

# 17.

## **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE ABRIL DE 2010**

### **El plazo de caducidad de la acción de impugnación de los acuerdos sociales nulos por violación del orden público**

Comentario a cargo de:

JAVIER LEYVA OLARTE

*Abogado*

*Asociado Principal de CMS Albiñana & Suárez de Lezo*

#### **SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 2010**

*Ponente: Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos*

**Asunto:** Plazo de caducidad para la impugnación de acuerdos sociales nulos adoptados en Juntas Generales Universales en las que no han asistido la totalidad de los accionistas de la sociedad; consideración de tales acuerdos, por su causa o contenido, como contrarios al orden público.

# **Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2010**

## **El plazo de caducidad de la acción de impugnación de los acuerdos sociales nulos por violación del orden público**

JAVIER LEYVA OLARTE

*Abogado*

*Asociado Principal de CMS Albiñana & Suárez de Lezo*

### **Resumen de los hechos**

Con fecha 30 de marzo de 1992 se levantó acta declarando celebrada, una junta general “universal” de una sociedad anónima, a pesar de la ausencia de los dos accionistas demandantes, que eran titulares del 49% del capital social. En esa junta se adoptó, entre otros acuerdos, un aumento del capital social. Las acciones creadas con motivo de dicho aumento fueron suscritas mayoritariamente por dos de los accionistas de la sociedad –que eran cónyuges– y, en mucha menor medida, por los demandantes. Como consecuencia de ello, el porcentaje de participación de los primeros en el capital social pasó de representar el 51% a representar el 93% del capital social.

Con posterioridad a la citada Junta de accionistas, se celebraron varias juntas generales a las que tampoco asistieron los actores y que también se calificaron en los libros de la sociedad como “universales”. Estas juntas tuvieron lugar entre el 30 de junio de 1995 y el 30 de junio de 2001.

El 12 de marzo de 2003 se interpuso demanda contra la sociedad en virtud de la cual los actores reclamaban, tras invocar los artículos 99, 115, 116 y 117 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre que aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (“LSA”): (i) la declaración de nulidad de todos los acuerdos sociales adoptados en la junta general “universal” y extraordinaria de fecha 30 de marzo de 1992, así como la de los acuerdos sociales adoptados en todas las demás juntas generales “universales” celebradas entre las fechas de 30 de junio de 1995 y de 30 de junio de 2001; y (ii) la reposición de la composición subjetiva de la sociedad al momento en el que se encontraba cuando tuvo lugar la junta general extraordinaria y “universal” de fecha 30 de marzo de 1992, de modo que pudieran ejercitar el derecho de suscripción preferente que les correspondía como accionistas de la sociedad.

El juzgado de primera instancia dictó sentencia estimando íntegramente la demanda y declaró la nulidad de los acuerdos sociales adoptados en la Junta General Extraordinaria Universal de fecha 30 de marzo de 1992, así como los adoptados en las Juntas Generales Ordinarias “Universales” desde el 31 de junio de 1995 hasta el 30 de junio de 2001, y los adoptados en sus homónimas de los años 1992, 1993 y 1994, si existieran, además de los adoptados en las juntas generales universales de 15 de marzo de 1995 y 3 de junio de 1997, ordenando que se repusiera la situación societaria al momento en el que se encontraba cuando tuvo lugar la junta general extraordinaria universal de 30 de marzo de 1992.

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia. La Audiencia Provincial en virtud de sentencia dictada el 11 de mayo de 2005, desestimó el recurso de apelación. Como había hecho el Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial declaró que los dos socios demandantes no habían asistido a ninguna de esas juntas y, por supuesto, que las reuniones no habían estado precedidas de las convocatorias previstas en los artículos 94 y 95 de la LSA. Por este motivo, y de conformidad con el artículo 116.1 de la LSA, la acción de impugnación ejercitada en la demanda no había caducado, al afectar a los acuerdos, por repercusión, un vicio de nulidad y de contravención del orden público.

La sociedad, con fecha 18 de julio de 2005, interpuso recurso de casación en base a los siguientes motivos: (i) la infracción de los artículos 116, apartados 1 y 3 de la LSA en relación con el artículo 21 del Código de Comercio y artículo 9 del Reglamento del Registro Mercantil y (ii) la infracción del artículo 7 del Código Civil y 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el motivo primero del recurso de casación, que es el relevante a los efectos de este comentario, la sociedad denunció que la acción de impugnación ejercitada en la demanda había caducado cuando ésta se interpuso, por haber vencido el tiempo que establece el artículo 116, apartado primero, para los acuerdos nulos –un año desde la fecha de la adopción del acuerdo y si, fuesen inscribibles, desde la fecha de su publicación en el BORME–, y por no ser los acuerdos contrarios al orden público, por su causa o contenido.

Con fecha 19 de abril de 2010, el TS dictó sentencia desestimando los dos motivos incluidos en el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, en base a los motivos que después se analizarán.

## COMENTARIO

**Sumario:** 1. Antecedentes. 2. El plazo de caducidad de la acción de impugnación de los acuerdos sociales nulos y delimitación del concepto del orden público. 2.1. La doctrina jurisprudencial contraria a la declaración de nulidad por infracción del orden público de las juntas constituidas con defectos formales. 2.2 La doctrina ju-

*jurisprudencial favorable a la declaración de nulidad por infracción del orden público de las juntas constituidas con defectos formales.* **3. La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2010.** **4. Conclusiones.** **5. Bibliografía.**

## 1. Antecedentes

El concepto de “orden público” se reconoce en el artículo 1255 del Código Civil, como un límite genérico de la autonomía privada: “*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*”. La reforma de 1989 de la LSA lo incorpora en el régimen de impugnación de acuerdos sociales para establecer una distinción en el plazo de caducidad de los acuerdos nulos (artículo 116 LSA). Actualmente el artículo 205 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (“LSC”)— establece que “*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.*” Por lo tanto, mientras que el plazo general de caducidad de los acuerdos nulos es de un año, cuando los acuerdos contrarios a la ley o los estatutos fueran, además, contrarios al orden público, la demanda puede ejercitarse en cualquier momento, sin estar sometidos a plazo de caducidad alguno.

Entre los pronunciamientos jurisprudenciales más relevantes sobre el concepto general de orden público al que hace referencia el artículo 1255 del Código Civil se encontraban las ya famosas, y tantas veces recordadas por la jurisprudencia, SSTS de 5-4-1966 (RJ 1966\1684) y de 31-12-1979 (RJ 1979\4499). El Tribunal Supremo sostuvo en ellas que el vocablo orden público “*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*”. No obstante, el concepto de orden público del Tribunal Supremo mantiene es bastante confuso y sus contornos no llegan a establecerse con precisión. La indeterminación proviene de su vinculación con los principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que rigen con carácter fundamental el sistema político-constitucional. En efecto, el concepto de orden público del Código Civil es impreciso y la determinación de sus caracteres resulta difícil. En todo caso, como se ha advertido autorizadamente “(1) *o que el Código llama orden público es la organización general de la comunidad o sus principios fundamentales y rectores. Aun a falta de normas legales expresamente imperativas, las materias relativas al orden público quedan sustraídas a la disponibilidad de los particulares. Pertenecen en la actualidad al orden público del artículo 1255 las materias estrictamente situadas dentro del orden constitucional (p.ej., la dignidad de la persona, sus libertades básicas, su derecho a la igualdad y a la no discriminación) que no pueden quedar impedidas o menoscabadas por los pactos o contratos de los particulares, aunque en ellos intervenga el mismo sujeto afecta-*

do” [DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial I*, Madrid, 2007, pág. 157].

Como se ha indicado antes, la incorporación del concepto de “orden público” en el Derecho de sociedades anónimas es mucho más reciente. La Ley de Sociedades Anónimas de 1951 no recogía expresamente la categoría de los acuerdos nulos contrarios al orden público, aunque sí que estaban agrupados bajo el paraguas de los acuerdos contrarios a la Ley [SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M. “Orden del día, regularización de convocatoria defectuosa y nulidad de acuerdos sociales”, *RdS*, nº 8, pág. 302]. Únicamente, se establecía un plazo diferente de caducidad para la acción de impugnación de los acuerdos anulables y para la de los acuerdos nulos. En el primer caso se fijaba el plazo de 40 días, mientras que para los segundos la acción de nulidad se podía ejercitar pasado dicho plazo por el procedimiento del juicio declarativo ordinario. En concreto, el artículo 68 de la LSA de 1951 preveía lo siguiente:

*“La acción de impugnación de los acuerdos, a que se refiere el artículo anterior [acuerdos sociales contrarios a la Ley, se opongan a los Estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la Sociedad], deberá ejercitarse en el plazo de cuarenta días, a partir de la fecha del acuerdo. Si este fuere objeto de inscripción en el Registro, la impugnación podrá realizarse también dentro del mes siguiente a la fecha en que la inscripción tenga lugar.*

*No quedan sometidos a estos plazos de caducidad las acciones de nulidad de los acuerdos contrarios a la Ley, que podrán ejercitarse pasados esos plazos por el procedimiento del juicio declarativo ordinario”.*

En 1989 la reforma de la LSA trajo consigo numerosos pronunciamientos jurisprudenciales en los que, pese a las dificultades que ofrece el concepto de orden público, comienzan a ofrecerse algunas pautas orientativas para delimitar el supuesto normativo y trasladar dicha noción a la propia disciplina legal societaria.

Una de estas pautas se encuentra en los pronunciamientos del TS, en los que el concepto de orden público se vincula con los principios configuradores de la sociedad de capital previstos, ahora, en el artículo 28 de la LSC y que juegan como límite a la libertad estatutaria. Hasta el año 2005 no se encuentra ningún pronunciamiento que estableciera esta vinculación. La primera ocasión en la que se hace referencia a tales principios es la STS 28-11-2005 (RJ 1233\2005) “podría pensarse [que] en la disciplina legal de la sociedad anónima cabría encontrarlo en los principios configuradores de la sociedad a que se refiere el artículo 10 de la LSA o cuando, como en el caso de la STC 43/1986, de 15 de abril (RTC 1896,43) en que el acuerdo lesiona los derechos y libertades del socio.” Esta postura es, posteriormente reiterada, entre otras, por las SSTS 21-2-2006 (RJ 2006\827); 19-7-2007 (RJ 2007\5092); 29-11-2007 (RJ 2008\32) y 29-10-2008 (RJ 2008\7692).

A este respecto, no se deben olvidar las dificultades existentes para concretar cuáles son los principios configuradores de la Sociedad Anónima [RECALDE CASTELLS, A., *Limitación estatutaria del derecho de voto en las sociedades de capitales*, Madrid, 1996, pág. 141] pues “*es muy difícil determinar qué tipo de sociedad anónima ha sido definida por el legislador. Existen, más bien, datos normativos contrapuestos entre sí y de los que pueden obtenerse muy dispares conclusiones sobre cuál es la ordenación realizada y cuáles las relaciones entre tipos de empresa y formas jurídicas.*”

Lo cierto es que gran parte de la doctrina acoge la tesis jurisprudencial que recoge la STS 28-11-2005 (RJ 1233\2005) antes citada, en la que se el concepto de orden público se identificaba con el de “principios configuradores”. En concreto, a veces se entiende que si se traslada la noción de orden a público a la propia disciplina legal de la sociedad anónima, “*podemos verla, a su vez, reflejada, en aquellos principios configuradores de la sociedad que el artículo 10 de la ley pone como última instancia normativa, superior a las mismas leyes, que no puede sobrepasar la autonomía de la voluntad.*” Y, se sigue diciendo “(n) *i los socios al fundar la sociedad, ni luego al tomar decisiones los distintos órganos sociales, podrán ir contra esos principios configuradores. Esos principios constituirían el orden público de la vida corporativa*” [URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., MUÑOZ PLANAS, J.M., *La Junta general*, en Uría/Menéndez/Olivencia, *dirs.*, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. V, Madrid, 1992, pág. 326]. Esta misma postura la siguen otros autores [JIMÉNEZ DE PARGA, R., *La impugnación de los acuerdos sociales en la Ley Reguladora de la Sociedad Anónima*, Madrid 1995, págs. 336-337; ARROYO MARTÍNEZ, I., en Arroyo/Embid *dirs.*, *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, 2ª ed., Madrid, 2009, págs. 715 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, F., *Administradores. Artículos 123 a 143*, Madrid, 1994, pág. 203].

A diferencia de esta tesis, existe otro sector de la doctrina que no considera que los principios configuradores de la LSA que juegan como límite a la libertad de cláusulas estatutarias pudieran identificarse con el concepto de orden público, cuya infracción por los acuerdos sociales conduce a que no opere la caducidad anual de la acción de impugnación [SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M., “Orden del día, regularización de convocatoria defectuosa y nulidad de acuerdos sociales”, *RdS*, nº 8, 1997, pág. 303].

Otra de las pautas orientativas que apunta la jurisprudencia hacia el ámbito societario, es la referencia al concepto de orden público “corporativo”, que por primera vez se menciona en la STS 21-10-1994 (RJ 1994\7678) como una sub-categoría del concepto orden público y que se vuelve a repetir en la STS 28-11-2005 (RJ 2005\1233). Con la adición del término “corporativo”, parece que se intenta identificar un concepto particular de orden público propio del ámbito societario, diferenciándolo del concepto de orden público que se utiliza con carácter general en el Derecho civil (i.e. SSTS de 5-4-1966 [RJ 1966/1684] y de 31-12-1979 [RJ 1979/4499]).

En lo que sí existe una coincidencia unánime de la doctrina es en que el termino de orden público al que hace alusión la LSA sigue siendo un concepto jurídico indeterminado de difícil concreción y aprehensión, cuyo contenido y significado no precisa la Ley, por lo que debe ser concretado por los tribunales a la hora de decidir sobre las controversias que se les someten en cumplimiento de lo establecido en el artículo 3.1 del Código Civil: “*Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*”. [SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M., “Nulidad de los acuerdos sociales, orden público y principios configuradores de la sociedad anónima. Comentario a STS 30 de mayo de 2007”, *RdS*, n° 30, (2008), p. 515; ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y otros, *Memento Práctico. Sociedades Mercantiles 1995-1996*, Madrid, (1996), págs. 155 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, F., *La Junta General de en las Sociedades de Capital*, Madrid, 2007, pág. 368; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M., “Orden del día, regularización de convocatoria defectuosa y nulidad de acuerdos sociales”, *RdS*, (1997), pág. 303].

Por último, es preciso destacar, que la DGRN también se ha pronunciado sobre la interpretación del concepto de orden público en el ámbito mercantil. Y, en concreto, la Resolución de 30 de julio de 2001 (RJ 2002\2414) consideró que los acuerdos que infringen normas imperativas en relación con la convocatoria de la Junta no suponen una contravención del orden público.

A continuación se analizarán las sentencias en los que el TS se ha pronunciado en relación con la caducidad de la acción de impugnación de los acuerdos sociales nulos, considerando que son, además, contrarios al orden público en el ámbito societario.

## **2. El plazo de caducidad de la acción de impugnación de los acuerdos sociales nulos y delimitación del concepto del orden público**

En una primera etapa, comprendida entre la entrada en vigor de la LSA y la promulgación de la STS 30-5-2007 (RJ 2007\3608), la jurisprudencia, con la excepción de la STS 21-10-1994 (RJ 1994/7678), vino sosteniendo que los acuerdos nulos contrarios al orden público deberían ser considerados una excepción a la regla de la caducidad de las acciones de impugnación recogidas en el artículo 116.1 de la LSA. Por este motivo el concepto orden público debería ser aprehendido en un sentido restrictivo, y no en un sentido lato. A partir de ello se afirmaba que el acuerdo nulo sólo puede ser contrario al orden público por su contenido o por su causa. Ello permite valorar el acuerdo desde el propósito práctico perseguido con él, y no a partir del incumplimiento de un elemento formal como pudiera ser la mera declaración de que se celebró una junta general “universal” simulada.

Sin embargo, a partir de la STS de 30-5-2007 (RJ 2007\3608) y hasta la sentencia que es objeto del presente comentario, la doctrina jurisprudencial cambia su posición para interpretar el concepto de “orden público”, considerando expresamente que las juntas universales celebradas sin la asistencia de alguno de los accionistas, con independencia del contenido de los acuerdos que se adopten en ellas, vulneran derechos fundamentales de los accionistas y por tanto se entiende que, por su causa, serían nulos y contrarios al orden público.

A continuación analizaremos las principales sentencias del TS a favor y en contra de la posición que, finalmente, sostiene la STS de 19-4-2010 (RJ 2010\222) en la que el alto tribunal pretende unificar su doctrina y que emitió el Pleno de la Sala de lo Civil.

### *2.1. La doctrina jurisprudencial contraria a declarar la nulidad por infracción del orden público de las juntas constituidas con meros defectos formales.*

La STS 18-5-2000 (RJ 2000\3934) es el primer pronunciamiento en el que se analiza el concepto de orden público en el ámbito societario. Esta sentencia, al igual que la que es objeto del presente comentario, versaba sobre una Junta de accionistas que no se había constituido válidamente, porque se celebró sin convocatoria previa y no concurrió a ella la totalidad del accionariado.

La parte demandante solicitaba la nulidad de los acuerdos adoptados, por ser contrarios, todos ellos y la propia constitución de la Junta, a la Ley, a los Estatutos y a las exigencias del orden público. Antes de entrar a definir el concepto de orden público, la Sala destacó que el hecho de que la Junta no fuera válidamente constituida por haberse celebrado sin convocatoria previa y sin concurrir a ella la totalidad de los accionistas “*no implica que los acuerdos en cuestión fueran nulos por ser su causa o contenido contrarios al orden público. Pues podrá determinarse que podía haber acuerdos nulos por haber sido conseguidos por Juntas que no se han constituido –o desarrollado correctamente– (...), lo que no tendría nada que ver con acuerdos nulos contrarios al orden público, que, por otra parte y que a su vez podían ser informados en una Junta constituida correctamente, y que a pesar de lo cual pudieran ser merecedores de sufrir tal tacha*”.

Esta afirmación limita la calificación de infracción del orden público al contenido de los acuerdos adoptados por la Junta, independientemente de que ésta se hubiera constituido indebidamente, pudiendo en consecuencia darse dos situaciones distintas: (i) que los acuerdos sociales sean nulos y, además, contrarios al orden público en una junta válidamente constituida; y (ii) que los acuerdos no sean contrarios al orden público, pese a haberse adoptado en una junta que no se había convocado y constituido válidamente (p. ej. junta universal sin la presencia de todo el accionariado). En resumen, no todo acuerdo adoptado en una junta general universal ficticia debe ser considerado atentatorio contra el orden público.

Lo realmente interesante en esta STS es cómo define el orden público, definición que es reiterada en alguna STS posterior. En concreto, el TS afirmó que *“el concepto de orden público en el área de los acuerdos sociales es de los denominados indeterminados, y que generalmente se aplica a acuerdos, convenios o negocios que suponen un ataque a la protección de los accionistas ausentes, a los accionistas minoritarios e incluso a terceros, pero siempre con una finalidad; la de privarles de la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 de la Constitución Española”*.

La definición sorprende por la invocación que se hace a la privación de la tutela judicial efectiva, como requisito esencial para determinar si el acuerdo adoptado por la Junta es contrario al orden público. Como dice SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M. [*RdS*, nº 30, (2008), pág. 545], *“Más equivoca resulta la un tanto enigmática invocación a la tutela judicial efectiva, que se recoge de otra sentencia anterior de la propia Sala, pues no termina de verse la manera por la que un acuerdo social puede impedir al socio acudir a los tribunales en defensa de sus intereses, que es en lo que consiste propiamente la tutela judicial efectiva ex artículo 24.1 CE.”*

Sin embargo, varias de las STS posteriores invocan la definición de orden público de la STS 18-5sin argumentar ni justificar la vinculación entre el derecho fundamental recogido en el artículo 24.1 de la Constitución Española y la norma de protección de los accionistas ausentes o minoritarios [STS 5-2-2002 (RJ 2002\1600); STS 4-3-2002 (RJ 2002\2421)].

En la línea del anterior pronunciamiento, se encuentra la STS 4-3-2002 (RJ 2002\2421) que también invoca la STS 18-5-2000 (RJ 2000\3934) para definir el concepto de orden público, optando de nuevo por un concepto restringido del orden público y no lato. No obstante, la redacción es confusa en el fundamento de derecho tercero ya que dice *“(…) que los acuerdos impugnados en modo alguno [no] resultaban contrarios al orden público por su causa o contenido y, en consecuencia, que la acción de impugnación ejercitada en la demanda había caducado conforme al citado artículo 116.1 por haber transcurrido casi tres años desde su inscripción en el Registro Mercantil.”* Sigue diciendo, *“Esa falta de vulneración del orden público se advierte en seguida sólo con comparar los posibles intereses en conflicto, pues el cambio de tres administradores solidarios a cuatro mancomunados, lejos de perjudicar los derechos de los accionistas (...), los fortalecía notablemente (...).”*

Además de lo indicado anteriormente, resulta muy interesante el comentario de Sala de *“que los hoy recurrentes fueron plenamente conscientes de su nombramiento y no lo impugnaron hasta que vieron dirigirse contra ellos demandas por deudas de la sociedad, como evidente resulta asimismo que ningún acto de renuncia hicieron durante ese tiempo”*. Este argumento es otro de los elementos más interesantes que encontramos en el análisis de la sentencia objeto de comentario y enlaza con el “excesivo” transcurso de tiempo entre la supuesta irregularidad –la junta simulada– y la interposición de la demanda en la que se pretendía que se declarase la nulidad de los acuerdos por ser contrarios al orden público.

Otra reflexión interesante que encontramos en el fundamento de derecho primero de esta misma sentencia –STS 4-3-2002 (RJ 2002\2421)– es la realizada por la Audiencia Provincial en la sentencia de apelación donde, desde una consideración restrictiva, afirma que *“la impugnación, varios años después de los acuerdos por los que se sigue este proceso por unos demandantes que asistieron a la Junta que ahora impugnan, y que no hicieron constar claramente su oposición a su celebración ni a los acuerdos adoptados, que realizaron actos positivos en el sentido de aceptar lo acordado en ella o nada objetaron a pesar del transcurso del tiempo, están sujetos a los plazos de caducidad que establece el tan citado artículo 116 y que han transcurrido con gran exceso”*.

Desde la perspectiva del deber general de ejercer los derechos conforme a la buena fe resulta cuestionable y poco coherente que un socio ignore de manera constante la situación de la sociedad en la que participa durante un extensísimo periodo de tiempo y que, muchos años después, pretenda “deshacer” todo un histórico de pasos societarios construidos desde aquel momento, alegando que las juntas universales que se celebraron eran ficticias.

Parece sorprendente el desentendimiento de la vida societaria durante años hasta el punto de remontar una demanda a hechos transcurridos en lejanos periodos de tiempo, sin que el juez baraje, al menos, la posibilidad de que el socio haya, de alguna manera, ignorado “deliberadamente” el devenir societario, al que sólo vuelve a atender sobre la base de alguna otra circunstancia apartada de la buena fe.

La STS 4-3-2002 (RJ 2002\2421) apunta directamente en esta dirección cuando señala que *“los hoy recurrentes fueron plenamente conscientes de su nombramiento y no lo impugnaron hasta que vieron dirigirse contra ellos demandas...”*.

En relación con este deber de atención o deber de diligencia por parte del accionista, nos encontramos con la STS 5-2-2002 (RJ 2002\1600) donde el TS declara que las actuaciones cuestionadas en el motivo primero del recurso no cabe calificarlas por sí mismas como atentatorias al orden público, por lo que los acuerdos adoptados por la sociedad demanda, si los demandantes entendían que les eran perjudiciales, debieron hacerse valer en el plazo de un año dispuesto en el artículo 116 de la LSA.

Esta última reflexión parece interesante, ya que impone al accionista una labor de diligencia en los casos en los que entienda que las actuaciones o acuerdos adoptados por la Junta puedan ser atentatorios contra sus intereses. Este deber de actuar resulta relevante para los supuestos como el de la STS objeto del presente comentario, donde el accionista perjudicado emprende la acción judicial una vez transcurridos once años desde la celebración de la Junta en la que se adoptaron los acuerdos presuntamente contrarios al orden público. Precisamente es el transcurso del tiempo lo que debilita, en nuestra opinión, los argumentos esgrimidos por el TS en la STS objeto de análisis.

En un sentido parecido al manifestado en las SSTS anteriormente analizadas –en lo que al sentido restrictivo del concepto de orden público se refiere– se pronunció el TS en las SSTS, que de 11-4-2003 (RJ 2003\3269); de 29-9-2003 (RJ 2003\6829); de 28-11-2005 (RJ 2005\1233) y de 26-9-2006 (RJ 2006\7477).

En la primera, pese a no ser un supuesto semejante al que nos ocupa, el TS, después de recordar las SSTS 5-4-1966 (RJ 1966\1684) y 31-12-1979 (RJ 1979\4499), precisó que la mera infracción de un precepto que afecta al procedimiento formal de funcionamiento de los órganos sociales no puede considerarse como contrario al orden público, al afirmar que *“es claro que el dilucidar si un acuerdo de exigencia de responsabilidad al administrador de una sociedad se ha adoptado o no con arreglo al quórum legal está infinitamente alejado de la noción de orden público. Otra cosa es que el acuerdo pudiera ser ilegal, por la vulneración de preceptos imperativos de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 (arts. 93 y 134.1). Pero si incurre en este vicio legal, el remedio lo da la propia Ley con la acción para su impugnación (arts. 115-1222), y no hay ninguna constancia en autos de que ello haya sucedido.”*

En esta misma sentencia, el TS realiza una reflexión interesante sobre la posibilidad de declarar de oficio la nulidad de los acuerdos si se entendiese que son contrarios a la Ley. La declaración de oficio de la nulidad se echa de menos en algunos de los pronunciamientos estudiados, en los que el TS no entra a valorar si el acuerdo adoptado fue o no contrario al orden público –cuando realmente podía haberlo sido– sino que realizó un exhaustivo análisis sobre la determinación del *dies a quo*, a los efectos del juego de la caducidad, para concluir que, como no ha transcurrido más de una año entre la publicación del acuerdo nulo en el BORME y la presentación de la demanda, la acción de impugnación prevista en el artículo 116 de la LSA no habría caducado. En esas STS podría haber habido un análisis más profundo y trabado por parte del TS, ya que en algunos supuestos, si el TS hubiera concluido, de oficio, que el o los acuerdos adoptados en la Junta correspondiente eran contrarios al orden público no sería necesario entrar a discutir sobre la determinación del *dies a quo* (SSTS 8-11-1995 [RJ 1995\8113] y 3-10-2002 [RJ 2002\9792]).

En la STS 29-9-2003 (RJ 2003\6829), el TS vuelve a hacer una interpretación restrictiva del concepto de orden público y revoca la tesis de la Audiencia Provincial que declaraba la nulidad de un acuerdo social adoptado en una Junta Universal en la que no habían asistido los demandantes, por considerarlo contrario al orden público. Para justificar esta interpretación restrictiva, el TS dice que *“(e) s evidente que sea el concepto de orden público que se tenga, el consignado acuerdo no puede decirse que “por su casusa y contenido” infrinja el orden público. Es un acuerdo tan ilegal como los declarados nulos, y por la misma causa, y por tanto sujeto al plazo de caducidad de un año”*.

Siguiendo con la doctrina que la jurisprudencia había venido manteniendo, el TS insiste en que los acuerdos sociales, por el mero hecho de ser adopta-

dos en Juntas Universales “simuladas”, no pueden considerarse contrarios al orden público, aunque sí que pueden ser ilegales y, por tanto, nulos.

Al igual que en la sentencia anterior, en la STS 28-11-2005 (RJ 2005\1233) se reiteran las dificultades para definir el concepto de orden público. Y, así, se afirma que *“es difícil definir qué debe entenderse por orden público a efectos de evitar el plazo de caducidad en la vigente regulación que se contiene en el artículo 116 de la LSA.”* Pero, por otro lado, se propugna –como en los pronunciamientos jurisprudenciales habidos hasta aquella fecha– un concepto restrictivo y no lato de orden público: *“El concepto de orden público, como límite de la autonomía privada, ofrece serias dificultades de fijación, y presentado como excepción a la regla de caducidad de las acciones de impugnación debe ser aprehendido en sentido restrictivo, pues de otro modo podría suceder que un concepto lato generara tal ampliación de las posibilidades de impugnación, sin duda establecida en seguridad del tráfico.”*

En tercer lugar, el TS sostiene que el concepto de orden público *“podría pensarse [que] en la disciplina legal de la sociedad anónima cabría encontrarlo en los principios configuradores de la sociedad a que se refiere el artículo 10 de la LSA o cuando, como en el caso de la STC 43/1986, de 15 de abril (RTC 1896,43) en que el acuerdo lesiona los derechos y libertades del socio.”* Esta es la primera sentencia en la que se identifica el orden público previsto en el artículo 116 de la LSA con los principios configuradores de la sociedad.

Por último, concluye la Sala afirmando que los acuerdos adoptados en una Junta Universal sin la presencia de todos los accionistas no pueden subsumirse en el supuesto de los acuerdos contrarios al orden público por su causa o contenido, ya que con ello se estaría interpretando el concepto de orden público en un sentido excesivamente amplio [*“Desde esta perspectiva, la dificultad no radicaría en la consideración de que no puede darse valor de Junta universal a la que ni cuente con la presencia, directa o por representación, de la totalidad del capital social, lo que parece evidente, sino a subsumir adecuadamente tal supuesto en el artículo 116.1 de la LSA, en cuanto exceptúa de caducidad acuerdos que se opongan al orden público por su causa o contenido. Lo que habría de conducir a una lectura de la expresión indicada en sentido lato”*].

Esta STS es sin duda, una de las más interesantes.

En la última de las sentencias en las que el TS se manifiesta contrario a declarar la nulidad por infracción del orden público de las juntas constituidas con defectos formales, –la STS 26-9-2006 (RJ 2006\7477)–, se incluye una interesante reflexión recordando que *“el ordenamiento jurídico establece una serie de normas protectoras de los derechos de los acreedores ante los acuerdos de las sociedades anónimas que puedan lesionarlos”* que, aunque los plazos de caducidad para dichas acciones son relativamente cortos, es *“propósito de la vigente Ley de sociedades anónimas facilitar la vida societaria y evitar la incertidumbre ante la impugnación de sus acuerdos después de un tiempo prolongado sin que los interesados en su nulidad los hayan impugnado”*. Recordemos, que los legitimados para impugnar acuerdos nulos de con-

formidad con el artículo 206 de la LSC son todos los socios, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo. Dentro de esta última categoría se situaría los acreedores, a los que se refiere el TS en esta sentencia.

Esta alusión a la significación de un plazo reducido para el ejercicio de las acciones de impugnación por los acreedores debe trasladarse a los accionistas. Ello puede ser de interés para impedir las acciones que se interpusieran una vez que han transcurrido varios años desde la celebración de las Juntas en los que se adaptaron los acuerdos supuestamente contrarios al orden público. Tras la cita de las SSTs de 18-5-2000 (RJ 2000\3934) y de 4-3-2002 (RJ 2002\2421), la Sala manifiesta que *“la jurisprudencia de esta Sala ha utilizado de forma restrictiva el concepto abierto de orden público, en orden a admitir la excepción de la falta de caducidad. 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. El acuerdo nulo por ser contrario al orden público es una categoría excepcional y por ello debe aplicarse la regla del artículo 4.2 del Código Civil.”* El artículo 4.2 del Código Civil prevé que las *“Leyes penales, excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.”* En conclusión, el TS entendería que el acuerdo nulo que es contrario al orden público constituye un precepto excepcional, que debe someterse a una interpretación restrictiva sin extrapolar su ámbito de aplicación a otros supuestos más allá de los concretamente previstos en la Ley.

## *2.2. La doctrina jurisprudencial favorable a declarar la nulidad por infracción del orden público de las juntas constituidas con defectos formales*

Como hemos indicado anteriormente, la STS 30-5-2007 (RJ 2007\3608) supuso un cambio en la doctrina jurisprudencial, que venía manteniéndose hasta ese momento. No obstante, la nueva corriente jurisprudencial había tenido ya algún antecedente. Se trataba del que representó la STS de 21-10-1994 (RJ 1994\7678).

Sin perjuicio de que en ella el primer motivo de la casación se centraba principalmente en la determinación del *dies a quo* a los efectos del juego de la caducidad, la Sala, a diferencia de la interpretación mantenida en otros pronunciamientos de esa época, declaró que *“los acuerdos tomados en Junta que vulnera frontalmente el obligado nivel de participación legalmente establecido vulneran ese orden público corporativo, agregando que tal vulneración se producirá, obviamente, si la Junta Universal se hubiere celebrado sin la asistencia de alguno de los socios, y por tanto, sin la presencia de todo el capital, razón por la cual es incuestionable la radical nulidad de la Junta Universal celebrada sin la presencia de alguno de los socios y, por ello sin la presencia de todo el capital.”*

El TS sostuvo que los acuerdos adoptados en una Junta Universal celebrada sin la presencia de alguno de los socios eran nulos y resultaban contrarios al orden público corporativo. No obstante, la Sala no justificó su interpretación, es decir, por qué entiende que dichos acuerdos son, en todo caso, contrarios al orden público.

Esta tesis, no pasa a ser defendida por el TS hasta la STS 30-5-2007 (RJ 2007\3608). Ésta tiene su origen en la solicitud de declaración de nulidad de los acuerdos adoptados en dos juntas universales ordinarias, a las que no asistieron todos los accionistas, faltando por tanto el requisito esencial de la presencia o representación de la totalidad del capital social. En casación se examina (entre otros motivos), por una parte la pretensión de la demandante de que la infracción es contraria al orden público y la interrelacionada caducidad de la acción. Pretende la recurrente negar una concepción extensiva del orden público más allá de lo que éste constituye en un sentido estricto, es decir, materias que atañen a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente.

A diferencia de lo que el TS venía entendiendo hasta la fecha, en esta ocasión afirma que *“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; es absolutamente incompatible al orden público con la falsaria simulación formal que pretende encubrir la mutilación radical de un derecho societario”*. Añade el TS que crear la apariencia de una Junta Universal que no se ajusta a la realidad con el propósito de eludir la intervención de algunos socios que desconocen su existencia, ataca los más elementales principios de vida social. Esta es la razón por la que los acuerdos adoptados en ella infringen, por su causa, la normativa legal y el orden público societario. Se concluye, por tanto, que falsear la universalidad de la junta atenta al orden público societario, y, por ello, se desestima la alegada caducidad de la acción por el transcurso del plazo de un año.

Lo importante de esta STS es que, por primera vez, los acuerdos que por su causa resultan contrarios al orden público se equiparan a los adoptados en las juntas generales pretendidamente universales a las que no asistieron todos los accionistas. Todo ello con independencia del contenido del acuerdo adoptado en dicha junta.

Otra de las sentencias que aplica esta doctrina jurisprudencial es la STS 19-7-2007 (RJ 2007\5092). En ella el Tribunal Supremo señala que en sentencias anteriores se había aplicado el artículo 116.1 LSA a supuestos como el que se estudia, tratando de centrar la aplicación del concepto, ciertamente indeterminado de orden público en conexión con los principios configuradores de la sociedad y con la protección de accionistas ausentes o minoritarios. El Tribunal Supremo indica que a este efecto es capital la STS 30-5-2007 (RJ 2007\3608), en la que se recoge su doctrina fundamental. La STS 28-11-2005 (RJ 2005\1233) ya

había señalado que no es fácil determinar el concepto de orden público que, presentado como excepción a la regla de caducidad que, en efecto, cabe aplicar a los acuerdos nulos, debe ser aprehendido en sentido restrictivo, a fin de evitar que la excepción destruya la regla de caducidad, sin duda establecida para la seguridad del tráfico. Por ello, centra el concepto, de acuerdo con la doctrina más autorizada, en “los principios configuradores de la sociedad”, a los que se refiere el art 10 LSA, y en la lesión de los derechos y libertades del socio. La misma idea de protección de los derechos de los accionistas, está presente en la STS 18-5-2000 (RJ 2000\3934), cuya doctrina se reitera en la STS de 4 de mayo de 2002 y 26 -9-2006 (RJ 2006\7477), en las que se apunta a “*normas imperativas que afecten a la esencia del sistema societario*”.

El TS se vuelve a referir a la STS 30-5-2007 (RJ 2007\3608) recordando que “*cualquiera que sea la concepción del orden público que se tenga, no puede entenderse que resulte indemne a actos falsarios, que vulneran frontalmente el nivel participativo de los socios allí donde es conceptual y legalmente indispensable; crear la apariencia de una 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, afectando al orden público societario*”.

Por último, destacamos la STS 29-11-2007 (RJ 2008\32) y la STS 29-10-2008 (RJ 2008\7692), que siguen la misma línea jurisprudencial que las sentencias analizadas. La primera de ellas tiene su origen de nuevo en la solicitud de declaración de nulidad de los acuerdos adoptados, esta vez, supuestamente, porque tales acuerdos habrían burlado el derecho de la actora a obtener una cuota de liquidación en una sociedad anónima. La sala de apelación toma como punto de partida la consideración de que “*uno de los derechos que configuran la condición de accionista es el de participar en el reparto del patrimonio resultante de la liquidación*”. Se trata, de “*un derecho mínimo e inderogable, cuanto menos por medio de acuerdo de la Junta general sin o contra la voluntad de su titular*”.

La sentencia recurrida en el caso concreto afirmaba que los acuerdos en los que se decidió que se dotara a una fundación de los activos patrimoniales básicos de la Sociedad, para, así, provocar la liquidación de la sociedad, en cuanto dieron lugar a que la actora se viera privada de toda posibilidad de participar en el patrimonio resultante de la liquidación sin que constase su voluntad de renunciar a tal derecho, deberían considerarse nulos a todos los efectos y, en particular, a los efectos de la caducidad de la acción y de la legitimación activa. Privar a un socio de un derecho del que es titular, sin que haya prestado su voluntad a ello, por no haber votado a favor del acuerdo ni aceptado regla estatutaria alguna en tal sentido, constituye, además de una infracción legal, una violación patente del orden público. Esto se traduce en que debería negarse la caducidad de la acción. En este supuesto no se trataría de una violación de meras reglas de procedimiento que afecten la “forma” de funcionamiento de los

órganos, sino a un caso de invocación de que la infracción estrictamente afectar al contenido o causa del acuerdo.

Por último, respecto al concepto de “orden público” que resulta de la sentencia, el TS ofrece una clara e interesante reflexión sobre lo que debe ser considerado un acuerdo nulo contrario al orden público, citando los pronunciamientos más significativos realizados por el alto tribunal durante los años anteriores. En concreto la sentencia expone: *“Esta Sala ha constatado la dificultad de fijar el concepto de orden público como límite de la autonomía privada, y ha señalado que, en cuanto excepción a la regla de caducidad de las acciones de impugnación en el artículo 116 de la LSA, ha de ser aprehendido con sentido restrictivo, toda vez que podría suceder que un concepto lato generara tal ampliación de las posibilidades de impugnación que pudiera llegar a destruirse la regla de caducidad, sin duda introducida para la seguridad del tráfico. Pero ya señalaba que se ha de encontrar el orden público entre los principios configuradores de la sociedad, en cuanto haya de impedir que el acuerdo lesione los derechos y libertades del socio, pero no ciñéndose a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente, sino a derechos que afecten a la esencia del sistema societario (SSTS 18 de mayo de 2000 [RJ 2000, 3934], 26 de septiembre de 2006 [RJ 2006, 7477]). 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 [RJ 2006, 827], 30 de mayo de 2007 [RJ 2007, 3608], 19 de julio de 2007 [JUR 2007, 236337]) y, como señalaba la Sentencia de 5 de febrero de 2002 (RJ 2002, 1601) (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).*

*Desde esta respectiva, pues, los acuerdos impugnados, unos en cuanto directamente conculcan el derecho del socio, y otros en cuanto son consecuencia ineluctable de los primeros, han de ser considerados nulos y constituyentes de una vulneración del orden público.”*

También la STS 29-10-2008 (RJ 2008\7692) reitera los criterios anteriores. Entiende el TS en este caso, que *“si el contenido de las juntas universales hubiera sido totalmente ficticio, como se alegaba en la demanda, los acuerdos atribuidos a tales juntas serían contrarios al orden público, ya que la simulación de acuerdos sociales inexistentes atenta contra los principios configuradores de la sociedad o si se quiere, contra derechos esenciales para el sistema societario.”* El TS, nuevamente, entiende que la celebración de las juntas universales sin la presencia de todo el capital social supone un acto falsario, que vulnera frontalmente el nivel participativo de los socios y, en consecuencia, los derechos esenciales del sistema societario. La vulneración de estos derechos supone el quebrantamiento de los principios configuradores de la sociedad previstos en el artículo 28 de la LSC y por ende la violación del orden público.

Esta nueva corriente jurisprudencial –que coincide con la mantenida en la sentencia que es objeto del presente comentario– da un vuelco radical a la tesis mantenida con anterioridad al 2007. La divergencia entre el posicionamiento mantenido hasta esa fecha y la doctrina que sostuvo el TS a partir de entonces constituye el origen de la celebración del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo con fecha 19 de abril de 2010 para unificar la doctrina.

### **3. La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2010**

Son cuatro los fundamentos de derecho en los que se desgrena la doctrina de la sentencia, concentrándose en el segundo de ellos los elementos de unificación de doctrina que resultan de mayor interés. En él se considera la infracción del artículo 116 de la LSA, alegando la recurrente que la acción de impugnación había caducado por haber transcurrido el plazo de un año establecido para los actos nulos que no son contrarios al orden público por su causa o contenido. La argumentación de la sentencia comienza con una breve mención a los requisitos exigidos por la Ley para la convocatoria de Junta y a los supuestos en que esta estaría eximida de cumplimiento. En concreto, admite el Tribunal que el artículo 99 de la LSA daba respuesta a la práctica de considerar bien celebradas las juntas a las que, pese a haberse omitido la convocatoria (o siendo la misma deficiente), asisten todos los titulares de las acciones representativas del capital social y aceptan por unanimidad su celebración.

Estas dos condiciones –asistencia de todo el capital social y aceptación por unanimidad de su celebración– constituyen una excepción al concepto de Junta como reunión previamente preparada y convocada. Señala el TS que la convocatoria, bien realizada de conformidad con los requisitos que exigen los artículos 94, 97 y 98, o en su defecto, por el artículo 99 para la válida constitución de la Junta Universal, condicionan la aplicación del método colegiado y por ende, la extensión de sus efectos a todos los socios, incluidos los disidentes y los no participantes en la reunión, de conformidad con la ley de la mayoría, a que los acuerdos se hubieran formado válidamente.

Por todo ello entiende el TS que el cumplimiento de los requisitos del artículo 99, como alternativa a la correcta convocatoria de los socios, afecta a la esencia de la sociedad anónima, entendida en el sentido del conjunto de principios configuradores a los que se refiere el artículo 10 de la LSA.

A partir de esta conclusión, el fundamento segundo enlaza con la declaración de que los artículos 115 y 116 de la LSA califican como nulos los acuerdos contrarios a la Ley, y al regular la caducidad de la acción de impugnación de los mismos, incluyen dentro de tal categoría aquellos que por su causa o contenido resulten contrarios al orden público.

Respecto del discutido concepto de orden público, el TS se alinea con la postura que mantuvo en la STS 30-5-2007 (RJ 2007\3608) al señalar que: “*el término orden público se suele emplear para designar el conjunto de principios o directivas que, por contener los fundamentos jurídicos de una determinada organización social, reflejan valores que en cada momento, informan sus instituciones jurídicas— sentencia de 21 de febrero de 2006. El artículo 116 usa el término en un sentido más restringido y como un elemento diferenciador entre dos categorías de normas positivas, tomando en consideración sólo principios ya incorporados a ellas.*”

Entre las normas que incorporan estos valores se encuentran aquellas que disciplinan aspectos esenciales del sistema societario (Sentencia del 26 de septiembre de 2007). Las mismas son reflejo, en efecto, de los principios configuradores del tipo de sociedad mercantil de que se trata (Sentencias de 28 de noviembre 2005 y 29 de noviembre 2007), a los que antes se hizo referencia.

*Pues bien, la celebración de reuniones de socios como juntas universales sin cumplir la primera de las condiciones exigidas en el artículo 99, la presencia de todo el capital, se ha considerado por la jurisprudencia viciada de nulidad y además, contraria al orden público (sentencias de 29 de septiembre de 2003, 30 de mayo y 19 de julio de 2007), con independencia de cuál sea el contenido de los acuerdos adoptados (sentencias de 19 de julio y de 28 de noviembre de 2007), no obstante la de 18 de mayo de 2000, ya que la nulidad de éstos no deriva de vicios o defectos intrínsecos, sino, por repercusión, de no valer como junta la reunión de socios en que se tomaron.”*

La sentencia de 29 de septiembre de 2003 a la que se hace referencia realmente no sigue la línea que se mantuvo en las sentencias de 30 de mayo y 19 de julio de 2007, sino todo lo contrario. Como se mencionaba en el apartado en el que se analizaban las posiciones enfrentadas a la STS objeto de este comentario, en la STS 29-9-2003 (RJ 2003\6829) se estableció textualmente, en relación con un acuerdo adoptado en una junta universal en la que no asistieron la totalidad de los accionistas, lo siguiente: “*Es evidente que sea el concepto de orden público que se tenga, el consignado acuerdo no puede decirse que “por su casusa y contenido” infrinja el orden público. Es un acuerdo tan ilegal como los declarados nulos, y por la misma causa, y por tanto sujeto al plazo de caducidad de un año.”*

Aclarado el error anterior, con carácter general debe advertirse que parece llamativo pensar que cualquier acuerdo adoptado en una junta universal en la que no haya asistido todo el accionariado deba considerarse nulo y contrario al orden público sin atender a otras circunstancias que pudieran haber tenido alguna incidencia y que podrían debilitar la argumentación del TS. Por ejemplo, parece desconcertante que no se analizará la influencia que resulta de un transcurso del tiempo excesivo entre el momento de adopción del acuerdo y el de la interposición de la demanda por el accionista/socio presuntamente perjudicado.

Si recordamos los hechos de la sentencia objeto de comentario, la parte actora presentó la demanda el 12 de marzo de 2003 solicitando la declaración de

nulidad de los acuerdos sociales que se adoptaron en la Junta General Extraordinaria Universal de fecha 30 de marzo de 1992, así como los adoptados en las Juntas Generales Ordinarias “Universales” desde el 31 de junio de 1995 hasta el 30 de junio de 2001, y los adoptados en sus homónimas de los años 1992, 1993 y 1994. Es decir, la parte actora tardó 10 años en impugnar unos acuerdos que consideró nulos y contrarios al orden público. Se echa de menos en la Sentencia alguna mención a las consecuencias que deben extraerse de este tan amplio lapso de tiempo en el que los actores podrían haber procedido a impugnar los acuerdos del año 1992, como, en cambio, tuvo en cuenta el TS en otras sentencias (STS 5-2-2002 [RJ 2002\1600]).

No hay que olvidar, como se citaba en una de las SSTS analizadas anteriormente –STS de 26-9-2006 (RJ 2006\7477)–, que el propósito de la vigente Ley de sociedades anónimas es facilitar la vida societaria y evitar la incertidumbre ante la impugnación de acuerdos después de un tiempo prolongado sin que los interesados en su nulidad los hayan impugnados.

#### 4. Conclusiones

La necesidad de un pronunciamiento por parte del Pleno de la Sala, trae causa de la existencia de dos posturas contrapuestas hasta la fecha que se sitúan en dos etapas claramente definidas: (i) la primera etapa, desde la entrada en vigor de la LSA hasta la STS 30-5-2007 (RJ 2007\3608); y (ii) la segunda a partir de la citada STS, aunque contaba con algún antecedente en el periodo anterior.

El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, confirma la línea jurisprudencial que recientemente había venido siguiendo, considerando que la ficción en la celebración de una Junta General universal constituye un hecho por sí solo una conducta contraria al orden público societario, por cuanto afecta a los principios configuradores del tipo social. Esto supondría que la acción para la declaración de la nulidad de los acuerdos sociales adoptados en las juntas falsamente universales no quedaría sujeta a plazo de caducidad alguno, siendo todos los acuerdos adoptados en las citadas juntas susceptibles de una nulidad “*sine die*”.

La jurisprudencia del TS durante la primera etapa mantiene una tesis restrictiva del concepto de orden público, entendiendo que los acuerdos adoptados en las juntas universales sin la presencia de la totalidad del capital social no pueden ser considerados como contrarios al orden público por el mero hecho de existir un elemento formal como la declaración de celebración de una junta general universal sin el cumplimiento de las normas relativas a la convocatoria. Sorprendentemente, todas las STS encontradas en esta materia hasta el 30 de mayo de 2007 –con excepción de STS de 21-10-1994 (RJ 1994\7678)– siguen esa línea.

Todo lo contrario ocurre en los pronunciamientos del sobre esta materia que el TS adoptó desde la STS 30-5-2007 (RJ 2007\3608) y hasta la STS objeto de comentario, en las que se aboga en el sentido opuesto.

Esta circunstancia es llamativa en cuanto que la jurisprudencia del TS es completamente lineal durante estos dos periodos, sin que en ninguno de ellos se intercalen sentencias en el sentido opuesto, con la única excepción antes referida de la STS de 21-10-1994 (RJ 1994\7678).

Por otro lado, y aquí sí que la jurisprudencia es unánime –al igual que la doctrina–, la determinación de lo que ha de entenderse por “orden público” al que alude el artículo 205 de la LSC no resulta fácil, siendo este un término indeterminado por su falta de concreción en la Ley. Resulta, por tanto, necesario que los Tribunales delimiten su significado. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han dado diversas definiciones de “orden público”, con una amplitud distinta y, en ocasiones, confusa.

En relación con el alcance que debe darse al concepto de orden público en relación con la impugnación de acuerdos sociales se pueden identificar tres posturas distintas. La primera lo entiende en un sentido lato; coincidiendo con los pronunciamientos de las SSTS 5-4-1966 (RJ 1966\1684) y 31-12-1979 (RJ 1979\4499), se considera que “[el orden público] *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*”. Esta definición no deja de adolecer de cierta imprecisión y es algo desfasada. De hecho, aquellos pronunciamientos se referían a hechos acontecidos con anterioridad a la LSA de 1989 y, por tanto, sin que el concepto de orden público tuviera cobertura en la esfera del derecho de sociedades vigente en la LSA de 1951.

Una segunda corriente es partidaria de una interpretación restrictiva del orden público, y, a estos efectos, considera que el orden público debería limitarse a los principios y derechos protegidos por la Constitución Española [STS 18-5-2000 (RJ 2000\3934); STS 5-2-2002 (RJ 2002\1600); y STS 4-3-2002 (RJ 2002\2421)].

Y por último, estaría la línea jurisprudencial y doctrinal que se siguió mayoritariamente, en la que el término de orden público se enmarca, por lo que se refiere a la validez de los acuerdos sociales, en los principios configuradores de la sociedad del artículo 28 LSC. Sin embargo, esta tesis no está, a su vez, exenta de problemas. La determinación del alcance y contenido exacto de los principios configuradores de las sociedades de capital es una labor complicada. Ni la derogada LSA en su artículo 10, ni la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de las Sociedades de Responsabilidad Limitada en su artículo 12.3, ni la vigente LSC en su artículo 28, realizan una enumeración de los principios configuradores de la sociedad. Debe añadirse que buena prueba de la citada indeterminación en torno a los principios configuradores, es su falta de concreción jurisprudencial

[MIQUÉL RODRÍGUEZ, J. *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital Anónimas*, Volumen I, pag.153].

Lo que sí parece, atendiendo al caso concreto que nos ocupa, es que el principio de igualdad de trato de los accionistas, el principio mayoritario y el respeto a los inderogables derechos individuales de los accionistas y de las minorías, son principios comprendidos dentro de los principios configuradores de las sociedades de capital.

Si se mira hacia atrás, antes de la STS de unificación de doctrina, la pretensión de la nulidad radical del acuerdo social sobre la base de la vulneración del orden público se ha ejercitado con frecuencia tratando de salvar el plazo de caducidad de un año. Sobre todo antes de la STS 30-5-2007 (RJ 2007\3608), la experiencia jurisprudencial dice, que desde que entró en vigor el texto de la LSA, en todos los supuestos en los que se alegó la vulneración de orden público la Sala Primera del Tribunal Supremo declaró siempre que no se había producido tal vulneración. En otras sentencias el objeto de la litis hacía referencia al ejercicio de la acción de impugnación dentro del plazo del año alegando que el acuerdo es contrario a la Ley y al orden público, sin que el TS se pronunciara sobre el concepto de orden público para la estimación de la demanda de nulidad del acuerdo al haberse interpuesta esta dentro del plazo de un año (SSTS 8-11-1995 [RJ 1995\8113] y 3-10-2002 (RJ 2002\9792)].

En el caso que nos ocupa, teniendo en cuenta la cantidad de tiempo transcurrido entre la adopción del acuerdo y la interposición de la demanda, resulta cuanto menos llamativo considerar que cualquier acuerdo adoptado en una junta general universal en la que no ha estado presente o representado todo el capital social deba considerarse un acuerdo nulo y contrario al orden público – y por consiguiente no sujeto a plazo de caducidad alguno– por vulnerar los derechos del accionista, especialmente el señalado en el artículo 93 c) LSC, derechos cuya efectiva protección constituye uno de los principios configuradores de la sociedad (artículo 10 LSA). Parece razonable concluir que, como ocurre en la STS comentada, debería existir alguna excepción a esta regla general, pues no siempre se vulneran los derechos del accionista.

Cabe cuestionarse si el TS analizó si los accionistas que estuvieron ausentes en la Juntas Generales Ordinarias y Extraordinarias realizaron con posterioridad a dichas Juntas actos, actuaciones o declaraciones que carecerían de sentido de no tener por validos los acuerdos impugnados, es decir, que en determinados momentos los actores hayan realizado actos que impliquen la validez y la eficacia de los acuerdos de modo implícito o explícito. Otro asunto sería que fueran engañados y que en todo momento creyeran que seguían teniendo la misma participación que habían tenido inicialmente.

En la práctica existe el riesgo potencial de que se abuse de la excepción de orden público, de que sea desnaturalizada por demandas intempestivas, bajo el argumento de que la acción está viva porque el acuerdo se considera, sin razo-

nes serias y por el mero hecho de haberse acordado en un Junta Universal ficticia, como contrario al orden público [URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., MUÑOZ PLANAS, J.M., *La junta general*, en Uría/Menéndez/Olvecencia, dirs., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo V, Madrid 1991, pág. 326].

A estos efectos, resulta seriamente arriesgado sostener una interpretación extensiva del concepto de orden público, sin tener en cuenta otras circunstancias, además del incumplimiento de los aspectos formales de la convocatoria de la junta, que inciden en el interés social y la seguridad del tráfico jurídico.

No es ajena a la práctica societaria la celebración de falsas juntas universales, bien por temas de costes, bien por agilidad de plazos, siendo los socios consentidores de tal irregularidad. La declaración de nulidad por contrariedad al orden público de todos los acuerdos celebrados en estas juntas y por tanto, la posibilidad de que sean objeto de demanda sin plazo, resulta cuanto menos, opuesto a la seguridad del tráfico jurídico-societario.

La línea jurisprudencial que se sostiene en la presente sentencia ofrece serias dudas desde la perspectiva de la necesaria seguridad del tráfico jurídico por cuanto: (i) aun transcurridos extensos períodos de tiempo se pueden declarar nulos acuerdos sociales adoptados hace años de los que puedan haber derivado determinadas situaciones y consecuencias de difícil reconducción; y (ii) permite que socios y accionistas actúen de mala fe, en el sentido de que puedan consentir ciertas irregularidades durante largos periodos de tiempo y, a su conveniencia, pretender la declaración de nulidad de actos implícitamente consentidos.

No hay más que acudir a los principios generales para poder restringir la legitimación de los accionistas que pretenden, invocando defectos formales, impugnar un acuerdo cuando se dieron en su momento condiciones básicas para llevar a cabo esa impugnación y no lo hicieron. No parece razonable ni acorde con la buena fe, que luego invoquen esta causa para la impugnación.

La anterior línea jurisprudencial resultaba más coherente con la seguridad del tráfico jurídico por cuanto no consideraba que la ficción en la universalidad de la Junta (o la falta de convocatoria) “contaminara” la totalidad de los acuerdos adoptados en ella, remitiéndose a un análisis de cada uno de los acuerdos sociales para determinar su nulidad o no en base a su pretendida oposición al orden público.

Desde la perspectiva del accionista o accionistas que declaran que la Junta se constituyó con carácter de universal, habrá que constatar si el no cumplimiento de las normas de convocatoria y la declaración en el acta de que todos los accionistas estaban presentes se motivó en la única finalidad de adoptar un acuerdo en perjuicio de los accionistas ausentes a la Junta y en beneficio propio. Por otro lado, se debería igualmente comprobar si efectivamente, se pro-

dujo el daño o perjuicio esperado sobre el accionista no presente a la Junta. Si se constata la presencia de estos elementos (intención de perjudicar y daño causado) podría, efectivamente, considerarse estimable la alegación del orden público, para declarar la nulidad de la junta y de los acuerdos, a pesar del transcurso del plazo de un año.

Desde la perspectiva del accionista perjudicado, habrá que atender a las eventuales actuaciones, actos o declaraciones realizadas por éste durante el periodo comprendido entre la adopción del acuerdo y la interposición de la demanda que impliquen la validez y la eficacia de los acuerdos de modo implícito o explícito. En definitiva ello permitirá determinar si los accionistas ausentes actuaron de conformidad con las normas de la buena fe, que a nuestro modo de ver, incluye la de no demandar la nulidad de juntas declaradas como universales, cuando, eran conscientes de que se estaban celebrando sin su presencia y no se opusieron a ello.

Solo cuando el supuesto se haya analizado desde ambas perspectivas, será posible determinar si los acuerdos adoptados por la junta resultan contrarios al orden público, por su causa o contenido.

En nuestra opinión, por tanto, no procedería promover una interpretación tan amplia y generalizada del concepto orden público como la que ofrece la STS objeto de este comentario, en la que el TS se adhiere a la doctrina que últimamente había venido manteniendo, de acuerdo con la cual todos los acuerdos que se adoptaron en juntas generales declaradas como universales pero a las que no asistió la totalidad del capital social, independientemente del contenido del acuerdo adoptado en dicha junta, serían acuerdos que vulneran los derechos fundamentales de los accionistas y por tanto serían nulos y contrarios al orden público, pudiendo, en consecuencia, ser anulados, incluso aunque hubiera transcurrido el plazo de un año desde su aprobación.

## 5. Bibliografía

- Alfaro Águila-Real, J., y otros, *Memento Práctico. Sociedades Mercantiles 1995-1996*, Madrid, (1995), págs. 152-163.
- Arroyo Martínez, I., en Arroyo/Embid, dirs, *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, 2ª ed., Madrid 2009, págs. 715 y ss.
- Díez-Picazo, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial I*, Madrid 2007, pág. 157.
- Jiménez De Parga, R., *La impugnación de los acuerdos sociales en la Ley Reguladora de la Sociedad Anónima*, Madrid 1995
- Miquel Rodríguez, J., Arroyo/Embid, dirs. *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital Anónimas*, Volumen I, 2ª ed., Madrid, 2009, pág.153 y ss.
- Recalde Castells, A., *Limitación estatutaria del derecho de voto en las sociedades de capitales*, Madrid 1996.

- Rodríguez Ruiz De Villa, D., *Impugnación de Acuerdos de las Juntas de Accionistas*, Navarra (2002), págs. 262 y ss.
- Uría González, R., Menéndez Menéndez, A., Muñoz Planas, J.M., *La junta general*, en Uría/Menéndez/Olvecencia, dirs., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo V, Madrid 1991, págs. 326 y ss.
- Sánchez Álvarez, M.M., “Orden del día, regularización de convocatoria defectuosa y nulidad de acuerdos sociales”, *RdS*, n° 8, 1997, pág. 287 y ss.
- Sánchez Álvarez, M.M., “Nulidad de los acuerdos sociales, orden público y principios configuradores de la sociedad anónima. Comentario a STS 30 de mayo de 2007”, *Revista de derecho de Sociedades*, n° 30, 2008, págs. 513 y ss.
- Sánchez Calero, F., *Administradores*. Artículos 123 a 143, *Revista de Derecho Privado*, (1994), pág. 203.
- Sánchez Calero, F., *La Junta General de en las Sociedades de Capital*, Madrid, 2007, págs. 367 y ss.