

2. MERCANTIL

Las Juntas generales clandestinas y la buena fe

Clandestine general shareholders meetings and good faith

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

RESUMEN: La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2017 analiza las consecuencias legales de las Juntas generales clandestinas.

ABSTRACT: *The judgment of the Spanish Supreme Court dated 20 September 2017 analyses the legal consequences of the clandestine general shareholders meetings.*

PALABRAS CLAVE: Derecho de sociedades. Impugnación de acuerdos sociales. Buena fe.

KEY WORDS: *Corporate Law. Challenging corporate agreements. Good faith.*

SUMARIO: I. LOS ANTECEDENTES DEL CASO.—II. LA BUENA FE, EL ABUSO DE DERECHO Y LAS JUNTAS GENERALES CLANDESTINAS.—III. INCUMPLIMIENTO LEGAL Y ESTATUTARIO VS. VULNERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LOS ANTECEDENTES DEL CASO

En la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 4012) se aborda el conocido tema relativo a la consideración de la clandestinidad o convocatoria sorpresiva de una Junta general, así como las consecuencias derivadas de esta circunstancia.

Como resumen de antecedentes el Fundamento de Derecho Primero de la mencionada sentencia del Tribunal Supremo nos menciona lo siguiente:

1. La compañía mercantil Europea de Promociones Solares S.A., constituida el 20 de abril de 2005, tiene un capital social de 215.000 euros, dividido en 2.150 acciones nominativas, repartidas en la siguiente proporción: 1075 acciones (50% del capital social) pertenecientes a D. Cornelio; 774 acciones (36% del capital social) pertenecientes a D.^a Andrea; 301 acciones (14% del capital social) pertenecientes a la comunidad hereditaria de D. Victorio.

2. Desde su constitución, todas las Juntas generales de la sociedad se habían celebrado en la modalidad de Junta universal, hasta la Junta general extraordinaria de 9 de marzo de 2011, cuya convocatoria se anunció mediante publicación en el BORME y en el diario El Correo de Andalucía, de Sevilla.

3. A la Junta general de 9 de marzo de 2011 solo asistió el hasta entonces administrador solidario, D. Cornelio. En la misma se acordó cesar a la otra administradora solidaria, Dña. Andrea, y se nombró administrador único al Sr. Cornelio.

4. Dña. Andrea y Dña. Isabel, D.^a. Socorro y Dña. Candelaria (como herederas de D. Victorio) interpusieron una demanda contra la sociedad Europea de Promociones Solares S.A., en la que solicitaron la nulidad de la junta general de 9 de marzo de 2011 y de los acuerdos adoptados en la misma, así como la cancelación de los asientos registrales a que hubiera dado lugar. Basaban su pretensión en la existencia de abuso de derecho y mala fe en la convocatoria de la Junta general, efectuada con la finalidad de impedir el derecho de asistencia de los accionistas minoritarios.

La sentencia del juzgado mercantil argumenta, sintéticamente, que la forma de convocar la junta impugnada, absolutamente novedosa en la práctica de la sociedad durante años, tuvo por finalidad apartar a Dña. Andrea del órgano de administración, como finalmente así aconteció, impidiendo su posible oposición así como de la del resto de socios.

La sentencia de segunda instancia considera que, pese a que la junta se celebró de acuerdo con las previsiones legales, concurrió un claro abuso de derecho por parte del administrador solidario, por las siguientes y resumidas razones: (i) Ha quedado probado que lo usual era acordar verbalmente la celebración de junta que adoptaba la forma de Junta universal, sin que tuviese mucho sentido el gasto de publicar una convocatoria de Junta general en el BORME y en un diario de los de mayor circulación de la provincia del domicilio social; (ii) Si circunstancias posteriores imposibilitaban la Junta universal, el administrador convocante debería haber actuado con buena fe y comunicar al resto de socios que se cambiaba el modo de convocatoria y se optaba por el procedimiento ordinario previsto legalmente, máxime cuando una de tales socias era coadministradora solidaria. (iii) Al no hacerlo así, incurrió en abuso de derecho, e incluso en fraude de ley. (iv) Las normas sobre convocatoria de Junta general que contiene el artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital (RCL 2010, 1792 y 2400) (en adelante, LSC) tienen como finalidad garantizar que los socios tengan conocimiento de la reunión que ha de celebrarse y de los asuntos a tratar, de modo que puedan ejercer sus derechos políticos, estableciendo al mismo tiempo un sistema que no impida en la práctica la efectividad de la convocatoria en aquellos casos en que la sociedad esté conformada por un gran número de socios que haga sumamente dificultosa una notificación individual que deje constancia a todos y cada uno de ellos. (v) En el caso de sociedades en que por el escaso número de socios que las integran sea habitual la comunicación personal a los socios de la convocatoria de la junta, la utilización sorpresiva y sin aviso previo exclusivamente del sistema previsto en el artículo 173 LSC supone una aplicación torticera del mismo, con la finalidad contraria a la legalmente querida, es decir, tratar de que el otro socio no pueda enterarse de la convocatoria y ejercer sus derechos políticos, que es precisamente lo que con toda claridad ha ocurrido en el caso.

Teniendo en cuenta los anteriores antecedentes, la decisión de la Sala es la siguiente:

«1. Cuando la junta general no se constituye como junta universal, su convocatoria habrá de realizarse en la forma prevista por la Ley o los estatutos para que su celebración sea válida. El artículo 173.1 LSC, en su redacción vigente a la fecha de celebración de la junta impugnada, establecía que la convocatoria se publicará en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social; previsión que venía recogida en los mismos términos en los estatutos sociales. En principio, pues, la convocatoria será correcta y la junta no podrá ser tachada de nulidad si se cumplen tales requisitos.

No obstante, habrá supuestos en que procedería la sanción de nulidad si se acreditara el ánimo del convocante de que el anuncio pasara desapercibido, lo que puede deducirse, por ejemplo, de la ruptura de la que, hasta entonces, había sido la pauta general para convocar las juntas (notificación personal, anuncio en un diario concreto). Es el caso de la sentencia de esta Sala 272/1984, de 2 de mayo, en que no se citó personalmente al accionista mayoritario, una sociedad francesa, «como usualmente se venía haciendo». O de la sentencia 171/2006, de 1 de marzo, que confirmó la sentencia que declaró la nulidad de la junta, pues aunque el diario era de los de mayor difusión en la provincia, no lo era en la isla del domicilio y, sobre todo, se omitió «el aviso personalizado que todo parece indicar se practicó otras veces». A su vez, la sentencia 1039/1999, de 9 de diciembre (RJ 1999, 9483), advirtió que este tipo de situaciones encuentran mejor acomodo en el artículo 7 del Código Civil (LEG 1889, 27) (mala fe y abuso del derecho) que en el artículo 6.4 (fraude de ley) del mismo Código.

2. La sentencia recurrida no se aparta de dicha jurisprudencia, ni siquiera de la fijada en la última de las resoluciones citadas, que se invoca expresamente en el recurso, puesto que en dicha sentencia 1039/1999 no se consideró acreditado el sustrato fáctico necesario para apreciar el abuso de derecho; porque la aplicación de la doctrina del abuso del derecho, o la apreciación de mala fe, depende de las circunstancias del caso concreto, que es precisamente lo que destaca la mencionada resolución.

Es más, resulta significativo que ante el supuesto bloqueo en las votaciones la solución sea convocar una junta sin comunicarlo a la coadministradora solidaria, cuando precisamente el objetivo primordial de su celebración era su cese. O por lo menos, haber avisado con antelación a los socios que, en lo sucesivo, las convocatorias se harían conforme a lo previsto legal y estatutariamente.

Lo relevante no es la diligencia de la Sra. Andrea en relación con los medios por los que pudo conocer la publicación de la convocatoria en el BORME y en un diario de Sevilla, como pretende la recurrente (publicación de la convocatoria en dicho boletín y en un periódico que no se había realizado nunca desde la constitución de la sociedad), sino las circunstancias en las que se produjo la convocatoria y la valoración de la actuación unilateral del coadministrador solidario, a fin de determinar si se corresponde con un modelo de conducta que pueda ser considerado honesto y adecuado. Y no cabe considerar que su actuación fuera adecuada cuando rompió el hábito seguido durante toda la vida de la sociedad, no avisó a los socios del abandono de dicho uso y el acogimiento al sistema previsto en la ley y los estatutos, ni tampoco

advirtió a su coadministradora solidaria que iba a convocar una junta en la que se iba a discutir su cese.

3. Razones por las cuales este primer motivo de casación debe ser desestimado.

Por tanto, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2017, confirmando el fallo de apelación y desestimando por tanto el recurso de casación, entiende que:

(i) Si bien hay que partir del régimen legal y estatutario de convocatoria de la Junta general, la adecuación a derecho de dicha convocatoria solo se produce una vez analizadas las circunstancias en las que se produjo la convocatoria así como de la actuación del convocante.

(ii) La convocatoria no se considera adecuada y por lo tanto ha de carecer de la eficacia correspondiente a la misma cuando el convocante se ha apartado del sistema de convocatoria seguido durante la vida social y no avisa de dicho cambio a los socios. Es decir, se considera que no se actúa de buena fe cuando la convocatoria había venido siendo efectuada verbalmente por parte del órgano de administración competente a los socios para la celebración de Juntas Generales Universales sustituyéndolo por el sistema legal y estatutario de convocatoria, máxime en aquellos casos en que trasciende un enfrentamiento social.

II. LA BUENA FE, EL ABUSO DE DERECHO Y LAS JUNTAS GENERALES CLANDESTINAS

El principal antecedente jurisprudencial existente sobre la materia lo podemos encontrar en la sentencia del Tribunal Supremo de 2 mayo 1984 (*RJ* 1984, 2392), que estima la nulidad de una Junta general por ocultamiento en cuanto a la convocatoria y celebración de la misma, razonando lo siguiente:

«(...) si bien “ciertamente y como se ha expresado anteriormente aparecen cumplidos los requerimientos legales para llevar a efecto la fusión», y aquí cita todos los preceptos que se dicen indebidamente aplicados, no es menos cierto, y así resulta del examen conjunto de la prueba practicada, que toda esa actuación dentro de la normativa legal, es llevada a cabo, pese a su aparente publicidad, en forma que hay que acusar de furtiva frente a ‘Etablissements B., S. A.’ de París, accionista mayoritario de ‘B. Española, S. A.’ poseedora del 50% de sus acciones, que por razón de su domicilio social, al no serle comunicada en forma directa, como usualmente se venía haciendo, la convocatoria de la Junta General Extraordinaria en la que debía debatirse el acuerdo de fusión (así como antes no se le comunicó la creación por varios accionistas de ‘B. Española’ de ‘B. Europa, S. A.’, sociedad con idéntica finalidad social, inoperante, teniendo como socios fundadores la esposa e hijo del mayoritario accionista español), no pudo conocer la publicidad meramente formal de aquella convocatoria y del acuerdo adoptado, celosamente ocultado y anteriormente preparado con la exclusiva finalidad de lograr su eliminación de la sociedad (...).

Que ello tiene su adecuado encaje, no en los preceptos que quienes recurren estiman infringidos por la sentencia combatida y sí en el

séptimo, dos del Código Civil en cuanto la eliminación de la sociedad recurrida en la tantas veces citada Junta General Extraordinaria se obtuvo (tercer considerando) ‘contrariando las exigencias de buena fe que deben presidir el ejercicio de los derechos conforme el artículo 7.º del Código Civil y que se producen ocultando la verdad a quienes no pueden conocerla por razón de residencia y haber puesto su confianza en la situación jurídica existente’, extremos estos que al no aparecer atacados en forma en el presente recurso, adquieren la condición de probados”».

Por lo tanto, las notas inherentes a la ineficacia de la convocatoria de la Junta general y de la celebración de la misma han venido consistiendo, como afirma, FARRANDO MIGUEL¹, en una anormalidad en el ejercicio (circunstancia objetiva) y en la voluntad de perjudicar o la ausencia de interés legítimo (circunstancia subjetiva), como por ejemplo, con el ánimo espurio de eliminar a un socio de la vida social.

En cuanto a la circunstancia objetiva, como observa FARRANDO MIGUEL (*vid. op. cit.*), en la práctica jurisprudencial se ha venido declarando la existencia de una convocatoria de una Junta General con infracción del principio de la buena fe en los supuestos en que se interrumpe la práctica consistente en convocar a los socios en una forma complementaria a la prevista legal y estatutariamente.

Este requisito de convocatoria en forma complementaria ha de ser una práctica habitual y reiterada, puesto que de lo contrario la Jurisprudencia no estima la existencia de práctica contraria a la buena fe y en abuso de derecho.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2001 (RJ 2001, 1002), cuando razona que:

«solamente una vez parece haber tenido lugar este medio de llamada [convocatoria directa], de propia voluntad y no por imposición estatutaria, sin más repetición para otras ocasiones».

Sin embargo, no es menos cierto que también existen pronunciamientos claramente contrarios, con un gran calado *ius* positivista, cuyos exponentes pueden constituirlos la sentencia de Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9483), cuando falla lo siguiente:

«Y en el caso que se enjuicia faltan ambos requisitos, porque la supuesta norma de cobertura no solo crea apariencia de legalidad, sino que da “protección total” (sentencias de 23 de febrero y 30 de junio de 1993 [RJ 1993, 1227 y RJ 1993, 5341] y 23 de enero 1999) al acto realizado, en cuanto que la convocatoria de la Junta de la Sociedad Anónima se ajusta a su contenido, y falta que el resultado conseguido vulnere una norma prohibitiva, porque con la observancia del artículo 97 LSA se da preciso cumplimiento a las exigencias legales del caso, y no se elude o soslaya ningún otro precepto del ordenamiento jurídico, sin que quepa incluir en este unas prácticas habituales, comportamientos usuales, o similares, ni siquiera un ordenamiento contractual (sentencias de 3 de noviembre 1992 [RJ 1992, 9190] y 4 de noviembre de 1994 [RJ 1994, 8373])».

Con igual resultado negativo, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1629), cuando establece que:

«mal puede argumentarse la existencia de fraude de ley y de abuso de derecho cuando se actúa de conformidad con el propio texto de una norma especialmente previsto para el supuesto de que se trate, toda vez que [...] la sociedad...], utilizó, en el proceso de aumento de capital, el sistema y medio de comunicaciones a los socios que literalmente prevé la Ley [...], y regulan, además, sus propios Estatutos Sociales [...] y que, asimismo, habían venido siendo utilizados por la mercantil para la comunicación con sus socios —por ejemplo para convocar Juntas Generales— desde hacía varios años».

Sigue destacando FARRANDO MIGUEL (*vid. op. cit.*) otras circunstancias que han venido apreciándose en la Jurisprudencia como supuestos de convocatorias de Juntas Generales contrarias a las exigencias de la buena fe y del abuso de derecho. En este sentido, pueden citarse los supuestos en que se ha convocado la Junta en una circunstancia anormal como puede ser la constancia en un diario de escasa difusión en el lugar de celebración de la Junta General o bien en aquellos supuestos en los que se realiza en un diario diferente a los que habitualmente adquieren los socios convocados.

En el primer sentido, podemos señalar la sentencia del Tribunal Supremo núm. 171/2006 de 1 de marzo de 2006 (RJ 2006, 725), que afirma:

«Tal es lo que ocurre en el caso que nos ocupa. La Sentencia recurrida basa su convicción sobre la carencia de una información suficiente respecto de la convocatoria de la Junta en la omisión del aviso personalizado, que “todo parece indicar” se practicó otras veces. Y tal omisión no puede ser justificada por el hecho de haber publicado la convocatoria en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia, como exige el artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206), cuando se trata de una provincia formada por varias islas y se da la circunstancia de que el citado medio tiene escasa difusión en la isla en la que tiene la sede la sociedad y en la que se ha de celebrar la Junta, y más cuando ha habido una ruptura entre los dos socios que venían a dominar la compañía y uno de ellos aprovecha la ocasión para dominar ampliamente en el capital social mediante una inversión que, en relación con los activos que pasan a quedar bajo su control, es realmente de escasa entidad».

En el segundo de los sentidos, encontramos la sentencia del Tribunal Supremo núm. 886/2003 de 25 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 7004), que establece que:

«así como entendió fraudulenta la convocatoria de la Junta General Extraordinaria, no porque no se cumpliesen los requisitos formales para la validez de la misma, requisitos que, no tienen otro objeto que hacer público, para general conocimiento, tanto el hecho de la convocatoria, como el orden del día, pero que los juzgadores de instancia entendieron que el conocimiento de la convocatoria, se hurtó fraudulentamente a la demandante y coadministradora de la sociedad, como se ha dicho, de carácter familiar, en los que son socios únicamente, los dos cónyuges y el hijo mayor, en fecha en la que todavía vivían junto el matrimonio, y no solo no se le hace saber a la esposa y coadministradora la convocatoria de la Junta General, sino que el anuncio de la convocatoria, se hace en un periódico de la provincia, distinto al que habitualmente

adquiere la familia, por lo tanto, manteniendo torticeramente a la esposa en desconocimiento de la convocatoria de Junta General, celebrada sin asistencia de la Sra. Rocío, en la que se acordó la separación del cargo de administradora a esta».

Respecto de la circunstancia subjetiva, el Tribunal Supremo la ha apreciado en casos en que se pretendía la eliminación de uno de los socios del capital social, como es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de mayo de 1984 (*RJ* 1984, 2392), o bien, para dominar el capital social tal y como se analizó en la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2006 (2006/725).

Una vez atendido lo anterior, es decir, el cúmulo objetivo y subjetivo de requisitos que viene exigiendo nuestra Jurisprudencia del Tribunal Supremo, nos resta preguntarnos en estos momentos cuál es la consecuencia jurídica que debemos ofrecer como respuesta al supuesto de hecho consistente en la celebración de una Junta General clandestina o sorpresiva, para lo que hemos de atender a la configuración de la misma como un supuesto de acto contrario a la buena fe o incluso como un acto ejercitado en abuso de derecho, no siendo clara la respuesta que se ofrece jurisprudencialmente al respecto, aunque con acierto —sostenemos de antemano— que puede sostenerse la coexistencia de ambas calificaciones en la gran mayoría de los supuestos, dada la ausencia de nitidez definitoria de los mismos, que se produce en la generalidad de las situaciones.

Entendemos que el anterior deslinde en este campo que nos ocupa, entre acto contrario a la buena fe o acto abusivo no ha sido objeto de gran interés ni en nuestra doctrina ni en nuestra Jurisprudencia, aunque sí destacamos la propuesta que realiza ALFARO ÁGUILA-REAL² al respecto, cuando razona lo siguiente:

«Se trata de un incumplimiento indirecto del “contrato social” precisamente porque los socios se deben entre sí la buena fe lo que, en circunstancias como las del caso que comentamos, obligan al socio administrador a tener en cuenta el interés del otro socio en asistir a la junta y, por tanto, a utilizar un medio de comunicación de la convocatoria que, razonablemente, permita a este tomar conocimiento de la convocatoria cuando, como es el caso de los administradores solidarios (y también, a nuestro juicio, de los mancomunados) tienen la facultad de convocatoria de la junta. Hay abuso de derecho porque el administrador es socio. Si el administrador no es socio y no actúa en su propio interés, no podríamos calificar la convocatoria de abusiva porque el administrador se haya limitado a cumplir con lo previsto en los estatutos sociales. Simplemente, el administrador no ejercita ningún derecho. Cumple una función y, por tanto, no es de aplicación la prohibición de abuso de derecho. Habrá incumplimiento de sus deberes como administrador».

Por tanto, la calificación de estas convocatorias clandestinas como abusivas tiene sentido cuando podemos reprochar al administrador haber actuado a sabiendas en perjuicio de un socio concreto y en conflicto de interés, conflicto que sufre en su condición de administrador por el hecho de ser, simultáneamente, socio de la sociedad.

En realidad, podríamos decir que el administrador que así actúa infringe lo dispuesto en el artículo 228 a) LSC —desviación de poder— por cuanto el poder que se le atribuye para convocar juntas no puede ser utilizado para desplazar de la administración a un socio que no podrá tener conocimiento de la convocatoria por el método elegido por el administrador para realizar la misma. Recuértese que el artículo 228 a) LSC no solo prohíbe a los administradores usar sus facultades para fines espurios. Hace algo más. Les ordena que solo utilicen sus facultades como administradores para el fin para el que se les concedieron. Lo

que significa, a contrario, que este precepto impone a los administradores un deber de pasividad o imparcialidad en relación con las disputas entre los socios. Un administrador no puede utilizar las facultades de convocatoria para favorecer a uno de los socios en disputa con el otro. Lo de «ni quito ni pongo rey pero ayudo a mi señor» no va con los administradores sociales. «Ayudar a mi señor» (o, en este caso, al propio administrador que es también socio) utilizando para ello las facultades de un administrador constituye un ejemplo señero de desviación de poder».

Para una comprensión y análisis de la anterior propuesta, estimamos que hemos de empezar por el razonamiento que sobre el abuso del derecho y el ejercicio contrario a la buena fe nos efectúa MIQUEL GONZÁLEZ³, cuando nos enseña lo siguiente: «Las diferencias entre ambas figuras no son claras. Los intentos doctrinales de delimitación no parecen haber conseguido su objetivo. Tampoco puede decirse que la jurisprudencia lo haya logrado satisfactoriamente (...).

De modo aproximado podemos decir que el ejercicio del derecho contra la buena fe ataca la confianza suscitada en la otra parte; o bien, una regla de coherencia de la propia conducta por imperativos éticos; la buena fe también condena el ejercicio de un derecho obtenido de forma desleal. Se desenvuelve en el marco de una relación especial entre las partes, en la que impone un deber de mutua consideración o lealtad recíproca. En el abuso de derecho hay una violación, dentro de los límites formales de un derecho o de una norma, de los valores contenidos en ellos o de la idea axiológica ínsita en el derecho subjetivo o en la norma. En el abuso del derecho, el problema se aborda, al menos inicialmente, desde la óptica de los derechos absolutos, por ejemplo, la propiedad, como un problema del ámbito de libertad reconocido por el derecho o la norma. La cuestión ha sido la de determinar hasta qué punto un acto que cae formalmente dentro de ese ámbito del *habere licere* puede ser antijurídico y desencadenar responsabilidad extracontractual o una acción negatoria, especialmente en las relaciones de vecindad pero también, modernamente, en el ámbito de la competencia desleal. (...) En estos casos, en principio, no hay una relación previa entre las partes. El abuso del derecho parece haberse originado del conflicto entre derechos absolutos definidos de modo individualista y criterios finalistas moralizadores y socializadores. La buena se desarrolla como principio para resolver conflictos entre los valores de la honestidad, fidelidad, confianza legítima y las reglas legales de *ius strictum* (...).

Desde otra óptica se distingue entre abuso individual, como una contradicción en el ámbito de la interacción subjetiva, un abuso institucional en el ámbito de la organización de la Sociedad y del mercado y finalmente un abuso del derecho como conflicto que se produce en un plano social más elevado donde chocan diversos sistemas sociales de carácter parcial y sus respectivos valores (derechos fundamentales, libertad de expresión, derecho a la huelga, libertad de conciencia)».

En realidad, entendemos con JUSTE MENCÍA, en relación con la explicación del artículo 228 a) de la Ley de Sociedades de Capital, que el mismo impone a los administradores en cumplimiento de su deber de lealtad el no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquellos para los que le han sido concedidas, por lo que el supuesto de hecho de esta norma está regulando el conocido caso del «abuso de facultades» que ya se previera en el artículo 144 del Código de Comercio y en el artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, como caso de responsabilidad de los administradores.

En este sentido, JUSTE MENCÍA razona lo siguiente: «El presupuesto de aplicación de la norma es la realización de actos en el ejercicio de facultades propias del cargo, para la que los administradores están habilitados. No se trata, por lo tanto, de actos que exceden de aquellas competencias, ya sea en el plano de la administración societaria o de la representación de esta frente a los terceros, sino de actuaciones formalmente válidas o regulares, pero viciadas por el abuso del propio derecho, que el legislador de sociedades define por referencia a la finalidad con que se han realizado»⁴.

En la óptica de la teoría general representativa, hemos de acudir a las enseñanzas de DÍEZ-PICAZO para entender el significado del abuso de poder en la representación voluntaria, o en este caso, abuso de facultades en la representación orgánica⁵, cuando razonaba lo siguiente: «El abuso del poder de representación presupone la existencia formal del poder y la actuación del apoderado dentro de los límites formales del poder. Implica, sin embargo, una utilización del poder de representación para una finalidad distinta de la perseguida por el poderdante y en función de unos intereses distintos de los del poderdante.

Ajustándose estrictamente la distinción entre instrucciones y límites (*vid. supra*, 186) hay que llegar a la conclusión de que el acto del apoderado, situado formalmente dentro de los límites del poder, es eficaz frente a terceros aunque se haya producido desviación o abuso. Las consecuencias del abuso deben producirse en línea de principio únicamente en la relación interna entre representado y representante, donde generará un deber de resarcimiento o de indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, en aquellos casos en que el tercero hubiera conocido o debido conocer el carácter abusivo o desviado del acto de ejercicio del poder, por el representante, entendemos que este hecho es determinante de la ineficacia del negocio estipulado por el representante con el tercero. El caso más claro será aquel en que el tercero sea de alguna manera el beneficiario directo del acto abusivo o resulte cómplice de él. A nuestro juicio, la solución debe ser la misma siempre que el tercero conozca el carácter abusivo del acto del apoderado. (...) El defecto del acto contemplado parece un defecto causal: nulidad por causa ilícita».

Pues bien, en nuestra opinión el acto del administrador convocando una Junta General sorpresiva o clandestina, tanto si es socio, como si no, claramente supone el ejercicio de un derecho y por tanto no puede excluirse del ámbito de aplicación de la teoría del abuso del derecho el caso de que el administrador no sea socio, puesto que el acto de convocatoria lo realiza en ejercicio de un derecho previsto legalmente aunque lo ejecuta, eso sí, de una forma diferente o con una finalidad distinta para lo que le fue concedido, lo que entraña realmente un ejercicio abusivo del derecho.

Si bien es cierto, que la línea de distinción no es clara entre el ejercicio del derecho contrario a la buena fe y el acto ejecutado en abuso de derecho, el supuesto analizado consistente en el abuso de facultades al que hace referencia el artículo 228 a) de la Ley de Sociedades de Capital que impone a los administradores en cumplimiento de su deber de lealtad el no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquellos para los que le han sido concedidas, entendemos que ha de ser considerado como un caso de abuso de derecho, según la distinción en línea de principio que podemos hacer. En este sentido, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN⁶, explicaban convincentemente lo siguiente: «Al lado de los límites que hasta ahora hemos mencionado, es posible encontrar unos límites genéricos aplicables a todos los derechos y que se fundamentan en la idea misma de lo que el derecho sea y de la finalidad para la cual es concedido o atribuido al particular.

Estos límites genéricos o institucionales se apoyan sobre estas bases:

1.^a. El ejercicio del derecho debe hacerse conforme a las convicciones éticas imperantes en la comunidad.

2.^a. El ejercicio de un derecho debe ajustarse a la finalidad económica o social para la cual ha sido concedido o atribuido al titular.

La primera consideración lleva a la exigencia de que el ejercicio de un derecho se ajuste a los dictados de la buena fe. La segunda impone la prohibición del abuso del derecho».

III. INCUMPLIMIENTO LEGAL Y ESTATUTARIO VS. VULNERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO

Una vez ubicado el problema que nos ocupa, las Juntas generales clandestinas o sorpresivas, dentro de la interdicción general del abuso del derecho que proscribe el artículo 7.2 del Código Civil y concretamente como un supuesto de abuso de facultades del administrador social prohibido por el artículo 228 a) de la Ley de Sociedades de Capital, nos resta conocer cuál es la consecuencia jurídica que ha de anudarse a esta situación.

Desde la óptica general de la prohibición del abuso del derecho, el perjudicado no solo puede solicitar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios sino también la correspondiente nulidad del negocio.

En este sentido, DíEZ-PICAZO y GULLÓN⁷ se pronuncian sobre los remedios del perjudicado del siguiente modo: «El daño que se ocasione al ejercitar abusivamente un derecho por medio de un negocio jurídico. Es posible, entonces, que el perjudicado pretenda, más que la indemnización, la nulidad de ese negocio, lo que debe ser amparado por los tribunales admitiendo la legitimación para ejercitar la correspondiente acción de nulidad.

La cuestión se planteó en la sentencia de 24 de febrero de 1959. La usufructuaria de unos bienes poseía la facultad, atribuida por el testador que se los dejó, de enajenarlos en caso de necesidad. Con el exclusivo propósito de perjudicar los derechos del nudo propietario, el cual consolidaría su plena propiedad en los bienes que quedasen a la extinción del usufructo y de los que aquella no hubiera dispuesto, procedió a unas enajenaciones. Solicitada la nulidad por el nudo propietario, se accedió a ello sobre la base del abuso del derecho detectado en la conducta enajenante, pero el Tribunal Supremo, si bien se muestra de acuerdo en esa fundamentación y en la nulidad consecuente, declara que en el caso de autos no procedía estimarla, porque los adquirentes de los bienes desconocieron los móviles, el abuso del derecho que mediaba.

Afirma el Tribunal Supremo, con carácter general, que «[la] aplicación [de la doctrina del abuso del derecho] lleva o a la nulidad del acto de extralimitación de facultades jurídicas o a su limitación dentro de los cauces del normal ejercicio del derecho o, en último momento, a la indemnización del perjuicio indebidamente causado [...]».

De nuevo, ÁLFARO ÁGUILA-REAL⁸, tras la toma en consideración de las consecuencias derivadas del ejercicio de las acciones contra los acuerdos sociales infractores y en particular desde el análisis de la nulidad de los acuerdos sociales contrarios al Orden Público, opina lo siguiente: «A nuestro juicio, la cuestión de

si las juntas falsamente universales o las juntas clandestinas son infracciones contrarias al orden público o no está mal planteada (incluyéndome a mí mismo en el error) porque es una cuestión que no puede decidirse en abstracto. Es decir, hay juntas falsamente universales (se dice que asistieron todos los socios y que todos los socios aceptaron la celebración de la junta y el orden del día pero no es así) y hay juntas convocadas clandestinamente (se cumplen los requisitos legales de convocatoria a sabiendas de que el socio no se enterará y con el objetivo de que no se entere) que deben considerarse impugnables y juntas falsamente universales o convocadas clandestinamente que deben considerarse contrarias al orden público o nulas de pleno derecho.

Como hemos dicho en otro lugar, hay que distinguir en función del contenido de los acuerdos adoptados en esas juntas falsamente universales o clandestinas y reservar la calificación de acuerdos contrarios al orden público para los adoptados en tales juntas que sean gravemente lesivos para la sociedad o alguno de los socios. Esta valoración se extrae del artículo 292 del Código Penal. Parece razonable, en efecto, que si un acuerdo es contrario al orden público porque se han infringido gravemente normas imperativas dictadas para proteger valores o intereses importantes, antes de calificar como contrarios al orden público los acuerdos adoptados examinemos el contenido de los acuerdos. De esta forma, por ejemplo, el hecho de que se haya fingido la participación en una junta de uno de los socios (o que se le haya ocultado dolosamente la convocatoria) no puede acarrear la calificación de contrariedad al orden público si en la junta se adoptaron los acuerdos propios de la junta ordinaria, esto es, se aprobaron las cuentas y la gestión social pero sí serlo cuando los acuerdos perjudican gravemente a algunos de los socios o al interés social en beneficio del convocante (expropiación o apropiación indebida por parte de los socios mayoritarios).

La discusión al respecto nos la ofrece la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 28 de julio de 2016 (Id Cendoj: 36038370012016100400), que falla lo siguiente:

«En efecto, la actuación enjuiciada constituye un supuesto paradigmático de abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo, sancionado en el artículo 7.2 del Código Civil (al tratarse de una acción —convocatoria— y una omisión —ausencia de comunicación a través del medio idóneo del que se disponía— que, por la intención de su autor, sobrepasa manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho), o, más propiamente, de fraude ley previsto en el artículo 6.4 del Código Civil (el cumplimiento aparente, realizado al amparo del texto de una norma, pero que persigue un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él).

En ambos casos, la sanción es la misma, esto es, la nulidad de pleno derecho de la actuación viciada por infracción de una norma imperativa/prohibitiva. Infracción que, aunque a efectos dialécticos se entendiese que no atenta contra el orden público, constituiría en todo caso una flagrante infracción de la ley, para cuya impugnación el artículo 205 LSC concede el plazo de un año.

La acción de impugnación no está afectada, pues, por el plazo de caducidad, y, a la vista de las consideraciones expuestas, sea porque se estima atentatoria contra el orden público, sea porque en todo caso viola materialmente la ley, debe ser estimada, con la consiguiente declaración de nulidad de la Junta general extraordinaria y de los acuerdos allí aprobados».

La meritada sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra justifica su decisión sobre la base de que la jurisprudencia refiere o conecta el concepto de orden público, de acuerdo con la doctrina, a los principios y directivas que, en cada momento, informan las instituciones jurídicas y que, por considerarse esenciales por la sociedad, no pueden ser derogadas por los particulares (SSTS 120/2006, de 21 de febrero, 841/2007, de 19 de julio, 222/2010, de 19 de abril, y 120/2015, de 26 de marzo, y las que en ellas se citan).

La STS 596/2007, de 30 de mayo, en relación con un supuesto de nulidad por inexistencia de las juntas supuestamente celebradas, abordado por esta misma Sección 1.^a, repasó la jurisprudencia sentada en esta materia:

«Ciertamente 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 artículo 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 de 26 de septiembre de 2006, 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 Sentencia de 28 de noviembre de 2005, 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 artículo 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».

Y la misma sentencia concluía que:

«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, que por su causa, infringen la normativa legal (arts. 99 LSA y 48 LSRL) afectando al orden público societario».

Poco después, la STS 841/2007, de 19 de julio, insistía en la misma línea doctrinal, reiterando la expuesta en la STS 596/2007, de 30 de mayo, en el sentido de que:

«cualquiera que sea la concepción que se tenga del orden público a estos efectos, 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, a lo que añadía que «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 (arts. 99 y 48 LSA), afectando al orden público societario».

La STS 222/2010, de 19 de abril, tras recordar 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 los valores que, en cada momento, informan sus instituciones jurídicas, y aclaraba, con referencia al artículo 116 LSA, precedente del que nos ocupa, que entre «las normas que incorporan esos valores se encuentran aquellas que disciplinan aspectos esenciales del sistema societario».

En suma, como destaca la STS 120/2015, de 16 de marzo, aunque también en referencia a los artículos 116.1 y 115.2 LSA, dichos preceptos aluden al orden público dando por supuesto que está amparado por la norma infringida, con lo que, al fin, viene a establecer una subcategoría dentro de los acuerdos contrarios a la Ley.

Y, precisamente porque se trata de una válvula del sistema jurídico compuesta por un conjunto de directivas de contenido indeterminado, «para identificar, en cada caso, su contenido en un ámbito como es el societario, habrá que tomar en consideración los principios esenciales del régimen de las sociedades, para ponerlos en relación con las circunstancias del supuesto litigioso».

Este concepto jurisprudencial de orden público «circunstancial» ha tenido su reflejo en la reforma del artículo 205.1, operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que, al establecer el plazo general de caducidad de un año, exceptúa el caso de que la impugnación «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»; se añade así a los supuestos de que el acuerdo fuera contrario al orden público por su causa o contenido, el que lo sea en atención a las concretas circunstancias concurrentes.

Tras este repaso jurisprudencial genérico sobre el entendimiento del Orden Público en el campo del Derecho de Sociedades, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 28 de julio de 2016 concluye como línea de principio lo siguiente:

«Llegado este punto podemos extraer dos conclusiones. En primer lugar, cuando la norma menciona los actos contrarios al «orden público», como subcategoría de los actos contrarios «a la ley», se refiere a aquellos actos que materialmente atentan contra el conjunto de principios y valores esenciales del ordenamiento jurídico societario; y, en segundo lugar, que precisamente por tal motivo, ha de ser interpretado de forma restrictiva, lo que supone que no cualquier defecto de convocatoria o infracción legal determina la afectación del «orden público», sino únicamente aquellas que, por su naturaleza, entidad y consecuencias, entrañan una vulneración manifiesta grave de las reglas básicas en las que se fundamenta el orden societario.

Lógicamente, el cumplimiento de las normas sobre correcta convocatoria y constitución de las juntas, en cuanto que presupuestos para válida formación de la voluntad societaria a través de los acuerdos alcanzados, puede afectar a la esencia del régimen jurídico de la sociedad mercantil, y en concreto de la sociedad de responsabilidad limitada, de tal suerte que la celebración de tales reuniones de socios sin cumplir las exigencias elementales, podría llegar en última instancia a vulnerar el orden público en función de las circunstancias en que se produjera la convocatoria, máxime si dicha infracción está teleológicamente dirigida a simular una realidad inexistente o una voluntad social irreal en cuestiones cardinales para la sociedad».

Sin embargo y pese a lo anterior, en las circunstancias particulares del caso entendió la Audiencia Provincial de Pontevedra la existencia de dicha vulneración del Orden Público, aunque el Voto Particular de la referida sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 28 de julio de 2016, por el contrario no sostuvo el supuesto de hecho consistente en una convocatoria de una Junta General de forma sorpresiva o clandestina como un caso de nulidad de la Junta General por contravención del Orden Público sino de incumplimiento de las normas legales de convocatoria de la Junta General (vgr. abuso de derecho) razonando lo siguiente:

4. La propuesta de la mayoría, siguiendo el razonamiento que proponía el apelante, considera que la infracción de las normas de convocatoria en el presente caso afecta a la esencia de la normativa societaria y, por ende, entra en juego la excepción de orden público. Esta es la razón de mi discrepancia. En mi opinión en el caso no resulta afectado el orden público societario, sino las normas legales sobre convocatoria de la junta y, en particular, la regla general de la prohibición del abuso del derecho y de la interdicción del fraude de ley, pues aunque en apariencia se había cumplido el precepto estatutario sobre convocatoria, las circunstancias del caso demostraban que la finalidad perseguida era conseguir el cambio del modelo de administración sin que el otro socio pudiera tener conocimiento de la celebración de la junta. El concepto de orden público es de interpretación estricta y, en mi opinión, se limita a los casos en los que la infracción suponga una vulneración de principios constitucionales, o una contradicción con los principios esenciales de la normativa societa-

ria, en línea con la interpretación general del orden público como límite frente a conductas que contravienen los límites de la autonomía privada. Precisamente por ello, por la gravedad que tales infracciones suponen, la acción no caduca y la legitimación activa se amplía.

5. En suma, compartiendo la decisión de estimar el recurso y anular, por consiguiente, la celebración de la junta y los acuerdos adoptados, discrepo de que en el caso esté en juego la excepción del orden público para dejar el acuerdo fuera de la regla general de la caducidad. La acción estaba sujeta a un plazo de caducidad de un año, que no se había cumplido cuando se interpuso la demanda».

Para un entendimiento del problema resulta criterio general que la novedad más relevante de la reforma introducida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, es haber eliminado la distinción entre acuerdos nulos y anulables, por entenderse que esta distinción resultaba extraña a las categorías correspondientes en la teoría del negocio jurídico, superándose así una distinción tradicional, de modo que ahora solo hay acuerdos impugnables y para todos el plazo de caducidad ha quedado fijado en un año, con una única salvedad respecto de los acuerdos contrarios al orden público, que ni caducan ni prescriben, lo que sin duda redundaría en la idea correcta expresada por cierto sector doctrinal de cuyo exponente podemos citar a ALFARO ÁGUILA-REAL y MESSEGUER⁹, en que en realidad la acción de la que estamos hablando ante la infracción referida es una auténtica acción de incumplimiento del contrato social y no una auténtica acción de nulidad, aunque como consecuencia del triunfo de dicha acción se elimine del mundo jurídico el acuerdo social que ha contravenido el contrato social y por ende, la Ley, *ex artículo 1258 del Código Civil*, salvo en el caso de contravención del Orden Público donde sí que nos encontramos realmente ante una acción de nulidad.

Dichos autores se pronuncian acertadamente de la siguiente forma sobre la naturaleza jurídica de las acciones de impugnación: «La acción de impugnación de acuerdos sociales constituye un caso de remedios frente al incumplimiento contractual adaptados a las especialidades del contrato de sociedad en relación con los contratos sinalagmáticos y, en particular, de las sociedades de estructura corporativa —sociedad anónima y limitada, pero también la asociación o la cooperativa— que, dada su naturaleza, forman su voluntad a través de órganos colectivos. Dado que los órganos colectivos se expresan a través de acuerdos y estos acuerdos se adoptan por mayoría, el Ordenamiento ha de otorgar remedios a la minoría cuando el órgano social ha adoptado un acuerdo que infringe el contrato en sentido amplio. No procede, pues, la impugnación de las decisiones del socio único ni las de los administradores cuando el órgano de administración no tenga la forma de Consejo. La ratio de la impugnación como *remedy* no se adapta a las decisiones o actos jurídicos en los que no se puede separar la adopción de la decisión de su ejecución. Si el administrador de una sociedad unipersonal considera ilícita la decisión adoptada por el socio único, deberá negarse a ejecutarla, pero no debe impugnarla. La discusión acerca del sentido de la institución de la impugnación de acuerdos sociales de los artículos 204 y siguientes. LSC se ha distorsionado porque se ha pretendido trasladar a ella la doctrina de la nulidad de los negocios jurídicos. El intento del legislador en señalar, a través de la distinción entre acuerdos nulos y anulables, que poco tiene que ver la nulidad de un contrato con la «nulidad» de un acuerdo social, no mejoró la situación, porque —es obvio— nada tiene que ver la anulabilidad

de los contratos (por vicio del consentimiento o por incapacidad) con la anulabilidad de un acuerdo social. Que un contrato sea anulable quiere decir que su nulidad solo puede hacerse valer por una de las partes (la que ha sufrido el vicio o el contratante que era incapaz); que el contrato, visto desde la perspectiva del incapaz es nulo (no produce efectos). 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».

En realidad la discusión no es baladí, ya que el hecho de calificar el acuerdo social como contrario al orden público va a tener consecuencias directas en cuanto al plazo de ejercicio de la acción y en relación con la legitimación activa de la acción. Como sabemos, la acción pretendiendo la nulidad de un acuerdo social contrario al orden público es imprescriptible y por tanto no sujeta al plazo general de caducidad de un año de los acuerdos sociales que hayan sido contrarios a la Ley o a los estatutos sociales. Además, 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, según prevé el artículo 206.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

En esta materia también hemos de tener presente la reforma introducida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, que nos deja el siguiente texto del artículo 205.1 de la Ley de Sociedades de Capital: *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*, es decir, hemos de estar a las «circunstancias» del acuerdo para poder calificar su carácter atentatorio o no del Orden Público.

Pero como recoge con acierto GARCÍA VILLARRUBIA¹⁰ las circunstancias han de integrarse también con la conducta particular de los socios o accionistas afectados por la Junta General sorprendente o clandestina, cuando razona lo siguiente: «La jurisprudencia y la práctica judicial anteriores a la reforma ya venían haciendo suyas estas consideraciones, para negar la posibilidad de impugnar por contrarios al orden público acuerdos adoptados en una junta inexistente o simulada cuando el socio pudo ejercitar la acción dentro del plazo de caducidad. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.^a) de 26 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 248796) sostiene que para que los acuerdos adoptados en una junta simulada puedan ser declarados contrarios al orden público es preciso que el socio se vea privado de su derecho de voto y, sobre todo, que «*el acuerdo permanezca oculto*», ya que «*es el propósito de eludir la intervención del socio y de ocultar el acuerdo lo que se considera contrario al orden público*»; porque «*se trata de situaciones en las que resulta afectado el derecho a la tutela judicial efectiva del socio en la faceta correspondiente al derecho a obtener una resolución de fondo, que siempre encontraría el obstáculo del plazo de caducidad de los acuerdos nulos. En efecto, celebrada la junta universal sin su presencia y sin su conocimiento, bastaría esperar al transcurso del plazo de caducidad para hacer inatacable el acuerdo, quebrándose así de modo palmario el derecho a la tutela judicial del socio, que es privado de todo cauce de impugnación*». De modo que, para esa resolución «*carece de sentido que acuerdos adoptados impidiéndose al socio ejercer su derecho, pero conocidos por este, puedan ser asimilados a los acuerdos contrarios al orden público, por lo que debe rechazarse que la mera vulneración del derecho ya sirva para destruir la regla de la caducidad, ya que ello no comporta por sí la infracción del derecho a la tutela judicial, dado que el socio interesado podrá acudir a los tri-*

bunales dentro del plazo de caducidad establecido para el ejercicio de las acciones de impugnación». En línea parecida, el comportamiento seguido por los socios en el pasado es considerado relevante para descartar la existencia de infracción de orden público por la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2015 (RJ 2015, 2099). El Alto Tribunal se refiere a «aquellos supuestos en que por la reiterada decisión de los socios —exteriorizada «acta concludentia», las juntas universales no se reúnen de hecho, los temas se tratan por los partícipes en sus conversaciones telefónicas o aprovechando encuentros familiares y las actas se redactan después de aquellas o de estos, siendo firmadas por todos, sucesivamente, en sus respectivos domicilios familiares. Quienes así actúan no pueden después afirmar que, por razones de orden público, la acción de impugnación de acuerdos, en cuya adopción intervinieron del relatado modo, no caduca en el plazo señalado por la norma en general para los acuerdos nulos».

Por lo tanto, bien es cierto que solo las circunstancias del caso, unidas al comportamiento de los socios ante el acuerdo social adoptado en la Junta general convocada de forma clandestina o sorprendente nos pueden ofrecer una correcta respuesta para poder afirmar si nos encontramos ante un supuesto de vulneración de Orden Público o no, con la consabida ampliación de la legitimación activa e imprescriptibilidad de la acción y dado el carácter restrictivo del concepto de orden público será generalmente el remedio ajeno a la nulidad el preferido en este tipo de situaciones, o sea, la exclusión de los efectos jurídicos del acuerdo social concreto mediante el ejercicio de la correspondiente acción de incumplimiento que con carácter general nos ofrece la Ley de Sociedades de Capital para aquellos casos de adopción de un acuerdo social en contravención de Ley o estatutos y ejercitado en abuso de derecho.

Por último, si efectivamente, estamos como creemos ante un supuesto de abuso de facultades del administrador social prohibido por el artículo 228 a) de la Ley de Sociedades de Capital, ya que se ha ejercido un derecho existente para el administrador (convocatoria formalmente válida conforme a la Ley y estatutos sociales) pero constitutivo de un abuso de derecho (art. 7 del Código Civil), lo anterior también puede perfectamente cohonestarse con lo previsto en el artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital, siendo por lo tanto demostrativo que no siempre lo actuado por el administrador en contravención del deber de lealtad [art. 228 e) LSC] ha de suponer la nulidad de lo actuado por ilícito causal y vulneración de norma imperativa (*ex* art. 1275 del Código Civil), tal y como hemos sostenido en otra ocasión¹¹, sino que coordinando el régimen de las acciones de Derecho Común que prevé el artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital con el régimen previsto para las impugnaciones de acuerdos sociales en los artículos 204 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, perfectamente podemos llegar al resultado propuesto, es decir, a la impugnación del acuerdo social adoptado en una Junta General clandestina con abuso de facultad del administrador convocante, bien por contravención de Ley y estatutos al haberse efectuado con abuso de derecho (art. 7 del Código Civil), bien por vulneración del Orden Público si las circunstancias del caso y la conducta de los socios nos llevan a la apreciación del mismo, en cuyo caso sí que hablaríamos de una auténtica nulidad societaria.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL. <http://almacenederecho.org/prahabana-me-voy-las-juntas-clandestinas-abuso-derecho-orden-publico/>.

- ALFARO ÁGUILA-REAL y MESSEGUER. *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014) [Sociedades no cotizadas]*. 1.^a ed., mayo de 2015.
- DÍEZ-PICAZO. *La representación en el Derecho Privado*. Editorial Civitas, 1979.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I. Duodécima Edición, Ed. Tecnos, 2012.
- FARRANDO MIGUEL. *Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital*. Sociedades de Capital. Reformas en la convocatoria de la Junta General. Forma de convocatoria. Aranzadi, 2012.
- GARCÍA VILLARRUBIA. El orden público como fundamento de la impugnación de los acuerdos sociales. *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, núm. 45, 2016.
- JUSTE MENCÍA. Artículo 228, en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Juste Mencía, J. (coord.), Pamplona, 2015.
- MIQUEL GONZÁLEZ. *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo I. Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1993.
- REDONDO TRIGO. La ineficacia de la representación como consecuencia de la infracción del deber de lealtad de los administradores y las situaciones de conflicto de interés. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 93, núm. 759, 2017.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 2 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2392)
- STS de 9 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9483)
- STS de 1 de febrero de 2001 (RJ 2001, 1002)
- STS núm. 886/2003 de 25 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 7004)
- STS núm. 171/2006 de 1 de marzo de 2006 (RJ 2006, 725)
- STS 841/2007, de 19 de julio
- STS 596/2007, de 30 de mayo
- STS de 5 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1629)
- STS 222/2010, de 19 de abril
- STS de 16 de marzo de 2015 (RJ 2015, 2099)
- STS de 20 de septiembre de 2017 (RJ 2017, 4012)
- SAP de Madrid (Sección 28.^a) de 26 de mayo de 2014 (JUR 2014, 248796)
- SAP de Pontevedra de 28 de julio de 2016 (Id Cendoj: 36038370012016100400)

NOTAS

¹ FARRANDO MIGUEL. *Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital*. «Sociedades de Capital. Reformas en la convocatoria de la Junta General. Forma de convocatoria». Aranzadi, 2012.

² ALFARO ÁGUILA-REAL. <http://almacenederecho.org/pr-a-habana-me-voy-las-juntas-clandestinas-abuso-derecho-orden-publico/>

³ MIQUEL GONZÁLEZ. *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo I. Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1993, 45.

⁴ Vid. JUSTE MENCÍA. Artículo 228, en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Juste Mencía, J. (coord.), Pamplona, 2015.

⁵ En nuestra opinión el tratamiento y la respuesta que ha de ofrecerse a la problemática relativa al exceso de poder es prácticamente similar en la representación voluntaria y en la representación orgánica.

Para esta última, también contamos, en su ámbito de aplicación, con lo previsto en el artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital que valida los contratos celebrados por los administradores con «*abuso de poder*» cuando ha existido una contradicción entre el objeto social estatutario y la actuación representativa del órgano de administración, siempre y cuando exista buena fe en el tercero y sin culpa grave de este.

DÍEZ-PICAZO. *La representación en el Derecho Privado*. Editorial Civitas, 1979, página 71, configura las siguientes notas comunes a ambas representaciones cuando razona lo siguiente: «Finalmente, hay que destacar que, ...Lo mismo acontece cuando se trata de delimitar el círculo de las facultades o de las competencias del órgano, que es similar, si no idéntico, al problema de los límites del poder de representación. Cabe, en primer lugar, un problema de interpretación de la norma de concesión de facultades que es semejante al de interpretación de un poder de representación. Cabe igualmente una actuación del órgano excediéndose de sus facultades de actuar. Y, finalmente, la ratificación. Dado este planteamiento, absolutamente idéntico, no se ve la necesidad de apartarse de la teoría de la representación y construir otra distinta —la llamada teoría del órgano— para replantear en todo a ella los mismos problemas. Existe, por ello, a nuestro juicio, «representación de las personas jurídicas».

⁶ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I. Duodécima Edición, Ed. Tecnos, 416, 2012.

⁷ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.* 422.

⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL. <http://almacendederecho.org/pr-habana-me-voy-las-juntas-clandestinas-abuso-derecho-orden-publico/>

⁹ ÁLFARO AGUILA REAL y MESSEGUER. *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014) [Sociedades no cotizadas]*. 1.^a ed., mayo de 2015

¹⁰ GARCÍA VILLARRUBIA. «El orden público como fundamento de la impugnación de los acuerdos sociales». *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, núm. 45, 2016.

¹¹ REDONDO TRIGO. «La ineficacia de la representación como consecuencia de la infracción del deber de lealtad de los administradores y las situaciones de conflicto de interés». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 93, núm. 759, 2017, 513-529.