario, que tiene precisamente como una de sus finalidades "examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de éste y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de derecho, sobre los que exista controversia entre las partes".

[767] MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: "El cribado del carácter esencial…", ob. cit. (versión electrónica) señaló: "Lo coherente sería, entonces, que el actor tenga que alegar y hacer verosímil con la demanda la concurrencia de alguno de los motivos que, a modo de excepción, le permiten impugnar.7) Dicho de otro modo, que asuma la carga de argumentar jurídicamente, y de acreditar (siquiera de forma indiciaria) las circunstancias fácticas que revelan que la infracción que afirma haberse producido en el procedimiento de adopción del acuerdo es relevante, que la información que reclamó antes de la junta pero no obtuvo (porque no se le dio o se le facilitó información inexacta) resultaba esencial para el ejercicio de los derechos de socio, o que la participación de personas no legitimadas, la emisión de votos ilícitos, o el cómputo erróneo de los emitidos, resulta aritméticamente decisiva para la válida constitución de la junta o para conformar la mayoría necesaria."

limitación al derecho de acción pudo haber sido el establecimiento de una causal específica y nueva de inadmisión de la demanda de impugnación de acuerdos sociales (art. 403 LEC), cuando la misma se fundamenta en alguno de los motivos establecidos en el artículo 204.3 de la LSC. Del mismo modo en los casos en los que se funde en las excepciones de esos "no motivos", pudo haberse predispuesto una diligencia preliminar especial (artículos 256 y siguientes de la LEC) donde se resolviera sobre el carácter relevante de los mismos antes de promoverse el procedimiento judicial[768].

Con dichas dos modificaciones de carácter procesal, consideramos que se hubiera podido alcanzar en mejor medida la finalidad pretendía con el establecimiento de los motivos de no impugnación y sus excepciones, sin embargo, el legislador ha optado por la única opción de carácter jurídico-procesal que se le planteó al respecto por parte del Consejo General del Poder Judicial, reviviendo así la figura del incidente de previo pronunciamiento[769], con todo lo que ello conlleva, en cuanto a legitimación, forma, oportunidad y resolución.

En efecto, al haberse acudido a esta figura procesal y no a otras más drásticas para evitar las impugnaciones basadas en el desconocimiento irrelevante de presupuestos procedimentales de la adopción del acuerdo, parece haberse relejado la prohibición de impugnación por estas causas, no consiguiéndose el efecto pretendido[770], trasladándose además al demandado,

[768] Si bien este trámite procesal ha sido pensado para, como se señala en el Auto de la Audiencia Provincial de Burgos 366/2021, de 14 de junio "posibilitar el ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción y la tutela judicial efectiva mediante la obtención de datos que son necesarios e imprescindibles para formular una demanda y de los cuales carece el solicitante", consideramos que pudo haberse establecido un trámite de similares características precisamente para resolver antes de iniciarse un proceso sobre si en ese caso concreto se tenía o no el derecho de acción, determinando el carácter relevante de los motivos de impugnación.

[769] Se señaló en el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona, de 1 de abril de 2016, en cuyo Fundamento Segundo se señaló que el artículo 204.3 "ha hecho revivir los antiguos 'incidentes de previo pronunciamiento' previstos en los arts. 390 a 393 LEC, tan superados en nuestro derecho procesal, pues desde la LEC 1/2000, todas las excepciones procesales se venían planteando y resolviendo en el acto de la audiencia previa, solo permitiendo tales incidentes cuando estábamos ante hechos nuevos ocurridos con posterioridad a dicha audiencia previa. Sin embargo...el legislador parece haber querido que esta cuestión se resuelva ex ante, a través de este incidente, sin esperar siquiera al acto de la audiencia previa".

[770] Pues no se ha conseguido impedir el planteamiento de acciones impugnatorias abusivas, sino que por el contrario podría considerarse que se ha dilatado un poco más su resolución, lo cual se observan en decisiones como las contenidas en el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia 16/2021, de 26 de enero, en el que estando planteado y pendiente la resolución del incidente de previo pronunciamiento se decreta la medida cautelar de suspensión del acuerdo, cuando aún ni

esto es a la sociedad, la carga de alegar la irrelevancia de los motivos de impugnación, pues así lo han venido señalando los jueces al considerar que de acuerdo a la regulación procesal del incidente, corresponde al demandado plantearlo bien con la contestación de la demanda, bien en escrito separado y junto a la contestación[771], aunque según la norma procesal puede hacerlo hasta antes del juicio[772].

El establecimiento del trámite incidental para resolver sobre la relevancia de estos vicios procedimentales en el proceso de adopción del acuerdo, implica no solo que se le ha endilgado a la sociedad demandada la carga de alegación de la improcedencia de la impugnación, sino además, de cierto modo se está permitiendo como regla general la impugnación basada en la infracción de requisitos meramente procedimentales de convocatoria, constitución del órgano, adopción del acuerdo y en la incorrección o insuficiencia de la información, pues si el demandado no lo opone como tramite incidental o si lo propone como excepción material, la relevancia del motivo no se decidirá hasta la sentencia.

---

siquiera se ha resuelto si la impugnación era o no procedente, concretamente allí se señaló que: "no parece que exista inconveniente en que las medidas puedan tramitarse y acordarse y, al mismo tiempo, que se tramite el incidente con suspensión del procedimiento principal y ello porque, conforme al artículo 731 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si el incidente es estimado y da lugar al archivo definitivo del procedimiento principal, las medidas quedarían sin contenido. De todo ello, se deduce que el invocado artículo 390 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando se refiere a la suspensión de las actuaciones, se está refiriendo el procedimiento principal pero no a la pieza de medidas cautelares. Solo esta interpretación integradora permitirá la posibilidad de satisfacción de las finalidades y objetivos que tienen tanto las medidas cautelares como el incidente de previo pronunciamiento."

[771] Al respecto véase entre otros: *El acuerdo alcanzado por los jueces y secretarios judiciales de Barcelona sobre aspectos procesales introducidos por la ley 31/2014 en materia de impugnación de acuerdos sociales,* adoptado en Barcelona, el 17 de marzo de 2015, en el que señalaron: "En nuestra opinión, (…) en caso de que se impugne un acuerdo social por alguno de los motivos previstos en el art. 204.3 LSC, si el demandado no está conforme con el carácter relevante, esencial o determinante del tal motivo de impugnación, lo planteará mediante demanda incidental de previo pronunciamiento bien mediante otrosí bien a continuación de su escrito de contestación." y Las *Conclusiones jornadas magistrados especialistas mercantil Pamplona 4,5 y 6 de noviembre de 2015*, en las que manifestaron: "Se consideró por unanimidad que no estamos ante un requisito de admisibilidad de la demanda por lo que no el demandante no está obligado a promover el incidente de previo pronunciamiento, sino que será normalmente el demandado quien, en su escrito de contestación a la demanda o bien, en escrito independiente, pero previo a la formulación de la contestación a la demanda, la pueda plantear.".

[772] Así se establece expresamente ene la Artículo 393.1 LEC, en el que se señala que "En el procedimiento ordinario no se admitirá el planteamiento de ninguna cuestión incidental una vez iniciado el juicio".

Ahora bien, que sea el demandado quien debe plantear la cuestión incidental presupone en principio que es este quien debe probar que el motivo que funda la impugnación es irrelevante, cuando lo cierto es que la regla general es que los acuerdos que adolecen de vicios formales no son impugnables y la excepción es su impugnabilidad cuando el vicio es relevante, por lo que al tenor de lo señalado en el artículo 204.3 LSC, en realidad correspondería al demandante que pretende impugnar un acuerdo por vicios relevantes en el proceso de adopción del mismo, probar que se dan los presupuestos legales excepcionales de impugnación de acuerdos por dichos motivos[773].

Así las cosas consideramos que la sociedad demandada solo debe alegar en el planteamiento del incidente y a la luz de los hechos y fundamentos de la demanda que el acuerdo es inimpugnable, pero el demandante es quien dentro de este trámite procesal debe acreditar que los vicios en el procedimiento de adopción del acuerdo alegados son relevantes[774], para que así el procedimiento pueda seguir y finalmente se resuelva en sentencia si en efecto el vicio relevante alegado ocurrió o no, lo cual no obsta para que también en la sentencia se pueda llegar a considerar en contrario a lo inicialmente decidido en el trámite incidental, esto es, que a pesar de la existencia del vicio formal, el mismo en realidad no era relevante y por lo mismo la impugnación tampoco prospere[775].

Ahora bien, si el demandado no propone el incidente y opone la irrelevancia de los motivos de la impugnación, el trámite incidental no podrá llevarse a cabo de oficio, aunque consideramos que el juez sí podría llegar a dictar sentencia desestimatoria basado en los mandatos del artículo 204.3 LSC,

[773] En efecto, conforme a los mandatos del artículo 217.2 y 3 de la LEC, "2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención. 3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior."

[774] Consideramos que cualquier interpretación en contrario desnaturalizaría la privación de la acción de impugnación que quiso establecer el legislador en el artículo 204.3 LSC y convertiría la excepción en regla. Al respecto en la SAP Tarragona 43/2021, de 20 de enero de 2021, en la que se señaló: "Es precisa una actividad probatoria desplegada por parte de quien denuncia la vulneración del derecho acerca de la esencialidad de la información denegada o suministrada de manera incorrecta. Sin embargo, en la demanda se omite esta identificación de la información relevante."

[775] Véase la SAP Tarragona 43/2021, de 20 de enero de 2021, en la cual se analiza el recurso de apelación de una sentencia de primera instancia en la que se inicialmente se había resuelto el incidente de manera favorable al demandante, pero que en la sentencia apelada se concluyó que la información no suministrada en realidad era irrelevante.

que establece que en dichos eventos no procede la acción de impugnación, aunque en este caso hipotético no se alcanzaría el fin perseguido con el establecimiento de dicha norma, pues se habría adelantado todo el procedimiento a pesar de tratarse de un vicio irrelevante[776], en razón a que el juzgador carece de facultades oficiosas para revisar y declarar con anterioridad a la sentencia la irrelevancia de los motivos de impugnación[777].

En cuanto a los tres motivos concretos que no constituyen causa de impugnación[778], serán los establecidos en el artículo 204.3 apartados c y d[779] los de más fácil resolución en el incidente, pues bastará con aplicar la teoría de la resistencia (ya explicada en el capítulo segundo) para determinar si la alegada participación del no legitimado o el voto invalido o indebidamente contabilizado, afecta el quórum o la mayoría, respectivamente, por lo tanto el vicio será relevante si restada la participación o el voto, el quórum no se hubiera conformado o el acuerdo no se hubiera alcanzado y por ende el procedimiento deberá seguir para resolverse en sentencia si en efecto la participación fue ilegítima o el voto inválido[780].

---

[776] Así se señaló en la SAP Palmas de Gran Canaria, 726/2021, de 29 de septiembre, en la que sobre el particular se dijo: "Y si bien es cierto que el art. 204,3 LSC establece que presentada la demanda la cuestión sobre el carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación previstos en el mismo apartado se planteará como cuestión incidental de previo pronunciamiento entiende la Sala que cuando no se ha planteado como cuestión de previo pronunciamiento ello no ha de impedir que al resolver en la sentencia definitiva no se apliquen dichos criterios a los motivos de carácter formal previstos en el propio art. 204,3 LSC ya que lo que se pretende con dicho precepto es que no sea necesario siquiera continuar el procedimiento en su completa tramitación cuando por alegarse solo motivos formales no determinantes y no esenciales de la constitución y formación de la voluntad del órgano social la demanda habría finalmente de desestimarse."

[777] ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P. ob. cit. pág. 102 y 103.

[778] Estos motivos ya fueron suficientemente analizados en el capítulo segundo, por lo que aquí se partirá de lo ya explicado y solo se hará referencia a lo que constituye o no objeto de incidente y algunas líneas que se proponen a seguir para el desenlace del incidente según cada motivo de no impugnación.

[779] "c) La participación en la reunión de personas no legitimadas, salvo que esa participación hubiera sido determinante para la constitución del órgano. d) La invalidez de uno o varios votos o el cómputo erróneo de los emitidos, salvo que el voto inválido o el error de cómputo hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible."

[780] Al respecto señaló GARCÍA-VILLARUBIA BERNABÉ, M.: "El derecho de información del socio como fundamento de la impugnación de los acuerdos sociales. Cuestiones sustantivas y procesales", *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 29, 2015 (versión electrónica), que: "el incidente habrá de centrarse en determinar si esos votos que se reputan inválidos por el demandante fueron determinantes de la constitución de la mayoría necesaria para la adopción del acuerdo. Nada más. Si no lo fueron, el incidente habrá de estimarse. Si lo fueron, entonces el procedimiento habrá de proseguir para decidir si el voto o votos de que se trate fueron o no inválidos.".

Con relación a los motivos de no impugnación y sus excepciones reguladas en el artículo 204.3. a) LSC, debemos señalar que el planteamiento y resolución del incidente resulta bastante más problemático, en la medida en que las dos excepciones que se tienen que resolver mediante incidente son absolutamente genéricas e indeterminada, cuya única guía lo constituye el carácter "esencial" o "relevante" de las reglas que se invocan como vulneradas[781].

Por lo tanto, siempre que se quiera impugnar el acuerdo con base en la a infracción de requisitos meramente procedimentales, en la convocatoria, la constitución del órgano o la adopción del acuerdo, el demandado podrá promover el incidente alegando que la infracción no resulta esencial o relevante, salvo que la impugnación se base en el incumplimiento de los requisitos de forma y plazo de convocatoria, en la no conformación del quórum de constitución o en la no adopción del acuerdo con la mayoría necesaria, casos en los cuales no puede promoverse el incidente, pues ha sido el propio legislador quien ya ha determinado de manera expresa el carácter esencial y relevante de dichas infracciones y por lo tanto de promoverse aquel su inadmisión resulta evidente y procedente.

Conforme a lo anterior la promoción del incidente solo será procedente cuando la impugnación se basa en la violación de cualquier otra regla de la convocatoria, la constitución del órgano o la adopción del acuerdo, y corresponderá al juez determinar a priori si la misma es esencial o relevante, para efectos de lo cual, consideramos que deberá valorar el objetivo pretendido por el legislador con el establecimiento de cada una de dichas fases de conformación de la voluntad societaria y las reglas concretas que ha predispuesto para alcanzar esos fines[782].

---

[781] Es de resaltar que tal y como ya se señaló en el segundo capítulo, en este caso el legislador ya ha considerado relevante las reglas "esenciales" de constitución del órgano y las mayorías necesarias, por lo tanto si la impugnación se basa en que el acuerdo no se ha adoptado con la mayoría necesaria no procede el incidente pues dicho defecto ya está calificado como esencial, sin embargo si se invoca la vulneración de reglas "esenciales" de constitución del órgano, como no se han establecido cuáles son las esenciales, si podría promoverse el incidente, aunque parecería claro que este no resulta procedente cuando se alega que la reunión se llevó a cabo sin el quorum necesario, pues esta es a todas luces la regla más esencial de constitución del órgano.

[782] Sobre el particular señaló ARIZA COLMENAREJO, M. ob. cit. (versión electrónica), que: "a efectos de dotar del calificativo de relevancia, esencialidad o el carácter determinante del defecto, el órgano judicial debe realizar un juicio de valor, plantear una hipótesis que requiere un conocimiento de otros elementos fácticos del caso concreto. No es suficiente la valoración en abstracto, ya que en ocasiones se incorporan conceptos indeterminados que exigen una lectura concreta y completa. Hay motivos y circunstancias que pueden ser apreciables con una mera

Así, con relación a la convocatoria ya se ha señalado con profundidad en el capítulo primero y segundo, que su finalidad es que quien deba ser citado conozca con la antelación necesaria y suficiente acerca de la celebración de la reunión, su fecha, hora lugar y objeto, por lo que consideramos que para la resolución del incidente planteado, el juzgador puede determinar su carácter relevante si la vulneración de la regla concreta en la que se funda la impugnación pudo afectar de cualquier manera ese conocimiento del citado sobre la celebración de la reunión.

Con relación a la constitución del órgano, se ha dicho en el segundo capítulo que esta etapa resulta fundamental y trascendente en la medida en que es allí donde el socio se implica en el ente societario y participa en el mismo mediante el ejercicio de sus derechos de asistencia, deliberación y voto, por lo tanto, si la vulneración de la regla en que funda la impugnación pudo haber conllevado a su turno una violación de dichos derechos, bien porque los ha perturbado o bien porque directamente los ha cercenado, podría considerarse la misma relevante y por ende motivo válido de impugnación por vía de excepción[783].

En cuanto a las reglas esenciales relativas a la adopción del acuerdo, consideramos que su carácter relevante debe valorarse a la luz de la defensa del principio mayoritario que gobierna a la sociedad y del derecho al voto del accionista, por lo tanto la violación de cualquier regla que pueda implicar que la decisión no se ha adoptado con aplicación del principio mayoritario o que ha afectado el ejercicio del derecho al voto, bien sea porque se privó de él o por que se otorgó sin tenerlo, puede constituir una vulneración relevante de las reglas de adopción del acuerdo y permitiría resolver el incidente en este sentido. Sin embargo, tal y como ya se señaló cuando la regla que se acusa de violada tiene que ver con la supuesta participación de no legitimado o contabilización de un voto invalido para obtener la mayoría, el incidente se resolverá con la aplicación de la prueba de la resistencia.

---

constatación de las alegaciones y material probatorio, como son los casos de la letra c) y d), pero hay otros motivos que plantean mayores dificultades. Al final se trata de decidir si la autonomía de la voluntad queda mermada por la infracción, y eso es lo que se tiene que decidir por el cauce de los incidentes"

[783] En este mismo punto se debe resaltar, tal y como ya se señaló, que es evidente que constituye una regla esencial de la constitución del órgano, la correcta integración y conformación del quorum deliberativo, pues un fallo al respecto conllevaría la no constitución del órgano, pero al no haberse definido como tal en la Ley, de plantearse el incidente habrá de resolverse aplicando la prueba de la resistencia.

Con relación al derecho de información del accionista, debemos señalar que el legislador ha establecido dos causales concretas de improcedencia de impugnación: por un lado tenemos la dispuesta en el artículo 197.5 LSC[784], que expresamente señala que no configura motivo de impugnación la vulneración del derecho de información ejercido durante la junta de socios y regulado en el numeral 2 del mismo artículo[785]; y por otro lado la establecida en el artículo 204.3.b), en virtud de la cual se dispuso que no será motivo de impugnación "la incorrección o insuficiencia de la información" solicitada por el accionista y suministrada por la sociedad antes de la junta, "salvo que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación".

Los anteriores mandatos imperativos implican que la infracción del derecho de información consagrado en normas específicas con relación a acuerdos particulares, entre otros, los concernientes a aprobar las cuentas anuales, reformar los estatutos, aumentar el capital o aprobar una modificación estructural sí constituye causal de impugnación directa[786], por lo tanto solo podrá promoverse el incidente cuando la impugnación basada en la violación del derecho de información se reduzca a que se ha dejado de suministrar o se ha suministrado información incorrecta solicitada por el accionista antes de la junta[787].

---

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

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

[786] Este derecho de información de regulación especial ya fue analizado y estudiado en el segundo capítulo, por lo que sobre el particular remitimos a lo allí manifestado.

[787] Al respecto señaló MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: "El cribado del carácter esencial…", ob. cit. "no puede cuestionarse en incidente de previo pronunciamiento, el carácter esencial de la información documental que prescribe la ley para ser puesta a disposición de los socios desde la convocatoria de la junta que ha de pronunciarse sobre ciertos asuntos(…) En otros términos: de la configuración legal de estos derechos a obtener la información documental preparatoria de ciertos acuerdos, se deduce que ésta es siempre necesaria o «esencial» para el socio medio –no se prescribiría su elaboración y puesta a disposición en otro caso–, igual que se deduce que no puede ser denegada por los motivos que autorizan la negativa a contestar a las «preguntas» de los accionistas conforme a los arts. 196.2, 197.3 o 520.3 LSC".

Así, consideramos que, para su estudio, el juzgador en primer lugar podrá valorar el tipo de información no suministrada o suministrada indebidamente y, en segundo lugar, podrá indagar sobre cómo hubiera variado la participación o el voto del accionista si hubiera conocido la misma de manera oportuna[788], por lo tanto, si el sentido de su voto o su deliberación no hubiera variado es evidente que no se incurrirá en causal de impugnación por ser irrelevante la vulneración del derecho de información[789].

Conforme a lo hasta ahora expuesto, el incidente de previo pronunciamiento es procedente única y exclusivamente con relación a los motivos establecidos en el artículo 204.3 LSC, y su único objeto es el de resolver sobre la relevancia, esencialidad o carácter determinante de las infracciones procedimentales alegadas, dejando la resolución del fondo del asunto a la sentencia[790] en la cual, si los motivos de impugnación han superado los test iniciales de relevancia y resistencia[791], se decidirá sobre la anulación del acuerdo

[788] Así se señaló en la SAP Madrid, Sección 28, 145/2022, de 7 de marzo de 2022 que "Es una carga de los socios impugnantes identificar con exactitud la información que estiman faltó, dentro de toda la pedida por ellos y luego facilitada por la Junta, y proponer de modo razonado y argumentado el por qué dicha ausencia es transcendental respecto del ejercicio del derecho de voto."

[789] Al respecto señala ARIZA COLMENAREJO, M. ob. cit., que "La decisión del juez mercantil abarca un juicio sobre el carácter del socio, la voluntad del socio de emitir un voto en un sentido u otro ante el defecto de información, así como el ejercicio de cualquier derecho de participación, al mismo tiempo que debe tener en cuenta si la mala información ha generado un acuerdo social o simplemente se ha impedido adoptarlo.". así mismo se consideró en la SAP Barcelona 2687/2020, de 11 de diciembre, en la que se señaló: "para que la infracción del derecho de información pueda justificar la nulidad de un acuerdo social es preciso que se pueda hacer un juicio de relevancia entre la infracción social y el ejercicio adecuado del derecho de voto por parte del socio. De manera que cuando la información no facilitada de forma injustificada no afecte razonablemente a los términos en los que se ha de producir el derecho de voto, la infracción no puede determinar la nulidad del acuerdo."

[790] Al respecto señala GONZÁLEZ MOZAS, N. ob. cit. que "la finalidad perseguida por la Ley 31/2014 es que a través del incidente se realice una valoración inicial que niegue el acceso al procedimiento ordinario a aquellas impugnaciones superfluas o abusivas sin entrar en el fondo del asunto. Sin embargo, un sector de la doctrina–con el que coincido plenamente– sostiene que las cuestiones a analizar en el incidente de previo pronunciamiento del artículo 204.3 LSC no son cuestiones procesales, sino sustantivas, y requerirán que el juez entre a analizar, aunque sea de forma somera, el fondo del asunto."

[791] ORELLANA CANO, M.A., "Test de resistencia, test de relevancia, medidas cautelares e incidente de previo pronunciamiento", en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M, COHEN BENCHETRIT, A (*Directoras*), Derecho de Sociedades. Revisando el Derecho de Sociedades de Capital, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 1477.

por ser el mismo contrario a la ley, a los estatutos, al reglamento de la junta o por vulnerar el interés social[792].

Así las cosas, consideramos que siempre que en la demanda se invoque como uno de los motivos de impugnación alguna de las excepciones consagradas en el artículo 204.3 LSC, puede plantearse el incidente de previo pronunciamiento, incluso si en la demanda también se invocan otros motivos de impugnación cuya relevancia no se debe analizar en dicho trámite incidental[793], pudiendo incluso conllevar, en estos supuesto, la suspensión de todo el procedimiento, para que se resuelva previamente sobre la trascendencia de aquellos[794], pues si bien, el procedimiento en todo caso siempre continuará, el

[792] Al respecto se señaló en la SAP Jaén 531/2020, de 10 de junio, en la que se señaló: "Tampoco se aprecia la cosa juzgada formal alegada, y en este sentido, el último apartado del artículo 204.3 de la L.S.C. dispone que "presentada la demanda, la cuestión sobre el carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación previstos en este apartado se planteará como cuestión incidental de previo pronunciamiento". Si, a resultas del incidente se llega a la conclusión de que la infracción alegada no es susceptible de constituir un motivo de impugnación, quedará fuera del proceso, lo que comportará o no su sobreseimiento según sea o no el único motivo incluido en la demanda, no dejando duda alguna dicho precepto en cuanto al trámite procesal a seguir, debiendo el carácter esencial o relevante del vicio o defecto alegado tramitarse por la vía del artículo 390 a 392 de la L.E.C. En este caso se tramitó dicho incidente de previo pronunciamiento, sin embargo en la sentencia impugnada se resuelve sobre los hechos controvertidos de fondo, fijados en la audiencia previa y se desestima la acción de impugnación de acuerdos sociales por razones de fondo y por tanto, distintas a las resueltas en dicho incidente, tras la valoración de las pruebas practicadas."

[793] Posición contraria se sostiene en *El acuerdo alcanzado por los jueces y secretarios judiciales de Barcelona sobre aspectos procesales introducidos por la ley 31/2014 en materia de impugnación de acuerdos sociales*, adoptado en Barcelona, el 17 de marzo de 2015, en el que sobre el particular se señaló: "la tramitación de esa cuestión de previo pronunciamiento solo tiene sentido si los motivos en los que se funda la demanda se basan única y exclusivamente en los del art. 204.3 LSC. Por el contrario, si en la demanda se alegan tanto motivos de impugnación del art. 204.3 LSC, como otros (…) entonces, la cuestión de previo pronunciamiento carece de sentido pues el procedimiento principal siempre se tendrá que tramitar igualmente. Por lo tanto, en estos casos no se admitirá a trámite la cuestión de previo pronunciamiento remitiendo a las partes al acto de audiencia previa donde se fijará como hecho controvertido", posición que a su turno ha sido aceptada por parte de la doctrina, pero también criticada por otra como MELERO BOSCH, M.: "El carácter esencial del motivo de impugnación …" ob. cit. (versión electrónica), quien afirma, con acierto desde nuestro punto de vista que "Se hace con ello, en nuestra opinión, una interpretación restrictiva de lo establecido el art. 204.3 LSC que en nada limita la posibilidad de plantear el incidente a aquellos supuestos en los que sean éstos los únicos motivos en los que se sustente la impugnación."

[794] Al respecto véase DE BORJA VILLENA CORTÉS, F.: "Impugnación de acuerdos sociales y conflictos societarios", en ORTEGA BURGOS, E, GARCÍA-VILLARRUBIA, M, GARCÍA MARRERO, J y ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M (coordinadores), *Tratado de conflictos societarios*, Tirant lo Blanch, 2019 (versión electrónica).

objeto del mismo sí puede reducirse a resolver solo sobre aquellos motivos de impugnación procedentes.

Conforme hasta lo aquí expuesto, tenemos que si bien resultó laudable el establecimiento por parte del legislador español de motivos de no impugnación, la indeterminación con la que se incluyeron los mismos en el texto normativo y el trámite incidental establecido para corregir dicha indeterminación, son insuficientes para alcanzar el objetivo perseguido, y han conllevado a que en la práctica en la actualidad se sigan promoviendo procedimientos judiciales de impugnación fundados en motivos de "no impugnación", que solo vienen a ser considerados como tales en la sentencia judicial, en un proceso que se ha adelantado sin tener en realidad acción judicial, por lo que puede concluirse que a la fecha los acuerdos adoptados con las infracciones establecidas en el artículo 204.3 LSC sí pueden ser objeto del proceso de impugnación.

1.2 La improcedencia de la impugnación frente a acuerdos subsanados. Trámite procesal.

Estableció el legislador español en el artículo 204.2 LSC dos reglas, por un lado, la improcedencia de la acción de impugnación frente a los acuerdos sociales subsanados[795] antes de interponerse la demanda, y por otro una casual de terminación anticipada del procedimiento de impugnación, cuando ya presentada la demanda el mismo es subsanado, todo esto sin perjuicio del derecho a reclamar judicialmente la reparación de los daños causados mientras estuvo vigente el acuerdo posteriormente subsanado[796].

[795] Ya se señaló en el segundo capítulo que la subsanación de acuerdos sociales se puede llevar a cabo por dos vías, mediante la sustitución del acuerdo, que consiste en la adopción del mismo acuerdo sin vicios y en donde por ende no hay cambio en la voluntad social teniendo efectos retroactivos, salvo que el vicio del acuerdo subsanado constituya violación del orden público, caso en el cual el nuevo acuerdo no tendrá efectos retroactivos, o mediante la revocación del acuerdo viciado, lo cual se lleva a cabo adoptando un nuevo acuerdo que revoca el anterior (revocación directa) o que sin revocar expresamente al anterior resulta incompatible con este (revocación tácita).

[796] "2. No será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro adoptado antes de que se hubiera interpuesto la demanda de impugnación. Si la revocación o sustitución hubiera tenido lugar después de la interposición, el juez dictará auto de terminación del procedimiento por desaparición sobrevenida del objeto.
Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio del derecho del que impugne a instar la eliminación de los efectos o la reparación de los daños que el acuerdo le hubiera ocasionado mientras estuvo en vigor."

Es de resaltar que este último supuesto, esto es, el de la posibilidad de terminar el procedimiento ya iniciado cuando la subsanación ocurría luego de impugnado el acuerdo, se introdujo en la reforma de 2014, reflejando la filosofía que siguió la misma, pues se buscó evitar el adelantamiento íntegro del procedimiento de impugnación cuando el mismo de manera sobrevenida incurría en una carencia de objeto, precisamente por haber desaparecido el acuerdo impugnado, posibilidad está de terminación anticipada, que además encuentra su amparo procesal en los mandatos del artículo 22 de la LEC[797].

Se trata pues de una herramienta legal otorgada a la sociedad para enervar el procedimiento judicial de impugnación ya iniciado, sin necesidad de pedir la suspensión de este en los términos del artículo 207.2 LSC[798], en virtud de la cual si la demandada ha subsanado el acuerdo impugnado, bien mediante la revocación bien mediante la sustitución, puede así alegarlo en el procedimiento y obtener la terminación anticipada del mismo, mediante la aplicación de los

[797] Al respecto, también puede encontrarse un antecedente en la SAP Madrid de 17 de diciembre de 2007, en la que se señaló que "Nos enseña la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, de 20 de octubre de1998 , que parte de otra de 26 de enero de 1993 , y de 21 de mayo de 2002 , que el artículo 115.3 de la LSA no establece, ni expresa, ni tácitamente, que iniciado ya un proceso de impugnación de un determinado acuerdo social, pueda la sociedad afectada, por su propia y exclusiva iniciativa, en una Junta posterior, ratificar o tratar de convalidar el aludido acuerdo que está siendo objeto de impugnación en el referido proceso ya en tramitación, pues ello entrañaría una clara y unilateral violación del principio "ut lite pendente nihil innovetur", (…) Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en esta doctrina el Tribunal Supremo empleaba argumentos procesales propios de la LEC de 1881, aplicable a los casos de los que se ocupaba, mientras que la vigente LEC de 7 de enero de 2000, al concretar los efectos de la litispendencia, ha establecido en el artículo 413 una excepción muy relevante, pues desde su entrada en vigor no se tendrán en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio, introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas o de las personas que hubiere dado origen a la demanda y, en su caso, a la reconvención, excepto si la innovación privare definitivamente de interés legítimo las pretensiones que se hubieran deducido en la demanda o en la reconvención, por haber sido satisfechas extraprocesalmente o por cualquier otra causa, remitiéndose en este caso a lo dispuesto en el artículo 22, que como vimos regula la terminación del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto. (…) Aplicando la doctrina expuesta al caso enjuiciado, no podemos compartir el criterio que mantiene la sentencia apelada porque tras el acuerdo de la junta celebrada el 24 de noviembre de 2005 subsanando el de 28 de junio de 2004, (…) no se puede sostener que la parte demandante mantiene un interés legítimo en el proceso al ser evidente que éste ha perdido su objeto por causa sobrevenida que no es otra que el mencionado acuerdo (…) de manera que de no haberse producido tal subsanación hubiera estado justificada la continuación del proceso pero no en la situación que la sociedad ha reorientado perfectamente y sin artificios fraudulentos."

[798] "2 En el caso de que fuera posible eliminar la causa de impugnación, el juez, a solicitud de la sociedad demandada, otorgará un plazo razonable para que aquella pueda ser subsanada". Esta regulación, aunque pervive luego de la reforma de 2014, ha caído en desuso pues parece por la previsión introducida precisamente en el art. 204.2 LSC, aunque en algunos eventos puede emplearse mientras se adopta el acuerdo de subsanación.

mandatos del artículo 22.1, 2 y 3 de la LEC[799], o en la audiencia previa, según si el acuerdo fue subsanado después o antes de presentada la demandada, respectivamente[800], lo que implica que la subsanación del acuerdo impugnado ocurrida incluso con anterioridad a la presentación de la demanda, no va a suponer la inadmisión de la misma sino su terminación anticipada.

Ahora bien, para que ello ocurra, es decir, para que el procedimiento termine anticipadamente, el juez que viene conociendo de la impugnación y ante la oposición de la subsanación efectuada por la demandada debe ejercer un control sobre el acuerdo mediante el cual se pretende subsanar el impugnado, en virtud del cual dilucidará en primer lugar si en efecto el nuevo acuerdo revoca o sustituye aquel y en segundo lugar si se ha adoptado válidamente, pues así se deriva del tenor literal del artículo 204.2 LSC, pudiendo incluso llegar a

[799] "Artículo 22. Terminación del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto. Caso especial de enervación del desahucio. 1. Cuando, por circunstancias sobrevenidas a la demanda y a la reconvención, dejare de haber interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, porque se hayan satisfecho, fuera del proceso, las pretensiones del actor y, en su caso, del demandado reconviniente o por cualquier otra causa, se pondrá de manifiesto esta circunstancia y, si hubiere acuerdo de las partes, se decretará por el Letrado de la Administración de Justicia la terminación del proceso, sin que proceda condena en costas. 2. Si alguna de las partes sostuviere la subsistencia de interés legítimo, negando motivadamente que se haya dado satisfacción extraprocesal a sus pretensiones o con otros argumentos, el Letrado de la Administración de Justicia convocará a las partes, en el plazo de diez días, a una comparecencia ante el Tribunal que versará sobre ese único objeto. Terminada la comparecencia, el tribunal decidirá mediante auto, dentro de los diez días siguientes, si procede, o no, continuar el juicio, imponiéndose las costas de estas actuaciones a quien viere rechazada su pretensión. 3. Contra el auto que ordene la continuación del juicio no cabrá recurso alguno. Contra el que acuerde su terminación, cabrá recurso de apelación."

[800] Véase a DE BORJA VILLENA CORTÉS, F. ob. cit., quien al respecto señaló: "el tratamiento procesal de esta segunda situación no presenta especial dificultad, ya que esta forma anormal de terminación del procedimiento tiene una regulación precisa y completa en el art. 22 LEC. El problema se produce con la primera de las situaciones descritas. No hay un trámite procesal previsto para resolver qué ocurre en los casos en que la revocación o sustitución se ha producido antes de la interposición de la demanda (…) La circunstancia habrá, por tanto, de ser alegada en la contestación a la demanda por la propia sociedad. La duda está en si deberá hacerlo como alegación de fondo o como excepción de tipo procesal que deba ventilarse en la audiencia previa con carácter previo a la discusión sobre el fondo del asunto. A favor de esta última opción puede estar la previsión del art. 425 LEC, que establece esa solución para circunstancias de orden procesal análogas a las expresamente previstas en los preceptos anteriores que puedan obstar a la prosecución del procedimiento hasta sentencia, para su tratamiento en la audiencia previa. Es, además, un planteamiento coherente con la finalidad perseguida por la norma (la evitación o terminación anticipada de litigios que se han convertido en innecesarios por haber sido revocado o sustituido el acuerdo impugnado)".

adelantar una valoración sobre el fondo del nuevo acuerdo si así lo alegara la parte demandante[801].

En efecto, consideramos que aunque nada se prevenga de manera específica sobre el particular en la normativa procesal ni sustantiva, resultaría acorde a Derecho que el demandante, dentro de las oportunidades procesales que se le otorgan para pronunciarse frente a las alegaciones de subsanaciones pueda oponerse a ello, alegando no solo que el nuevo acuerdo no revoca o sustituye el impugnado sino además cualquier vicio en el que este incurra, pues si su adopción se dio precisamente para subsanar aquel, este nuevo acuerdo continúa siendo objeto del procedimiento ya iniciado, pudiendo por lo tanto alegar lo que a bien considere sobre su validez, pues si el mismo resulta anulable no podría considerarse válidamente subsanado el inicial[802].

[801] Al respecto puede verse la SAP Asturias 199/2017, de 14 de julio, en el que se señaló "Se trata de un acuerdo adoptado por unanimidad y aparentemente válido -el demandante en su escrito de oposición a la apelación no hace valer ninguna tacha o vicio que afecte a su validez- que viene por tanto a subsanar el déficit de mayoría reforzada en que se basa la demanda que solicita su nulidad."

[802] Consideramos que esta posibilidad se desprende de los mandatos del artículo 22.2 de la LEC, que establece que "Si alguna de las partes sostuviere la subsistencia de interés legítimo, negando motivadamente que se haya dado satisfacción extraprocesal a sus pretensiones o con otros argumentos, el Letrado de la Administración de Justicia convocará a las partes, en el plazo de diez días, a una comparecencia ante el Tribunal que versará sobre ese único objeto. Terminada la comparecencia, el tribunal decidirá mediante auto, dentro de los diez días siguientes, si procede, o no, continuar el juicio, imponiéndose las costas de estas actuaciones a quien viere rechazada su pretensión.". En igual sentido se pronunció la reciente Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Valencia 7262/2022, de 6 de junio, en la que se señaló: "Queda claro que la sustitución del acuerdo impugnado por otro no provoca automáticamente el sobreseimiento del proceso ya iniciado y que debe ser todavía posible examinar si ese acuerdo sustitutivo es uno válido o no… - Lo que el legislador societario en ningún caso quiso hacer es introducir una regla, la del artículo 204.2 LSC, que provocara que un proceso de impugnación de un acuerdo social se cierre en falso. Eso sucede si se evita permanentemente la fiscalización del acuerdo de sustitución o ratificación del anterior y originalmente impugnado, abocando al socio a la formulación de una nueva acción de impugnación contra ese segundo acuerdo. De ser así, no solo no se satisfaría el ánimo del legislador de evitar la litigación excesiva en el ámbito de la impugnación de acuerdos sociales, sino que se estimularía. Pues, para provocar la terminación anormal de un proceso de impugnación, bastaría con que la sociedad demandada adoptara un nuevo acuerdo que, solo a través de otro proceso, pudiera ser examinado en profundidad. Eso incluso podría dar lugar a una sucesión irresoluble de procesos, pues cada nuevo acuerdo impugnado podría ser ratificado o sustituido por otro y este únicamente sería enjuiciable a través de un proceso subsiguiente. Para evitar eso, se debe optar por una interpretación específica de las reglas societarias y que sea compatible con la maximización de los bienes jurídicos que pretenden tutelar."

Conforme a lo expuesto, los acuerdos válidamente subsanados continúan siendo objeto del procedimiento de impugnación, solo que si se acredita en el procedimiento la valida subsanación, no se proferirá una sentencia de fondo en la que se anule o no la decisión impugnada, sino que se proferirá un auto que ordena la terminación del mismo, aunque en algunos eventos, puede continuar única y exclusivamente para resolver pretensiones acumuladas a la impugnación, sobre remoción de los efectos producidos por el acuerdo mientras estuvo vigente o sobre los perjuicios causados al impugnante durante dicho mismo lapso. Se trata de una acción diferente a la de la impugnación, pero que encuentra su fundamento en aquella, concretamente en la imposibilidad de continuar con la impugnación por haberse subsanado el vicio[803], por lo que para la prosperidad de dichas pretensiones de remoción de efectos o de indemnizaciones, debe necesariamente acreditarse que el acuerdo subsanado sí adolecía de vicios, y que durante su vigencia este generó efectos o causó perjuicios[804].

Así las cosas, puede considerarse que en Derecho español: i) el objeto de la acción de impugnación de acuerdos sociales es la anulabilidad de las decisiones adoptadas con violación de la ley, los estatutos sociales, el reglamento de la junta o el interés social; ii) que en realidad los acuerdos inimpugnables, a priori pueden ser objeto de demanda, pero cuando el motivo de impugnación se funda en el desconocimiento de reglas esenciales sobre convocatoria, quórum, mayorías o violación del derecho de información ejercido con anterioridad a la junta, existe un trámite procesal especial que puede promoverse una vez planteada la acción para evitar el adelantamiento de todo el procedimiento de impugnación; iii) y que la sociedad antes o después de la demanda tiene la

[803] Es de resaltar que el legislador previo dos posibilidades adicionales de ejercer la acción de indemnización de perjuicios en eventos en los que, si bien podría existir motivo de impugnación, la misma resulta improcedente (arts. 197.5 y 206.1 segundo párrafo LSC).

[804] DE BORJA VILLENA CORTÉS, F. ob. cit., señaló: "El ejercicio de las acciones de remoción y de indemnización a que se refiere el art. 204.2 II LSC, que puede tener lugar de forma independiente o acumulada, está sujeto a la concurrencia de determinados presupuestos. El primero, por evidente que pudiera parecer, es que se haya producido la adopción válida de un acuerdo de revocación o sustitución del acuerdo impugnado que haya comportado la terminación del procedimiento de impugnación del acuerdo inicial… El segundo presupuesto es la antijuridicidad del acuerdo revocado o sustituido. Para determinar su concurrencia, por tanto, es preciso determinar si en ese acuerdo se daba o no alguna de las infracciones que pueden lugar a la estimación de la acción de impugnación… En el caso de la acción de remoción, además, es preciso justificar la pervivencia en el tiempo de los efectos prácticos del acuerdo revocado o sustituido… En la acción de resarcimiento, por su parte, habrá de acreditarse la producción de una efectiva lesión patrimonial y la existencia de una relación de causalidad entre el acuerdo inicial y esa lesión."

posibilidad de enervar dicho procedimiento a través de la subsanación del acuerdo impugnado, en los términos anteriormente expuestos.

2. Objeto de la acción de impugnación en Derecho colombiano.

El legislador colombiano no ha establecido respecto a la acción de impugnación de decisiones sociales un régimen especial e individualizado, similar al alcanzado en el Derecho español con la reforma operada en el año 2014, lo que ha provocado que en Colombia se haya establecido una doctrina jurisprudencial[805], en virtud de la cual, la acción de impugnación solo puede tener como propósito la declaración de nulidad absoluta de las decisiones sociales, por defectos formales, consistentes estos única y exclusivamente en la adopción de la decisión sin el número de votos previstos en los estatutos o en las leyes, o excediendo los límites del contrato social[806]. Así, los demás vicios en que puede incurrirse al adoptarse la decisión deben atacarse utilizando otras acciones judiciales, como lo son el reconocimiento de los presupuestos de ineficacia o la de nulidad por abuso del derecho al voto.

Pero la limitación del objeto de la acción de impugnación va más allá e incluye que no toda violación de las normas que componen el régimen societario colombiano implica, necesariamente, una transgresión de los límites del contrato social, por lo tanto se viene considerando por la jurisprudencia, que solo la violación de las normas referentes a la aprobación de la decisión pueden generar la declaración de la nulidad absoluta de la misma en el proceso de impugnación[807], por lo que, según dicha posición la nulidad por exceso en los

[805] Al respecto véase entre otras: SSSC 830-000005, de 30 de enero de 2020, 800-000150, de 2 de diciembre de 2019, 800-000058, de 3 de mayo de 2019, 800-000042, de 2 de abril de 2019, 800-000109, 19 de octubre de 2018, 810-000047, de 28 de mayo de 2018, 810-000110, de 10 de noviembre de 2017.

[806] Así se señaló expresamente en la SSSC 800-38 de 2 de mayo de 2022, en la que sobre el particular reiteró: "esta Delegatura en múltiples oportunidades ha señalado que "la acción de impugnación se ha previsto en nuestro ordenamiento como un mecanismo para controvertir falencias formales en la adopción de decisiones del máximo órgano social". (Superintendencia de Sociedades autos n.° 801-12797 del 3 de noviembre de 2014 y 800- 2202 del 16 de febrero de 2016.) En verdad, los artículos 190 y 191 del Código de Comercio establecen que esta acción únicamente procede cuando se "adopten [decisiones sociales] sin el número de votos previstos en los estatutos o en las leyes, o excediendo los límites del contrato social"".

[807] Al respecto se señaló en la SSSC 800-46 del 8 de junio de 2017, que: "Ahora bien, la violación de cualquier norma que compone el régimen societario colombiano no implica, necesariamente, una transgresión de los límites del contrato social. Como ya lo ha dicho esta Delegatura, para que proceda la acción de impugnación, es necesario que 'las determinaciones en cuestión hubiesen infringido alguna de las disposiciones legales o estatutarias que regulan la adopción de decisiones sociales".

límites del contrato social se reduce a los eventos en los que la decisión se adopta desbordando las competencias del órgano social[808].

Así, el operador jurídico colombiano al enjuiciar la impugnación de decisiones sociales, ha limitado su objeto a los vicios que generan la nulidad absoluta de la decisión, en los términos del artículo 190 del C. de Co, que establece que las decisiones que "se adopten sin el número de votos previstos en los estatutos o en las leyes, o excediendo los límites del contrato social, serán absolutamente nulas", excluyendo así de esta acción las decisiones sociales que adolecen vicios que por expreso mandato legal están sancionados con la ineficacia o la inoponibilidad de la decisión[809].

Conforme a lo anterior, solo son objeto del procedimiento de impugnación las decisiones sociales cuyo vicio consista en la adopción del acuerdo sin la mayoría necesaria o desbordando las competencias o facultades del máximo órgano social, criterio limitativo que, consideramos desconoce los mandatos del artículo 191 del C. de Co que expresamente establece que la acción de impugnación procede contra "las decisiones de la asamblea o de la junta de socios cuando no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos", pues el legislador no distinguió entre vicios de la decisión, ni mucho menos entre normas cuya violación podía ser causa de impugnación o no[810].

---

[808] Así se señaló en la SSSC 800-000079, de 30 de agosto de 2018, al concluirse que "esta acción es procedente cuando una determinación social adoptada en el seno del máximo órgano social de una compañía, no se ajuste a las prescripciones legales, esto es, cuando viole la ley. Sin embargo, tal violación, se debe presentar con motivo de la aprobación de la decisión correspondiente por parte del máximo órgano social. Es decir, que no toda violación a la ley supone la nulidad de una determinación social…para el Despacho es claro que la violación del citado artículo 47 por parte de la administración, difícilmente, podría
servir como un argumento para restarle validez a la determinación adoptada por el máximo órgano social de Ciudadela Industrial de Occidente S.A. en liquidación, al amparo de una acción de impugnación. La razón estriba en que la violación alegada no es predicable de la aprobación que impartió el máximo órgano social… Vale decir, que tal aprobación fue impartida por el número de votos necesarios para el efecto y en ejercicio de las facultades legal y estatutariamente asignadas a dicho órgano".

[809] Sobre estos vicios véase lo expuesto en el capítulo segundo.

[810] Es un principio de interpretación jurídica, ampliamente reconocido en Derecho colombiano, aquel aforismo romano que reza "Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus" que literalmente traduce "donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir.", y que viene aplicando Corte Constitucional colombiana, véase entre otras las Sentencia C-127 de 2020 y C-317 de 2012, en virtud del cual ha establecido que si la norma no distingue, no le corresponde distinguir al juez al aplicarla.

A pesar de la pretendida exclusión de la acción de impugnación regulada en el artículo 191 del C. de Co, de los acuerdos que adolecen de vicios que generan como sanción la ineficacia[811], la inoponibilidad[812] y la nulidad por abuso del derecho al voto, los cuales se resuelven por el procedimiento de reconocimiento de los presupuestos de ineficacia[813] y nulidad por abuso del derecho al voto[814], respectivamente, ello no ha implicado que deje de plantearse la acción de impugnación fundándose en dichos vicios supuestamente excluidos de aquella, ni mucho menos que los jueces dejen de resolverlas de fondo en la sentencia cuando se plantean a través de la acción de impugnación.

Efectivamente, no son pocas las ocasiones en las cuales la impugnación se funda en vicios que generan la ineficacia, casos en los cuales lo que hace el juzgador, de acreditarse la concurrencia de aquellos, es declarar de oficio los presupuestos de ineficacia en la sentencia que resuelve la acción de impugnación[815], lo cual si bien resulta ajustado a Derecho por la naturaleza

---

[811] Como ya se ha señalado en el segundo capítulo, la violación de las normas sobre lugar de celebración de la reunión, convocatoria y quorum, generan la ineficacia de la decisión (arts. 186 y 190 C. de Co.), pero tratándose de acuerdos adoptados en las asambleas de accionistas de las sociedades anónimas, la sanción de ineficacia se aplica no solo a los vicios por desconocimiento de las reglas sobre lugar de la reunión, convocatoria y quorum, sino también a las referentes a las mayorías decisorias, las competencias y funciones de la asamblea, las reuniones ordinarias y extraordinarias, las reuniones por derecho propio y la suspensión de reuniones (Art. 433 C. de Co.).

[812] Son aquellas que no se han adoptado con carácter general (art. 188 C. de Co)

[813] Véase la SSSC 830-000005, de 30 de enero 2020, en la que sobre el particular se señaló: "No obstante, "en estricto derecho, la impugnación resulta improcedente respecto de las decisiones inoponibles e ineficaces (...) [p]or ello, la jurisprudencia ha sido pacifica en reconocer que la acción de impugnación de decisiones de asambleas únicamente compete frente a las decisiones nulas, nunca para las ineficaces" De ahí que, en virtud de las facultades oficiosas otorgadas por el artículo 133 de la Ley 446 de 1998, corresponde a este Despacho revisar si se configuraron lo supuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia"

[814] Al respecto se señaló en la SSSC 810-000047, de 28 de mayo de 2018 que: "la acción de impugnación está orientada a controvertir defectos formales en la adopción de determinaciones sociales, la verificación de tales presupuestos exige un análisis de dicha naturaleza. Es por ello que, a diferencia de acciones judiciales como las de abuso del derecho de voto, en las que sí se analizan indicios que puedan apuntar a motivaciones ilegítimas tras determinadas actuaciones, la acción de impugnación se restringe a que se constate la ocurrencia de ciertos supuestos fácticos estrictamente establecidos en la ley. En efecto, dicha sanción de nulidad se justifica por la necesidad de que se cumplan, en forma estricta, los protocolos previstos para la adopción de decisiones sociales. De aceptarse una interpretación diferente a la expuesta, podría menoscabarse, innecesariamente, la certeza que buscan brindar los estatutos y la ley a los asociados."

[815] A modo de ejemplo se puede citar la SSSC 820-000003, de 18 de enero de 2019, en la que expresamente se dijo: "el Despacho considera necesario efectuar algunas precisiones en relación con la acción de impugnación de decisiones sociales y la acción de reconocimiento de los presupuestos de ineficacia…en los términos del artículo 190 y 191 del Código de Comercio, la

jurídica de la figura de la ineficacia, especialmente porque opera de pleno derecho, sí genera una desigualdad en el tratamiento procesal evidente según el vicio en el que se haya incurrido al adoptarse la decisión.

En efecto, si se pretende impugnar la decisión por vicios en la convocatoria, el quórum, el lugar de la reunión o cualquier otro sancionado con la ineficacia el procedimiento que debe promoverse, a la luz de lo expuesto, es el de reconocimiento de los presupuestos de ineficacia[816], que tiene un plazo de caducidad de cinco años[817] y puede ser promovido no solo por los legitimados

impugnación de decisiones sociales tiene como propósito exclusivo controvertir la validez de las decisiones sociales por haberse adoptado sin contar con el número de votos previsto en los estatutos o en la ley, o cuando se excedan los límites del contrato social… De otro lado, en el mismo artículo 190 aludido se sanciona con ineficacia las determinaciones sociales adoptadas en contravención a lo establecido en el artículo 186 del estatuto mercantil, esto es, por falencias en formalidades en materia de convocatoria, quórum y lugar de celebración de la reunión en que se adoptaron las decisiones… por virtud de lo establecido en el artículo 133 de la Ley 446 de 1998, esta Superintendencia puede advertir de oficio la configuración de los presupuestos que dan lugar a esta sanción…En este sentido, es claro entonces que, de prosperar los argumentos esgrimidos en la demanda, el Despacho se vería en la necesidad de advertir de oficio la ineficacia —y no la nulidad— de las decisiones adoptadas".

[816] Tal y como los señala MARTÍNEZ NEIRA, N. ob. cit. pág. 386, se trata de "una vía judicial expedita para obtener una declaración de certeza sobre los supuestos de hecho en que se funda un acto societario ineficaz, en orden a brindar un instrumento que ofrezca certeza sobre los fundamentos de dicha sanción. Pero en modo alguno se trata de una declaración constitutiva", respecto del cual tiene competencia también la SSC en virtud de lo establecido en el artículo 133 de la Ley 446 de 1998 "ARTICULO 133. COMPETENCIA. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 897 del Código de Comercio, las Superintendencias Bancaria, de Sociedades o de Valores podrán de oficio efectuar el reconocimiento de los presupuestos de ineficacia previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio. Así mismo, a falta de acuerdo de las partes sobre la ocurrencia de dichas causales de ineficacia, podrá una de ellas solicitar a la respectiva Superintendencia su reconocimiento. En relación con las sociedades no vigiladas permanentemente por las referidas entidades, tal función será asumida por la Superintendencia de Sociedades."

[817] Es de resaltar que inicialmente se venía considerando que la ineficacia no tenía plazo de caducidad bajo el entendido de que por no producir efectos los actos ineficaces no podían sanearse por efectos de la prescripción o la caducidad, al respecto señaló VELÁSQUEZ RESTREPO, C. ob. cit. pág. 111 que "Los actos inexistentes, ineficaces o inoponibles de fondo o de forma lo son en todo tiempo, antes de los dos (2) meses y después de ellos, razón por la cual, este término de caducidad de los dos (2) meses frente a ellos no opera por disponerlo así el Artículo 897, 898 y 901 del mismo Código de Comercio, normas imperativas, al igual que el propio Artículo 191, y además especiales y posteriores en su orden a aquel", sin embargo dicha postura ha cambiado y actualmente se considera que el plazo para promover un procedimiento de reconocimiento d ellos presupuestos de ineficacia es de 5 años con base en los mandatos del artículo 235 de la Ley 222/95, que establece "ARTICULO 235. TERMINO DE PRESCRIPCIÓN. Las acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones o de la violación a lo previsto en el Libro Segundo del Código de Comercio y en esta ley, prescribirán en cinco años, salvo que en ésta se haya señalado expresamente otra cosa." (al respecto véase entre otras la SSSC 810-106 de 5 de agosto de 2019).

para ejercer la impugnación sino por cualquier interesado e incluso puede llegar a ser reconocida de oficio[818].

A su turno, si lo que se pretende es impugnar el acuerdo por abuso del derecho al voto, este procedimiento, igualmente podrá ser promovido tanto por los legitimados para impugnar como por quien acredite un interés legítimo para ello[819] y tendrá un plazo de caducidad de 5 años, mientras que para el procedimiento de impugnación se tiene un plazo de caducidad de tan solo dos meses y los únicos legitimados para promoverlo son los socios ausentes o disidentes, los administradores y los revisores fiscales, tal y como se verá a profundidad más adelante.

Lo anterior conlleva una desigualdad en el procedimiento para resolver sobre los vicios que afectan las decisiones sociales que, consideramos no atiende a ninguna razón jurídica y que además pareciera refleja que, en la práctica, el legislador ha considerado más graves los vicios de procedimiento en la adopción del acuerdo referentes al lugar de celebración de la reunión, convocatoria y quórum, falta de generalidad de la decisión o abuso del derecho al voto, que los relativos a la adopción de la decisión sin la mayoría necesaria o con desbordamiento del contrato social. Lo cual resulta aún más llamativo en el caso de las decisiones adoptadas en la asamblea de accionistas de una sociedad anónima, en la que todos los anteriores vicios, a excepción del abuso del derecho al voto, se sancionan con la ineficacia, como si fuera más grave adoptar una decisión sin las mayorías necesarias en una SA, que en los otros tipos societarios.

Así las cosas, consideramos que probablemente podría llegar a corregirse la desigualdad en el trato de los vicios que afectan las decisiones sociales, si se estableciera, como en el Derecho español, un único régimen de impugnación de acuerdos sociales en el que se incluyan los diferentes vicios que en la actualidad generan la ineficacia, la inoponibilidad y la nulidad absoluta

[818] Sobre el particular se señaló en la SSSC 480-000021, de 23 de abril de 2012, que "de la lectura juiciosa del artículo 133 de la ley 446, se extrae que el reconocimiento de los presupuestos de ineficacia procede i) de oficio y i) a solicitud de cualquiera de las partes, no de los socios. Nótese entonces que la palabra parte, hace referencia a cualquier interesado, incluso un tercero, socio, administrador, revisor fiscal, etc."

[819] Al respecto véase entre otras la SSSC 800-000074, de 4 de agosto de 2017, en la que al respecto se dijo: "el artículo 191 del Código de Comercio restringe el ejercicio de la acción de impugnación a 'los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes o disidentes', mientras que el literal e) en comento no restringe el uso de la acción de abuso del derecho de voto, por lo que es deber del juez verificar en cada caso concreto el interés legítimo con el que actúa el demandante."

incluida el abuso del derecho al voto, y se sancionen con una misma consecuencia jurídica, bajo un procedimiento que tenga por lo menos un mismo plazo de caducidad y unos mismos legitimados para promoverlo.

Aunado a lo anterior, aunque resulta un poco forzado por la naturaleza jurídica de la figuras de la ineficacia, la inoponibilidad y la nulidad absoluta, consideramos que también podría llegar a alcanzarse dicha igualdad, si se modificara la doctrina jurisprudencial actual y se entendiera que la impugnación regulada en el artículo 191 del C. de Co, es el procedimiento único establecido para resolver sobre la concurrencia de cualquier vicio producido en el trámite de adopción del acuerdo, aunque las sanciones sean diferentes según el defecto alegado.

3. Legitimados para impugnar.

La legitimación, esto es la capacidad para ser parte procesal en la acción de impugnación[820], viene establecida tanto en la legislación colombiana como en la española, en términos gramaticalmente claros, en el primer párrafo del artículos 191 del C. de Co y en el artículo 206 LSC, respectivamente, atribuyéndose en ambos regímenes la legitimación pasiva a la sociedad, y la activa, en el primero de ellos a "los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes o disidentes"[821], y en el segundo a "los administradores, los terceros que acrediten un interés legítimo y los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital"[822].

3.1 Legitimación activa.

[820] JUAN SÁNCHEZ, R y ORTELLS RAMOS, M.: "La legitimación", en ORTELLS RAMOS, M (Coord.), *Derecho procesal civil*, Aranzadi Thomson Reuters, edición 15ª, 2016 (versión electrónica https://proview.thomsonreuters.com) define la legitimación en general como "un requisito subjetivo" no exclusivo, cuya configuración depende "de una cierta vinculación de las personas que se presentan como parte (actor, demandado, tercero interviniente) con la situación jurídica material a la que se refiere la pretensión procesal.", y la legitimación activa y pasiva como "la vinculación del actor (en el primer caso) y del demandado (en el segundo) con la situación jurídica a la que se refiere la pretensión, en virtud de la cual, si el actor alega y prueba los hechos que sustentan tal vinculación, podrá obtener frente a ese demandado la tutela judicial que ha pretendido.".

[821] Primer párrafo del artículo 191 C. de Co.

[822] Artículo 206.1 LSC.

Del tenor literal de las normas que rigen la legitimación activa en los dos regímenes aquí analizados saltan a la vista las evidentes diferencias entre los mismos, pues el legislador colombiano ha sido muy escueto en su planteamiento, mientras que el español ha sido mucho más amplio en la regulación, pero a la vez mucho más restrictivo en su concesión.

En efecto, si bien ambos regímenes convergen en otorgar la legitimación activa a los administradores[823] y a los socios, los requisitos que deben concurrir en estos últimos para considerárseles legitimados son muy diferentes, además de que el legislador español ha otorgado también legitimación a los terceros con interés legítimo y ha incluido un requisito especial para ostentar la legitimación cuando la impugnación se basa en la existencia de vicios formales en la adopción del acuerdo[824], aunado a lo cual encontramos la supresión, en el régimen español, de cualquier requisito impuesto a los legitimados para impugnar acuerdos contrarios al orden público[825].

Son pues todas estas diferencias las que procedemos ahora a analizar, haciendo referencia para el efecto a cada uno de los legitimados y cada una de las reglas especiales, establecidas, principalmente en Derecho español.

3.1.1 La legitimación de los administradores y del revisor fiscal para impugnar.

Entrando en el primer supuesto en el que ambos regímenes son concurrentes, esto es, en la legitimación de los administradores[826] para

[823] En el caso del derecho colombiano se le otorga también a la revisoría fiscal, aunque no es propiamente un administrador, que según indican MONTES SALAZAR, C, SÁNCHEZ MAYORGA, X y MORA ROA, G.: "La responsabilidad del revisor fiscal ante las exigencias éticas y morales de la sociedad", *Revista Libre Empresa* vol. 16, No. 2, julio - diciembre de 2019, págs. 125-151, pág. 126 "es una institución de origen legal que, en cabeza del Revisor Fiscal, quien debe ser contador público, le corresponde fiscalizar integralmente las organizaciones, dictaminando los estados financieros, dando fe pública de que estos se ajustan a los lineamientos establecidos legalmente. Su objetivo es otorgar confianza a los inversionistas, propietarios, al Estado y al público en general, sobre la idoneidad de las operaciones, la credibilidad de la información financiera y la eficiencia de la gestión de los administradores."

[824] Artículo 206.55 LSC.

[825] Artículo 206.2 LSC.

[826] En ambos regímenes se consideran administradores tanto al representante legal de la compañía que puede revestir diferentes formas o denominaciones como presidente o gerente entre otras, como a los miembros de la junta directiva o consejo de administración, al respecto véase en Derecho colombiano el artículo 22 de la Ley 222/1995, que establece: "Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos

impugnar, debemos señalar que su inclusión en este listado encuentra su fundamento, en Derecho colombiano, no solo en el hecho de que son estos los ejecutores de la decisión, sino también en que una de sus funciones principales es precisamente propender por el buen funcionamiento del ente social con cumplimiento de las normas legales y estatutarias, a lo que debe sumársele el hecho de que deben responder solidariamente de los perjuicios que causen a la sociedad, a los socios y a los terceros[827].

Ahora bien, en Colombia, también se le otorga la legitimación activa para impugnar al revisor fiscal, esto es, al contador público de profesión encargado entre otras de fiscalizar al ente económico, lo que implica que tienen dentro de sus objetivos y funciones la de examinar constantemente la situación económica de la sociedad para detectar irregularidades, proponer formas de corrección y denunciarlas en caso de que no se corrijan[828], por lo tanto resulta connatural a sus funciones poder ejercer la acción de impugnación, precisamente porque debe velar porque las operaciones económicas de la sociedad se lleven a cabo conforme a los estatutos y a la ley[829].

---

directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones.", y en Derecho español los artículos 209 y siguientes LSC.

[827] Así lo dispone el C. de Co, en el ARTÍCULO 200. RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES. Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros. No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten. En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador. De igual manera se presumirá la culpa cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia. En estos casos el administrador responderá por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar. Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal. Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades ante dichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos."

[828] SARMIENTO PAVAS, D.: "La revisoría fiscal: ¿control de fiscalización o auditoría?. ¿o las dos?." *Revista Apuntes Contables*, número 5, 2003, págs. 25 a 41.

[829] Más aun teniendo en cuenta que sobre esta institución señaló la Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-788/09 de 3 de noviembre que "propósito es controlar la administración de una empresa y proteger tanto a los accionistas como a sus acreedores, al Estado y a la sociedad en general. Su actividad se enmarca dentro de los procesos de control y supervisión interna de las empresas, de manera que quien la ejerce no representa ni a los socios ni a la sociedad como tal, sino que sus funciones se proyectan en una dimensión mucho más amplia que constituye un medio para el ejercicio de la función pública de inspección y vigilancia de la actividad económica por parte del Estado, al punto que se le han atribuido al revisor fiscal responsabilidades en los ámbitos civil, disciplinario y penal, en éste último, cuando otorgan fe pública en materia contable, caso en que se asimilan a funcionarios públicos."

En el Derecho español la legitimación del administrador también se fundamenta en los deberes especiales que tiene este de procurar el buen funcionamiento de la sociedad, así como el de velar por el interés social de la misma[830], unido al hecho de que al igual que como ocurre en el Derecho colombiano, son los ejecutores de la decisión y responden por los perjuicios causados con sus actos u omisiones[831], por lo tanto, deviene lógica la facultad de impugnar los acuerdos sociales que adopte la junta.

Esta atribución se otorga en Derecho español de manera individualizada y por lo tanto, tratándose de administradores mancomunados u organizados en cuerpos colegiados (consejos de administración), no necesitan ni la concurrencia de los demás administradores ni la adopción de un acuerdo del consejo para impugnar la decisión social[832], sin embargo en Derecho colombiano pareciera que, tratándose de miembros de la junta directiva, precisamente por su naturaleza de cuerpo colegiado, sí requiere de un acuerdo o decisión para estos efectos[833], pues quien tiene el carácter de administrador es el órgano y no la persona individual integrante de este[834].

Es de resaltar que en ambos regímenes el punto de discusión se centra en la legitimación de los administradores removidos de su cargo luego de adoptado el acuerdo pero antes de impugnado este, así como la de los administradores nombrados con posterioridad a la adopción del mismo, aspectos estos frente a los cuales debemos señalar que en ambos regímenes se considera legitimado al administrador que ostenta el cargo en el momento preciso de promover la acción

---

[830] Al respecto véase a BOQUERA MATARREDONA, J.: "Legitimación para impugnar acuerdos sociales", en OLAVARRÍA IGLESIA, J y MARTÍ MIRAVALLS, J (Coords.), *Derecho Mercantil. Estudios in memoriam del profesor Manuel Broseta Pont*, Tirant lo Blanch, 2019 (Versión electrónica).

[831] Así los dispone el artículo 236 LSC.

[832] Al respecto señala PIQUERAS CASADO, L. ob. cit. (Versión electrónica), que: "Se reconoce legitimación activa individual y no orgánica a los administradores, es decir, no es necesario que concurran los dos administradores mancomunados ni tampoco que la impugnación se lleve a cabo como consecuencia de un acuerdo del consejo".

[833] Al respecto véase a la SSC Oficio 220- 57325 de octubre 22 de 1997, en el que se concluyó: "Si bien es cierto que la Ley 222 de 1995 en su artículo 24 amplió la responsabilidad de los administradores hasta el punto de exigir la diligencia de un buen hombre de negocios, no por ello está autorizado un miembro de la junta directiva para actuar en forma independiente y separada del órgano social al que pertenece, por cuanto éste tiene carácter colegiado lo que obliga a que sus actuaciones obedezcan a decisiones adoptadas por la junta directiva como órgano social.

[834] Así se señaló por parte de la SSC Oficio 220 - 3036 del 21 de enero de 2000.

de impugnación, pues debe acreditar esta condición al presentar la demanda[835], sin importar si la ostentaba o no cuando se adoptó el acuerdo.

Ahora bien, en cuanto a la legitimación de quien ha dejado de ser administrador, la solución en Derecho español viene dada por el mismo artículo 206.1 LSC que permite impugnar a quien acredite un interés legítimo, por lo que puede concluirse que en todo caso el ex administrador ya no demandaría bajo dicha condición sino como un tercero.

Sin embargo, en el caso del Derecho colombiano al no haberse previsto la posibilidad de impugnación por parte de terceros con interés legítimo, *prima facie*, pareciera que el mismo carece de legitimación, sin embargo, consideramos que en algunos eventos el ex administrador podría conservar esa potestad de impugnación, por lo menos hasta que se inscriba al nuevo administrador[836], y en todo caso, conserva su legitimación como tercero interesado[837] en los eventos en los que el vicio alegado trae como consecuencia la ineficacia o la demanda se basa en el abuso del derecho al voto, pues en estos casos no aplica el artículo 191 del C. de Co. por tratarse de acciones diferentes a la impugnación.

3.1.2 Legitimación de los socios.

Tal y como hemos venido señalando la acción de impugnación es una herramienta básicamente instituida para que los socios, principalmente los minoritarios, ejerzan un control de legalidad y validez sobre los acuerdos sociales adoptados bajo el principio mayoritario, por lo que gran parte de las demandas de impugnación vienen promovidas, precisamente, por los accionistas

[835] En este punto es de resaltar que en ambos regímenes se considera que, una vez promovida la demanda por un administrador, su cese o remoción no impide la continuación del procedimiento ya iniciado. Al Respecto puede verse a NISSEN, R.: *Curso de derecho societario,* Buenos Aires, Villela Editores, 1998, pág. 129 y a BOQUERA MATARREDONA, J.: "Legitimación… ob. cit. (versión electrónica).

[836] Esta posición encuentra respaldo en lo señalado por la SSC en Oficio 220-013218 del 28 de febrero de 2019, en el que concluyó que "el Representante Legal mantiene sus facultades de administración hasta tanto no quede en firme en el Registro Mercantil la inscripción del nombramiento de quien haya de reemplazarlo. En el evento que se incumpla con los deberes y responsabilidades que le son propios o que deliberadamente cause perjuicios a la compañía o a terceros, puede ser perseguido en un juicio de responsabilidad por la indemnización del daño que llegue a causar".

[837] Sobre el particular considera GIL ECHEVERRY, J.: *Impugnación de decisiones…* ob. cit. pág. 319 que "la posibilidad de formular la demanda por parte del administrador que ya no tiene dicho cargo, pero sí lo era al momento de la toma de la decisión, no desaparece puesto que sigue siendo responsable por los perjuicios que tal decisión cause".

minoritarios, pues es la única vía legal que les queda para atacar un acuerdo que consideran contrario a Derecho[838].

No obstante la coincidencia de lo expuesto anteriormente en los dos regímenes jurídicos aquí analizados, la determinación de los accionistas concretos que se encuentran legitimados, en uno y otro caso, para promover la acción de impugnación encuentra grandes diferencias, principalmente porque en el Derecho colombiano la regulación se limita a señalar como tales a los socios "ausentes y disidentes", mientras que la legislación española, luego de la reforma del año 2014, y con el propósito de alcanzar su objetivo de evitar el abuso de la acción de impugnación, ha establecido una serie de requisitos que deben concurrir en el socio para considerarse legitimado y que de cierto modo restringen este derecho.

En efecto se ha establecido en el artículo 206.1 LSC, dos requisitos para que un socio esté legitimado para impugnar consistentes en, por un lado, ostentar la condición de socio con anterioridad a la adopción del acuerdo y, por otro lado, representar, individual o conjuntamente con otros socios, el porcentaje de capital social mínimo establecido en la Ley o en los estatutos[839].

Nótese que al suprimirse la diferenciación entre acuerdos anulables y acuerdos nulos, también se cambió la regulación de los accionistas que se consideran legitimados para impugnar, pues antes de la reforma operada en el año 2014, la legitimación activa de los socios para impugnar acuerdos anulables resultaba un tanto similar a la vigente en el Derecho colombiano, pues se establecía que podían demandar la anulabilidad de un acuerdo social "los socios asistentes a la junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes y los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto".

[838] Al respecto señala BAENA BAENA, P.: "Legitimación activa para impugnar acuerdos sociales de los terceros que acrediten un interés legítimo y ejercicio abusivo del derecho por la sociedad al adoptar el acuerdo social. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2018", *Revista de Derecho de Sociedades*, número 53, 2018 (Versión electrónica) que: "Así pues, la impugnación de acuerdos es un mecanismo de defensa para las minorías en el capital, pero también un medio de ataque. En cualquiera de los casos, un reflejo de las desavenencias en el capital."

[839] Según las voces del mismo artículo 206.1 este porcentaje mínimo de participación en el capital debe ser del 1% o menos, otorgándoseles como prerrogativa a quienes no alcancen dicho porcentaje la posibilidad de demandar la indemnización de los perjuicios causados por el acuerdo que no pueden impugnar directamente.

Los requisitos para sentar la legitimación de los socios fueron diametralmente cambiados con la reforma del 2014, pues se dejó de reclamar una condición de socio ausente o manifiestamente disidente con el acuerdo, a simplemente ostentar la condición de socio al momento de adoptarse aquél y detentar un porcentaje mínimo de participación al momento de promover la demanda.

Así las cosas, al establecerse el primer nuevo requisito por un lado se zanjaron las antiguas discusiones doctrinales y jurisprudenciales sobre quiénes debían considerarse socios a efectos de la legitimación de la impugnación, si los que ostentaban dicha condición al adoptarse el acuerdo, o los que la detentaban al impugnarse el mismo, y por otro se repelió la antigua práctica contraria a Derecho, consistente en que cuando no se había efectuado una oposición directa a la adopción del acuerdo[840], se transfería la participación para que el nuevo socio estuviera legitimado para impugnar[841].

Así se sentó el nuevo primer requisito para considerarse que un socio está legitimado para impugnar, en únicamente ostentar dicha condición al momento de adoptarse el acuerdo, sin que ello implique que ya no se requiere ser disidente con el mismo, sino únicamente que ya no se requiere una constancia en el acta de oposición al acuerdo, pero es evidente que, en virtud del principio de buena fe que implica la doctrina de no ir contra sus propios actos, para que el socio pueda impugnar no debe haber votado a favor del acuerdo, lo cual puede ocurrir, bien porque votó en contra, bien porque no votó.

Ahora bien, el establecimiento de este primer requisito también ha venido generando discusión en cuanto a su interpretación sobre si la condición de socio debe conservarse en el momento de interponerse la demanda, o incluso si debía

[840] El legislador español exigía al socio disidente para tener legitimación, no solo votar en contra del acuerdo, sino además hacer constar en acta su oposición al mismo, lo cual venía siendo entendido por el TS, que debía ocurrir luego de adoptado el mismo (Al respecto véase STS 171/2001, de 21 de febrero.)

[841] Al respecto señala GONZÁLEZ PAJUELO, M.: "Impugnación de acuerdos sociales", en JORDÁ GARCÍA, R y NAVARRO MATAMOROS, L (Directores), *Mejora del Gobierno Corporativo de sociedades no cotizadas. A propósito de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre*, Dykinson, 2015, pág. 113, "la condición de socio que le otorga la legitimación debe ser ostentada por el impugnante con carácter previo a la adopción del acuerdo, acabando así con la discusión jurisprudencial existente en la que trataba de combatirse los fraudes de ley que se producían con las transmisiones de acciones para que el nuevo adquirente pudiese impugnar acuerdos respecto a los que su anterior titular, asistente a la Junta, no había manifestado en su desarrollo la reserva de su derecho a hacerlo."

mantenerse durante toda la tramitación del procedimiento, pues nada se dijo al respecto. Frente al primer interrogante consideramos que la condición de accionista debe ostentarse tanto con anterioridad a la adopción del acuerdo, tal y como lo señala la norma de manera expresa, como al presentarse la demanda, pues de no conservarse dicha calidad para este segundo momento, puede entenderse que ha desaparecido el interés legítimo para impugnar que reconoce la norma a los socios, por lo tanto una transmisión de la participación con posterioridad a la adopción del acuerdo, pero con anterioridad a la demanda implica la perdida de dicho interés[842].

No obstante lo anterior, consideramos que ese accionista que detentaba dicha condición para el momento de la adopción del acuerdo, pero que con posterioridad y antes de la demanda la pierde, puede promover la impugnación como tercero con interés legítimo, siempre que acredite debidamente la existencia de un interés particular legítimo, diferente al que se presume tienen los socios, y que requiere de un esfuerzo probatorio particular de los terceros que no forman parte de la sociedad[843]. Sin embargo, consideramos que no cuenta con la misma posibilidad el socio que adquiere tal condición con posterioridad al acuerdo, pues este ya no podrá promover una impugnación frente acuerdos adoptados con anterioridad a adquirirse tal condición, ni siquiera como tercero, pues lo cierto es que ahora sería un socio y no un tercero, y por ende no está legitimado para impugnar acuerdos adoptados con anterioridad a adquirir dicha condición, por expreso mandato legal.

Ahora bien, no consideramos necesario el mantenimiento durante todo el procedimiento judicial de la condición de accionista, por lo que una venta posterior de la participación podría darse sin conllevar una terminación del procedimiento por pérdida sobrevenida de interés o de legitimación, para efectos

[842] Al respecto señalaron los Magistrados de la Audiencia Provincial de Navarra en las "Conclusiones de las jornadas de magistrados especialistas de lo mercantil" de noviembre de 2015, pág. 10, que "si la adquisición de la condición de socio tuvo lugar por acto mortis causa también será posible tener legitimación tras la adopción del acuerdo, no jugando la restricción del art. 206.1, pero en el caso de que la adquisición fuera por acto inter vivos el socio adquirente de tal condición con posterioridad al acuerdo carecerá de legitimación (siempre claro está que no se trate de acuerdo contrario al orden público).".

[843] Así se señaló en la STS 376/2012, de 18 de junio, en la que se afirmó que "En realidad, el art. 117.1 TRLSA reconoce legitimación para impugnar un acuerdo adoptado por la junta de socios de una sociedad anónima o limitada a cualquiera que ostente un interés legítimo, aunque presume en todo caso este interés en el caso de los socios y de los administradores. Si el actor invoca su condición de socio, ya no tiene que justificar su "interés legítimo", sino únicamente que goza de tal condición. Si se trata de un tercero tiene que invocar en la demanda su "interés legítimo" para que pueda ser contradicho por la sociedad demandada".

de lo cual podría acudirse a lo dispuesto sobre sucesión procesal en los artículos 16 y 17 de la LEC[844].

El segundo requisito, incluido en la reforma del año 2014 y que consiste en tener una participación en el capital social individual o conjuntamente[845] del 1% o del porcentaje inferior que se haya fijado en los estatutos[846], ha supuesto la calificación, por parte de la doctrina[847], del derecho de impugnación como un derecho de minorías[848], que aunque sigue figurando en el artículo 93.c LSC como un derecho de todos los socios, su ejercicio se ha restringido a ostentar ese porcentaje mínimo de participación, que parte de la consideración de que los accionistas que no reúnen esa participación mínima, en realidad no ostentan un interés que los legitime para impugnar el acuerdo[849] y por ende los excluye de dicho derecho de acción.

En punto al momento en que debe cumplirse este requisito, la norma no señala nada sobre el particular, pero entendemos que ese porcentaje mínimo de participación que puede configurarse con la concurrencia de varios accionistas o de uno sólo, puede no tenerse al momento de la adopción del acuerdo, sino que puede adquirirse con posterioridad a este, bastando acreditar ello al momento de presentarse la demanda, por lo tanto no sería necesario cumplirlo como en el primer supuesto al momento de adoptarse el acuerdo[850].

---

[844] Al respecto véase el TS Auto 3563/2014, de 23 de abril, Fundamento de Derecho Tercero.

[845] Incluye la participación de los accionistas ordinarios, privilegiados o sin voto, así como a los morosos, copropietarios de acciones o participaciones, en los términos de los artículos 83, 102 y 126 LSC.

[846] Sobre el particular tal y como señala BOQUERA MATARREDONA, J.: "Legitimación…" ob. cit. (versión electrónica) si bien, por disposición estatutaria, el porcentaje mínimo de participación puede ser inferior al 1%, el mismo no puede reducirse a tal punto que cualquier participación otorgue la facultad de impugnar, pues "La norma legal pretende impedir impugnar al socio con una participación poco significativa y con dicha cláusula estatutaria convertiríamos el derecho de impugnación en derecho de todo socio (derecho individual). No tendríamos éxito para su inscripción en el Registro mercantil."

[847] Entre otros BOQUERA MATARREDONA, J.: "Legitimación…" ob. cit. (versión electrónica) y BAENA BAENA, P. ob. cit. (versión electrónica).

[848] BAENA BAENA, P. ob. cit. (versión electrónica), define estos derechos así: "los derechos de minoría serían derechos individuales de ejercicio subordinado a la titularidad de una determinada cuota social. Ese requisito de la cualificación que se utiliza para definirlos, afirma, permite «excluirlos de la lista de los derechos mínimos cuyo ejercicio es posible, sin más, por la adquisición de una sola acción», es decir, de la condición de socio".

[849] DE BORJA VILLENA CORTÉS, F. ob. cit. (versión electrónica).

[850] BOQUERA MATARREDONA, J.: "Legitimación para impugnar…" ob. cit. (versión electrónica): "3ª Si un socio, en virtud del acuerdo impugnado, alcanza individualmente el porcentaje legal para poder impugnarlo ¿estará legitimado? La respuesta debe ser afirmativa. Debe hacerse una interpretación flexible de los requisitos de legitimación. En el momento de

Del mismo modo consideramos que la pérdida del porcentaje mínimo de participación ocurrida con posterioridad a la formulación de la demanda no suprime la legitimación inicial y el procedimiento judicial ya iniciado puede continuar hasta que se produzca sentencia de fondo[851].

A su turno, entendemos que cuando dicho porcentaje se alcanza con la concurrencia de más de un socio, ninguno de los que conforman dicho litisconsorcio pueden haber votado a favor del acuerdo, por las mismas razones manifestadas con relación al primer requisito sobre observancia del deber de buena fe y de no ir en contra de sus propios actos[852].

Ahora bien, cuando no se cumple con dicho requisito, aunque el accionista no pueda impugnar el acuerdo[853] sí puede demandar el resarcimiento de los perjuicios causados por este, para efectos de lo cual deberá en todo caso, acreditar que el acuerdo era impugnable en los términos del artículo 204 LSC, esto es, en términos generales que el mismo no ha sido ni dejado sin efecto ni sustituido por otro ni que la impugnación se basaba en alguno de los motivos excluidos como casusas de impugnación en los literales a, b, c y d del numeral tercero del referido artículo 204. Además, deberá demostrar los elementos básicos de la responsabilidad, esto es, el hecho dañoso, el daño y la relación causal, sin que parezca que sea necesario esperar a que otro legitimado impugne

---

interposición de la demanda alcanza el porcentaje y ya era socio en el momento de la adopción del acuerdo."

[851] Con anterioridad a la reforma la perdida de condición de accionista conllevaba la perdida de interés legítimo y la consecuente terminación del proceso, Así se señalaba entre otras en la SAP Madrid, 48/2006 de 27 de febrero.

[852] Al respecto señaló BAENA BAENA, P. ob. cit. (versión electrónica) que: "creemos que el sentido del voto sí debe resultar vinculante, por varias razones. En primer lugar, por la necesaria seguridad y certeza de las decisiones de la Junta general a efectos del buen funcionamiento de la sociedad. De no ser vinculante, todos los acuerdos de la Junta, incluso los unánimes, quedarían sometidos siempre al plazo de interinidad de un año64. En segundo término, porque no reconocer ese carácter vinculante supondría autorizar al socio para que pueda actuar libremente en contra de sus propios actos, conducta rechazada de forma pacífica por la Jurisprudencia65. Por último, por una razón vinculada a la forma en que deben ser ejercidos los derechos por parte del socio y en la que insistimos. Si un socio vota en un determinado sentido y habiendo con ello conseguido sacar adelante un acuerdo después lo impugna, ¿cuándo estaría actuando de buena fe? ¿en el momento en que votó en un determinado sentido o cuando después, decidiendo en sentido contrario, impugna el acuerdo? En uno de los dos casos es muy probable que su conducta no responda a lo que debiera derivarse de la buena fe."

[853] Es de resaltar que en este supuesto, el accionista que no reúna dicha participación mínima tampoco puede intentar la impugnación como tercero legitimado, pues en realidad no se trata de un tercero sino de un socio que carece de legitimación por expreso mandato legal.

para que pueda ejercer esta acción resarcitoria, ni mucho menos que haya una sentencia declarando la anulación del acuerdo.

Sin embargo, sí resulta necesario acreditar que el acuerdo hubiera podido resultar anulado si se hubiera promovido el mismo, lo cual a lo sumo resulta paradójico, por cuanto habría un acuerdo latentemente anulable pero formalmente válido por no haberse demandado el mismo, resultado inevitable en virtud del principio de justicia rogada.

En Derecho colombiano los socios legitimados para impugnar son los ausentes, esto es, los que no participaron en la reunión ni directamente ni por representación o aun asistiendo no tuvieron la oportunidad de pronunciarse sobre la decisión[854], así como los disidentes, esto es, los que no votaron a favor de la adopción de la decisión, bien porque votaron en contra, (disidentes expresos), o bien porque se abstuvieron de votar o votaron en blanco, en estos dos últimos casos, siempre que exista y se demuestre algún viso de oposición frente a la decisión[855].

En efecto, por regla general el socio disidente es aquel que estando presente en la reunión vota en contra de la adopción de la misma, sin embargo, consideramos que en algunos casos, de probarse la existencia de una posición de oposición frente a la decisión, a pesar de no haberse votado de manera negativa, sino en blanco o incluso haberse abstenido de votar, podría otorgársele a ese accionista legitimación para impugnar, no solo por el hecho de que estas dos clases de votos son contabilizados como negativos para efectos de determinar la mayoría, sino porque estas son formas válidas de votar que implican no estar a favor de la decisión sometida a consideración[856].

---

[854] Así se consideró en la SSSC 800-000150, de 2 de diciembre de 2019, que es también socio legitimado para impugnar aquellos apartados de la votación de la decisión a adoptar, aunque no hayan disentido de la decisión de manera expresa "pues considerar que el demandante se encontraba presente y no disintió de la decisión, equivaldría a legitimar una actuación donde los socios mayoritarios excluyen la votación de los accionistas presentes para cercenarles su derecho a impugnar la decisión respectiva. Por ello, para efectos de la decisión social controvertida, el demandante habría ostentado la calidad de socio ausente si entendemos que para efectos de esta votación no tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre ella."

[855] En caso de fallecimiento del accionista también estarán legitimados para impugnar, tal y como señala la SSC en el Oficio 220-069667 del 27 de marzo de 2017, los herederos del accionista fallecido siempre que se haya adelantado el trámite judicial o notarial de sucesión, y se hayan adjudicado las acciones o se declare la herencia yacente pues no de otra manera es posible ejercer los derechos correspondientes.

[856] No está de acuerdo con esta posición la SSC, que en el Oficio 220-133330 diciembre 29 de 2008 señaló que "tendrá tal calidad quien se opone a una decisión, lo cual, aplicado al campo del

Es evidente que, lo más fácil siempre será votar en contra sino se está de acuerdo con la adopción de la decisión, pero si un voto en blanco o una abstención se contabiliza como voto en contra, se le está otorgando una naturaleza de disidencia con la misma y por ende si el accionista logra acreditar dicha posición, consideramos que estaría legitimado para impugnar posteriormente el acuerdo, aunque no haya votado en contra de manera expresa[857].

Aunque el legislador colombiano no establece si el legitimado para impugnar es el accionista que ostenta tal condición al momento de adoptarse el acuerdo o el que la ostenta al momento de impugnarse la decisión, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que siempre estará legitimado el accionista que ostente y acredite tal condición en el momento de presentar la demanda, así no haya sido socio para el momento de adoptarse la decisión[858], estando, de todos modos, legitimado el socio que ha dejado de serlo pero que lo era para el momento de adoptarse el acuerdo, si prueba tal condición para aquel momento, aunque ya no lo sea cuando promueve la demanda de impugnación[859].

Ahora bien, no carece de legitimación el socio que haya propuesto la adopción del acuerdo, siempre que no haya votado a favor del mismo, y en cuanto a la legitimación de aquellos socios que a su turno también son administradores, debe señalarse que si estos participaron y votaron en la reunión deberán demandar en dicha condición, esto es, como socios,[860] debiendo por lo tanto siempre cumplir con el único requisito legalmente establecido para que los

derecho societario, se traduce en la calidad predicable del socio que encontrándose presente durante la reunión, o debidamente representado, expresa su voto oponiéndose a la medida sometida a consideración del órgano societario"

[857] En este punto resultará pertinente valorar las deliberaciones y las posibles constancias que haya dejado el accionista en el acta, de donde se pueda deducir sin asomo de duda una oposición a la adopción del acuerdo.

[858] Al respecto señala GIL ECHEVERRY, J.: *Impugnación de decisiones…"* ob. cit. pág. 330 que "el adquirente ocupa la misma posición contractual del cedente y lo reemplaza en sus derechos obligaciones y acciones, lo que igualmente legitimaría al adquirente (nuevo asociado) para demandar".

[859] Al respecto véase SCSJ de 22 de abril de 1992 y Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia de 19 de septiembre de 1990.

[860] Así lo señala con apoyo jurisprudencial GIL ECHEVERRY, J.: *Impugnación de decisiones…"* ob. cit. pág. 319, cuando dice: "el administrador que guarde silencio o no se oponga al cumplimiento de una decisión irregular, comete grave omisión y contra él se podrá iniciar una acción social de responsabilidad, salvo que a su vez tenga la calidad de asociado asistente a la reunión, pues en tal evento se impone es la calidad de socio, como elemento determinante para acreditar la personería para demandar"

socios tengan legitimación, consistente en ser ausente o disidente, por lo que un socio que votó a favor del acuerdo, luego no puede impugnarlo alegando su carácter de administrador[861].

Finalmente, en este punto también debemos resaltar que esta condición de socio ausente o disidente no debe cumplirse cuando se trata de impugnar una decisión por un vicio cuya sanción sea la ineficacia, ni cuando se plantea la acción de abuso del derecho al voto que trae como consecuencia la nulidad por objeto ilícito, pues en estos eventos, por la naturaleza jurídica de las referidas sanciones, puede impugnar cualquiera socio, así haya votado a favor de la adopción del acuerdo.

3.1.3 Terceros con interés legítimo para impugnar.

En el régimen español se consideran también legitimados para impugnar a los terceros que acrediten tener un interés legítimo (propio, objetivo y directo)[862], esto es a aquellos que demuestren que el acuerdo adoptado los perjudica de manera directa o indirecta, bien porque evita la consecución de un beneficio o bien porque les genera una afectación[863], por lo que el simple interés general de ejercer un control de legalidad del acuerdo no otorga legitimidad al tercero para impugnar.

Ahora bien, en punto a quién puede considerarse tercero con interés legítimo, entendemos que en esta categoría no pueden quedar comprendidos los socios y administradores que para el momento de presentar la demanda tenga tal condición sino la tenían cuando se adoptó el acuerdo, pues el legislador ha establecido la legitimación de los terceros como una categoría autónoma e independiente a la de los socios y los administradores, y no como un último

[861] Al respecto véase al Tribunal Superior de Ibagué, Sala Civil, Sentencia del 5 de octubre de 2000, en la que se señaló: "si la accionante fue quien convocó a junta de socios y participó de forma activa en ella, sin disentir de lo allí tratado, no puede en el ahora de ahora desconocer los efectos de las decisiones o propuestas que ella avaló, como en forma inequívoca lo muestra el contenido del acta".

[862] Se trata de una modalidad de legitimación activa, en virtud de la cual, tal y como lo señalan los ya citados JUAN SÁNCHEZ, R y ORTELLS RAMOS, M. ob. cit. (versión electrónica), como "el tribunal puede individualizar la persona investida del poder de instar la tutela. Debe tratarse de alguien para el que, aunque no tenga reconocido por el Derecho un poder de exigir algo de otro, la actuación del Derecho en el caso concreto reporte una ventaja o la evitación de un inconveniente".

[863] STS 73/2018, de 14 de febrero, Fundamento de Derecho Tercero "Cualquier persona que justifique que el acuerdo le afecta directa o indirectamente, pero de forma perjudicial, está legitimada para impugnar el acuerdo social."

recurso al que pueden acudir estos dos cuando no cumplen con los requisitos de legitimación que la ley les impone.

No obstante lo anterior, tal y como ya se ha manifestado, un ex socio o un ex administrador si tienen la calidad de tercero y por ende si acreditan la concurrencia de interés legítimo para impugnar estarían facultados para el efecto, así mismo tendrá dicha condición el titular de derechos reales sobre acciones o participaciones, el socio nudo propietario cuando el usufructuario tenga atribuida la facultad de impugnación, el socio pignoraticio pues en este caso la ostenta el acreedor pignoraticio, el socio de la matriz con relación a los acuerdos adoptados en la sociedad filial, los acreedores sociales, el comisario del sindicato de obligacionistas y los trabajadores, entre otros[864].

En el régimen colombiano si bien los terceros no se encuentran legitimados para impugnar sí debemos recordar que tratándose de la acción del reconocimiento de los presupuestos de ineficacia y la de nulidad por abuso del derecho al voto, también pueden llegar a estar legitimados por activa quienes acrediten un interés legítimo, es decir, los terceros y no solamente los administradores y los socios ausentes o disidentes[865].

3.1.4 Requisito especial de legitimación en Derecho español.

El legislador español en pro del cumplimiento del objetivo de evitar el abuso del derecho de la acción de impugnación, inspirador de parte de la reforma del año 2014, no solo excluyó de la acción de impugnación aquellas fundadas en la inobservancia de las reglas no esenciales del procedimiento de adopción del acuerdo, sino que además estableció un requisito relativo a la legitimación activa que reviste un carácter especial, en la medida en que no se predica de todas las acciones de impugnación, consiste en que cuando la misma se basa en un vicio de las reglas esenciales del procedimiento de adopción del acuerdo

[864] BOQUERA MATARREDONA, J.: "Legitimación…" ob. cit. (versión electrónica).

[865] Al respecto se dijo en la SSSC 480-000021 de 23 de abril de 2012 que "La sanción de ineficacia opera de pleno derecho. Está consagrada expresamente en la ley. De ahí que jurídicamente lo que se pretende en esta clase de acción no es el reconocimiento de la ineficacia sino de los presupuestos que la configuran.
Lo anterior para concentra la atención en que siendo una cuestión de legalidad, la misma ley ha previsto que aún de oficio se pueda efectuar su reconocimiento, caso en el cual no hay intervención de parte. Bajo esta hipótesis no puede el excepcionante alegar que los efectos de una decisión ineficaz afectan e implican solo a los socios, pues ya está visto que dicha figura afecta, implica e interesa es al ordenamiento jurídico general y por ello la contempla para ciertos actos y decisiones."

(convocatoria, quorum, mayorías, derecho de inspección), este debe haber sido alegado oportunamente con anterioridad a la interposición de la acción, si se tuvo oportunidad para ello.

Este requisito especial que aparece por primera vez en la normativa sobre impugnación de acuerdos sociales en la reforma del 2014, ya venía siendo objeto de requerimiento por parte de la doctrina del Tribunal Supremo[866], y se basa en la observancia del deber de buena fe que debe regir las relaciones intra societarias y que obliga no solo al socio sino también a los administradores y a cualquier otro legitimado para impugnar que tengan la ocasión, a poner de presente el vicio de manera oportuna, por lo que si ello no ha ocurrido así, pierda la legitimación para impugnar por dicho vicio concreto[867].

En cuanto a la forma y oportunidad para oponer el defecto, nada dice la norma, razón por la cual, respecto a lo primero, consideramos que no se requiere solemnidad alguna para el efecto, pudiendo ser la misma expresada de manera oral u escrita y haciéndola constar en el acta o no[868]. En cuanto a la oportunidad consideramos que la denuncia puede hacerse antes o durante la reunión, al iniciarse la sesión si se trata de un vicio en la convocatoria, al constituirse la lista del artículo 192 LSC[869] si se tratare de un vicio en la constitución de junta, y si se trata de un vicio en la adopción del acuerdo una vez contabilizados los votos y en todo caso antes de que se adopte el mismo, pues ello permite otorgarle una oportunidad real de subsanar el vicio y evitar la futura impugnación a la sociedad[870].

Ahora bien, nada se dice sobre si la denuncia previa del vicio debe haberse efectuado por todos los accionistas que conforman el porcentaje mínimo de participación necesario para que el socio tenga legitimación, en los eventos

[866] Al respecto véase entre otras la STS 804/2002, de 31 de julio, Fundamento de Derecho Segundo.
[867] PIQUERAS CASADO, L. ob. cit. (versión electrónica).
[868] Está claro que, si se deja constancia en acta, será más fácil probar posteriormente que se cumplió con dicho requisito.
[869] Artículo 192. Lista de asistentes. 1. Antes de entrar en el orden del día se formará la lista de los asistentes, expresando el carácter o representación de cada uno y el número de participaciones o de acciones propias o ajenas con que concurran. 2. Al final de la lista se determinará el número de socios presentes o representados, así como el importe del capital del que sean titulares, especificando el que corresponde a los socios con derecho de voto. 3. En las sociedades de responsabilidad limitada la lista de asistentes se incluirá necesariamente en el acta.
[870] Al respecto véase a BOQUERA MATARREDONA, J.: "Legitimación…" ob. cit. (versión electrónica)

en que el mismo se alcanza con la concurrencia de varios socios, situación frente a la cual consideramos que bastará con que uno de los accionista que integra el litisconsorcio haya opuesto los motivos si tuvo oportunidad para ello, pues en todo caso se estaría respetando el deber de buena fe, toda vez que la sociedad habría tenido oportunidad de conocer la posible ocurrencia de un vicio de forma y corregirlo, no siendo ya sorpresiva la impugnación por dicho defecto.

3.1.5 Legitimación para impugnar acuerdos contrarios al orden público en Derecho español.

El artículo 206.2[871] LSC trae una regla especial sobre la legitimación activa para impugnar los acuerdos contrarios al orden público, en virtud de la cual se suprimen todos los requisitos especiales a los que viene sometido cada uno de los legitimados para impugnar.

Así, podrá impugnar cualquier socio, aunque haya votado a favor del acuerdo, no haya tenido dicha condición para el momento en que se adoptó el mismo, ni tenga el porcentaje mínimo de participación requerido para el efecto. También podrán impugnar los administradores removidos o nombrados con posterioridad a la adopción del acuerdo, así como cualquier tercero sin necesidad de acreditar la concurrencia de un interés legítimo para el efecto, pues se presume en este caso concreto, en el que tampoco se requerirá denuncia previa de vicios formales[872].

3.2. Legitimación pasiva.

Ambas legislaciones son coincidentes únicamente en establecer la legitimación pasiva en cabeza de la sociedad, como titular de la relación jurídica sustancial que se demanda, pues no se puede olvidar que lo que es objeto de impugnación es precisamente la voluntad social expresada a través del acuerdo,

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

[872] Al respecto véase a ALFARO ÁGUILA-REAL, J, "La impugnación de acuerdos…", ob. cit. (versión electrónica), que señala: "En cuanto a la legitimación para impugnar, de acuerdo con el art. 206.1 y 2 LSC, están legitimados los socios (si tienen al menos un 1 % del capital social), los administradores y los terceros que acrediten un interés legítimo, requisito que no se exige para los acuerdos contrarios al orden público (ni, tampoco, obviamente, ostentar el 1 %)… Lógicamente, en el caso de acuerdos contrarios al orden público, como no se requiere la condición de socio, tampoco obstará a la legitimación que se haya perdido la condición de tal tras la presentación de la demanda."

esto es, la voluntad de una persona autónoma e independiente de los socios que integran el órgano decisorio.

Esta legitimación pasiva se prevé en la norma sustantiva española, pero no así en el régimen colombiano, en la que se establece solamente en la normativa procesal que la legitimada en la causa es la sociedad[873], craso olvido, que implica además que tampoco se regule nada, en este ordenamiento, sobre quién debe representar a la sociedad cuando el que demanda es a su turno el único representante legal de la sociedad demandada, ni sobre una posible intervención procesal del accionista que votó a favor del acuerdo, *contrario sensu*, a lo que ocurre en el régimen español en el que se le ha dado más protagonismos a dicho accionista que, estará facultado para intervenir en el proceso, bien para defender el acuerdo, bien para representar *ad hoc* a la sociedad cuando confluyen en una misma persona la condición de demandante y de representante único de la sociedad demandada[874].

En cuanto a la posibilidad de intervención en el extremo demandado del accionista que votó a favor del acuerdo, ha sido la jurisprudencia colombiana la que ha avalado la posibilidad de demandar al accionista que votó a favor del acuerdo, en la medida en que esos accionistas pueden tener un interés que resulte afectado al resolver de fondo el procedimiento[875], mientras que en el régimen español, como ya se señaló, esto está previsto expresamente y por lo tanto el

[873] Artículo 206.3 LSC "Las acciones de impugnación deberán dirigirse contra la sociedad (…)" y artículo 382 del CGP "La demanda de impugnación de actos o decisiones de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas jurídicas de derecho privado, (…) deberá dirigirse contra la entidad (…)".

[874] Artículos 206.3 *in fine* LSC "Cuando el actor tuviese la representación exclusiva de la sociedad y la junta no tuviese designado a nadie a tal efecto, el juez que conozca de la impugnación nombrará la persona que ha de representarla en el proceso, entre los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado.", y 206.4 LSC "4. Los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado podrán intervenir a su costa en el proceso para mantener su validez."

[875] Al respecto se señaló en la SSSC 810-000079 de 7 de octubre de 2021 que: "[...] la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho o acto jurídico que origina la presentación de la demanda [...].5 (Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 26 de septiembre de 2021, C.P. Enrique Gil Botero, radicado n.° 05001-23-31-000- 1995-00575-01(24677).) En este sentido, los demandantes pueden demandar a terceros que podrían tener interés en lo que se decida de fondo dentro del litigio y que, además, tuvieron participación en la adopción de la decisión controvertida. En el presente caso, al tratarse de la aprobación de una reforma estatutaria para incrementar el capital autorizado de la compañía como primer paso para una posterior capitalización, es claro que, los accionistas que votaron a favor de dicha decisión, si bien son terceros, no son ajenos al debate sustancial del proceso."

accionista una vez enterado del procedimiento podrá solicitar en cualquier momento[876] y a su costa[877], ser admitido como parte en el proceso acreditando, únicamente, su voto a favor del acuerdo impugnado.

Ahora bien, la intervención del accionista que votó a favor del acuerdo en uno u otro régimen es muy diferente, pues en el caso del Derecho colombiano estos accionistas pueden llegar a ser demandados y se considerará que integran con la sociedad un litisconsorcio cuasi necesario[878], pero en el Derecho español no se prevé la posibilidad de demandarlos, sino únicamente de que ellos *motu proprio* intervengan en el proceso y una vez hayan ejercido esta facultad de manera voluntaria, harán parte de este extremo procesal demandado, en los términos del artículo 13 de la LEC[879].

Aunado a lo anterior, otra diferencia importante es que en el régimen español para que el accionista que votó a favor del acuerdo pueda intervenir en el proceso de impugnación, se requiere que haya sido accionista al momento de adoptarse la decisión y que haya votado expresamente el acuerdo de manera positiva. En cambio, en el régimen colombiano estos requisitos no resultan tan estrictos a la hora de analizar la legitimación pasiva de los accionistas demandados, en la medida en que pueden vincularse al extremo demandado,

[876] La intervención puede darse incluso en la segunda instancia, pero si ocurre antes de la fase inicial de alegaciones se le concederá plazo para contestar la demanda.

[877] SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: "La implicación del socio que votó a favor en el proceso de impugnación del acuerdo.", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, numero149/2018, Editorial Aranzadi, (versión electrónica) "la intervención del socio será «a su costa», lo que apunta no simplemente al hecho de que compete a ese socio correr con los gastos inherentes a su personación en el procedimiento (derechos y honorarios del procurador y abogado), sino a que su intervención en el proceso deberá ser separada de la de la propia sociedad, se hubiere o no personado ésta cuando interviene el socio. Entre ésta y el socio que decide usar la posibilidad que le concede el artículo 206.4 LSC debe existir una autonomía procesal, con independencia de que puedan coincidir al formular pretensiones en relación con el fondo del asunto (la desestimación de la demanda) o en relación con cualquier fase o incidente dentro del proceso (en la audiencia previa, en la proposición de prueba, etc.)."

[878] Tal y como lo señala el Consejo de Estado Sección Segunda, Auto 1470/2015, de 27 de julio, "se caracteriza porque no es obligatoria la comparecencia del otro sujeto y aunque no participe o no haya sido citado, los efectos de la sentencia lo cobijan".

[879] Al respecto señala SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: "La implicación del socio…" ob. cit. (versión electrónica) que ". El demandante debe dirigir su acción contra la sociedad, sin que deba ni pueda hacerlo contra los socios que votaron a favor del acuerdo. La nulidad de éste será la pretensión principal de la demanda y en la relación procesal que se establece en el proceso de impugnación no se dan los requisitos que fundamentan la consideración de que existe un litisconsorcio pasivo necesario".

incluso aquellos que han adquirido dicha condición con posterioridad siempre que el mismo afecte directamente sus intereses[880].

A su turno, debemos resaltar que el legislador español ha dotado de otra posibilidad de intervención al accionista que votó a favor del acuerdo, cuando previó de manera expresa una solución a los casos en los que confluye en una misma persona la condición de demandante y demandado, estableciendo que, en caso de que el demandante sea a su turno el administrador único de la sociedad y no se tenga a otro designado para estos efectos, representará a la sociedad un accionista que haya votado a favor del acuerdo, nombrado por el juez que conoce de la impugnación[881].

En Colombia esta situación no está prevista en el ordenamiento sustantivo, quizá por cuanto el legislador ha exigido que el representen legal siempre tenga un suplente[882] que actuará en caso de ausencia temporal del principal, por lo tanto, en estos eventos, deberá intervenir el representante legal suplente de la sociedad, pues en caso de que concurre en una misma persona la condición de demandante y de representante legal principal de la demandada, se entiende que dicho conflicto conlleva a la ausencia temporal del representante legal principal y por lo tanto se inviste de facultades al suplente para actuar en representación de la sociedad[883]. En todo caso, si por cualquier circunstancia el representante legal suplente no puede representar a la sociedad, se puede acudir

[880] Al respecto véase la ya citada SSSC 810-000079 de 7 de octubre de 2021.

[881] Así se señala expresamente en el artículo 206.3 *in fine* LSC "Cuando el actor tuviese la representación exclusiva de la sociedad y la junta no tuviese designado a nadie a tal efecto, el juez que conozca de la impugnación nombrará la persona que ha de representarla en el proceso, entre los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado."

[882] Artículo 440 C. de Co "la sociedad anónima tendrá por lo menos un representante legal, con uno o más suplentes, designados por la junta directiva para periodos determinados, quienes podrán ser reelegidos indefinidamente o removidos en cualquier tiempo. Los estatutos podrán deferir esta designación a la asamblea"

[883] SSC, Auto 2020-01-502273 del 8 de septiembre "la capacidad para que el suplente ejerza su cargo únicamente surge cuando el principal no puede ejercer la representación…el suplente está legitimado para actuar en cualquier tiempo y se presume que cuando lo hace, el principal está en imposibilidad de actuar…La ausencia del principal en este caso es, entonces, temporal por estar relacionada con un momento en el tiempo —ausencia para otorgar poder para la presentación de una demanda y representar a la compañía mientras dura el presente proceso—, y material por referirse a un asunto específico en el que se comprometen directamente sus intereses personales —la demanda busca controvertir decisiones sociales que dieron lugar a su propio nombramiento como representante legal principal de la compañía— (se resalta). A lo anterior debe sumarse que, si se admitiera la postura de los recurrentes, el señor Serrano Arciniegas estaría en los dos extremos procesales, lo cual daría lugar a una colusión procesal. Por esta razón, también puede afirmarse que el representante legal principal se encontraba en imposibilidad procesal de representar los intereses de la sociedad"

a la figura procesal de la designación de un curador *ad litem*[884] para que represente judicialmente a la demandada[885].

Sobre este aspecto finalmente debemos resaltar, como hemos hecho anteriormente, que en el régimen colombiano estas reglas no se aplican *stricto sensu*, con relación a los procedimientos de reconocimiento de presupuestos de ineficacia y de nulidad por abuso del derecho al voto, pues en los primeros incluso ha llegado a considerarse que no es necesario ni tan siquiera demandar a la sociedad[886] y en los segundos aunque la legitimación pasiva está en cabeza de la sociedad, cuando se trata de la acción de nulidad exclusivamente no es así, cuando se ejerce también la de indemnización de prejuicios, independiente o conjuntamente con aquella, pues en estos dos supuestos estarán legitimados por pasiva frente a la indemnización de perjuicios los accionistas que abusaron del derecho al voto[887].

4. Caducidad de la acción de impugnación.

[884] Su designación está prevista en el artículo 48.7 del CGP en el que se señala que "7. La designación del curador ad litem recaerá en un abogado que ejerza habitualmente la profesión, quien desempeñará el cargo en forma gratuita como defensor de oficio. El nombramiento es de forzosa aceptación, salvo que el designado acredite estar actuando en más de cinco (5) procesos como defensor de oficio. En consecuencia, el designado deberá concurrir inmediatamente a asumir el cargo, so pena de las sanciones disciplinarias a que hubiere lugar, para lo cual se compulsarán copias a la autoridad competente."

[885] Al respecto señala GIL ECHEVERRY, J.: *Impugnación de decisiones…"* ob. cit. pág. 349 "si por el contrario la demanda es presentada por el único representante legal, como este no podrá ser parte actora y representantes de la sociedad demandada, a la vez, y como la sociedad no podrá quedarse sin representación, deberá aplicarse por analogía la figura de la curaduría y se nombrará un representante ad hoc".

[886] Al respecto se dijo en la SSSC 480-000021, de 23 de abril de 2012 que: "La demanda debe dirigirse contra quienes resultan ser los verdaderos interesados en la declaración o no de las causales de ineficacia y en este caso, erradamente se vincula a la sociedad por una decisión tomada por los socios y cuyos efectos implican solo a ellos. Según el artículo 133 de la ley 446 de 1998, se deberá vincular al proceso a todos los socios, debido a que no se trata de una acción de impugnación propiamente dicha y el precepto parte del supuesto de que la demanda solo es procedente cuando los interesados no están de acuerdo en que se presentan los presupuestos de la ineficacia y resulta que los interesados directos son los socios y no la sociedad. Por tal motivo, el presente trámite es improcedente al integrarse indebidamente a las partes, desconociendo con ello su legítimo derecho de defensa."

[887] Al respecto véase la SSSC 01-061146 del 2 de marzo de 2021, en la que se declara que la accionista demandada bloqueó la adopción de la decisión ejerciendo su voto de manera abusiva, declara la nulidad de la decisión y condena a la accionista a pagar al demandante "la suma de $71.482.050, a título de perjuicios por el ejercicio abusivo del derecho de voto, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia."

El plazo para interponer la acción de impugnación viene regulado tanto en la legislación sustantiva española como en la colombiana, concretamente en los artículos 205 LSC[888] y 191 C. de Co parte final[889], respectivamente. En el primero se establece un plazo de caducidad general de un año, salvo cuando el acuerdo viola el orden público, caso en el cual no existe plazo alguno para impugnar el acuerdo, mientras que en el segundo se establece un plazo también de caducidad de dos meses, sin excepciones[890], que se cuentan, en ambos casos, desde la adopción del acuerdo, salvo dos excepciones en el régimen español y una en el colombiano, tal y como se verá a profundidad a continuación.

Respeto al régimen del Derecho español, lo primero que debe señalarse es que el ejercicio de la acción de impugnación siempre ha estado sometido a un plazo de caducidad, y no de prescripción, lo que implica que la acción de impugnación se extingue por el mero paso del tiempo, pudiendo ser declarada de oficio, sin que pueda ser ni interrumpido ni suspendido[891], lo cual puede conllevar a que en la práctica subsistan acuerdos viciados pero con la acción de

[888] Artículo 205. Caducidad de la acción de impugnación. 1. La acción de impugnación de los acuerdos sociales caducará en el plazo de un año, salvo que tenga por objeto acuerdos que por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público, en cuyo caso la acción no caducará ni prescribirá.
2. El plazo de caducidad se computará desde la fecha de adopción del acuerdo si hubiera sido adoptado en junta de socios o en reunión del consejo de administración, y desde la fecha de recepción de la copia del acta si el acuerdo hubiera sido adoptado por escrito. Si el acuerdo se hubiera inscrito, el plazo de caducidad se computará desde la fecha de oponibilidad de la inscripción.

[889] "La impugnación solo podrá ser intentada dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la reunión en la cual sean adoptadas las decisiones, a menos que se trate de acuerdos o actos de la asamblea que deban ser inscritos en el registro mercantil, caso en el cual los dos meses se contarán a partir de la fecha de la inscripción."

[890] El procedimiento especial del reconocimiento de los presupuestos de ineficacia no tiene plazo de prescripción ni caducidad y el de nulidad por abuso del derecho al voto, tiene un plazo especial de prescripción de 5 años.

[891] Al respecto se señaló en la STS 919/2021, de 23 de diciembre que "la caducidad y la prescripción, conceptos no bien diferenciados ni definidos, pero que, aun respondiendo ambos a la misma finalidad de que no permanezcan indefinidamente inciertos los derechos y fundándose en una común presunción de abandono, ofrecen la nota diferencial…a) La prescripción descansa no solo sobre la necesidad de poner término a la incertidumbre de los derechos, sino sobre una presunción de abandono por parte del titular; al paso que la caducidad se funda exclusivamente en la necesidad de dar seguridad al tráfico jurídico y ópera por el mero transcurso del tiempo. b) La prescripción es estimable solo a instancia de parte; la caducidad puede ser también apreciada de oficio por el Tribunal. C) La prescripción es susceptible de interrupción por acto del que por ella puede resultar perjudicado; mientras que la caducidad no admite, en ningún caso, la interrupción del tiempo, cuyo simple transcurso la origina".

impugnación caducada y por lo tanto corresponderá a los administradores evitar la ejecución de los mismos para no incurrir en responsabilidades[892].

Ahora bien, la aplicación de esta figura sí ha variado a través de las diversas reformas que ha sufrido esta acción, siendo la última la del 2014, a través de la cual y tras la desaparición de la diferenciación entre acuerdos nulos y anulables, se unificó en un año el plazo de caducidad, dejando solamente por fuera de cualquier plazo extintivo de la acción (caducidad o prescripción) a los acuerdos contrarios al orden público como ya venía ocurriendo con anterioridad[893].

A pesar de la referida simplificación de la caducidad en el régimen español, al establecerse un único plazo para el efecto, la reforma también incluyó una modificación con relación al momento a partir del cual se empieza a contar, pasando de señalar que el *dies a quo* era "la fecha de adopción del acuerdo y, si fuesen inscribibles, la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil»"[894], a establecer tres momentos distintos para el efecto: uno "desde la fecha de adopción del acuerdo si hubiera sido adoptado en junta de socios o en reunión del consejo de administración", dos "desde la fecha de recepción de la copia del acta si el acuerdo hubiera sido adoptado por escrito" y tres, desde la fecha de oponibilidad de la inscripción si el acuerdo se hubiera inscrito[895].

Así las cosas, la regla general será la de empezar a contar el termino de caducidad desde que se adoptó el acuerdo, la primera excepción entendemos que hace referencia a los acuerdos del consejo de administración[896] de sociedades anónimas regulados en el artículo 248.2 LSC, esto es, a los adoptados por escrito y sin sesión y la segunda excepción es la de más calado, en la medida en que

---

[892] Al respecto señaló PIQUERAS CASADO, L. ob. cit. (versión electrónica) que "los administradores que pongan en práctica lo establecido en un acuerdo nulo o lesivo que no haya podido ser impugnado incurren en responsabilidad. Por ello, los administradores además de evitar la ejecución de este tipo de acuerdos tienen que llevar a cabo las actuaciones necesarias para que el mismo se quede sin efecto".

[893] En efecto se establecía en el anterior artículo 205.1 y 2 LSC que: "1. La acción de impugnación de los acuerdos nulos caducará en el plazo de un año. Quedan exceptuados de esta regla los acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público. 2. La acción de impugnación de los acuerdos anulables caducará a los cuarenta días."

[894] Anterior artículo 205.3 LSC.

[895] Artículo 205.2 LSC.

[896] Tras la reforma el plazo de caducidad para impugnar los acuerdos de administración sigue siendo el regulado en el artículo 251 LSC (30 días), solo que el momento a partir del cual se cuenta el mismo si fue modificado aplicándosele lo establecido en el art. 205.2 LSC, únicamente para estos efectos.

cambia el *dies a quo* para contar la caducidad de la acción de impugnación respecto de los acuerdos que se inscriban en el Registro Mercantil.

Con relación a esta segunda excepción debemos en primer lugar señalar que se trata de un plazo especial de caducidad que, consideramos se predica respecto a los acuerdos que se inscriben, pero solo frente a terceros y a los socios ausentes, y no con relación a los demás legitimados (administradores y accionista) que hayan participado en la adopción del acuerdo, pues no podemos olvidar que la inscripción de los acuerdos sociales, sea o no preceptiva tiene una finalidad de publicidad y oponibilidad frente a terceros, por lo que sería contrario a su naturaleza jurídica[897], pretender aplicar esta regla respecto a quienes participaron en la junta, pues es evidente que estos al conocer el acuerdo desde su adopción tienen la carga de impugnarlo desde dicho momento[898].

En segundo lugar y en cuenta a las modificaciones específicas de esta segunda excepción, debemos señalar que la misma ya no solo es predicable respecto de aquellos acuerdos cuya inscripción es preceptiva[899], como ocurría con anterioridad, sino para cualquier acuerdo que se inscriba sea o no obligatoria, aunado a que ya no se cuenta desde la publicación en el BORME, sino desde la oponibilidad de la inscripción, momentos estos que en principio son concurrentes[900], salvo la excepción consagrada en el 21.2 del C. de Com., en

[897] Se establece en el artículo 9 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. que: "Artículo 9. Oponibilidad.1. Los actos sujetos a inscripción solo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil». Quedan a salvo los efectos propios de la inscripción. 2. Cuando se trate de operaciones realizadas dentro de los quince días siguientes a la publicación, los actos inscritos y publicados no serán oponibles a terceros que prueben que no pudieron conocerlos. 3. En caso de discordancia entre el contenido de la publicación y el contenido de la inscripción, los terceros de buena fe podrán invocar la publicación si les fuere favorable. Quienes hayan ocasionado la discordancia estarán obligados a resarcir al perjudicado. 4. La buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, el acto inscrito y no publicado o la discordancia entre la publicación y la inscripción."

[898] Tal y como lo venía considerando el TS, entre otras en la Sentencia 964/2008, de 29 de octubre, en la que sobre el particular señaló: "En definitiva, la fecha de inscripción del acuerdo sería la última de las posibles ("a lo sumo"), pero no la aplicable en este caso porque, como después declaró la sentencia de 15 de julio de 2004 (rec. 1352/98), el socio que conoce el acuerdo no es tercero y para él rige como fecha inicial la de su conocimiento de tal acuerdo".

[899] Estos son los señalados en el artículo 94 del citado Reglamento del Registro Mercantil.

[900] Así se establece en el artículo 21.1. C. de Com. "1. Los actos sujetos a inscripción solo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil». Quedan a salvo los efectos propios de la inscripción".

virtud de la cual el acuerdo no es oponible, de manera excepcional durante los primeros 15 días, siempre que se pruebe que no se pudo conocer[901].

El régimen colombiano respecto al plazo de impugnación de las decisiones sociales es muy similar al español, en la medida en que, tal y como ya se señaló, se establece un plazo de caducidad de dos meses, conforme a los mandatos de los artículos 191 C. de Co y 382 CGP[902], que se cuenta por regla general desde la adopción del acuerdo o desde la inscripción de este, siempre que su inscripción en el registro mercantil sea obligatoria[903].

Los matices frente al régimen español los encontramos no solo en el plazo como tal, pues en el colombiano es evidentemente mucho más corto, sino respecto de la excepción al *dies a quo* en que empieza a contarse el plazo de caducidad, porque esta regla especial se aplica solo a las decisiones de obligatoria inscripción[904] y se predica respecto de todos los legitimados para impugnar, pues no puede olvidarse que en este régimen los terceros no lo están, por lo que el plazo para que, los administradores, los revisores fiscales o los socios ausentes y disidentes impugnen las decisiones de obligatoria inscripción, se cuenta desde dicho momento y no desde la adopción del acuerdo[905].

Aunado a lo anterior, debemos señalar, tal y como ya se ha dicho, que este plazo de caducidad solo se aplica respecto de las acciones que se fundan en

---

[901] Sobre el particular véase a HERNANDO MENDÍVIL, J. ob. cit. págs. 1270 y 1271.

[902] Artículo 382. La demanda de impugnación de actos o decisiones de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas jurídicas de derecho privado, **solo podrá proponerse, so pena de caducidad, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha del acto respectivo** (…).

[903] Sobre este plazo señaló la SSC en el Oficio No. 220 – 017160, de 20 de febrero de 2015 que: "el legislador ha dado un tratamiento diferente para la acción impugnatoria, según se trate de actos sometidos o no a la formalidad registral, siendo en ambas hipótesis el término de caducidad de dos (2) meses, contados, en el primer caso, desde el momento de su inscripción, y en el segundo, a partir de la fecha de la reunión en la cual las decisiones hayan sido adoptadas. En otros términos, la ley ha querido diferenciar entre los actos que solo tienen trascendencia interna para la respectiva sociedad, los cuales no deben ser dotados de publicidad mercantil, y aquellos por haber sido considerados del interés de terceros deben cumplir con tal formalidad; para los primeros, la acción de impugnación nace con la expedición del acto y termina dos meses después. Para los segundos, la acción impugnatoria surge con el registro y se extingue dentro del mismo término. (…)".

[904] Estos son las decisiones de nombramiento o modificación de órganos de administración, reforma de estatutos, apertura de sucursales o agencias, aprobación de disolución o liquidación de la sociedad.

[905] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 31 de agosto de 1976.

que la decisión está viciada de nulidad por adoptarse sin la mayoría necesaria o excediendo los límites del contrato social, y no respecto de aquellas que adolecen de vicios que conllevan la sanción de la ineficacia o aquellas adoptadas con abuso del derecho al voto, toda vez que las primeras no tienen plazo de caducidad ni de prescripción, ya que las mismas no pueden sanearse ni por el paso del tiempo[906], mientras que las segundas tiene un régimen especial de prescripción de 5 años[907].

II. REGLAS ESPECIALES DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE IMPUGNACIÓN.

Tanto en el régimen español como en el colombiano, el procedimiento de impugnación se sigue mediante los cauces del proceso declarativo, solo que en el primero de ellos se tramita mediante el denominado procedimiento ordinario[908], según las voces del artículo 207.1 LSC, y en el segundo mediante el procedimiento verbal según el ya citado artículo 382 CGP[909], los cuales si bien reciben denominaciones disímiles se asimilan en la medida en que en Colombia al no existir el procedimiento ordinario este se equipara con aquel[910].

Lo anterior implica que en ambos regímenes el procedimiento inicia con una demanda, sigue con una contestación[911], continua con una etapa probatoria

[906] Véase entre otras la SSSC 800-000058, de 3 de mayo de 2019, en la que sobre el particular se dijo: "no existe ningún régimen de caducidad aplicable o que resulte procedente, ya que la ineficacia no puede sanearse"

[907] En efecto ha venido señalando la SSC que para esta acción se aplica el plazo general establecido en el artículo 233 de la Ley 222/1995, que establece: "Las acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones o de la violación a lo previsto en el Libro Segundo del Código de Comercio y en esta ley, prescribirán en cinco años, salvo que en ésta se haya señalado expresamente otra cosa.", esto en razón a que la Ley 1248 no establece un plazo especial de prescripción o caducidad de esta acción, pero mediante su artículo 45 remite a las "disposiciones generales que rigen a las sociedades previstas en el Código de Comercio".

[908] Regulado en los artículos 399 a 436 LEC, que se tramita en varias fases, empezando por la demanda, contestación, audiencia previa al juicio, el juicio y la sentencia la cual puede ser recurrida en apelación e incluso en casación.

[909] Este artículo se encuentra incluido en el Capítulo II de Disposiciones especiales del Título I que regula el proceso verbal, que a su turno se incluye en el Libro Tercero (Procesos), de la Sección Primera (Procesos Declarativos).

[910] El proceso verbal, se encuentra regulado en los artículos 368 a 389 del CGP, y se asimila al antiguo procedimiento declarativo ordinario, que desapareció con la expedición del CGP en el año 2012, y se caracteriza principalmente por ser el procedimiento residual, en la medida en que por él se tramitan todas las controversias que no tengan señalado un trámite especial, así como aquellas que no tengan contenido patrimonial y carezcan de un trámite propio.

[911] En algunos eventos, tal y como ya se señaló con anterioridad puede suspenderse el trámite para resolver el incidente sobre la relevancia de los motivos de impugnación.

y finaliza con una sentencia recurrible, estableciéndose en ambos casos algunas reglas especiales aplicables a este proceso particular, las cuales veremos a continuación.

1. La medida cautelar de suspensión del acuerdo social.

La primera medida especial del procedimiento judicial de impugnación de acuerdos sociales, establecida en ambos regímenes, consiste en la posibilidad de solicitar la medida cautelar específica de suspensión del acto impugnado, prevista en el segundo párrafo del mismo artículo 382 CGP en el Derecho colombiano[912], y en el artículo 727.10 LEC en el Derecho español[913], sin que ello implique que no se puedan también pedir otras medidas cautelares, que resulten pertinentes para el caso específico.

Así las cosas, es este hecho de establecer una medida cautelar específica para los procedimiento de impugnación lo que, desde nuestro punto de vista, resulta relevante en cuanto al trámite judicial del mismo, pues se está abriendo la posibilidad de que la decisión que aún no ha sido invalidada se suspenda, trayendo como efecto que el acuerdo no pueda ser ejecutado hasta que se resuelva el procedimiento, pues solo así se conseguirá el fin perseguido con dicha medida cautelar, cual es: "asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare"[914].

Centrándonos en primer lugar en el régimen español, debemos señalar que la posibilidad de pedir la suspensión del acuerdo impugnado se reconoció por primera vez en el artículo 70.4 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, luego en el 120 de la misma Ley de Sociedades anónimas de 1989 y finalmente se trasladó su regulación a la LEC, con la Ley 1 de 2000, lo cual implicó la aplicación del régimen general de las medidas cautelares regulado en dicha

---

912 "En la demanda podrá pedirse la suspensión provisional de los efectos del acto impugnado por violación de las disposiciones invocadas por el solicitante, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado, su confrontación con las normas, el reglamento o los estatutos respectivos invocados como violados, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. El demandante prestará caución en la cuantía que el juez señale. El auto que decrete la medida es apelable en el efecto devolutivo."

913 "(…) podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares (…) 10.ª La suspensión de acuerdos sociales impugnados, cuando el demandante o demandantes representen, al menos, el 1 o el 5 por 100 del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial".

914 Artículo 721.1 LEC.

norma y por ende la posibilidad de pedir esta medida de manera anticipada al procedimiento[915].

Conforme a lo anterior, la suspensión del acuerdo como medida cautelar puede solicitarse bien al presentarse la demanda bien antes de ello, existiendo un requisito adicional de legitimación para el efecto, establecido en la propia norma y consistente en que, cuando el impugnante es un socio debe ostentar individual o colectivamente por lo menos el 1% del capital social[916], coincidiendo este porcentaje con el mínimo establecido para impugnar por parte de los socios al reformarse la LSC en 2014. Así, al equipararse este porcentaje con aquel, ha desaparecido la tan criticada discriminación entre la legitimación para impugnar y para pedir esta medida cautelar específica por parte del socio, pues antes de dicha reforma, existían eventos en los que si bien el accionista podía impugnar el acuerdo, no podía solicitarse la medida cautelar de suspensión, por no ostentar la participación mínima para el efecto, rompiéndose la regla general, según la cual todo demandante principal o en reconvención está legitimado para solicitar cualquier medida cautelar, al formar parte esta prerrogativa de la tutela judicial efectiva[917].

Ahora bien, para el decreto de esta medida cautelar se requiere, como para el decreto de cualquier otra, el cumplimiento de tres requisitos consistentes en: i) el peligro en la mora procesal, ii) la apariencia de buen derecho y iii) el

---

[915] Artículo 730. LEC "Momentos para solicitar las medidas cautelares.2. Podrán también solicitarse medidas cautelares antes de la demanda si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad. En este caso, las medidas que se hubieran acordado quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo Tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas en los veinte días siguientes a su adopción. El Letrado de la Administración de Justicia, de oficio, acordará mediante decreto que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados, condenará al solicitante en las costas y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas."

[916] Sobre el particular considera ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P. ob. cit. pág. 213, que el establecimiento de dicha regla de legitimación para pedir la medida cautelar de suspensión, implica que esta no puede ser pedida sino única y exclusivamente por los accionistas y no así por los otros legitimados para impugnar, interpretación con la que no estamos de acuerdo, pues consideramos que el hecho de que la norma solo mencione al socio se funda en que se está estableciendo un requisito de legitimación que solo es predicable respecto de este y no de los demás legitimados para impugnar, quienes en todo caso pueden pedir esta medida, también, con base en los mandatos del artículo 727.11ª LEC, que otorga la posibilidad de pedir cualquier medida cautelar "necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio".

[917] Sobre el particular puede verse el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, número 114/2005, de 20 de mayo.

ofrecimiento de caución, de los cuales es el segundo de ellos el de más difícil configuración y análisis, en la medida en que requiere "un juicio pronóstico de prosperabilidad de la demanda[918]", sin prejuzgar el fondo del asunto, lo que implica un esfuerzo adicional por el peticionario que debe respaldar sus pretensiones con datos objetivos y pruebas para que se pueda suspender cautelarmente el acuerdo impugnado[919].

Esta medida cautelar, al igual que cualquier otra, puede ser modificada durante el transcurso del proceso por una que resulte menos perjudicial para la sociedad demandada, tal y como lo establece el artículo 726.1.2 LEC, así, podría modificarse por ejemplo por la anotación preventiva de la demanda en el registro mercantil, regulada antiguamente en el artículo 121 de la Ley de Sociedades Anónima, pero desaparecida en la LSC, que se rige en la actualidad por los mandatos del artículo 727.5 y 6 LEC y que asegura la oponibilidad del fallo favorable respecto de terceros de buena fe.

Finalmente en cuanto a este régimen y a esta medida cautelar especial, llama la atención que la suspensión del procedimiento por tramitarse el incidente para resolver la relevancia de los motivos de impugnación, cuando la misma se funda en vicios de forma en el procedimiento de adopción del acuerdo, no implica también la suspensión de la medida cautelar[920], resultando contradictorio que, a pesar de que el legislador ha establecido *prima facie* que dichos vicios no

[918] Auto del Juzgado de lo Mercantil número 2, de Madrid del 10 de febrero de 2005.

[919] Artículo 728. LEC "Peligro por la mora procesal. Apariencia de buen derecho. Caución. 1. Solo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. No se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces. 2. El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar con su solicitud los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios de prueba, que deberá proponer en forma en el mismo escrito. 3. Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado. El tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida. La caución a que se refiere el párrafo anterior podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 529…".

[920] ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P. ob. cit. pág. 207 y 208.

son motivos de impugnación, pueda mantenerse la suspensión de un acuerdo social que en principio goza de eficacia jurídica y que está siendo impugnado por motivos calificados, legalmente, como de no impugnación.

En cuanto a la medida cautelar de suspensión de la decisión en el régimen colombiano debemos señalar que la misma encuentra un régimen similar al español, aunque a diferencia de este[921], siempre se ha consagrado en la norma procesal, tanto en el antiguo Código de Procedimiento civil, artículo 421[922], como en el vigente CGP, artículo 382, que prevé que "En la demanda podrá pedirse la suspensión provisional de los efectos del acto impugnado por violación de las disposiciones invocadas por el solicitante, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado, su confrontación con las normas, el reglamento o los estatutos respectivos invocados como violados, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. El demandante prestará caución en la cuantía que el juez señale. El auto que decrete la medida es apelable en el efecto devolutivo."

Respecto de la actual regulación, comparada con la anterior, llama la atención el desaparecimiento de la norma del fin principal perseguido con la medida cautelar de suspensión de la decisión impugnada, cuál era la evitación de perjuicios graves al demandante, y el establecimiento de una serie de supuestos de procedencia de la medida de suspensión nuevos, indeterminados y

[921] En efecto según las voces del artículo 590 CGP "Para decretar la medida cautelar el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho. Así mismo, el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada. Cuando se trate de medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniarias, el demandado podrá impedir su práctica o solicitar su levantamiento o modificación mediante la prestación de una caución para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. No podrá prestarse caución cuando las medidas cautelares no estén relacionadas con pretensiones económicas o procuren anticipar materialmente el fallo. 2. Para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida. No será necesario prestar caución para la práctica de embargos y secuestros después de la sentencia favorable de primera instancia."

[922] "En la demanda podrá pedirse la suspensión del acto impugnado; el juez la decretará si la considera necesaria para evitar perjuicios graves y el demandante presta caución en la cuantía que aquél señale. Este auto es apelable en el efecto devolutivo."

desconectados de la regulación sustantiva y de la interpretación jurisprudencial de la impugnación de decisiones sociales[923], que además en la actualidad no vienen siendo aplicados ni valorados por la jurisdicción societaria, que continua ciñéndose a la doctrina jurisprudencial sentada con base en el derogado artículo 421 del Código de Procedimiento Civil[924], integrada con los mandatos del vigente artículo 590 del CGP que regula las medidas cautelares en los procedimientos declarativos.

Así las cosas, en la actualidad el decreto de la medida cautelar de suspensión de la decisión impugnada, así como de cualquier otra que se solicite en el ámbito de un conflicto societario, requiere que se efectúe por parte del juez un análisis de los elementos de juicio aportados hasta ese momento al proceso, para determinar las probabilidades de éxito de la demanda y evaluar la concurrencia de un interés económico del demandante en el decreto de esta[925].

El primer requisito se equipara con el señalado en el artículo 590 del CGP como apariencia de buen derecho, e implica un análisis preliminar, provisional e indiciario del material probatorio, que le permita al juez determinar de manera "cualificada" la probabilidad de éxito o no de las pretensiones de la demanda, sin que ello pueda conllevar un prejuzgamiento, pudiendo en todo caso ser la

[923] En efecto se hace referencia en la norma procesal a violación de "las normas, el reglamento o los estatutos respectivos invocados como violados", cuando lo cierto es que en la actualidad la acción de impugnación solo se predica de acuerdos adoptados sin las mayorías necesarias o excediendo el contrato social, y de manera alguna se prevé la impugnación por violación de "reglamento".

[924] SSC Auto 800-16014 de 19 de noviembre del 2012 que: "La posibilidad de suspender decisiones proferidas por órganos sociales se encuentra consagrada en el artículo 421 del Código de Procedimiento Civil. Al tenor de esta norma, 'en la demanda podrá pedirse la suspensión del acto impugnado; el juez la decretará si la considera necesaria para evitar perjuicios graves y el demandante presta caución en la cuantía que aquél señale. Esta medida, cuya aplicación se produce tanto en países anglosajones como en aquellos de tradición romano-germánica, es uno de los principales instrumentos cautelares en materia de litigio societario. En efecto la suspensión de decisiones sociales permite salvaguardar adecuadamente los intereses de los demandantes mientras se le da curso al respectivo proceso judicial. Con todo, al recaer la suspensión sobre actuaciones de los principales órganos de la compañía, la práctica de esta medida cautelar podría entorpecer el desarrollo de la gestión social. Esta contraposición de intereses le impone al juez del proceso la necesidad de analizar en detalle el impacto que podría tener la medida cautelar examinada respecto de todas las partes litigantes. Para estos efectos, deberán tenerse en cuenta diversos elementos de juicio, tales como la probabilidad de éxito de las pretensiones formuladas en la demanda y los perjuicios que podría sufrir el demandante si no se decreta la medida, así como aquellos podrían irrogársele a la sociedad y las demás partes interesadas tras la práctica de la suspensión."

[925] Así lo ha señalado la SSC en los Autos 801-002289 de 20 de febrero de 2013, 801-014531 de 17 de febrero de 2012 y 801-013957 de 4 de octubre de 2012.

sentencia contraria al auto inicial que decretó o negó la medida cautelar, según todos los elementos probatorios surgidos durante el procedimiento[926].

El segundo requisito denominado por la propia jurisprudencia como "interés económico" y que deriva de la desaparecida finalidad de evitar perjuicios al demandante, integra la valoración de múltiples elementos, algunos descritos en el propio artículo 590 CGP, como los serían el interés del demandante para accionar o la necesidad del decreto de la medida cautelar solicitada, y otros no previstos específicamente en la norma, pero sentados por la doctrina jurisprudencial, tales como la naturaleza de las decisiones impugnadas, la existencia de un conflicto entre los accionistas o el porcentaje de participación del demandante en la compañía, entre otros[927], llegándose incluso a derivar en algunos caso puntuales el cumplimiento de este requisito del simple hecho de ser accionista[928].

Conforme lo anterior, es evidente que, aunque la regulación procesal sobre la medida cautelar especial de suspensión del acuerdo ha cambiado y ha incluido una serie de elementos nuevos para su decreto, la desconexión entre la norma procesal (arts. 382 y 590 CGP) y la sustantiva (art. 191 C. de Co), así como el hecho de haberse establecido con anterioridad a la expedición del CGP[929] una doctrina sobre los presupuestos de procedencia de la misma, han conllevado la no actualización de estos con los mandatos vigentes, pues a pesar de que en los autos en los que se resuelve sobre la referida medida cautelar se menciona el artículo 590 del CGP, lo cierto es que su decreto sigue pasando por

[926] SSC Auto 801-004915 de 9 de abril de 2013.
[927] SSC Autos 800-004336 de 22 de marzo de 2013 y 800-011014 de 19 de noviembre de 2012.
[928] Es este el caso analizado por la SSC en el Auto 801-003311 de 8 de marzo de 2013, en el que se señaló: "el apoderado de la demandante ha solicitado la práctica de la medida cautelar con el fin de proteger el derecho objeto del litigio, impedir su infracción y sobre todo prevenir daños a los accionistas y terceros. Debe resaltarse, en este sentido, que en la demanda no se ofrece una descripción detallada de las razones que le sirven de sustento a las anotadas justificaciones. En todo caso, tras una revisión del expediente, este Despacho pudo constatar que la demandante cuenta con un interés económico legítimo en este proceso. En verdad, la ineficacia de alguna de las decisiones controvertidas – aprobación de proyecto de distribución de utilidades, reformas estatutarias y estados financieros de fin de ejercicio- podría llegar a afectar el monto de las utilidades repartibles de la compañía. Por consiguiente, este Despacho considera acreditado que el interés económico de la demandante, su calidad de accionista de Soprina S.A., es suficiente para justificar el decreto de la medida cautelar solicitada."
[929] Es de resaltar que, aunque el CGP se expidió en el año 2012, su entrada en vigor solo se produjo íntegramente a partir del 1 de enero de 2016, tal y como expresamente se señaló en el Acuerdo PSAA15-10392 del Consejo Superior de la Judicatura, de 1 de octubre de 2015.

analizarse únicamente la probabilidad de éxito de las pretensiones y el interés económico del demandante[930].

Finalmente y en punto a las medidas cautelares en los procesos de impugnación en el Derecho colombiano, debemos señalar que la de suspensión del acuerdo no es exclusiva de los procedimientos de impugnación, sino que también se puede solicitar en los procedimientos de declaratoria de los presupuestos de ineficacia y de nulidad del derecho al voto, pudiéndose además solicitar en estos tres procedimientos cualquier otra medida cautelar, pues esta prerrogativa, al igual que en el Derecho español forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva[931].

2. Otras reglas especiales del trámite judicial de impugnación.

Aunado a la especialidad de la referida medida cautelar, encontramos que en la legislación española también se establece una regla especial sobre acumulación de procesos de impugnación de acuerdos sociales, regulada en el artículo 76.2.2º LEC[932], que presupone la posibilidad de una acumulación de oficio de estos procedimientos, así como la generación en virtud de esto de un litisconsorcio cuasi necesario, que propende por acumular todas las pretensiones impugnatorias de un acuerdo para que se tramiten en un mismo proceso y ante un mismo juez[933].

---

[930] Sobre el particular puede verse a la SSC Autos 2019-01-201128 del 16 de mayo de 2019 y 2021-01-636432 del 27 de octubre de 2021, entre otros, en los cuales, se dice: "Este Despacho se ha pronunciado en múltiples oportunidades acerca de los presupuestos que deben acreditarse para establecer la procedencia de medidas cautelares en procesos societarios. Tales presupuestos han sido derivados de lo previsto en el artículo 590 del Código General del Proceso, así como de la aplicación de esta norma en los diversos casos sometidos a consideración de esta Delegatura. Es así como, para decretar medidas cautelares, debe efectuarse un cuidadoso análisis de los elementos de juicio disponibles, a fin de analizar las probabilidades de éxito de la demanda y evaluar el interés económico de los demandantes, según se expresa a continuación."

[931] Corte Constitucional colombiana, Auto 142 A del 20 de mayo de 2014.

[932] Artículo 76. Casos en los que procede la acumulación de procesos… 2. Asimismo, procederá la acumulación en los siguientes casos: (…) 2.º Cuando el objeto de los procesos a acumular fuera la impugnación de acuerdos sociales adoptados en una misma Junta o Asamblea o en una misma sesión de órgano colegiado de administración. En este caso se acumularán todos los procesos incoados en virtud de demandas en las que se soliciten la declaración de nulidad o de anulabilidad de dichos acuerdos, siempre que las mismas hubieran sido presentadas en un periodo de tiempo no superior a cuarenta días desde la presentación de la primera de las demandas.

[933] A este respecto señala ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P. ob. cit. pág. 192, que no es un litisconsorcio necesario, en la medida en que: "no se trata de que parte subsane una falta de litisconsorcio sino de que el tribunal acumule una pluralidad de demandas".

Sobre el particular lo primero que debemos advertir es que, tal y como lo hemos venido señalando la reforma operada en el año 2014 de la LSC no se acompañó de una reforma de la LEC, respecto de las normas específicas allí contenidas que regulan aspectos especiales de esta acción de impugnación, lo que ha implicado que en casos como el regulado en el citado artículo 76.2.2º LEC, no resulte concordante con la vigente regulación sustantiva sobre impugnación de acuerdos sociales, pues en la norma procesal se sigue hablando de acuerdos nulos y anulables y aún peor se mantiene el plazo para la acumulación de oficio en los 40 días de caducidad que se establecía con anterioridad para la acción de impugnación.

Aunado a esta posibilidad específica de acumulación de procesos de impugnación, encontramos otras reglas procedimentales especiales en esta materia, como lo son las establecidas en la LEC, concretamente en los artículos 52.10, que dispone que "el Juez competente territorialmente es el del domicilio social[934] y el 222.3 último párrafo, que establece una extensión de la cosa juzgada a todos los socios, aunque no hubieren litigado en el procedimiento de impugnación.

En la legislación colombiana, también se recogen algunas reglas procesales especiales con relación a la impugnación de decisiones sociales, a las cuales ya hemos venido haciendo referencia oportunamente y que se concretan en los mandatos del CGP, contenidos en los artículo 382, que regula la caducidad, el sujeto pasivo, la medida cautelar de suspensión y la procedencia de la apelación de la sentencia, así como los artículos 20.8 y 24.5.c), en los que se establece, respectivamente, la competencia tanto de los jueces civiles del circuito para conocer en primera instancia de estos procedimientos, como la llamativa facultad jurisdiccional de la Superintendencia de Sociedades colombiana para conocer sobre la impugnación de acuerdos sociales respecto de las sociedades sometidas a su supervisión, excluyendo, respecto a esta última, lo relativo al conocimiento de "la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven del acto o decisión que se declaren nulos".

[934] Conforme a los mandatos del artículo 86.bis.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el competente será el Juzgado de lo Mercantil. "Artículo 86 bis. 1. Los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil en materia de (…) sociedades mercantiles (…)"

III. EFECTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA.

El procedimiento de impugnación por regla general finaliza con una sentencia que o bien declara la validez del acuerdo impugnado o bien su invalidez, sentencia que conlleva unos efectos particulares, regulados principalmente en los artículos 222.3 último párrafo LEC y 208 LSC, en el régimen español, y 192 y 193 C. de Co[935], en el régimen colombiano.

En dicha normativa se regulan tanto los efectos de la sentencia frente a los socios, los administradores y los terceros, haciéndose especial referencia con relación a los acuerdos inscritos en los registros mercantiles respectivos, así como a la acción indemnizatoria que puede surgir una vez declarada la invalidez del acuerdo, esto último solo en el caso del Derecho colombiano.

1. Efectos de la sentencia en el régimen español.

Iniciaremos nuestra exposición al respecto con la regulación contenida en el Derecho español, analizando en primer lugar los efectos de la sentencia regulados en el ya citado artículo 222.3 último párrafo LEC, que establece efectos *erga omnes* de la sentencia frente a todos los socios, constituyendo así una excepción a la regla procesal de la eficacia subjetiva de la cosa juzgada, en virtud de la cual la sentencia solo afecta "a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes", ello en razón a la naturaleza especial del objeto del procedimiento, cual es, los acuerdos sociales, que como ya se ha dicho gozan de presunción de validez y vinculan a todos los accionistas hayan participado o no en su adopción.

[935] ARTÍCULO 192. DECLARACIÓN DE NULIDAD DE UNA DECISIÓN DE LA ASAMBLEA O JUNTA DE SOCIOS. Declarada la nulidad de una decisión de la asamblea, los administradores tomarán, bajo su propia responsabilidad por los perjuicios que ocasione su negligencia, las medidas necesarias para que se cumpla la sentencia correspondiente; y, si se trata de decisiones inscritas en el registro mercantil, se inscribirá la parte resolutiva de la sentencia respectiva. ARTÍCULO 193. PROTECCIÓN DE DERECHOS DE TERCEROS E INDEMNIZACIÓN A LA SOCIEDAD. Lo dispuesto en el artículo anterior será sin perjuicio de los derechos derivados de la declaratoria de nulidad para terceros de buena fe. Pero los perjuicios que sufra la sociedad por esta causa le serán indemnizados solidariamente por los administradores que hayan cumplido la decisión, quienes podrán repetir contra los socios que la aprobaron. La acción de indemnización prevista en este artículo solo podrá ser propuesta dentro del año siguiente a la fecha de la ejecutoria de la sentencia que declare nula la decisión impugnada. La acción podrá ser ejercida por cualquier administrador, por el revisor fiscal o por cualquier asociado en interés de la sociedad.

Lo anterior implica que, tanto si se declara la invalidez como la validez del acuerdo mediante sentencia firme, los accionistas, aunque estén dentro del plazo para impugnar, no podrán promover otra acción de impugnación frente a dicho acuerdo, pero sí podrán hacerlo los demás legitimados para el efecto, esto es, los administradores y los terceros que acrediten un interés legítimo, salvo en los casos en que la sentencia firme haya declarado la invalidez del acuerdo, evento en el cual, no podrá promoverse un nuevo procedimiento de impugnación por carecer de objeto al haberse ya invalidado el acuerdo mediante sentencia firme[936].

No obstante lo anterior, puede subsistir la duda sobre si esos accionistas que se ven vinculados por la sentencia firme que declara la validez de un acuerdo en cuya impugnación no participaron, pueden promover una acción respecto del mismo acuerdo, aduciendo un motivo no analizado en la sentencia ulterior y por ende una nueva causa de pedir que en principio no estaría cobijada por la cosa juzgada, cuestionamiento frente al cual consideramos que no obstante esto último, el legislador ha sido claro en establecer una extensión de la cosa juzgada a todos los accionistas y por ende debería, en principio, rechazarse cualquier nueva pretensión respecto del mismo acuerdo. Ahora bien, si lo que se demanda en el posterior procedimiento es la posible infracción del orden público con el acuerdo ya impugnado, en este caso, consideramos que podría resultaría procedente una valoración judicial única y exclusivamente sobre este aspecto, si no se había planteado y valorado con anterioridad, en la medida en que corresponde al juzgador decretar incluso de oficio la contrariedad del orden público.

Con relación a los efectos de la declaración de invalidez mediante sentencia firme de un acuerdo sujeto a registro, regulados en el artículo 208 LSC[937] en concordancia con el 156.2 del Reglamento del Registro Mercantil[938], consideramos de gran relevancia la regla que dispone la cancelación, no solo del

[936] HERNANDO MENDÍVIL, J. ob. cit. pág. 1279.

[937] Artículo 208. Sentencia estimatoria de la impugnación. 1. La sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. El «Boletín Oficial del Registro Mercantil» publicará un extracto. 2. En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, la sentencia determinará además la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella.

[938] Artículo 156. Cancelación de la anotación preventiva de la demanda de impugnación (…) 2. El testimonio judicial de la sentencia firme que declare la nulidad de todos o alguno de los acuerdos impugnados, será título suficiente para la cancelación de la anotación preventiva, de la inscripción de dichos acuerdos y de la de aquellos otros posteriores que fueran contradictorios con los pronunciamientos de la sentencia.

registro del acuerdo declarado invalido, sino de todos aquellos posteriores que sean contradictorios con la decisión de invalidar el acuerdo impugnado, generando una especie de efecto dominó respecto de los acuerdos posteriores a aquel, que dependan de alguna forma de la validez de este, bien porque encuentran causa en aquel, bien porque los ejecuta, bien porque lo hace efectivo.

Si bien la norma solo hace referencia a los acuerdos inscritos, la jurisprudencia ha venido entendiendo que la declaración de invalidez de un acuerdo social, inscrito o no, se propaga a los acuerdos adoptados posteriormente que tengan como causa o se funden en aquel[939], pues al desaparecer la causa de los acuerdos posteriores o la razón de existir de estos, por la declaración de invalidez de aquel en que se fundan, estos también deben salir del tráfico jurídico en la medida en que son un efecto del invalidado[940].

En la misma línea anterior, debemos resaltar que el efecto invalidante de la sentencia firme que anula el acuerdo impugnado también se propaga respecto de los actos y contratos que, al igual que los acuerdos sociales posteriores, tengan causa o se funden en aquel, lo cual ocurre con bastante frecuencia pues al ser los acuerdos ejecutables desde su adopción, los mismos empiezan a producir efecto y pueden conllevar no solo a la adopción de acuerdos posteriores para su ejecución, sino a la celebración y ejecución de cualquier otro acto o contrato con base en aquel[941].

---

[939] Al respecto véase a MASSAGUER FUENTES, J.: "La propagación de la ineficacia de los acuerdos de la junta general de las sociedades de capital.", *Revista de Derecho Mercantil*, N.º 319, 2021 (Versión electrónica), quien considera estos tres grupos de casos configurados por: "actos que traen causa inmediata del acuerdo impugnado, por medio de los que se ejecuta o da cumplimiento a lo acordado; actos que tienen su fundamento en el acuerdo impugnado, respecto de los que este constituye presupuesto de validez o sentido y utilidad práctica".

[940] Al respecto puede verse las SSTS 18045/1993 de 27 de diciembre y 737/2001 de 13 de julio de 2001, en las que respectivamente y sobre el particular se dice: "y dado que la nulidad originaria, la concerniente a la tan repetida Junta de 8 de mayo de 1985, proyecta su influencia hacia el futuro, está fuera de duda que invalidó, también de raíz, las convocatorias de las posteriores y los acuerdos todos que se tomaron en las mismas", "no habiendo convocado la Junta el Presidente sino el Consejo de Administración no vigente, nombrado en virtud de Junta que fue declarada nula, tal Junta es nula".

[941] Sobre la materialización de la propagación de la declaratoria de invalidez del acuerdo impugnado respecto de los actos, contratos y acuerdos posteriores que tiene causa o son un efecto directo de aquel, si bien la misma opera automáticamente, en eventos problemáticos de su reconocimiento la sociedad podrá acudir a los mandatos del artículo 522.2 LEC, que establece "Artículo 522. Acatamiento y cumplimiento de las sentencias constitutivas. Solicitud de actuaciones judiciales necesarias. 2. Quienes hayan sido parte en el proceso o acrediten interés directo y legítimo podrán pedir al tribunal las actuaciones precisas para la eficacia de las sentencias constitutivas y para vencer eventuales resistencias a lo que dispongan".

En efecto, la sentencia firme que invalida un acuerdo social, en principio y salvo norma expresa en contrario, afecta a esos actos o contratos celebrados en ejecución de aquel[942], un ejemplo típico de afectación y excepción lo constituye el pago de los dividendos cuando se invalida el acuerdo que aprueba la aplicación del resultado, evento en el cual y por expresa disposición del artículo 278 LSC la invalidez de dicho acuerdo no implica la devolución de los dividendos ya pagados con intereses, a menos que la sociedad pruebe que los perceptores conocían o debían conocer la irregularidad que conllevó a la anulación del acuerdo.

Igual ocurre en los casos en los que el acto o contrato se funda en el acuerdo invalidado a pesar de que tenga una causa y objeto propia, como sucede por ejemplo entre el acuerdo de nombramiento del administrador y el contrato suscrito con este, el cual a pesar de su autonomía se verá, necesariamente, afectado por la invalidez del acuerdo de nombramiento por fundarse en aquel[943].

Mucho más problemática y restrictiva resulta la propagación de los efectos invalidantes del acuerdo mediante sentencia firme, respecto de acuerdos sociales, actos o contratos posteriores a aquel, que a pesar de ser consecuencia del acuerdo invalidado no tienen causa en este ni necesitan de su existencia o validez para llevarse a cabo[944], constituyendo ejemplos típicos de este supuesto el acuerdo de aprobación de cuentas anuales respecto del acuerdo del ejercicio anterior impugnado y declarado invalido, pues a pesar de que aquel tenga como punto de partida a este el acuerdo ulterior se mantendría valido[945].

Este efecto "arrastre" de la sentencia que invalida un acuerdo social puede incluso llegar a afectar a relaciones surgidas con terceros, siendo el típico supuesto el de adquisición de acciones por parte de un tercero, que se efectúa en virtud de un acuerdo que autoriza un aumento de capital que posteriormente es

[942] Al respecto puede verse entre otras STS 391/2012 de 25 de junio.
[943] Sobre este aspecto señala MASSAGUER FUENTES, J. ob. cit. (versión electrónica), que debe entenderse la declaración de invalidez del acuerdo como una condición resolutoria del contrato posterior, que no puede subsistir sin que exista el acuerdo.
[944] MASSAGUER FUENTES, J. ob. cit. (versión electrónica), los define como "actos cuya relación con el acuerdo impugnado es meramente circunstancial, que, a diferencia de los actos de ejecución, no materializan el cambio de la reglamentación contractual de la sociedad decidido por la junta mediante el acuerdo impugnado, y que, a diferencia de los actos que lo tienen como presupuesto, no necesitan la adopción del acuerdo impugnado (ni su eficacia) para concluirse válidamente o simplemente para tener sentido y utilidad práctica".
[945] Al respecto véase la STS 434/2012 de 9 de julio.

anulado, caso en el cual el efecto invalidante afectará también a dicha adquisición, no solo por cuanto al adquirir acciones adquiere también la condición de socio y por ende termina vinculado por la sentencia, en los términos ya expuestos, sino además por cuanto esa adquisición carecería de objeto al invalidarse el acuerdo sobre aumento de capital.

No obstante lo anterior, consideramos que la invalidez del acuerdo declarada mediante sentencia firme no se propaga a otros actos o contratos celebrados con terceros que no tienen causa o no son consecuencia directa de aquel, como sería el caso de la celebración de un contrato con quien figuraba inscrito como administrador único de la sociedad, cuando el acuerdo de su nombramiento sea invalidado, o como cuando se ha celebrado un contrato con un tercero con base en un acuerdo que otorgaba autorización para el efecto, anulado posteriormente[946].

2. Efectos de la sentencia en el régimen colombiano.

En el Derecho colombiano, en los artículos 193 y 194 del C. de Co[947] se regulan solo los efectos de la sentencia que declara la nulidad de la decisión impugnada, más no así los que declaran la concurrencia de los presupuestos de ineficacia de la decisión, lo que en cierta medida ha contribuido a la formación de la teoría vigente y ya expuesta, que considera que, la acción de impugnación solo procede respecto de las decisiones que adolecen de nulidad y no respecto de las ineficaces, sin tomar en consideración que esta omisión no necesariamente puede obedecer a una limitación de la acción de impugnación a los vicios que

[946] En estos eventos resulta de aplicación los mandatos de los artículos 233 y 234 LSC, que regulan las atribuciones y el ámbito del poder de representación, respectivamente.

[947] ARTÍCULO 192. DECLARACIÓN DE NULIDAD DE UNA DECISIÓN DE LA ASAMBLEA O JUNTA DE SOCIOS. Declarada la nulidad de una decisión de la asamblea, los administradores tomarán, bajo su propia responsabilidad por los perjuicios que ocasione su negligencia, las medidas necesarias para que se cumpla la sentencia correspondiente; y, si se trata de decisiones inscritas en el registro mercantil, se inscribirá la parte resolutiva de la sentencia respectiva. ARTÍCULO 193. PROTECCIÓN DE DERECHOS DE TERCEROS E INDEMNIZACIÓN A LA SOCIEDAD. Lo dispuesto en el artículo anterior será sin perjuicio de los derechos derivados de la declaratoria de nulidad para terceros de buena fe. Pero los perjuicios que sufra la sociedad por esta causa le serán indemnizados solidariamente por los administradores que hayan cumplido la decisión, quienes podrán repetir contra los socios que la aprobaron. La acción de indemnización prevista en este artículo solo podrá ser propuesta dentro del año siguiente a la fecha de la ejecutoria de la sentencia que declare nula la decisión impugnada. La acción podrá ser ejercida por cualquier administrador, por el revisor fiscal o por cualquier asociado en interés de la sociedad.

generan la nulidad, sino al hecho de que los efectos de la ineficacia ya vienen señalados en el propio C. de Co, en su artículo 897[948].

Por otro lado y respecto de los mandatos concretos contenidos en los artículos citados, lo primero que debemos resaltar es que en el primero de ellos (192 C. de Co), se establece en cabeza del administrador de la sociedad la obligación de ejecutar la sentencia que declara la nulidad, para efectos de lo cual debe realizar todos las actuaciones pertinentes, incluso inscribir la decisión en el registro cuando se haya anulado una cuya inscripción es preceptiva, so pena de incurrir en responsabilidad personal por los perjuicios causados al no cumplir con la sentencia.

La segunda disposición, esto es, la contenida en el artículo 193 C. de Co, establece, por un lado, una regla especial respecto de los efectos de la nulidad de la decisión impugnada con relación a los terceros de buena fe, lo que puede entenderse como que en el Derecho colombiano, a priori no existe un efecto propagador de la nulidad de la decisión respecto de los contratos celebrados con esos terceros de buena fe, así la misma tenga un punto de partida en la decisión declarada nula[949].

Por otro lado, en el referido artículo 193 C. de Co, también se regula una acción indemnizatoria a favor de la sociedad y en contra del administrador que haya ejecutado la decisión, con la posibilidad de repetir contra los socios que aprobaron la decisión nula. Esta última facultad del administrador resulta bastante llamativa, en la medida en que vista en profundidad puede llegar a implicar una especie particular y excepcional de levantamiento del velo corporativo que separa a los socios del ente societario, toda vez que, al facultarse al administrador condenado a pagar los perjuicios causados a la sociedad por ejecutar una decisión declarada nula, a repetir contra los socios que votaron a

[948] ARTÍCULO 897. INEFICACIA DE PLENO DERECHO. Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.

[949] En estos eventos cuando el acuerdo declarado nulo es causa del acto o contrato celebrado con el tercero de buena fe, consideramos que lo procedente sería promover una nueva demanda para intentar que se declare bien la nulidad de ese contrato, bien su inexistencia, bien su ineficacia o incluso su inoponibilidad, dependiendo del elemento configurador del contrato que afecte la declaración de nulidad de la decisión que le sirvió de fundamento, lo que sin embargo abriría la posibilidad para el tercero de buena fe de que se le indemnicen los perjuicios que se le hayan causado.

favor de la misma, se está previendo una responsabilidad patrimonial del accionista por su voto[950].

Ahora bien, la norma nada dice sobre los posibles efectos propagadores de la nulidad respecto de otros acuerdos que tengan causa o se funden en aquel, ni sobre aquellos contratos o actos celebrados con base en este cuando los posibles vicios de la decisión eran conocidos por todos los intervinientes, razón por la cual ha venido siendo la jurisprudencia, con apoyo en las demás normas sustantivas que regulan los efectos de la nulidad e incluso de la ineficacia las que han sentado una línea doctrinaria al respecto[951].

Así, se vienen aplicando, entre otros, los mandatos de los artículos 1625.8 y 1746 del CCC, que establecen, respectivamente, la declaratoria de nulidad como causal de extinción del contrato y los efectos retroactivos de la sentencia como si el acto nulo no hubiera existido, lo que implica no solo las consecuentes restituciones mutuas entre las partes, sino además la extinción de la eficacia provisional del acto entre su celebración y su declaratoria de nulidad[952]. Con base en estos mandatos, la SSC ha declarado la ineficacia de todas las decisiones tomadas en un ente societario, entre la adopción de un acuerdo de exclusión de un socio y la declaratoria de nulidad por sentencia en firme de la misma, al

[950] Desbordaría el objeto de estudio del presente trabajo hacer una reflexión profunda sobre la responsabilidad del administrador y la subsidiaria obligación del socio de indemnizar los perjuicios causados a la sociedad por ejecutar y adoptar, respectivamente, una decisión nula, razón por la cual, al respecto solo señalaremos que la acción para reclamar estos perjuicios es un efecto directo de la sentencia que declara la nulidad de la decisión impugnada.

[951] Al respecto pueden verse entre otras, las SSCSJ 5519 de 18 de agosto de 2000, 5025 de 14 de febrero de 2000, 4937 de 2 de agosto de 1999, en las que se explican que la declaratoria de nulidad de un acto jurídico conlleva no solo la imposibilidad de reclamar su ejecución, sino que además tiene efectos retroactivos por lo que es también ineficaz cualquier ejecución entre la celebración del negocio y la declaración de nulidad, debiéndose restituir las cosas como si el negocio nulo nunca hubiera existido.

[952] ARTICULO 1625. MODOS DE EXTINCIÓN. Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula. Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte: (…) 8o.) Por la declaración de nulidad o por la rescisión.

ARTICULO 1746. EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita. En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

considerar que los efectos *ex tunc* de dicha sentencia implican que el socio excluido nunca dejó de serlo y por ende al no habérsele convocado las mismas adolecían de ineficacia[953].

Tal y como ya se ha señalado, otra consecuencia de la declaratoria de nulidad es la procedencia de las denominadas *restituciones mutuas*, en virtud de las cuales "cada parte tiene que devolver a la otra lo que ha recibido como prestación del negocio jurídico anulado, o en otros términos, las partes quedan obligadas a restituirse lo que recíprocamente se hubiesen entregado en desarrollo de la relación jurídica declarada nula"[954], no obstante lo cual no resultan de aplicación automática en todos los casos de declaratoria de nulidad de decisiones sociales. Así por ejemplo no se ha considerado como supuesto de restituciones mutuas derivadas de la declaratoria de nulidad del acuerdo el dividendo dejado de percibir por un socio durante el lapso que estuvo vigente la decisión de excluirlo como accionista[955], ni los honorarios recibidos por un administrador por el lapso durante el cual ha desarrollado sus funciones, a pesar de que el acuerdo que los fijaba se declaró nulo[956].

---

[953] SSSC 801-031 de 21 de junio de 2013, en la cual se señaló: "Una vez el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta declaró nula la exclusión analizada, Hernando (…) readquirió la calidad de accionistas en Compañía Libertador S.A., con efectos retroactivos, es decir que debe entenderse que tal sujeto nunca dejó de ser asociado (…) por consiguiente los derechos inherentes a las acciones (…) debieron haber sido tenidas en cuenta durante las reuniones del máximo órgano social (…) por virtud de la nulidad absoluta de la exclusión y de la aludida falta de convocatoria, el Despacho debe concluir que las decisiones controvertidas en este proceso son ineficaces."

[954] SCSJ 7140 de 25 de abril de 2003.

[955] Así se declaró por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santamarta, en la Sentencia proferida el 27 de mayo de 2010, al resolver como petición de restituciones mutuas el pago del dividendo dejado de percibir durante el tiempo que estuvo vigente la decisión de excluirlo, considerando dicha petición más que un supuesto de restituciones mutuas, una indemnización de perjuicios. Sobre el particular se dijo en la sentencia: "el demandante (…) pidió que se dispusiera lo que correspondiera para que se materializaran las prestaciones mutuas a que hubiere lugar, sin especificar qué cosas deberían comprenderse en la entrega (…).Es cierto, y de eso no se duda, que a causa de esa determinación, mientras persistió su validez, pudieron desencadenarse para el demandante efectos negativos en la esfera de sus derechos patrimoniales, pero entonces ya no se trata, para restablecer el equilibrio, de ordenar mutuas concesiones (…), sino de plantear el resarcimiento de los perjuicios padecidos (…). Entonces no habiendo prestaciones mutuas que decretar, se complementará la sentencia negando ese pedimento".

[956] SSSC 810-00012 de 14 de agosto de 2019, en la que se dijo: "En consecuencia, comoquiera que las obligaciones objeto de las relaciones jurídicas aquí analizadas se ejecutaron en forma sucesiva, es evidente que el Despacho no puede ordenar la devolución de los dineros o prestaciones que surgieron de aquellas ni podrá emitir órdenes que tiendan a restituir a las partes al estado en que se encontraban anteriormente. De acuerdo con la doctrina más autorizada en la materia, ―[en] los contratos de ejecución sucesiva no hay lugar a restituir las prestaciones cumplidas y que en especial las prestaciones ejecutadas no susceptibles de devolución […].

Como se observa la regulación de los efectos de la sentencia que resuelve sobre la impugnación de acuerdos sociales en ambos regímenes es muy diferente en varios aspecto, pues por un lado, el legislador español no ha previsto de manera específica una excepción de la aplicación de los efectos invalidantes frente a los terceros de buena fe, como sí lo ha hecho el colombiano y por otro ha contemplado de manera positiva el efecto propagador de la invalidez del acuerdo, lo que no ocurre en el Derecho colombiano, pues se vienen aplicando los efectos comunes de la sanción de la nulidad estableciéndose eso sí, la responsabilidad directa tanto del administrador que ejecuta el acuerdo como la indirecta respecto de los socios que votaron a favor.

IV. IMPUGNACIÓN MEDIANTE ARBITRAJE.

La impugnación de acuerdos sociales mediante arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos previsto y permitido, actualmente, en ambas legislaciones en los términos regulados, en el Derecho colombiano en la Ley 1563 de 2012[957], por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (de ahora en adelante Estatuto de Arbitraje) y, en el Derecho español en la Ley 60/2003 de Arbitraje[958] (de ahora en adelante Ley de Arbitraje).

No obstante lo anterior, lo cierto es que en un primer momento ambos regímenes eran reticentes en aceptar la posibilidad de resolver mediante arbitraje la impugnación de acuerdos sociales. Así en el Derecho colombiano, por venir expresamente prohibido en el ahora derogado artículo 194 del C. de Co, que establecía que esta acción solo se podía intentar "ante los jueces, aunque se haya

Frente a esa situación, la respuesta elemental ha sido la de circunscribir los efectos de la nulidad a la eliminación del vínculo, considerar consolidados los hechos cumplidos y dar por extinguidas las obligaciones pendientes."

[957] Esta norma no establece de manera expresa la posibilidad de adelantar un procedimiento de impugnación de decisiones sociales mediante arbitraje, sino que deroga el artículo 194 del C. de Co, que prohibía dicha posibilidad.

[958] Artículo 11 bis. Arbitraje estatutario. 1. Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen. 2. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social. 3. Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral.

pactado cláusula compromisoria"[959], mientras que en el Derecho español era la jurisprudencia del TS la que vedaba esta posibilidad, bajo el entendido de la indisponibilidad de la materia[960].

Dicha postura, en ambos regímenes, empezó a ser moderada: en el Derecho colombiano a partir de la expedición de la Ley 222/1995, pues parte de la doctrina veía una derogatoria tácita del 194 del C. de Co, al no haberse exceptuado expresamente en el artículo 233[961] de dicha Ley la impugnación de acuerdos sociales[962], teoría que, sin embargo no fue acompañada por la jurisprudencia que continuó sosteniendo, hasta la entrada en vigor del Estatuto de Arbitraje[963], la imposibilidad de tramitar por esta vía la impugnación de decisiones sociales[964].

En el Derecho español, fue mediante la STS 355/98 de 18 de abril, en la que se modificó la hasta ese momento postura sostenida por el alto Tribunal y se abrió la puerta del arbitraje para resolver la impugnación de acuerdos sociales, bajo el entendido, entre otros de que si bien esta acción "está regida por normas

[959] Esta posición legislativa había sido avalada por la propia Corte Constitucional Colombiana, que en Sentencia C-378/08, de 23 de abril, declaraba la constitucionalidad de dicho artículo, en primer lugar, por cuanto "en el ordenamiento jurídico colombiano existen diversas disposiciones que establecen que los asuntos sometidos a acción de impugnación no son transigibles", y en segundo lugar para "evitar que las partes de un contrato sometan a transacción aquellos asuntos ligados con la presencia de defectos que cuestionan la validez o la legitimidad de las actuaciones por ellas suscritas".

[960] En efecto en la STS 355/98 de 18 de abril se señaló que "La posibilidad de someter a arbitraje la nulidad de la Junta General y la impugnación de acuerdos sociales fue admitida por el TS en sentencias de 26 de abril de 1905 y 9 de julio de 1907, pero luego en la sentencia de 15 de octubre de 1956 cambió el criterio y negó aquella posibilidad, que fue reiterado por las sentencias de 27 de enero de 1968, 21 de mayo de 1970, 15 de octubre de 1971", posición que se mantuvo precisamente hasta dicha Sentencia de 1998.

[961] Artículo 233. remisión al proceso verbal sumario. Los conflictos que tengan origen en el contrato social o en la ley que lo rige, cuando no se hayan sometido a pacto arbitral o amigable composición, se sujetarán al trámite del proceso verbal sumario, salvo disposición legal en contrario.

[962] MARTÍNEZ NEIRA, N. ob. cit. pág. 407, consideraba que al no haberse exceptuado expresamente del citado artículo 233 de la Ley 222 la impugnación de acuerdos sociales se estaba permitiendo el arbitraje para resolver la misma.

[963] Con anterioridad a esta norma, se previó en el artículo 40 de la Ley 1258 de 2008, de creación de la sociedad por acciones simplificada, la posibilidad de someter a decisión arbitral "las diferencias que ocurran a los accionistas entre sí, o con la sociedad o sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral, incluida la impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva con fundamento en cualquiera de las causas legales", por lo que la acción de nulidad por abuso del derecho al voto también puede tramitarse por este cauce especial.

[964] Al respecto véase al Tribunal Superior de Bogotá, Auto del 10 de septiembre de 2018. Radicado 2008 0121 01, así como a la SSC, Auto 480-003431 de 11 de marzo de 2010.

de ius cogens (…) el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal de resolverlas"[965], postura que finalmente se reconoció de manera positiva con la reforma a la Ley de Arbitraje, operada mediante la Ley 11/2011 de 20 de mayo.

No obstante lo anterior, esto es, la actual posibilidad legal de resolver mediante arbitraje las acciones de impugnación, lo cierto es que debido a la naturaleza jurídica de los acuerdos sociales y a las particularidades de este trámite, tanto en Derecho español como en Derecho colombiano, este se ha circunscrito a ciertas reglas particulares, especialmente en cuanto a la vinculación de los socios que no han participado en la inclusión estatutaria de la cláusula que permita someter a arbitraje la impugnación.

Así, en Derecho español actualmente se exige para incluir una cláusula arbitral en los estatutos sociales que sea eficaz respecto de los socios (presentes y futuros), así como de los administradores, que la misma sea aprobada con *al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones en que se divida el capital social*[966], así como que el arbitraje sea institucional[967] y no ad hoc, por lo que siempre será una institución arbitral y no el socio impugnante o la misma sociedad la que designa a los árbitros y administra el arbitraje lo cual, desde nuestro punto de vista, resulta razonable no solo por la naturaleza jurídica del objeto del litigio, sino para evitar dilaciones en la resolución definitiva del conflicto que generan mayor inseguridad jurídica.

---

[965] Aunado a ello se señaló en el mismo Fundamento de Derecho Segundo que: "el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos; no son motivos para excluir el arbitraje en este tema, ni el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que se refiere a jurisdicción nacional frente a la extranjera, ni el artículo 118 de la Ley de Sociedades Anónimas que se refiere a la competencia territorial, ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público, como excluyente del arbitraje."

[966] Al respecto señala ALFARO ÁGUILA-REAL, J, "La impugnación de acuerdos…", ob. cit. (versión electrónica) que, en la medida en que con la cláusula arbitral incluida en los estatutos se está limitando derechos de los accionistas, era entendible que con anterioridad a la reforma de la Ley 11/2011, se requiriera para el efecto el voto favorable de todos los accionistas tal y como lo venía exigiendo la jurisprudencia.

[967] El arbitraje institucional se define en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje en los siguientes términos: "Arbitraje institucional. 1. Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a: a) Corporaciones de Derecho público y Entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras. b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales. 2. Las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos. 3. Las instituciones arbitrales velarán por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia."

Ahora bien, el hecho de que solo se pueda decidir mediante arbitraje asuntos de libre disposición de las partes tal y como se establece en el artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje, puede llegar a implicar que ciertos asuntos de la impugnación no puedan ser resueltos mediante este trámite, como podría ser, por ejemplo, la cuestión de si el acuerdo es contrario al orden público[968] o los acuerdos que violan normas imperativas, cuestionamientos que parecen haberse zanjado luego de que se haya incluido expresamente la posibilidad de resolver la impugnación mediante arbitraje, bajo el entendido de que ello solo implica la elección de un cauce procedimental pero no que el árbitro no deba respetarlo o declararlo, ni tampoco la disposición por las partes de una norma imperativa[969].

Con relación a las demás reglas especiales del proceso de impugnación, que existen en Derecho español, y a las que hemos venido haciendo referencia en este capítulo, la mayoría de ellas, tales como la terminación anticipada del procedimiento por subsanación del acuerdo, la acción indemnizatoria derivada de dicha subsanación, incluso la determinación de la relevancia de los motivos de impugnación una vez promovida la impugnación o el decreto de medidas cautelares[970], resultan de fácil aplicación y adaptación al trámite arbitral, claro está con las particularidades propias del mismo lo que implica, en todo caso, que todas estas decisiones al igual que el laudo, no son susceptibles de recurso alguno[971].

Una de las cuestiones más problemáticas reside quizá en la vinculación de la cláusula arbitral estatutaria respecto de los terceros legitimados para impugnar, pues es claro que ni estos ni la sociedad frente a dichos terceros, quedan vinculados por aquella, por lo que en principio aun existiendo cláusula arbitral en los estatutos, la impugnación del acuerdo por parte de un tercero con interés legítimo puede seguirse por los cauces del trámite arbitral, salvo que ese tercero manifieste su voluntad de quedar vinculado a dicha cláusula y acuda al

[968] Al respecto véase a GOMÁ LANZÓN, I., "Algunos problemas de la impugnación de acuerdos sociales por vía arbitral", en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F (Dir.), *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Colegio Notarial de Madrid, 2015, pág. 370, que considera que cuando se impugna un acuerdo por ser contrario al orden público el mismo no puede resolverse por trámite arbitral.

[969] HERNANDO MENDÍVIL, J. ob. cit. pág. 1281 a 1283.

[970] El artículo 23 de la Ley de Arbitraje establece esta posibilidad siempre que no exista pacto en contrario.

[971] Contra el laudo arbitral solo procede la acción de anulación, que no es un recurso sino la impugnación de la cosa juzgada jurisdiccional.

mismo, evento en el que en todo caso no resultaría obligatorio el arbitraje institucional[972].

Otra cuestión problemática en cuanto a la impugnación de acuerdos sociales mediante arbitraje gira en torno a la aplicación de las reglas especiales de esta acción establecidas en la LEC, las cuales en principio no son vinculantes al trámite arbitral, aunque podrían y quizá deberían serlo, en la medida en que la mayoría tiende a solventar dificultades en pro de garantizar una mayor seguridad jurídica. Así resulta recomendable la acumulación de trámites arbitrales para evitar laudos contradictorios respecto del mismo acuerdo, o establecer alguna regla imperativa de prejudicialidad y litispendencia en caso de que concurra un proceso judicial de impugnación con el trámite arbitral[973].

Finalmente debemos señalar que, al igual que como ocurre con la sentencia que invalida el acuerdo, el laudo que resuelve la impugnación en este sentido es vinculante respecto a todos los demás legitimados para impugnar así no hayan participado en el trámite arbitral, el cual además será inscribible, si recae sobre un acuerdo de esta naturaleza y tiene iguales efectos propagativos respecto de los demás actos y acuerdos[974]. Así mismo, el laudo que declara la validez del acuerdo por no encontrar acreditados los motivos de impugnación alegados en el trámite arbitral es vinculante frente a los demás socios y administradores, aunque no hayan intervenido en dicho trámite.

Así las cosas, puede afirmarse que el laudo arbitral tiene los mismos efectos de cosa juzgada que la sentencia judicial, tanto en su vertiente positiva como negativa, pero no por aplicación de los mandatos del artículo 222.3 LEC, sino por aplicación del artículo 43 de la Ley de arbitraje, que expresamente

[972] ARIZA COLMENAREJO, M.: "Extensión subjetiva de los efectos de la cosa juzgada del laudo resolutorio de la impugnación de acuerdos sociales", en, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M y COHEN BENCHETRIT, A (directoras), *Derecho de sociedades: cuestiones sobre órganos sociales*, Tirant lo Blanch, 2019 (versión electrónica).

[973] Al respecto opina ARIZA COLMENAREJO, M.: "Extensión subjetiva de los efectos…", ob. cit. (versión electrónica) que: "Tanto la Ley de Arbitraje como la LEC deberían incluir referencias procesales que determinen los efectos que un proceso arbitral produce en el judicial, y también que permita aplicar normas de estricto carácter procesal al arbitraje, tales como la acumulación de procesos, intervención de terceros, y eficacia del laudo".

[974] Así lo dispone la Ley de Arbitraje: "Artículo 11 ter. Anulación por laudo de acuerdos societarios inscribibles. 1. El laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. El "Boletín Oficial del Registro Mercantil" publicará un extracto. 2. En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, el laudo determinará, además, la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella."

señala que “el laudo produce efectos de cosa juzgada”, con todo lo que ello implica.

En el Derecho colombiano al derogarse la prohibición de tramitar mediante arbitraje la impugnación de decisiones sociales, también se generaron debates en torno a la aplicación de la cláusula arbitral estatutaria pactada con anterioridad a la derogatoria del artículo 194 del C. de Co, así como la vinculación de esta respecto de los socios presentes o futuros que no han manifestado una voluntad de adherirse al pacto arbitral, y la posibilidad de reclamar en el trámite arbitral el reconocimiento de los presupuestos de ineficacia.

Respecto al primer asunto la jurisprudencia viene considerando que se puede impugnar ante un tribunal de arbitraje las decisiones sociales de aquellas sociedades que contengan un pacto arbitral en los estatutos, aunque el mismo se haya celebrado con anterioridad a la derogatoria del artículo 194 del C. de Co, que prohibía someter a dicho trámite la cuestión de la impugnación[975]. Lo anterior en razón a que se considera que el derogado artículo 194 C. de Co no era una norma de carácter sustancial incorporada al pacto arbitral en los términos del artículo 38 de la Ley 153 de 1887[976], sino que se trataba más bien de una norma de carácter procesal en la medida en que regulaba la forma en la que podía o no reclamarse en juicio la impugnación, por lo que resultaba aplicable, más bien, los mandatos del artículo 40 de dicha Ley 153 de 1887[977].

Fue así como se desterró de manera definitiva una incipiente teoría que propugnaba porque el pacto arbitral establecido en los estatutos antes de la

[975] Al respecto véase la SSSC 800-000056, de 25 de septiembre de 2019, así como los Autos 801-014370 de 2012 y 810-014061 de 2015.

[976] ARTÍCULO 38. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Exceptúense de esta disposición: 1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y 2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido.

[977] ARTÍCULO 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones. La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad".

derogatoria del artículo 194 del C. de Co, al regirse por las leyes vigentes en el momento en que el mismo se adoptó[978], no amparaba la impugnación arbitral, pues para el momento en que la misma se estableció estaba vedada la posibilidad de resolver este asunto mediante dicho trámite, razón por la cual, para poder impugnar una decisión social mediante trámite arbitral debía el ente societario, una vez derogada la norma prohibitiva, manifestar su voluntad de incluir en el pacto arbitral la impugnación de decisiones sociales[979].

En cuanto a la vinculación de los socios no participantes en la inclusión estatutaria del pacto arbitral, la doctrina jurisprudencial viene considerando que la aprobación de la decisión de incluir la cláusula arbitral debe darse por unanimidad, para que queden vinculados todos los accionistas, en la medida en que el pacto arbitral es un negocio jurídico autónomo y requiere de una manifestación individual de voluntad al respecto, por lo que la adopción por mayoría de la inclusión del pacto no vincula, como sí lo hacen los demás acuerdos sociales, a todos los accionistas[980].

Bajo el entendido de dicha posición jurisprudencial para que queden vinculados por el acuerdo que incluye en los estatutos el pacto arbitral para resolver la impugnación de decisiones sociales, aquellos socios que votaron en contra o los que no lo votaron, ya sea porque no participaron en la junta o porque no tenían dicha condición al momento de adoptarse este, deben manifestar su voluntad de adherirse al mismo, bien de manera expresa o bien de manera tácita acudiendo directamente al trámite arbitral para promover la impugnación.

---

[978] Véase la SCSJ del 7 de junio de 1994 en la que se señaló que el pacto arbitral "será siempre auscultado a la luz de la legislación que la vio nacer, en todos los aspectos".

[979] Al respectó señaló MARTÍNEZ NEIRA, N. ob. cit. pág. 408 que "los pactos suscritos con anterioridad a la vigencia del nuevo Estatuto Arbitral se regulan por las disposiciones vigentes que gobernaban el pacto arbitral al momento de su celebración, como lo preceptúa el artículo 38 de la Ley 153 de 1887. Lo anterior significa que en las cláusulas compromisorias anteriores al 2012 esta incorporado el artículo 194 del Código de Comercio (…) para acabar de consolidar el papel del arbitraje en materia societaria, es necesario que las empresas actualicen sus cláusulas compromisorias, para incorporar la nueva ley".

[980] Al respecto véase al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sentencia de 5 de diciembre de 2012, en la que se señaló: "el ordenamiento jurídico señaló una autonomía entre la cláusula compromisoria y el contrato, de tal suerte que aquélla es un pacto que puede estar contenido en un contrato o documento anexo a él, pero que como "convenio" que es, debe estar avalado por todas las personas que intervienen en él (…) la cláusula compromisoria es un negocio jurídico autónomo y privado, por ende, no puede predicarse que su reforma o extinción respecto del contrato social pueda surtirse por voluntad de una mayoría social, sino que, por el contrario, se requiere para tal propósito de la voluntad unánime de las partes que lo celebraron o adhirieron".

Desde nuestro punto de vista consideramos que dicha posición jurisprudencial, puede conllevar el desconocimiento de algunas normas sustantivas: en primer lugar al exigir unanimidad para incluir un pacto arbitral en los estatutos, pues no existe norma imperativa al respecto que así lo disponga; en segundo lugar al no aplicar el principio de Derecho societario que establece que los acuerdos sociales vinculan a todos los accionistas al momento de adoptarse la decisión, así hayan votado en contra de la misma o se hayan opuesto a su adopción y; en tercer lugar al no entender adherido al nuevo socio al pacto arbitral establecido anteriormente en los estatutos sociales, pues prácticamente puede rechazar una cláusula estatutaria, generando desigualdad entre socios al tener unos que demandar ante la justicia arbitral y otros ante los jueces ordinarios, generando además una gran inseguridad jurídica.

Finalmente y en cuanto a la última cuestión referente a la posibilidad de tramitar mediante arbitraje la solicitud del reconocimiento de los presupuestos de ineficacia de un acuerdo social, la SSC viene entendiendo que es posible que el mismo se decida por trámite arbitral, pues si bien, en Derecho colombiano al igual que en el español, solo procede el arbitraje respecto de asuntos de libre disposición, "las controversias originadas en el acaecimiento de las circunstancias que dan origen a la sanción de ineficacia son de libre disposición" [981], aunque no lo sea la ineficacia en sí misma considerada[982].

Conforme a lo expuesto, la posibilidad de tramitar mediante arbitraje la impugnación de acuerdos sociales resulta a lo sumo problemática por las particularidades del objeto en litigio y las especiales reglas tanto sustantivas como procesales que regulan esta materia tanto en Derecho español como

[981] Así se señala expresamente en la ya citada SSSC 800-000056, de 25 de septiembre de 2019, en la que se dijo: "Sobre la pretensión principal de la demanda, basta con mencionar que el artículo 1ro de la Ley 1563 de 2012 estableció que puede ser objeto de arbitraje cualquier "controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice". Así las cosas, para el Despacho es claro que las controversias originadas en el acaecimiento de las circunstancias que dan origen a la sanción de ineficacia son de libre disposición, razón por la que, de existir compromiso o cláusula compromisoria, pueden y deben ser de conocimiento de la jurisdicción arbitral. Sobre este aspecto, debe destacarse que, por asunto de libre discusión, nos referimos al acaecimiento de las circunstancias que dan origen a la ineficacia, mas no la ineficacia en si misma considerada. Lo anterior toda vez que, de conformidad con el artículo 897 del Código de Comercio, la ineficacia es una sanción que opera de pleno derecho".

[982] No está de acuerdo con este planteamiento MARTÍNEZ NEIRA, N. ob. cit. pág. 398, quien considera que "al no ser transigible la ineficacia, los socios y la misma sociedad no pueden alegar ante la superintendencia respectiva que esta es incompetente para dar trámite a la acción de reconocimiento de los presupuestos de ineficacia en los casos en que el contrato de sociedad prevé cláusula compromisoria para dirimir por la vía arbitral las controversias entre las partes."

colombiano, lo cual no obstante no nos lleva a sostener una posición en contra de la impugnación mediante arbitraje, pero sí a recomendar una armonización entre el trámite arbitral y las normas especiales que regulan la impugnación para no convertirlo en un trámite desigual según si del mismo conoce un juez o un árbitro. Por lo tanto, consideramos pertinente incluir dentro de la regulación del arbitraje que permite decidir por esta vía la impugnación aquellas reglas procedimentales especiales que facilitan la resolución de este litigio.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Los acuerdos sociales son el acto unilateral -no contrato, no negocio jurídico- de manifestación de la voluntad de la sociedad, la cual se configura por el principio de mayoría capitalista, en el seno de la junta general conformada por los accionistas, quienes intervienen con su voluntad individual en su formación a través del voto que expresan con relación a una propuesta concreta y dentro del ámbito de sus competencias, cumpliendo con el procedimiento legal y estatutariamente preestablecido para el efecto, y que obliga a todos los socios independientemente del sentido de su voto o de su participación en la adopción de la decisión.

SEGUNDA: La conformación de la voluntad societaria se lleva a cabo por la junta general de accionistas, que como órgano no permanente adopta los acuerdos sociales con relación a sus competencias exclusivas e indelegables, así como con relación a aquellas atribuidas facultativamente en virtud de la Ley y los estatutos. Para estos efectos debe reunirse, razón por la cual tanto el legislador español, como el colombiano han instituido un procedimiento complejo de citación y conformación del órgano, partiendo de la convocatoria, pasando por el quórum y finalizando con la adopción del acuerdo por la mayoría legal o estatutariamente establecida.

TERCERO: El proceso formalista previo requerido para la adopción del acuerdo atiende a la naturaleza jurídica del órgano que adopta la decisión, por lo tanto cada una de las normas de convocatoria, quórum y mayorías cumple con una finalidad específica, así: las reglas sobre convocatoria buscan que el accionista conozca el lugar, la hora y el objeto de la reunión, para que de manera informada ejerza los derechos de asistencia, deliberación y voto que le corresponden. A su turno, los mandatos sobre quórum y mayorías propenden, respectivamente, porque en las deliberaciones y en las votaciones que van a llevar a la formación de la voluntad societaria participe el mayor número posible de accionistas, pues ello permitirá una representación mayor del interés social al momento de adoptarse el acuerdo.

CUARTA: La impugnación de los acuerdos sociales es un derecho de los socios y una acción que se confiera a estos y a los que tengan interés legítimo, por lo menos en el régimen español, mediante cuyo ejercicio se busca verificar si las decisiones o acuerdos sociales adoptados por el ente societario se encuentran o no ajustadas a derecho, y tiene como objetivo primordial eliminar

de la vida jurídica aquellos acuerdos que resulten contrarios al orden público, a la ley o a los estatutos sociales, así como los adoptados de manera abusiva, amparando por esta vía el interés societario, el general y el individual de los socios en particular incluido en aquel.

QUINTA: El legislador español pretendió, aunque sin mayor éxito en razón a la forma como lo reguló, excluir de los motivos de impugnación de los acuerdos sociales los vicios formales en el procedimiento de adopción de la decisión. Contrario sensu, el legislador colombiano con el apoyo de la doctrina jurisprudencial, ha encasillado la impugnación de los acuerdos sociales en los vicios formales en el proceso de formación de la voluntad societaria, dejando como un elemento meramente residual de impugnación la violación de las normas (Ley y estatutos), que no regulen la convocatoria, el quórum y las mayorías.

SEXTA: En el régimen jurídico colombiano, aunque se establece que la acción de impugnación procede frente a los acuerdos que no se ajusten a las prescripciones legales o estatutarias, el hecho de que en la propia Ley se hayan establecido diversas sanciones, tales como la nulidad absoluta, la ineficacia y la inopobilidad, así como diversos procedimientos para declarar o reconocer la ocurrencia de aquellas, ha provocado que la doctrina jurisprudencial haya concluido que la acción de impugnación solo tiene como objeto la declaratoria de nulidad absoluta de la decisión, debiéndose tramitar la ineficacia y la inoponibilidad por otros cauces procesales. Sin embargo, dicha postura no ha implicado en la práctica que cuando se plantean mediante la acción de impugnación, la concurrencia de vicios sancionados con la ineficacia o la inoponibilidad, no se resuelva por estos cauces, más aun teniendo en cuenta que la ineficacia y la inoponibilidad se deben declarar de oficio.

SÉPTIMA: Tratándose de acuerdos sociales adoptados en la junta de socios de las sociedades anónimas colombiana, la mayoría de los vicios generan como sanción la ineficacia por expreso mandato legal, razón por la cual si bien estos pueden ser atacados por la vía de la impugnación, lo cierto es que, bajo los parámetros actuales de la legislación y jurisprudencia colombiana, el ataque de estas decisiones sociales debe llevarse a cabo mediante el procedimiento especial de los presupuestos de ineficacia, lo cual genera grandes e injustificadas desigualdades en cuanto a caducidad y legitimación respecto a la vía de revisión de la validez de las decisiones sociales. Con base en el estado actual de dicha regulación, se puede concluir que en la actualidad la violación de normas

imperativas respecto a la convocatoria, quórum y mayorías en las sociedades anónimas están sancionadas más severamente (con la ineficacia), que la violación de dichos mandatos en los otros tipos societarios, lo cual podría corregirse si se unificara el régimen de impugnación de los acuerdos sociales y se estableciera un único procedimiento para enjuiciarlos.

OCTAVA: El legislador español ha establecido un régimen jurídico autónomo e independiente para la impugnación de los acuerdos sociales, señalando concretamente lo que sí constituye motivos de impugnación, los acuerdos inimpugnables, llegando incluso a regular la posibilidad de subsanar los acuerdos sociales, así como los efectos en el procedimiento judicial de impugnación que dicha subsanación conlleva. Por el contrario, el régimen general de impugnación establecido en la legislación colombiana es un sistema que no se encuentra categorizado, que no señala más que dos causales específicas de impugnación y que se limita a diferenciar en sanciones los vicios de los que puede adolecer una decisión societaria.

NOVENA: Si bien resultó laudable el establecimiento por parte del legislador español de motivos de no impugnación, la indeterminación con la que se incluyeron los mismos en el texto normativo y el trámite incidental establecido para corregir dicha indeterminación, son insuficientes para alcanzar el objetivo perseguido consistente en evitar el abuso de la impugnación d los acuerdos, y han conllevado a que en la práctica en la actualidad se sigan promoviendo procedimientos judiciales de impugnación fundados en motivos de "no impugnación", que solo vienen a ser considerados como tales en la sentencia judicial, en un proceso que se ha adelantado sin tener en realidad acción judicial, por lo que puede concluirse que a la fecha los acuerdos adoptados con las infracciones establecidas en el artículo 204.3 LSC sí pueden ser objeto del proceso de impugnación.

DÉCIMA: Dista mucho el régimen de impugnación colombiano de la regulación actual española que ha sido modificada en el año 2014, precisamente para atender todas las dificultades que generaba un sistema legislativo como el actual colombiano, sin matices y sin atender las características propias de la impugnación de los acuerdos sociales, que son manifestaciones de voluntad con profundas particularidades que los hacen diferentes a los demás actos de voluntad y que por ende merecen un régimen especial de regulación con relación a su impugnación.

UNDÉCIMA: En cuanto a la impugnación por abuso de las mayorías, si bien consideramos que esta conducta constituye una práctica contraria a Derecho que debe ser causal de impugnación de la decisión, no resulta coherente que, en el régimen jurídico español, se incluya dentro del concepto de lesión al interés social, pues en realidad desborda el mismo, toda vez que esta causal tiende a amparar y proteger al socio minoritario y no propiamente al ente societario. Así las cosas, si bien esta causal de impugnación tiene unos antecedentes en la jurisprudencia que se basaba en la figura del abuso del derecho como punto de partida para anular los acuerdos adoptados con abuso de la mayoría, su consagración legal deja de lado este fundamento para pasar ahora a asentarse en el cumplimiento del deber de lealtad o fidelidad entre los socios que, a su turno deriva del principio de buena fe y que implica la prohibición de hacer prevalecer en los acuerdos sociales los intereses particulares de la mayoría en prejuicio de los de la minoría, sin justificación alguna en el interés social.

DUODÉCIMA: En el régimen español existe suficiente fundamento para consagrar de manera autónoma la impugnación de acuerdos adoptados con abuso de la mayoría, sin embargo, lo cierto es que el legislador español los ha incluido como una subespecie de acuerdos lesivos al interés social a pesar de no ser necesaria la lesión directa a dicho interés, lo que solo puede justificarse si se considera que en este caso se ha adoptado legalmente una tesis contractualista ampliada o evolutiva del concepto jurídico indeterminado de interés social, que incluye los interés de la minoría dentro del interés común de los socios y a su turno estos dentro del interés social.

DECIMOTERCERA: En el Derecho colombiano actualmente no existe una causal especifica que regule la impugnación de los acuerdos sociales adoptados con abuso de la mayoría, por lo que el operador judicial, al constatar la adopción, en no pocas ocasiones, de acuerdos abusivos, ha venido aplicando una regulación específica para las SAS, que permite atacar dichos acuerdos a través de una acción autónoma y paralela a la de la impugnación, mediante la cual se puede declarar la nulidad absoluta por objeto ilícito de las decisiones adoptadas con abuso del derecho al voto, incluyendo la posibilidad de incurrir en esta actuación no solo por parte de la mayoría, sino también por la minoría y en casos de paridad, en los eventos en los que exista una posibilidad de veto en la adopción del acuerdo por parte de aquellos.

DECIMOCUARTA: Para subsanar la deficiencia en la regulación y consagración de la impugnación de los acuerdos sociales abusivos en el régimen

colombiano, se viene tramitando un Proyecto de Ley, mediante el cual se pretende incluir la referida acción respecto a los acuerdos adoptados en los diversos tipos societarios y no solo en la SAS sin embargo en dicho Proyecto no se ha incluido una reforma al régimen actual de impugnación, similar al operado en el Derecho español que regule de forma más adecuada esta institución y elimine las notables desigualdades que existen para atacar los acuerdos sociales según el vicio que los afecta.

DECIMOQUINTA: Al no haber acompañado el legislador español la modificación al régimen de impugnación de los acuerdos sociales llevada a cabo en el año 2014, de una modificación o ampliación de las normas procesales que rigen la materia, no se alcanzó una de las finalidades perseguidas con la misma, cuál era la de no permitir la impugnación de los acuerdos sociales por vicios formales intrascendentes, toda vez que en la práctica se ha observado que los tribunales siguen permitiendo y resolviendo las impugnaciones planteadas en los eventos expresamente excluidos por el legislador en el artículo 204.3 LSC.

DECIMOSEXTA: Finalmente y en cuanto al procedimiento judicial de impugnación de los acuerdos sociales, el cual salvo ciertos matices es similar en ambos regímenes, pues ambos permiten la impugnación de los acuerdos en un plazo perentorio de caducidad, la solicitud y práctica de la medida cautelar de suspensión del acuerdo impugnado, así como la impugnación por vía de arbitraje, siendo esta última posibilidad, concretamente la actual doctrina jurisprudencial que la desarrolla en el régimen colombiano la que merece una crítica especial, así: a) exigir unanimidad de todos los accionistas para incluir un pacto arbitral en los estatutos, puede implicar, en cierta medida la suplantación al legislador que no ha previsto unanimidad para la adopción de este acuerdo; b) el hecho de considerarse no incluidos en el pacto arbitral a los socios que no votaron a favor del acuerdo que establecía la cláusula arbitral, conlleva la inaplicación del principio básico del Derecho societario que establece que los acuerdos sociales vinculan a todos los accionistas al momento de adoptarse la decisión, así hayan votado en contra de la misma o se hayan opuesto a su adopción; y c) considerar al nuevo socio no adherido al pacto arbitral establecido anteriormente en los estatutos sociales, implica el otorgamiento a estos de la facultad de rechazar una cláusula estatutaria, generando desigualdad entre socios al tener unos que demandar ante la justicia arbitral y otros ante los jueces ordinarios, generando además una gran inseguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ DÍAZ, M.: "Las sociedades mercantiles. Teoría general", en ALONSO LEDESMA, M. (director): *Derecho de sociedades,* Atelier Libros Jurídicos, 2015.

ALCALÁ DÍAZ, M.: "La delimitación de los supuestos de infracción de requisitos procedimentales en los que se excluye la impugnabilidad de los acuerdos sociales", en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L, QUIJANO GONZÁLEZ, J, ALONSO UREBA, A, VELASCO SAN PEDRO, L y ESTEBAN VELAZCO, G (directores), *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada*, Tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

ALFARO AGUILA-REAL, J y MASSAGUER FUENTES, J.: "Artículo 204. Acuerdos impugnables", en JUSTE MENCÍA, J (coordinador), *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas*, Thomson Reuters-Civitas, 2015.

ALFARO AGUILA-REAL, J.: "La junta, los acuerdos sociales, la prohibición de la unanimidad y el reconocimiento de derechos de veto a los socios", en JUSTE MENCÍA, J y ESPÍN GUTIÉRREZ, C (coordinadores): *Estudio sobre órganos de las sociedades de capital,* Vol. I, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: "La impugnación de acuerdos sociales", en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M y COHEN BENCHETRIT, A (directoras), *Derecho de sociedades: cuestiones sobre órganos sociales*, Tirant lo Blanch, 2019.

ALONSO LEDESMA C.: "Algunas consideraciones sobre el juego de la cláusula del interés social en la supresión o limitación del derecho de suscripción preferente", en Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P.: *Estudios sobre el proceso de impugnación de acuerdos sociales: adaptado a la Ley 31/2014, de 3 de*

diciembre, por la que se modifica la Ley de sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, Dykinson S.L., Madrid, 2015.

ARANA RUÍZ-CÁMARA, E.: "Competencia de la Junta", en BALLESTER AZPITARTE, L. (Coord.): *Tratado de sociedades de capita*l, Tomo I, Aranzadi, 2017.

ARANGUREN URRIZA, F.: "La constitución de las sociedades de capital", en BALLESTER AZPITARTE, L. (Coord.): *Tratado de Sociedades de Capital*, Tomo 1, Aranzadi, 2017.

ARIZA COLMENAREJO, M.: "El cauce procesal del incidente de previo pronunciamiento para determinar la no impugnabilidad del acuerdo", en, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M y COHEN BENCHETRIT, A (directoras), Derecho de sociedades: cuestiones sobre órganos sociales, Tirant lo Blanch, 2019 (versión electrónica).

ARIZA COLMENAREJO, M.: "Extensión subjetiva de los efectos de la cosa juzgada del laudo resolutorio de la impugnación de acuerdos sociales", en, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M y COHEN BENCHETRIT, A (Directoras), Derecho de sociedades: cuestiones sobre órganos sociales, Tirant lo Blanch, 2019.

ARMAS OMEDES, F, "Constitución de la junta y adopción de acuerdos", en BALLESTER AZPITARTE, L. (Coord.): Tratado de sociedades de capital, Tomo I, Aranzadi, 2017.

ARMAS OMEDES, F, "Quórum de constitución reforzada en casos especiales", en BALLESTER AZPITARTE, L. (Coord.): Tratado de sociedades de capital, Tomo I, Aranzadi, 2017.

BAENA BAENA, P.: "Legitimación activa para impugnar acuerdos sociales de los terceros que acrediten un interés legítimo y ejercicio abusivo del derecho por la sociedad al adoptar el acuerdo social. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2018", Revista de Derecho de Sociedades, número 53.

BELADIEZ ROJO, M.: "La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación", *Revista de administración pública*, número 133, 1994.

BONARDELL LENZANO, R.: “Modificación del régimen de subsanación de acuerdos sociales (arts. 2’4.2 y 207.2 LSC)” en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F, FERRANDO MIGUEL, I y TENA ARREGUI R (directores) *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales en las sociedades de capital*, Colegio Notarial de Madrid, 2015.

BOQUERA MATARREDONA, J. y LATORRE CHINER, N.: "Distribución y conflictos de competencias en la Sociedad Anónima no cotizada", en: EMBID IRUJO, J.M., (coord.) *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital*. Tirant lo Blanch, 2005.

BOQUERA MATARREDONA, J.: “Legitimación para impugnar acuerdos sociales”, en OLAVARRÍA IGLESIA, J y MARTÍ MIRAVALLS, J (Coords.), *Derecho Mercantil. Estudios in memoriam del profesor Manuel Broseta Pont*, Tirant lo Blanch, 2019.

BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil Vol. I*, Técnos, 2006.

BUSTILLO SAIZ, M.: *La subsanación de los acuerdos sociales por la junta general de la sociedad anónima,* Aranzadi, 1999.

CABALLOL I ANGELATS, L, “Acuerdos impugnables (impugnación de acuerdos sociales)”, en ARROYO MARTÍNEZ, I y EMBID IRUJO, J (directores), *Comentarios a la ley de sociedades anónimas (Tomo II),* Tecnos, 2001.

CABANAS TREJO, R, “Constitución de la junta y adopción de acuerdos”, en BALLESTER AZPITARTE, L. (Coord.): *Tratado de sociedades de capital, Tomo I,* Aranzadi, 2017.

CALAZA LÓPEZ, M, *El proceso de impugnación de acuerdos en las sociedades anónimas y cooperativas,* Editorial Universitaria Ramon Areces, 2003.

CAMPINS VARGAS, A y ALFARO AGUILA-REAL, J.: “Abuso de la mayoría en el reparto de dividendos y derecho de separación del socio en las

sociedades de capital", en GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *Liber amicorum Juan Luis Iglesias,* Civitas-Thomson Reuters, 2014.

CAICOYA CORES, J, "Constitución de la junta y adopción de acuerdos", en BALLESTER AZPITARTE, L. (Coord.): *Tratado de sociedades de capital, Tomo I,* Aranzadi, 2017.

CARRERA GIRAL, J., *La ley de sociedades anónimas y su interpretación por el Tribunal Supremo*, CYMYS, Barcelona, 1976.

CASTAÑER CODINA, J, "Acuerdos sociales contrarios al orden público" en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F, FERRANDO MIGUEL, I y TENA ARREGUI R (directores) *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales en las sociedades de capital*, Colegio Notarial de Madrid, 2015.

CASTELLANO RAMÍREZ, M, "artículo 203. Acta notarial", en BELTRÁN SÁNCHEZ, E (Directores), *Comentario de la ley de sociedades de capital,* Tomo I, Civitas Thomson Reuters, 2011.

COMISIÓN DE EXPERTOS EN MATERIA DE GOBIERNO CORPORATIVO, Estudio sobre propuesta de modificaciones normativas, del 14 de octubre de 2013, disponible en:

https://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/cegc_estmodif_20131014.pdf

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES, Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas de 2015 (revisado en 2020).

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, Acuerdo PSAA15-10392 del Consejo Superior de la Judicatura, de 1 de octubre de 2015.

CÓRDOBA ACOSTA, P.: *Derecho de sociedades y gobierno de las sociedades anónimas; el interés social, órganos, accionistas y administradores,* Universidad Externado de Colombia. 2014.

CUENCA-GARCÍA, Á y FERRANDO VILLALBA, M. "las competencias de los órganos sociales en la sociedad de responsabilidad limitada. Las competencias de gestión expresamente atribuidas por la LSRL a la junta de

socios. Art. 44, 2º LSRL", en EMBID IRUJO, J.M (Coord.) *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital*, Tirant Lo Blanch, 2005.

CURTO POLO, M.: *La protección del socio minoritario: especial referencia a la protección frente al atesoramiento abusivo de los beneficios sociales*, Tirant lo Blanch, 2019.

CHAVES RIVAS, A, "Representación voluntaria en la junta general de la sociedad anónima", en BALLESTER AZPITARTE, L. (Coord.): *Tratado de sociedades de capital, Tomo I*, Aranzadi, 2017.

DE BORJA VILLENA CORTÉS, F.: "Impugnación de acuerdos sociales y conflictos societarios", en ORTEGA BURGOS, E, GARCÍA-VILLARRUBIA, M, GARCÍA MARRERO, J y ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M (*Coords*), *Tratado de conflictos societarios*, Tirant lo Blanch, 2019.

DE EIZAGUIRRE BERMEJO, J.: "Artículo 260. Disolución de la sociedad anónima", en SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1993 (versión electrónica).

DÍAZ MARROQUÍN, F, "Cuestiones prácticas en torno a la celebración de las Juntas: representación voluntaria del socio en la Junta General de S.L., representación en Junta de las comunidades hereditarias, nombramiento de presidente de la Junta y adopción separada de acuerdos", en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M, COHEN BENCHETRIT, A, OLMEDO PERALTA, E, GALACHO ABOLAFIO, A (Coord.) *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*, (Versión electrónica).

DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: *Tutela de la minoría impugnación de acuerdos lesivos (art. 67 LSA)*, Universidad de Valladolid, 1957.

ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, A, *Impugnación de acuerdos sociales*, Bosch, 2007.

ESTEBAN VELASCO, G. "Artículo 162. Intervención de la junta en asuntos de gestión", en BELTRÁN SÁNCHEZ, E, (directores), *Comentario de la ley de sociedades de capital Tomo I.* 1a ed. Civitas-Thomson Reuters, 2011.

ESTEBAN VELASCO, G.: "Interés social, buen gobierno y responsabilidad social corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídico-societaria)", en ESTEBAN VELASCO, G, GONDRA, J, MONEVA ABADÍA, J y TIVERO TORRE, P: *Responsabilidad social corporativa: aspectos jurídico-económicos*. Castelló de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I, Servei de Comunicació i Publicacions, 2005.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *Derecho de sociedades, Vol. I,* Tirant Lo Blanch, 2010, (versión electrónica).

FERRANDO MIGUEL, I, "Derecho de sociedades. Impugnación de acuerdos sociales y prueba de resistencia", en GALLEGO SÁNCHEZ, E, ALONSO ESPINOSA, F, MASSAGUER FUENTES, J, PETIT LAVALL, M, CUÑAT EDO, V (Coordinadores), *Estudios de derecho mercantil. Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá,* Tirant Lo Blanch, 20013, (Versión electrónica).

FERRANDO MIGUEL, I, "La excepción de orden público a la caducidad de la acción de impugnación de acuerdo sociales, en PILOÑETA ALONSO, L y IRIBARREN BLANCO, M (coord..) *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz Planas,* Civitas, 2011.

FERRANDO VILLALBA, M, "Órganos (I). Consideraciones generales. La junta general. Arbitraje", en EMBID IRUJO, J.M (Dir.), *Introducción al derecho de sociedades de capital: estudio de la Ley de sociedades de capital y legislación complementaria,* Marcial Pons, 2013.

FLORES DOÑA, M, "La constitución de la junta general de accionistas", en JUSTE MENCÍA, J y ESPÍN GUTIÉRREZ, C (coordinadores), *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital Tomo I,* Aranzadi, 2017.

FRÍAS, I y DE CASTRO ARAGONÉS, J.: "Impugnación de acuerdos sociales por abuso de la mayoría", en ORTEGA BURGOS, E (Dir.), *Actualidad mercantil 2018,* Tirant lo Blanch, 2018.

GAITÁN VILLANEDA, N.: "La autocontratación en el derecho de sociedades colombiano: deber de lealtad, interés social y vínculo jurídico administrador-sociedad". *Revist@ E-Mercatoria,* vol. 12, n.° 2, julio-diciembre, 2013.

GALLEGO CÓRCOLES, A.: "La impugnación de acuerdos de la junta general por abuso de mayoría.", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 308, 2018, págs.179-230 (Versión electrónica).

GALLEGO CÓRCOLES, A.: "Impugnación de acuerdos sociales por abuso de mayoría e infracción de pactos parasociales omnilaterales tras la Ley 31/2014, de 3 de diciembre", en OLMEDO PERALTA, E, GALACHO ABOLAFIO, A, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M Y COHEN BENCHETRIT, A, *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*, Tirant Lo Blanch, 2018.

GARBERÍ LLOBREGAT, J, "Presupuestos procesales relativos a la actividad", en GARBERÍ LLOBREGAT, J, GONZÁLEZ NAVARRO, A y MELERO BOSCH, L, *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades de capital*, Bosch, 2015.

GALGANO, F.: *Derecho comercial. Sociedades, Tomo II*, Bogotá, Temis, 1999.

GARCÍA-CRUCES, J.: *Derecho de sociedades mercantiles, 2ª Edición*, Tirant Lo Blanch, 2019.

GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: "la impugnación de acuerdos sociales. Una visión práctica", en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F, FERRANDO MIGUEL, I, TENA ARREGUI R (directores), *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales en las sociedades de capital*, Colegio Notarial de Madrid, 2015.

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A, *Introducción al derecho penal (cuarta edición)*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.

GARCÍA-VILLARUBIA BERNABÉ, M.: "El derecho de información del socio como fundamento de la impugnación de los acuerdos sociales. Cuestiones sustantivas y procesales", *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 29, 2015 (versión electrónica).

GARRIGUES. J, URIA. R.: *Comentario a la ley de sociedades anónimas*, Instituto de Estudios Políticos, 1952.

GARRIGUES, J.: "La protección de las minorías en el Derecho español", *Revista de derecho mercantil*, número 72, 1959.

GARNACHO CABANILLAS, L.: "Deber de lealtad del socio en una sociedad de capital", *Revista de Derecho de Sociedades,* num.52, 2018.

GERMÁN, D, *Impugnación y nulidad de resoluciones de asambleas por contrarias a la ley y al orden público,* Fundación de cultura Universitaria, 2010.

GIL ECHEVERRY, J, *Derecho Societario Contemporáneo,* 2ed, Legis, 2012.

GIL ECHEVERRY, J.: *Impugnación de decisiones societarias,* Legis, 2013.

GINÉS CASTELLET, N.: "Impugnación de acuerdos sociales y abuso de derecho: algunas reflexiones para el ordenamiento jurídico español a la luz de la experiencia francesa", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 40.

GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades, Vol. I,* s.n, 1976.

GOMÁ LANZÓN, I., "Algunos problemas de la impugnación de acuerdos sociales por vía arbitral", en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F (Dir.), *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Colegio Notarial de Madrid, 2015.

GÓMEZ ORBENAJE, E, "Las acciones de impugnación en la Ley de Sociedades Anónimas" *Revista de Derecho Procesal,* 1951, número 4.

GONZAÍNI, O.: "Las teorías de la acción", en CACHÓN CAENAS, M y FRANCO ARÍAS, J (Coords), *Derecho y proceso. Liber amicorum del profesor Francisco Ramos Méndez*, Atelier Libros Jurídicos.

GONZÁLEZ MOZAS, N.: "La cuestión incidental de previo pronunciamiento en los procedimientos de impugnación de acuerdos sociales (art. 204.3 LSC)", en *Revista de Derecho de Sociedades*, num.48/2017, Editorial Aranzadi.

GONZÁLEZ PAJUELO, M.: "Impugnación de acuerdos sociales", en JORDÁ GARCÍA, R y NAVARRO MATAMOROS, L (directores), *Mejora del Gobierno Corporativo de sociedades no cotizadas. A propósito de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre*, Dykinson, 2015.

HERNANDO CEBRÍA, L.: "Del socio de control al socio tirano y al abuso de la mayoría en las sociedades de capital", Revista de Derecho de Sociedades, núm. 37, 2011.

HERNANDO MENDÍVIL, J.: "Sociedades: impugnación de acuerdos sociales", en LLAMAS POMBO. E, *Acciones Civiles,* Segunda Edición, Tomo III *Derecho de contratos,* 2013.

IRIBARREN BLANCO, M, "La impugnación de los acuerdos negativos de la junta general", *Revista de derecho mercantil,* N.º 304, 2017.

JIMÉNEZ DE PARGA, R., "La impugnación de acuerdos sociales en la ley reguladora de la sociedad anónima", en CÁMARA ÁLVAREZ, M. y URÍA, R., *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónim*a, Madrid, 1995.

JUAN SÁNCHEZ, R y ORTELLS RAMOS, M.: "La legitimación", en ORTELLS RAMOS, M (Coord.), *Derecho procesal civil,* Aranzadi Thomson Reuters, edición 15ª, 2016.

JUECES Y SECRETARIOS JUDICIALES DE BARCELONA, Acuerdo alcanzado por los jueces y secretarios judiciales de Barcelona sobre aspectos procesales introducidos por la ley 31/2014 en materia de impugnación de acuerdos sociales, adoptado en Barcelona, el 17 de marzo de 2015.

JURADO JURADO, J y MADRID ALONSO, J: "Deber de convocar", en BALLESTER AZPITARTE, L. (Coord.): *Tratado de sociedades de capital, Tomo I,* Aranzadi, 2017.

JUSTE MENCÍA, J C*omentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (ley 31/2014), sociedades no cotizadas,* Primera Edición, Aranzadi, 2015 (versión electrónica).

LATORRE CHINER, N, "La impugnación de acuerdos por infracción de requisitos procedimentales [art. 204.3.a) LSC]", en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F, FERRANDO MIGUEL, I, TENA ARREGUI R (directores) *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales en las sociedades de capital,* Colegio Notarial de Madrid, 2015.

MAGISTRADOS ESPECIALISTAS MERCANTIL PAMPLONA, Conclusiones jornadas Magistrados especialistas mercantil Pamplona 4,5 y 6 de noviembre de 2015.

MARÍN DE LA BÁRCENA, F, "La impugnación de acuerdos negativos (art. 204.1) LSC", en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F, FERRANDO MIGUEL, I, TENA ARREGUI R (Directores) *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales en las sociedades de capital*, Colegio Notarial de Madrid, 2015.

MARTÍNEZ ARESO, A.: "El control judicial de los acuerdos sociales", en GARCÍA CRUCES, J (Dir.)., *La gobernanza de las sociedades no cotizadas*, Tirant lo Blanch, 2020.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M, "Nuevas causas de impugnabilidad: defectos informativos (arts. 197.5 y 204.3.b LSC), en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F, FERRANDO MIGUEL, I, TENA ARREGUI R (Directores) *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales en las sociedades de capital*, Colegio Notarial de Madrid, 2015.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: "Los supuestos de exoneración del deber de información a los accionistas por los administradores (Art. 197.3 LSC).", Revista de Derecho de Sociedades num.45, 2015.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M "El cribado del carácter esencial o determínate de los motivos de impugnación de los acuerdos sociales, en los supuestos de improcedencia de la acción" en JUSTE MENCÍA, J y ESPÍN GUTIÉRREZ, C (coordinadores), *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital*, Volumen I, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: "Los acuerdos adoptados con abuso de mayoría en perjuicio de los socios minoritarios: caracterización y casuística.", *Revista de Derecho Mercantil*, num.310, 2018.

MARTÍNEZ NEIRA, N.: *Cátedra de Derecho Contractual Societario*, segunda edición, Legis, 2014.

MARTÍNEZ ROSADO, J "Sociedades de capital (I): Constitución" en ALONSO LEDESMA, C (Dir.), *Derecho de sociedades*, Atelier libros jurídicos 2015.

MASSAGUER FUENTES, J.: "La propagación de la ineficacia de los acuerdos de la junta general de las sociedades de capital.", *Revista de Derecho Mercantil*, N.º 319, 2021 (Versión electrónica).

MEGÍAS LÓPEZ, J.: "Opresión y obstruccionismo en las sociedades de capital cerradas: abuso de mayoría y de minoría", *Real Centro Universitario Escorial-María Cristina Anuario jurídico y económico escurialense*, núm.47, 2014.

MELERO BOSCH, L, "Los acuerdos impugnables", en GARBERÍ LLOBREGAT, J, GONZÁLEZ NAVARRO, A y MELERO BOSCH, L, *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades de capital*, Bosch, 2015.

MELERO BOSCH, L, "El objeto procesal", en GARBERÍ LLOBREGAT, J, GONZÁLEZ NAVARRO, A y MELERO BOSCH, L, *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades de capital*, Bosch, 2015.

MELERO BOSCH, L., "La improcedencia de la impugnación de determinados acuerdos sociales (los apartados 2 y 3 del artículo 204 LSC): Tratamiento procesal", en GARBERÍ LLOBREGAT, J, GONZÁLEZ NAVARRO, A y MELERO BOSCH, L, *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades de capital*, Bosch, 2015.

MELERO BOSCH, L, "El carácter esencial del motivo de impugnación de los acuerdos sociales", en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M y COHEN BENCHETRIR A, *DERECHO DE SOCIEDADES, Revisando el derecho de sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, 2018.

MIÑANO YEPES, J.: "Un estudio jurisprudencial del proceso de impugnación de acuerdos sociales desde la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo", en, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M y COHEN BENCHETRIT, A (directoras), *Derecho de sociedades: cuestiones sobre órganos sociales*, Tirant lo Blanch, 2019.

MONTES SALAZAR, C, SÁNCHEZ MAYORGA, X y MORA ROA, G.: "La responsabilidad del revisor fiscal ante las exigencias éticas y morales de la sociedad", *Revista Libre Empresa* vol. 16, No. 2, julio - diciembre de 2019.

MORALEJO MENÉNDEZ, I, "artículo 181. Autorizaciones para asistir en BELTRÁN SÁNCHEZ, E (Director), *Comentario de la ley de sociedades de capital*, Tomo I, Civitas Thomson Reuters, 2011.

MORGESTEIN SÁNCHEZ, W.: "El Concepto de Interés Social y su Impacto en el Derecho de Sociedades Colombiano", *REVIST@ e – Mercatoria*, Volumen 10, Número 2 (julio – diciembre 2011).

MORGESTEIN SÁNCHEZ, W.: "Sobre la teoría del abuso del derecho y en especial del abuso de las mayorías en el derecho societario colombiano", *Revista opinión jurídica Universidad de Medellín*, Vol. 16, N° 31, 2017.

MUÑOZ PAREDES, M, "Los acuerdos impugnables en el nuevo régimen de impugnación de acuerdos sociales (art. 204.1 LSC)", en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F, FERRANDO MIGUEL, I, TENA ARREGUI R (directores) *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales en las sociedades de capital*, Colegio Notarial de Madrid, 2015.

NAVARRO MORALES, A.: "La imposición de manera abusiva por la mayoría como causa de impugnación de los acuerdos sociales (Artículo 204.1. II. de la LSC).", en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M y COHEN BENCHETRIT, A (Dirs.), *Derecho de sociedades: los derechos del socio*, Tirant lo Blanch, 2020.

NARVÁEZ GARCÍA, J.I.: *Teoría general de las sociedades*, Legis, 2008.

NIETO DELGADO, C, "Acuerdos de junta general con singular relevancia en la generación de conflictos societarios: aprobación de cuentas, aumento y reducción de capital", en GARCÍA MARRERO, J, ENCISO ALONSO-MUÑUMER, GARCÍA-VILLARRUBIA, M, ORTEGA BURGOS, E, *Tratado de conflictos societarios* Tirant Lo Blanch, 2019, (versión electrónica).

NISSEN, R.: *Curso de derecho societario*, Buenos Aires, Villela Editores, 1998.

NUMA MARÍN, M.: "Reflexiones sobre las cláusulas no escritas en el Código de Comercio", en *Revista E Mercatoria, Volumen 2*, número 2, 2003.

LEAL PÉREZ, H, *Derecho de sociedades comerciales, 7ª Edición*, Leyer, 2007.

ORELLANA CANO, M.A., "Test de resistencia, test de relevancia, medidas cautelares e incidente de previo pronunciamiento", en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M, COHEN BENCHETRIT, A (*Directoras*), Derecho de

Sociedades. Revisando el Derecho de Sociedades de Capital, Tirant lo Blanch, 2018.

PARRA LUCAN, M.: "Conceptos jurídicos", en PARRA LUCAN, M y LALANA DEL CASTILLO, C, *Eficacia e ineficacia del contrato,* Dykinson, 2010.

PEÑA NOSSA, L.: *De las sociedades comerciales*, 6ª ed., Temis, 2011.

PERALES VISCASILLAS, M.: *La separación de socios y partícipes,* Tirant lo Blanch, 2000.

PIQUERAS CASADO, L.: "La impugnación de acuerdos sociales", *Anales de Derecho,* Murcia, Tomo 37, número 1, 2019.

PRESENCIA CRESPO, F, *La impugnación de acuerdos sociales y del consejo de administración. Actuación en nombre de otro*. Consejo General del Poder Judicial. Generalitat Valenciana. 2006.

PULGAR EZQUERRA, J.: "Impugnación de acuerdos sociales: en particular abusos de mayoría", en, RONCERO SÁNCHEZ, A (coord.)., *Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad cotizada. Estudio de las modificaciones de la Ley de Sociedades de Capital introducidas por las Leyes 31/2014, de 3 de diciembre, 5/2015, de 27 de abril, 9/2015, de 25 de mayo, 15/2015, de 2 de julio y 22/2015, de 20 de julio , así como de las Recomendaciones del Código de Buen Gobierno de febrero de 2015.* vol. I, Navarra, 2016.

PULGAR EZQUERRA, J., "Impugnación de acuerdos sociales abusivos y reestructuración societaria", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 44, 2015.

QUIJANO GONZÁLEZ, J, "La reforma del régimen de la impugnación de los acuerdos sociales: aproximación a las principales novedades", en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F, FERRANDO MIGUEL, I, TENA ARREGUI R (Directores) *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales en las sociedades de capital,* Colegio Notarial de Madrid, 2015.

QUIJANO GONZÁLEZ, J., "La reforma del régimen de la impugnación de los acuerdos sociales: aproximación a las principales novedades", en MORILLAS JARILLO, M., PERALES VISCASILLAS, M., y PORFIRIO

CARPIO, L., (dirs.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., (versión 23.5 en línea), disponible en: https://dle.rae.es

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: "LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES. Cap. II. Acuerdos nulos y anulables", en GIMENO-BAYÓN COBOS, R y GARRIDO ESPA, L (Directores), *Órganos de las sociedades de capital. Tomo I. Junta general e impugnación de acuerdos, los administradores y su responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

RODRÍGUEZ GREZ, P.: *El abuso del derecho y el abuso circunstancial.* Editorial jurídica de Chile, 1999.

ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A, "La impugnación de acuerdos. Artículo 204", en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A y BELTRÁN SÁNCHEZ, E (Coord.), E, *Comentarios de la ley de sociedades de capital, Vol. I, Civitas*, 2011.

ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A, "Artículo 205", en ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A y BELTRÁN SÁNCHEZ, E (Coord.), E, *Comentarios de la ley de sociedades de capital, Vol. I, Civitas*, 2011.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M, "Nulidad de los acuerdos sociales, orden público y principios configuradores de la sociedad anónima: (STS de 30 de mayo de 2007)" en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F (Dir.), *Derecho de sociedades I: Comentarios a la jurisprudencia*, Aranzadi Thomson Reuters, 2010.

SÁNCHEZ CALERO, F.: *La Junta General en las sociedades de capital*, Cizur Menor Thomson-Civitas, 2006.

SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. *Instituciones de Derecho Mercantil Tomo I*, Thomson-Aranzadi, 2006.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: "La implicación del socio que votó a favor en el proceso de impugnación del acuerdo.", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, numero149/2018, Editorial Aranzadi, (versión electrónica).

SÁNCHEZ LINDE. M, *El principio de mayoría en la adopción de acuerdos de la junta general de la sociedad* anónima, Tomson Rueters, 2009.

SÁNCHEZ PACHÓN, L, *las causas de nulidad de las sociedades de capital,* Aranzadi Thomson Reuters, 2007.

SÁNCHEZ RUIZ, M.: *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital*, Aranzadi, 2000.

SANÍN BERNAL, I.: "La impugnación de decisiones sociales. La acción de impugnación", *Revista de Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,* N.º 82, 1988.

SARMIENTO PAVAS, D.: "La revisoría fiscal: ¿control de fiscalización o auditoría?. ¿o las dos?." *Revista Apuntes Contables*, número 5, 2003.

SENENT MARTÍNEZ, S.: "La junta general. Capítulo I. Naturaleza jurídica y competencias", en GIMENO-BAYÓN COBOS, R / GARRIDO ESPA, L (directores), *Órganos de las sociedades de capital, Tomo I.*, Tirant lo Blanch, 2008.

SANJUAN MUÑOZ, E, "La impugnación de acuerdos" en BALLESTER AZPITARTE, L. (Coord.): *Tratado de sociedades de capital, Tomo I.* Aranzadi, 2017.

URÍA GONZÁLEZ, R, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., MUÑOZ PLANAS, J.M. "La Junta general de Accionistas (Artículos 93 a 122 de la Ley de Sociedades Anónimas)", en URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M (directores), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles (Tomo V),* Civitas, 1992.

VALPUESTA GASTAMINZA, E.: *Comentarios a la ley de sociedades de capital: estudio legal y jurisprudencial*, Bosch, 2013.

VÁSQUEZ DEL MERCADO. O.: *Asambleas y fusiones de sociedades mercantiles,* Porrua, 1992.

VÁZQUEZ LÉPINETTE T.: *La protección de las minorías societarias frente a la opresión*, Thomson Civitas, 2007.

VEGA CLEMENTE, V y HERRERO JIMÉNEZ, M "la vulneración del derecho de información del socio como causa de impugnación de los acuerdos sociales. El derecho de información del accionista y sus límites" en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M y COHEN BENCHETRIR A, *DERECHO DE*

SOCIEDADES, Revisando el derecho de sociedades de capital, Tirant lo Blanch, 2018.

VELÁSQUEZ RESTREPO, C.: "Impugnación de actos de sociedades civiles y comerciales y sus aspectos probatorios", *Revista de Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,* N.º 69, 1985.

VELÁSQUEZ RESTREPO, C.: *Orden societario,* 3ª ed., Señal editora, 2010.

VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil, 21ª Edición,* Tirant Lo Blanch, 2008. (Versión electrónica).

VILLAFAÑEZ PÉREZ, I., "El deber de lealtad y sus concreciones en la legislación cooperativa", *Revista de Estudios Cooperativos,* N.º 120, 2016.

VILLANUEVA GARCIA-POMADERA, B.: "La tutela colectiva de los derechos de los titulares de clases de acciones en la sociedad anónima", en BALLESTER AZPITARTE, L. (Coord.): *Tratado de sociedades de capital, Tomo I,* Aranzadi, 2017.

VILLENA CORTÉS, F, "Impugnación de acuerdos sociales y conflictos societarios", en GARCÍA MARRERO, J, ORTEGA BURGOS, E, GARCÍA-VILLARRUBIA, M, ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M (Coordinadores), *Tratado de conflictos societarios*, Tiran lo Blanch, 2019, (versión electrónica).

VIVEZ RUÍZ, F, "Impugnación de acuerdos sociales. Defectos procedimentales relevantes: delimitación y legitimación para impugnar", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil num.147,* 2017.

LEGISLACIÓN

Legislación española:

- Constitución española, «BOE» núm. 311, de 29/12/1978.
- Ley Orgánica del Poder Judicial, «BOE» núm. 311, de 29/12/1978.
- Código Civil, «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889.
- Código de Comercio, «Gaceta de Madrid» núm. 289, de 16/10/1885.
- Código Penal, «BOE» núm. 281, de 24/11/1995.
- Ley de Enjuiciamiento Civil, «BOE» núm. 7, de 08/01/2000.
- Ley de Sociedades de Capital, «BOE» núm. 161, de 03/07/2010.
- Ley Concursal, «BOE» núm. 127, de 07/05/2020.
- Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, «BOE» núm. 80, de 03/04/1985.
- Reglamento del Registro Mercantil, «BOE» núm. 184, de 31/07/1996.
- Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, «BOE» núm. 293, de 4 de diciembre de 2014.

Legislación colombiana:

- Constitución Política, Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991
- Código de Comercio, Decreto 410 de 1971, (marzo 27), Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971
- Código Civil, Ley 84 de 1873, (mayo 26), Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873
- Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, (julio 12), Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012
- Ley 222 de 1995, (diciembre 20), Diario Oficial No. 42.156, de 20 de diciembre de 1995
- Ley 1258 de 2008, 2008, (diciembre 5), Diario Oficial No. 47.194 de 5 de diciembre de 2008

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS.

En España:

Tribunal Constitucional:

- STC 81/1992 de 28 de mayo

Tribunal Supremo (Sala Civil):

- STS 3446/1956, de 15 de noviembre
- STS 3021/1962 de 23 de junio
- STS 5825/1966, de 17 de diciembre
- STS 1871/1967, de 17 de abril
- STS 272/1968 de 11 de mayo
- STS 31 de diciembre de 1977
- STS 5152/1984 de 31 octubre
- STS del 28 de julio de 1986
- STS 242/1987, de 20 de abril
- STS 7293/1987, de 17 de octubre
- STS 2584/1989, de 17 de marzo
- STS 10785/1990, de 29 de octubre
- STS 97/1992, de 10 de febrero
- STS 1523/1992, del 25 de febrero
- SSTS 18045/1993 de 27 de diciembre
- STS 2124/1994, de 29 de marzo.
- STS 642/1995, de 27 de junio.
- STS 1031/1995, de 24 de febrero.
- STS 338/1995, de 9 de abril
- STS 2772/1995, de 17 de mayo
- STS18 de marzo de 1996
- STS 355/98 de 18 de abril
- SSTS 825/1998, de 18 de septiembre,
- STS, 357/1999 de 30 de abril
- STS 892/1999, de 23 de octubre y
- STS 9619/1999, de 29 de diciembre, y
- STS 1706/2000 de 4 de marzo,

- STS 1897/2000 del 9 de marzo
- STS 4056/2000, de18 de mayo
- STS 898/2000, de 9 de octubre
- STS 837/2000, de 16 de septiembre
- STS 7539/2000, de19 de octubre
- STS 7991/2000, de 3 de noviembre
- STS 8253/2000, de 14 de noviembre
- STS de 16 de diciembre de 2000
- STS18 de enero de 2001
- STS 737/2001 de 13 de julio de 2001
- STS 709/2002 de 5 de febrero
- STS 171/2001, de 21 de febrero
- STS 1280/2002 de 25 de febrero
- STS 1487/2002, de 4 de marzo
- STS 654/2002 de 17 de abril
- STS 4489/2002 de 18 de junio
- STS 9792/2002, de 3 de octubre
- STS1086/2002, de 18 de noviembre
- STS 29 de febrero de 2003
- STS 2301/2003, de 3 de abril
- STS 6994/2003, de10 de noviembre
- STS 263/2004, de 23 de enero
- STS 165/2004, de 5 de marzo
- STS 1474/2004, de 17 de marzo
- STS 2894/2005, de 9 de mayo
- STS 418/2005, 26 de mayo
- STS 6246/2005, de 18 de octubre
- STS 7524/2005, de 28 de noviembre
- STSS 95/2006, de 13 de febrero
- STS 29 de junio de 2006
- STS 796/2006 de 14 de julio
- STS 5485/2006, de 26 de septiembre
- STS 665/2007, de 9 de febrero
- STS 2374/2007, de 23 de abril
- STS 545/2007, de 17 de mayo
- STS 4265/2007 de 30 de mayo
- STS 5385/2007, de 5 de julio
- STS 5814/2007, de 19 de julio
- STS 1229/2007, de 29 de noviembre

- STS 5815/2008, de 28 de octubre
- STS 964/2008, de 29 de octubre
- STS 1136/2008 de10 de diciembre
- STS 131/2009 de 5 de marzo
- STS 898/2009, de 5 de marzo de 2009
- STS 128/2009 6 de marzo
- STS 138/2009 de 6 de marzo
- STS 172/2010 de 4 de marzo
- STS 2690/2010, de 19 de abril
- STS 482/2010, de 23 de julio
- STS 5776/2010, de 6 de octubre
- STS 784/2010 de 9 diciembre y
- STS 708/2011 de 10 de enero
- STS 770/2011, de 10 de noviembre
- STS 873/2011, de 7 de diciembre
- STS 1813/2011m del 28 de marzo
- STS 422/2011, de 7 de junio
- STS 846/2011, de 21 noviembre
- STS 991/2011, de 17 de enero de 2012
- STS 1686/2012 del 17 de enero
- STS. 991/2012, de 17 de enero
- STS 4399/2012, de 24 de abril
- STS 377/2012, de 13 junio
- STS 376/2012, de 18 de junio
- STS 391/2012 de 25 de junio
- STS 434/2012 de 9 de julio
- STS 567/2012, de 26 de septiembre
- STS 6729/2012, de 23 de octubre
- STS 436/2013, de 3 de julio
- STS 531/2013 de 19 de septiembre
- STS 136/2014 15 de enero
- STS 159/2014, de 3 de abril
- STS 608/2014 de 12 de noviembre
- STS 193/2015, de 4 de febrero
- STS 284/2015 de 12 de mayo
- STS 2735/2015, de 2 de junio
- STS 659/2016 del 25 de febrero
- STS 1665/2016, de 19 de abril
- STS 2444/2016, de 5 de mayo

- STS 58/2017, de 30 de enero
- STS 19 de julio de 2017
- STS 410/2018, de 14 de febrero de 2018
- STS 418/2018, de 15 de febrero
- STS 889/2021, del 21 de diciembre
- STS 919/2021, de 23 de diciembre

- ATS 3563/2014, de 23 de abril

Audiencias Provinciales:

- SAP Álava, de 3 de julio de 1992
- SAP Tarragona 2491/1997, de 10 de julio
- SAP Barcelona 2946/1997, de 22 de diciembre
- SAP Granada 222665/2000, de 15 de mayo
- SAP Asturias 1260/2003, de 31 de marzo
- SAP Barcelona 436/2004, de 18 de febrero
- SAP Álava 60481/2005, de 7 de diciembre del 2004
- SAP Madrid 259066/2006, de 15 de junio
- SAP Barcelona 176479/2006, 29 de junio
- SAP Madrid, 48/2006 de27 de febrero.
- SAP Zaragoza 15 de diciembre de 2006
- SAP Madrid de 17 de diciembre de 2007
- SAP Madrid de 27 de marzo de 2009
- SAP Asturias 20 de julio de 2009
- SAP Madrid 24 de octubre de 2009
- SAP de Madrid de fecha 11 de diciembre de 2009
- SAP Castellón de 25 de noviembre de 2009
- la SAP Castellón 2 de marzo de 2010
- SAP Madrid 26 de marzo 2010
- SAP Sevilla, de 6 de abril de 2010
- SAP Toledo, de13 de septiembre de 2010
- SAP Madrid, de 19 de noviembre de 2010
- SAP Las Palmas 31 de marzo de 2011
- SAP Islas Baleares 212/2011, de 17 junio
- SAP Madrid, de 8 de julio de 2011
- SAP Murcia, de 26 de abril de 2012
- SAP Barcelona, de 5 de diciembre de 2012
- SAP de Madrid, de 1 de marzo de 2013

- SAP Madrid, de 5 de abril de 2013
- SAP de Guadalajara, de 4 de junio de 2013
- SAP Pontevedra, de 26 de junio de 2013
- SAP Córdoba, de 175/2013 de 25 octubre
- SAP Madrid, de 26 de mayo de 2014
- SAP Murcia, 1438/2021, de 24 de junio
- SAP Sevilla, de 12 de septiembre de 2014
- SAP Las Palmas, de 27 de octubre de 2014
- SAP de Gerona 81513/2015, de 20 de enero
- SAP Navarra 175/2015, de 18 mayo
- SAP Madrid 298/2015, de 26 octubre
- SAP Santa Cruz de Tenerife, de 1 de diciembre de 2015
- SAP Pontevedra 79/2016, de 19 febrero
- SAP de Valencia de 16 de marzo de 2016
- SAP Valencia 821/2016, de 20 julio
- SAP Castellón 117/2017, de 31 marzo
- SAP Asturias 199/2017, de 14 de julio
- SAP Madrid 65/2018 de 26 enero
- SAP Madrid 9 de marzo de 2018
- SAP Madrid 290/2018, de18 mayo
- SAP Vizcaya 384/2019, de 5 marzo
- SAP Barcelona 1413/2019, de 17 julio de 2019
- SAP Barcelona 1817/2019 de 14 octubre
- SAP Jaén 531/2020, de 10 de junio
- SAP Barcelona 2687/2020, de 11 de diciembre
- SAP Tarragona 43/2021, de 20 de enero
- SAP Palmas de Gran Canaria 726/2021, de 29 de septiembre
- SAP Madrid 479/2021, de 3 de diciembre
- SAP Coruña 474/2021, del 15 de diciembre
- SAP Madrid 512/2021, de 17 de diciembre
- SAP Vizcaya 1986/2021 del 23 de diciembre
- SAP Madrid 145/2022, de 7 de marzo
- SAP Barcelona 969/2022, de 8 de junio
- SAP Barcelona 1034/2022, de 15 de junio

- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, número 114/2005, de 20 de mayo

- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, 2260/2011, de 21 de octubre
- Auto de la Audiencia Provincial de Valencia 16/2021, de 26 de enero
- Auto de la Audiencia Provincial de Burgos 366/2021, de 14 de junio

Juzgados de lo Mercantil:

- Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Zaragoza, Sentencia núm. 239/2012 de 21 noviembre
- Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid, Sentencia núm. 15/2014 de 17 febrero
- Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Madrid, Sentencia núm. 130/2015 de 29 septiembre
- Juzgado de lo Mercantil de Valencia, Sentencia núm. 7262/2022, de 6 de junio

- Auto del Juzgado de lo Mercantil número 2, de Madrid del 10 de febrero de 2005
- Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona, de 1 de abril de 2016

Resoluciones de la Dirección General de Registros y el Notariado:

- RDGRN del 8 de febrero de 1975
- RDGRN del 12 de mayo de 1978
- RDGRN del 31 de octubre de 1989
- RDGRN del 26 de febrero de 1991
- RDGRN del 15 de abril de 1991
- RDGRN del 1 de marzo de 1993
- RDGRN del 13 de enero de 1994
- RDGRN del 1 de diciembre de 1994
- RDGRN del 8 de mayo de 1998
- RDGRN del 4 de junio de 1998
- RDGRN del 12 de mayo de 1999
- RDGRN del 28 de abril de 2000
- RDGRN del 24 de junio de 2000
- RDGRN del 10 de abril de 2001

- RDGRN del 6 de junio de 2002
- RDGRN del 11 de octubre de 2005
- RDGRN de 15 de noviembre de 2005
- RDGRN del 30 de octubre de 2009
- RDGRN del 7 de abril de 2011
- RDGRN del 10 de mayo de 2011
- RDGRN del 27 de octubre de 2012
- RDGRN de 24 de abril de 2013
- RDGRN del 22 de julio de 2013
- RDGRN del 5 de junio de 2014
- RDGRN del 28 julio del 2014
- RDGRN del 4 de febrero de 2015
- RDGRN del 14 de septiembre de 2015
- RDGRN del 22 de mayo del 2017

- Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, de 14 de junio de 1999

En Colombia:

Corte Constitucional

- Sentencia de Tutela T-475/1992, de 29 de julio
- Sentencia de Constitucionalidad C-865/2004, de 7 de septiembre
- Sentencias de Constitucionalidad C-707/2005, de 6 de julio
- Sentencias de Constitucionalidad C-378/2008, de 23 de abril
- Sentencias de Constitucionalidad C-788/2009 de 3 de noviembre
- Sentencias de Constitucionalidad C-317/2012, de 24 de octubre
- Sentencia de Constitucionalidad C-258/2013, de 7 de mayo
- Sentencia de Constitucionalidad C-345/2017, de 24 de mayo
- Sentencia unificadora SU 631/2017, de 12 de octubre
- Sentencia de Constitucionalidad C-127/2020, de 22 de abril

- Auto 142/2014, de 20 de mayo

Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil)

- SCSJ 419917, del 30 de octubre de 1935
- SCSJ de 22 de abril de 1992

- SCSJ de 30 de noviembre de 1994
- SCSJ 4937, de 2 de agosto de 1999
- SCSJ 5025, de 14 de febrero de 2000
- SCSJ 5372, del 9 de agosto de 2000
- SCSJ 5519, de 18 de agosto de 2000
- SCSJ 6499, de 1 de abril de 2003
- SCSJ 7140, de 25 de abril de 2003
- SCSJ de 1 de febrero de 2006
- SCSJ 429118, de 16 de septiembre de 2010
- SCSJ de 16 de noviembre de 2010
- SCSJ 1074, de 22 de abril de 2022

Consejo de Estado

- Consejo de Estado, Sentencia del 13 de febrero de 1975
- Consejo de Estado, Sentencia del 22 de agosto de 1975, Sección Primera
- Consejo de Estado, Sentencia del 28 de agosto de 1975, Sección Primera
- Consejo de Estado, Sentencia de 31 de agosto de 1976

- Consejo de Estado, Auto 1470/2015, de 27 de julio

Tribunales Superiores de Distrito Judicial

- Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia del 29 de septiembre de 1989
- Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil, Sentencia del 8 de septiembre de 1994
- Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia del 30 de junio de 1998
- Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, sentencia del 16 de mayo de 2000
- Tribunal Superior de Ibagué, Sala Civil, Sentencia del 5 de octubre de 2000
- Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia del 23 de mayo de 2008
- El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia de 12 de febrero de 2009

- Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia del 2 de febrero de 2011 del
- Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia de 5 de diciembre de 2012
- Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia del 23 de septiembre de 2021.

- Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Auto del 10 de septiembre de 2018.

Superintendencia de sociedades

- SSSC del 16 de julio de 2004
- SSSC del 2 de agosto de 2004
- SSSC del 20 de agosto de 2004
- SSSC 480-000021, de 23 de abril de 2012
- SSSC 801-1 del 29 de enero de 2013
- SSSC 801-031 de 21 de junio de 2013
- SSSC 800-000073, de 19 de diciembre de 2013
- SSSC 800-20 del 27 de febrero de 2014
- SSSC 800-000044, de 18 de julio de 2014
- SSSC 800-50, de 7 de mayo de 2015
- SSSC 480-000056, del 20 de mayo de 2015
- SSSC 800- 119, de 17 de septiembre de 2015
- SSSC 800-000119 de 18 de septiembre de 2015
- SSSC 800-46 del 11 de mayo de 2016
- SSSC 810-000041, de 2 de junio de 2017
- SSSC 800-46 del 8 de junio de 2017
- SSSC 820-55 del 29 de junio de 2017
- SSSC 800-000074, de 4 de agosto de 2017
- SSSC 810-000110, de 10 de noviembre de 2017
- SSSC 820-000025, de 16 de marzo de 2018
- SSSC 810-000047, de 28 de mayo de 2018
- SSSC 800-000079, de 30 de agosto de 2018
- SSSC 800-000056, de 25 de septiembre de 2019
- SSSC 810-000100, de 2 de octubre de 2018
- SSSC 800-000109, 19 de octubre de 2018
- SSSC 820-000003, de 18 de enero de 2019
- SSSC 800-000042, de 2 de abril de 2019

- SSSC 800-00058 de 3 de mayo de 2019
- SSSC 800-000107, de 8 de agosto de 2019
- SSSC 800-000150, de 2 de diciembre de 2019
- SSSC 830-000005, de 30 de enero de 2020
- SSSC 830-000065, de 22 de septiembre de 2020
- SSSC 820-000012 de 2 de marzo de 2021
- SSSC 810-000079 de 7 de octubre de 2021
- SSSC 820-000013, de 15 de febrero de 2022
- SSSC 800-38 de 2 de mayo de 2022
- SSSC 800-000018, de 25 de febrero de 2022

- Auto 480-003431 de 11 de marzo de 2010
- Auto 400-009880, de 28 de noviembre de 2011
- Auto 801-014531 de 17 de febrero de 2012
- Auto 801-013957 de 4 de octubre de 2012
- Auto 801-014370 de 2012
- Auto 800-16014 de 19 de noviembre del 2012
- Auto 801-002289 de 20 de febrero de 2013
- Auto 801-003311 de 8 de marzo de 2013
- Auto 800-004336 de 22 de marzo de 2013
- Auto 801-004915 de 9 de abril de 2013
- Auto 802-12735 de 18 de junio de 2013
- Auto 801-12797 del 3 de noviembre de 2014 y
- Auto 810-014061 de 2015
- Auto 800-2730, de 17 de febrero de 2015
- Auto 800- 2202 del 16 de febrero de 2016
- Auto 2020-01-502273 del 8 de septiembre
- Autos 2019-01-201128 del 16 de mayo de 2019 y
- Auto 2021-01-636432 del 27 de octubre de 2021

- Oficio 17295 del 4 de octubre de 1977
- Resolución 08200 del 6 de junio de 1978
- Oficio OA 03371 del 6 de marzo de 1979
- Oficio AN-02607 de 6 de febrero de 1989
- Oficio DAL-1030 de 22 de enero de 1991
- Oficio 220-35956 de 23 de diciembre de 1992.
- Oficio OJR-DPB-12 4423 del 29 de enero de 1.997
- Oficio 42826 del 8 de agosto de 1997
- Oficio 220-43454 del 12 de agosto de 1997

- Oficio 220- 57325 de octubre 22 de 1997
- Oficio 220-40463 de 21 de julio de 1998
- Oficio 220-43760 de 28 de julio de 1998
- Oficio 100-115226 del 28 de febrero de 1999
- Oficio 220-33420 de 23 de abril de 1999
- Oficio 220-66657 de 30 de julio de 1999
- Oficio 100-87155 del 20 de septiembre de 1999
- Oficio 220 - 091109 del 4 de octubre de 1999
- Oficio 100-115226 de 28 de diciembre de 1999
- Oficio 220 - 3036 del 21 de enero de 2000
- Concepto 55240 del 9 de febrero de 2000
- Oficio 100-10071 del 22 de marzo de 2000
- Oficio 100-25627 de 5 de abril de 2000
- Oficio 220-49933 del 30 de agosto de 2000
- Oficio 220-73376 del 30 de noviembre de 2000
- Oficio 2220-6009 de 28 de febrero de 2001
- Oficio 220-13223 del 17 de abril de 2001
- Oficio 220-018576 del 30 de mayo de 2001
- Oficio 220-35460 del 24 de agosto de 2001
- Oficio 100-005858 de 21 de febrero de 2002
- Oficio 220-12090 del 26 de marzo de 2002
- Oficio 220-2392 de 22 de mayo de 2002
- Oficio 220-18843 del 19 de abril de 2002
- Oficio 220-580898 del 20 de noviembre de 2002
- Concepto 63061 del 16 de diciembre de 2002
- Oficio 220-000145 del 5 de enero de 2004
- Oficio 220-25048 del 27 de mayo de 2004
- Oficio 220-013711 de 15 de marzo de 2006
- Conceptos 220-73535 del 19 de diciembre de 2006 y
- Oficio 220-062800 del 4 de noviembre de 2005
- Oficio 220-72782 del 22 de diciembre de 2005
- Oficio 220-19774 del 17 de abril de 2007
- Oficio 220-25461 de 18 de mayo de 2007
- Oficio 220-039037 del 9 de agosto de 2007
- Concepto 220-140111 de 16 de agosto de 2007
- Oficio No. 220-047597 del 27 de septiembre de 2007
- Oficio 220-105680 del 15 de octubre de 2008
- Oficio 220-133330 diciembre 29 de 2008
- Oficio 220-121211, de 1 de noviembre de 2009

- Oficio 220-065558 de 26 de agosto de 2010
- Oficio 220- 085459 de 18 de septiembre de 2010
- Oficio 220.020467 del 02 de abril de 2012
- Oficio 220-027960 del 14 de marzo de 2013
- Oficio 220-037354 del 22 de abril de 2013
- Oficio No. 220 – 017160, de 20 de febrero de 2015
- Oficio 220-069667 del 27 de marzo de 2017
- Concepto 220-179486 del 31 de diciembre de 2019
- Oficio 220-013218 del 28 de febrero de 2019
- Oficio 220-011039 del 21 de enero de 2020
- Concepto con radicación 2020-01-199312, de fecha 25/05/2020
- Oficio 320-446995 del 13 de julio de 2020
- Concepto del 16 de julio de 2020, con radicación 2020-01-199312

- Memorando DAL-039 de 11 de julio de 1988
- Circular externa D-001 de 1999
- Circular Básica Jurídica 100-000005 del 4 de septiembre de 2015
- Circular Básica Jurídica 100-000006 de 2016
- Circular Externa No. 100-000001 del 21 de marzo de 2017
- Circular Básica Jurídica 100-000005 de 22 de noviembre de 2017
- Circular Externa 100-000002, del 17 de marzo de 2020

<u>Otras Resoluciones Administrativas y Laudos Arbitrales</u>

- Circular externa 001 del 13 de mayo de 1982 de la Cámara de Comercio de Bogotá
- Cámara de Comercio de Bogotá, Resolución 80 del 19 de diciembre de 1984
- Cámara de Comercio de Bogotá, Resolución 066 del 21 de diciembre de 1988
- Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución del 21 de junio de 1989
- Superintendencia Financiera de Colombia, concepto 20042-1397
- Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 2021 del 16 de septiembre de 1996
- Cámara de Comercio de Bogotá, Resolución 40 de 1997
- Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 3131 del 31 de enero de 2003

- Superintendencia Financiera, Resolución 1808 del 23 de noviembre de 2000

- Laudo Arbitral, proferido el día 17 de marzo de 2004, dentro del trámite adelantado en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de Guillermo Rengifo contra Lucila Acosta Bermúdez, Alfonso Mejía Serna e Hijos LTDA
- Laudo Arbitral del 29 de noviembre de 2005, de German Alfonso y CIA Ltda., Gaffel Gustavo Lohle y Cia. C.S, Cobúfalos S.A., Activos y Títulos S.A. (en liquidación), Rafael Antonio Álvarez, contra Datafux S.A. de C.V. y Genetec S.A. de C.V., proferido dentro del trámite arbitral adelantado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá