

2. MERCANTIL
DERECHO DE SOCIEDADES

Voto y vicio del consentimiento del socio
Voting and lack of shareholder`s consent

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

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

RESUMEN: El vicio del consentimiento en el voto como supuesto de impugnación del acuerdo social y del negocio de suscripción.

ABSTRACT: *The lack of consent in the vote as a case of challenge to the corporate agreement and the subscription business.*

PALABRAS CLAVE: Voto, vicio del consentimiento del socio, impugnación de acuerdos sociales y del negocio de suscripción.

KEYWORDS: *Vote, lack of consent, challenge to the corporate agreement, subscription business*

SUMARIO: I. EL VICIO DEL CONSENTIMIENTO EN EL VOTO DEL SOCIO.—II.BIBLIOGRAFÍA.—III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

I. EL VICIO DEL CONSENTIMIENTO EN EL VOTO DEL SOCIO

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de mayo de 2023 (Roj: SAP M 9773/2023 – ECLI:ES: APM:2023:9773) nos ofrece un caso particular de vicio del consentimiento (error) alegado por un socio en su voto mediando el cual pretendió la impugnación del correspondiente acuerdo social. En la instancia, por diversas cuestiones, se desestimó la existencia de error vicio del consentimiento.

En la alzada (FJ Noveno) la Audiencia Provincial de Madrid nos revela la tradicional doctrina existente sobre la influencia del error vicio del consentimiento sufrido por un socio para desestimar la acción de impugnación del correspondiente acuerdo social, del siguiente modo:

“En este punto, debemos advertir que la causa de impugnación invocada —sustentada en vicio del consentimiento— resulta improcedente con arreglo al régimen legal de impugnación de acuerdos sociales.

De hecho, la desaparecida distinción entre acuerdos nulos y anulables también resultaba ajena a las respectivas categorías referidas a la teoría del negocio jurídico.

No debemos olvidar que lo impugnables son los acuerdos sociales contrarios a la Ley —además de los que resulten contrarios a los estatutos, al reglamento de la junta o al interés social—, y esta contravención debe derivar del procedimiento en la adopción del acuerdo o de su contenido.

La Ley de Sociedades de Capital establece por lo tanto un régimen especial de impugnación de acuerdos sociales, sin que pueda ser aplicado por esta vía el régimen de nulidad de los contratos previsto en el Código Civil. En relación a los acuerdos del consejo de administración la STS de 9 de julio de 1999 ya tenía declarado que el régimen especial de impugnación de acuerdos es el previsto en el ámbito del Derecho de sociedades, resultando inaplicable el régimen de nulidad y anulabilidad previsto en los artículos 1.301 y ss. CC, que tampoco es un régimen concurrente o que se pueda introducir como causa de impugnación directa o indirectamente. Y esto precisamente sirve a la necesidad de garantizar la seguridad jurídica en lo que respecta al alcance de la impugnación de acuerdos sociales.

Lo que puede sustentar la impugnación —del acuerdo, no olvidemos— son las normas previstas para la convocatoria, constitución o régimen de mayorías, además del contenido de los acuerdos. Y la mención a la validez del voto o al cómputo se refiere por ello a la legitimidad de la “emisión” del voto (representación, condición de socio, prohibiciones de voto, accionista moroso, etc.), es decir, al ejercicio del derecho de voto sin poder hacerlo según el Derecho societario, y al propio cómputo, en su proyección, en ambos casos, sobre el régimen de mayorías —artículo 204.3.c) TRLSC—, no al proceso de formación de la voluntad del socio. La “validez” del voto no permite introducir causas de impugnación amparadas en el régimen de nulidad del Código Civil en relación a los requisitos de validez de los contratos.

No resulta admisible que la impugnación del acuerdo se refiera, no a la emisión del voto en sí, sino al sentido por el que el socio emite válidamente su voto y a la influencia que sobre dicho voto hubiera podido proceder de terceros (por acuerdos previos o no, o por manifestaciones de otros socios) o al error de quien emite el voto, formación de la voluntad del socio que resulta ajena a la sociedad y al procedimiento de adopción del acuerdo social. Nótese que las referencias a estas cuestiones en la STS 183/2009, de 27 de marzo, afectan a supuestos errores derivados de los propios documentos que se someten a la junta.”

Esta circunstancia debía dar lugar sin más a la desestimación del recurso, puesto que afecta a los presupuestos mismos de la acción de impugnación y al régimen legal aplicable, que tiene naturaleza de orden público y es controlable de oficio.”

Como decíamos la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid citada recoge el sentir tradicional de la doctrina mercantilista sobre la imposibilidad de impugnar un acuerdo social en el caso de que el socio haya padecido un vicio del consentimiento, aunque y probablemente por las circunstancias del caso, no termina de ofrecernos la solución íntegra al problema en sede de impugnación del correspondiente acuerdo social consistente en la admisibilidad de dicha im-

pugnación cuando el voto viciado hubiera sido decisivo para la adopción de dicho acuerdo social.

En ese sentido, Uría¹ ya nos mostró el parecer mayoritario doctrinal al respecto, cuando dijo que: <Pero la doctrina dominante afirma, con razón, que si la emisión del voto está viciada (por violencia, error, etc.), el voto es nulo y podrá ser impugnado el acuerdo si aquél hubiera sido decisivo para la formación de la mayoría>.

Del mismo modo y más recientemente, Alfaro Águila-Real² se refiere al respecto diciendo: <que los vicios del consentimiento sufridos por los miembros del órgano individualmente considerados no perturben los efectos del acuerdo. Los problemas correspondientes (que los miembros del órgano voten un acuerdo engañados, por error o bajo intimidación o violencia) se resuelven considerando impugnables los acuerdos así adoptados, no aplicando las consecuencias de la existencia de un vicio del consentimiento (anulabilidad que no es más que una nulidad que sólo puede ser aducida por la parte que ha sufrido el vicio del consentimiento). De ahí que sólo sean relevantes cuando los hayan sufrido miembros del órgano cuyos votos hayan sido decisivos para la adopción del acuerdo 35). No por analogía con la «relevancia» del error o del dolo para anular un contrato (el contratante que sufre el error o el dolo no habrían contratado si hubieran conocido los hechos reales o si no hubieran sufrido el engaño o lo habrían hecho en condiciones diferentes) sino porque no se han respetado las reglas organizativas que determinan cuándo el acuerdo expresa la voluntad de la persona jurídica: cuando el contenido del acuerdo puede remitirse a la voluntad —expresada por medio del voto— de la mayoría de los miembros del órgano. La libre formación de la voluntad de cada uno de ellos es sólo relevante si el voto de ese miembro fue decisivo para la adopción del acuerdo. Con las normas sobre impugnación del correspondiente acuerdo social no se está protegiendo la libertad de decisión de un contratante, sino que se está verificando que el acuerdo puede «referirse» o imputarse al órgano y, por tanto, a la persona jurídica. Si el acuerdo fuera un contrato, el art. 159.2 LSC no debería aplicarse al miembro del órgano que ha sufrido el dolo o el error relevante al emitir su voto. Y, obviamente, no es así. También el socio que votó a favor del acuerdo por error o dolo queda vinculado por el acuerdo. Y este socio, incluso si su voto fue decisivo para la adopción del acuerdo, no podrá considerar que el acuerdo no existe ni pedir una declaración de nulidad del acuerdo sino que habrá de impugnar el acuerdo social para que se considere no adoptado en los plazos de prescripción y conforme a las reglas de legitimación y de procedimiento de la impugnación de acuerdos sociales (art. 206 LSC)>.

No sin dejar de ser cierto lo anterior, en nuestra opinión, la solución propuesta tanto por la Audiencia Provincial de Madrid como por la doctrina mercantilista citada (con adopción del parecer mayoritario al respecto) nos muestra una solución parcial al problema, ya que cuando no pueda efectuarse la impugnación del acuerdo social por el votante viciado por no resultar su voto decisivo sobre el particular, ¿qué alternativa pudiera haberse tenido para lograr lo pretendido?. En nuestra opinión, la solución pasaría por la impugnación del correspondiente negocio de suscripción subyacente haciendo valer la causa de nulidad o anulabilidad correspondiente.

Para poder hacer valer la anterior alternativa, resulta conveniente realizar una aproximación a la naturaleza jurídica del voto del socio así como a la del acuerdo social.

Como afirma Mambrilla Rivera ³ en un meritorio y particularizado trabajo dedicado a este particular, <El voto es un derecho, de carácter político o administrativo, intransmisible con independencia de la cualidad de socios, de carácter instrumental, considerado generalmente como un derecho del accionista de naturaleza inderogable, que permite al socio participar y contribuir a la formación de la voluntad social, previa la observación de las exigencias legales, y en su caso, estatutarias.>, entendiendo con Girón Tena ⁴ que el acuerdo social es un acto colectivo de naturaleza colegial en los que la voluntad de los socios, exteriorizada a través de los votos son concomitantes pero no interdependientes.

Así, Girón Tena ⁵nos enseñó que el voto ha de ser tratado dentro de la categoría general de los actos jurídicos, afirmando que: <aunque su destino sea el de ser elemento de un acuerdo, (los votos) tienen independencia como actos jurídicos de los sujetos que los emiten y, por tanto, han de ser tratados según la doctrina general de los actos jurídicos>

El voto así entendido es configurado como un derecho con el que el socio persigue la defensa y realización de los intereses en el marco común, por parte de Mambrilla Rivera tras al análisis de las tesis institucionalistas y contractualista habidas al respecto (vid. op. cit. pág. 188), quien siguiendo a Carnelutti ⁶ lo denomina por ello como <derecho subjetivo colectivo>.

Por lo tanto, ubicándose el voto dentro de la categoría de los actos jurídicos, o sea, de las declaraciones de voluntad tendentes a la producción de efectos jurídicos, emitida la misma en ejercicio del mencionado derecho subjetivo colectivo, observamos sin más que como toda declaración de voluntad, el voto, puede ser defectuoso por diversas causas (ej. dolo, error...) y ello nos ha de llevar necesariamente no sólo a la incidencia del voto en el acuerdo social para cuya perfección se hubiera emitido, sino también a la incidencia de la voluntad viciada mediante dicho voto en el negocio jurídico subyacente a dicho acuerdo social.

La práctica jurisprudencial nos ha ofrecido ejemplos que nos pueden servir para entender lo anterior.

En este sentido, resulta interesante el caso enjuiciado en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, núm. 218/2018 de 12 de abril 2018, Rec. 1143/2015 (RJ\2018\1727), en la que se analizó con la legitimación "*ad causam*" para el ejercicio de la acción dirigida no contra la validez del acuerdo de ampliación o aumento de capital sino contra el negocio «instrumental» que lo ejecuta, susceptible de ser objeto de la acción por un tercero que resulte perjudicado; en un caso de simulación habida al sustraerse la totalidad del patrimonio de una sociedad solvente por un precio irrisorio a los efectos de seguir gestionando dicho patrimonio con la sociedad beneficiaria constituida ex profeso para dicha finalidad o propósito fraudulento.

Al margen de otras consideraciones, en lo que ahora nos ocupa, el Tribunal Supremo nos ofrece como la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.^a), falla inadmitiendo el recurso de apelación entendiendo que en este caso se tenía que haber impugnado el acuerdo social correspondiente para hacer valer la causa de

simulación que se esgrimía en el caso de Autos, cuando se pronunció en segunda instancia del siguiente tenor:

«[...] Pues bien, examinada la controversia objeto de estos autos principales concluye esta Sala que el acuerdo societario de ampliación de capital necesita, para ser atacado, impugnarlo en su raíz, esto es, impugnar el acuerdo mismo, para desde ahí descender al propio negocio jurídico de ampliación de capital, de tal suerte que, si bien el socio puede impugnar el acuerdo de incremento de capital, no puede hacer lo propio respecto del negocio jurídico en sí, pues aquí regiría el principio de relatividad contractual que consagra el art. 1.257 C.C. El socio, en definitiva, tiene abierta la vía de impugnación del acuerdo así como también, luego se verá, la acción social e individual de responsabilidad frente a los administradores para el caso que se entienda que el acuerdo adolece de alguno de los vicios que puedan invalidarlo o cuando, tal y como aquí sostiene la recurrente, concurra una simulación específica que genere su nulidad radical. En definitiva, no sería posible impugnar el acto, negocial sin hacer lo propio, con el previamente, con el acuerdo societario. Para el ejercicio de esta última acción sí estaba perfectamente legitimada la hoy actora ex art. 206 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, pues se concede legitimación a estos efectos incluso a los terceros que acrediten interés legítimo. La tesis contraria supondría derrumbar un negocio jurídico que a los ojos de terceros seguiría teniendo eficacia en razón de haber quedado debidamente inscrito en el Registro Mercantil. En definitiva, si el negocio jurídico genera una relación interpartes, la actora hoy recurrente, desde su mera condición de socio en la entidad Iranzo Servicios Inmobiliarios, s.l., no tendría legitimación para solicitar la nulidad del repetido negocio jurídico y ello por cuanto no participó, obviamente, en dicho negocio: jurídico de ampliación. No nos encontramos, por otra parte, ante un tercero perjudicado por un negocio jurídico sino ante un socio que pretende obtener sin haber intervenido en el acuerdo de ampliación de Capital representando a la sociedad, la nulidad de tal negocio jurídico, todo lo cual se entiende no sin desconocer las efectivas particularidades del referido negocio, que, por el juego de la prima de emisión establecida, consagra un incremento de capital en 1.440,80 euros a cambio de aportaciones no dinerarias tasadas en 672.660,80 euros.»

Ante lo anterior, el Tribunal Supremo admite la legitimación activa cuestionada sobre la base de admitir la posibilidad de impugnar en función de la concreta causa de nulidad alegada el acuerdo de suscripción de la ampliación de capital sin tener que pasar por la impugnación del acuerdo social correspondiente, razonando del siguiente modo:

“2. El motivo debe ser estimado.

En el presente caso, la demandante tiene legitimación activa (ad causam) para ejercitar la acción de nulidad del negocio jurídico que comporta la restitución de las prestaciones realizadas, pues dicha acción no se dirige contra la validez del acuerdo de ampliación o aumento de capital de 22 de marzo de 2010, sino contra el negocio «instrumental» que lo ejecuta, esto es, el negocio de suscripción y adquisición de las nuevas acciones. Negocio que es susceptible, de un modo directo, de ser objeto de una acción de nulidad por un tercero que resulte perjudicado.”

Otro caso que nos puede valer al efecto que ahora nos ocupa es el analizado en su día por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a) núm. 411/2019 de 1 marzo de 2019 (JUR 2019\78075), que ya suscitó nuestro interés en

su momento,⁷ donde se contempló un supuesto que nos ofrecía la oportunidad de plantear y atender someramente, al menos, problemas tan notables que aparecen en un supuesto de ampliación de capital en el que puede plantearse al menos en la práctica si efectivamente puede caer, en función de las circunstancias del caso, bien dentro de la normativa prohibitiva de la asistencia financiera, bien en el ámbito de aplicación de otra normativa societaria digna de atención o incluso dentro del más vasto campo de las categorías de la ineficacia contractual, pasando por la categorización previa de la naturaleza jurídica del acuerdo social de ampliación de capital y la distinción de las distintas fases que puede apreciarse en la misma, a saber, la fase de aumento y la fase de ejecución de la ampliación de capital.

En el caso analizado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 marzo de 2019 se enjuicia una ampliación de capital que es suscrita por el socio mayoritario mediante la asistencia financiera (préstamo) de la propia sociedad que amplía capital a la que no acuden los dos socios minoritarios de la sociedad con rechazo al ejercicio de su derecho de adquisición preferente, resultando que uno de los socios minoritarios interpone demanda en la que sostuvo que la ampliación de capital se llevó a cabo con la asistencia financiera de la demandada, por lo que solicitó la nulidad del acuerdo. Subsidiariamente, solicitó que se acordara la nulidad del acto de suscripción de las participaciones.

La Audiencia Provincial estimó la petición subsidiaria del Suplico consistente en la impugnación del negocio de suscripción de las participaciones sociales creadas en la ampliación de capital no estaba afectada por la caducidad del plazo de impugnación del acuerdo social.

La Audiencia Provincial de Barcelona en su meritada sentencia entiende correctamente también a nuestro juicio que hay que distinguir entre la impugnación del acuerdo social de ampliación de capital y el negocio jurídico instrumental o de ejecución de dicho acuerdo por el que se suscriben las nuevas participaciones. De este modo la propia Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, con eco en la referida sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2018 (ECLI ES:TS:2018:1294) dice al respecto lo siguiente:

<<En el presente caso, la demandante tiene legitimación activa (ad causam) para ejercitar la acción de nulidad del negocio jurídico que comporta la restitución de las prestaciones realizadas, pues dicha acción no se dirige contra la validez del acuerdo de ampliación o aumento de capital de 22 de marzo de 2010, sino contra el negocio "instrumental" que lo ejecuta, esto es, el negocio de suscripción y adquisición de las nuevas acciones. Negocio que es susceptible, de un modo directo, de ser objeto de una acción de nulidad por un tercero que resulte perjudicado>>.

Ya mostramos en su momento nuestro disenter con la expuesta sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona puesto que entendemos que la nulidad del negocio de suscripción de participaciones sociales o acciones, en su caso, creadas como consecuencia de la ampliación de capital acordada podría haber sido tomada en cuenta más que por la aplicación de la normativa propia de la prohibición de la asistencia financiera por la concurrencia en el caso de una vulneración de las normas del desembolso de las aportaciones, o incluso, por la existencia de un ilicitud causal si la ampliación se hubiera acordado y ejecutado mediante asistencia financiera aprovechando la insuficiencia patrimonial de los minoritarios para acudir igualmente sin recursos propios al ejercicio del derecho de suscripción pre-

ferente con claro tratamiento discriminatorio en la operación en su conjunto respecto del mayoritario que sin esfuerzo con recursos propios acude a la ampliación de capital con fondos sociales que se le prestan y con el ánimo de dilución de los minoritarios. A saber, en estos casos pueden entrar en juego normas de ineficacia negocial propias como los artículos 6.3, 6.4 y 1275 del Código Civil, sentando que ante ello el plazo de ejercicio de la acción ya no es el propio de la impugnación de acuerdos sociales y sí del de ineficacia del negocio jurídico.

Como afirma la doctrina, Castellano Ramírez (op. cit. págs. 10 y ss), ⁸ <Esta distinción entre la fase deliberativa y la fase ejecutiva permite apreciar en la operación de aumento de capital un proceso o procedimiento jurídico integrado por un conjunto de actos de distinta naturaleza que, vinculados entre sí por una relación de dependencia jurídica, confluyen para la obtención de ese concreto resultado jurídico común: la elevación de la cifra del capital social y la modificación de los Estatutos sociales (...) Así, la consideración de la operación de aumento del capital como un proceso con dualidad de fases y la calificación de la fase de ejecución como fase externa, cobran máxima intensidad cuando la operación de aumento se efectúa con cargo a nuevas aportaciones, especialmente, si tiene lugar la emisión de nuevas acciones. En efecto, la complejidad que presenta el contenido de la fase de ejecución de este tipo de ampliación —que, por esta razón, tomamos como modelo paradigmático a lo largo de este trabajo—, permite apreciar con mayor claridad aquella dualidad de fases y las múltiples cuestiones que puede suscitar la fase de ejecución. El contenido de la fase de ejecución aparece aquí claramente desglosado en una serie de actos jurídicos concatenados entre sí y recíprocamente dependientes: la suscripción de las nuevas acciones emitidas, el desembolso de las mismas en la cantidad establecida en las condiciones de emisión, y la adjudicación de dichas nuevas acciones a los suscriptores. Unos son actos cuya realización corresponde a personas distintas de la sociedad en sí (la suscripción y el desembolso), y otros son actos a efectuar por los administradores en cuanto órgano que tiene atribuida la representación del ente social (la adjudicación de las acciones).> ⁹

Pues bien, como razona Castellano Ramírez (op. cit. págs. 25, 26 y 27), <<la *ineficacia directa* de la ejecución del acuerdo de aumento incluye todos aquellos supuestos en los que el vicio o defecto invalidante tiene su origen en la misma fase de ejecución. En estos casos, se parte de un acuerdo de aumento válido que no adolece de vicio alguno que determine su nulidad o anulabilidad, situándose, por contra, el hecho invalidante en la fase de ejecución. La ineficacia de la ejecución del aumento es consecuencia de algún vicio o defecto que afecta de manera directa a uno o varios de los actos de ejecución. (...) Estos vicios o defectos de los actos de ejecución pueden ser de carácter *cuantitativo* o de carácter *cualitativo*. Bajo la expresión *defectos de carácter cuantitativo* se comprenden todos aquellos casos en los que alguno de los actos que, según la clase de aumento de que se trate, es necesario para concluir la ejecución del acuerdo o bien no ha podido ser realizado en absoluto, o bien lo ha sido sólo en parte. La existencia de defectos de carácter cuantitativo en la realización de los actos de ejecución significa, básicamente, que el acuerdo de aumento no ha podido ser ejecutado en toda su extensión o en todo su contenido, impidiendo la realización del resultado jurídico que constituye el objeto del mismo.

A diferencia de éstos, los *defectos de carácter cualitativo* se refieren a la existencia de vicios que determinan la ineficacia de alguno los actos de ejecución ya realizados y que son lo suficientemente relevantes para invalidar la fase de ejecución del aumento. En este caso no se trata de que falte algún acto necesario para la ejecución del acuerdo, ni de que su realización no haya sido completa, sino del hecho de que alguno de los actos de ejecución ya efectuados queda posteriormente invalidado debido a la concurrencia de circunstancias que llevan legalmente aparejada la sanción de la ineficacia (...) La suscripción del aumento adolecerá, en cambio, de defectos de carácter cualitativo, cando, a pesar de haber sido suscrito el total de las acciones emitidas, sin embargo, todas o algunas de estas declaraciones de voluntad en que la suscripción consiste se encuentren afectadas por algún vicio que impide que la suscripción pueda tenerse por eficaz. Sobre la base de la naturaleza negocial de la suscripción de acciones, quedan comprendidas aquí aquellas circunstancias que pueden determinar la nulidad, la anulabilidad o la rescisión de la suscripción. Dado que la realidad y exactitud del aumento depende de la validez y eficacia de los concretos negocios de suscripción, se hace precisa determinar en qué medida la declaración de ineficacia de uno o varios negocios de suscripción, ya sea esta declaración anterior o posterior a la inscripción del aumento, trasciende del acto jurídico viciado para afectar a la validez de la fase de ejecución». ¹⁰

En conclusión, la Jurisprudencia y la Doctrina tienen admitida la viabilidad de la acción de impugnación del negocio de suscripción de la ampliación de capital de forma autónoma a la acción de nulidad del acuerdo societario de ampliación de capital.

En función de lo anterior, ¿podría haberse esgrimido en el pleito resuelto por la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de mayo de 2023 la nulidad (error) del negocio de suscripción de los estatutos sociales debatido en el mismo si se hubieran evidenciado los requisitos del error vicio del consentimiento en la emisión del voto? En nuestra opinión, sí, con lo que se lograría abrir una vía de impugnación distinta de la del correspondiente acuerdo social, que como hemos visto se reduce única y exclusivamente a los casos en que el voto viciado fuera decisivo para la formación de la voluntad en el acuerdo social en cuestión.

Al respecto y a continuación tratamos la naturaleza contractual de los estatutos sociales, de conformidad con lo analizado al respecto por el profesor Alfaro Águila-Real¹¹, para razonar lo siguiente:

- a) <Los estatutos configuran la organización (distribución de funciones y poderes de decisión) de la sociedad y las relaciones entre la sociedad y sus socios (derechos y obligaciones de los socios). Su contenido mínimo está regulado en el art. 23 LSC e incluye la identificación de la sociedad (denominación domicilio, objeto social, capital y aportaciones), su estructura, las funciones de los órganos sociales (órgano de administración y junta de socios) y los derechos y obligaciones de los socios respecto de la sociedad.>
- b) <Además, los estatutos pueden contener los pactos que los socios tengan por conveniente art. 28 LSC con los límites generales a la validez de los pactos contractuales, esto es, la Ley imperativa, la moral y el orden público (art. 1255 CC) y el límite específico de los principios configuradores

del tipo social elegido, límite cuya virtualidad práctica hemos puesto en duda más arriba al analizar los límites a la libertad contractual en el Derecho de sociedades.>

- c) <Los estatutos no tienen eficacia erga omnes ni siquiera cuando se inscriben en el Registro Mercantil

No son diferentes de los contratos en general por el hecho de que tengan “relevancia externa”, esto es, porque afecten a terceros. El principio de la eficacia relativa de los contratos (art. 1257 CC) se aplica con total intensidad a los estatutos sociales. El hecho de que un acto o contrato se inscriba en un registro público —o se documente de una forma especial— no le proporciona “efectos erga omnes”. Los efectos erga omnes son propios de los derechos reales. Y los efectos sobre los terceros de la inscripción de un determinado contrato o acto —o la inclusión en los estatutos sociales de un determinado acuerdo entre los socios y su inscripción en el Registro Mercantil— no convierten al pacto en oponible a terceros: los estatutos solo obligan y atribuyen derechos a los socios, no a terceros. Los terceros, especialmente los acreedores, pueden invocar su aplicación pero sólo en los términos del principio de publicidad registral positiva o negativa (art. 21 C de c). Un tercero no puede invocar, por ejemplo, la defectuosa constitución de la Junta de la que ha resultado un acuerdo social que se inscriba en los estatutos ni la inadecuada regulación estatutaria de la separación o exclusión de socios. Los terceros podrán invocar el contenido del Registro Mercantil.>

- d) <la sociedad puede acordar con el tercero [art. 1257.2 CC] la injerencia de éste en la vida societaria como tenga por conveniente sin más límites que los derivados del Derecho de Contratos. Se trata, en definitiva, de un contrato entre la sociedad y el tercero.>

De hecho, la naturaleza contractual de los estatutos sociales es lo que lógicamente ha impedido la infracción de su contenido como acceso a casación ante su falta de carácter de norma jurídica.

En este sentido y a título de ejemplo, citamos la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 31 de mayo de 1995, Rec. 638/1992 (RJ/1995\4208), razonando sobre ello que:

“QUINTO.— El motivo segundo, con sede, —aunque no lo explicita—, en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa la violación del artículo 8 de los Estatutos, que dice el recurrente, ha sido textualmente respetado por él. En principio, ha de entenderse que el Estatuto Societario no es norma jurídica como tal, de las previstas en el artículo 1-1.6 del Código Civil, cuyo quebranto de acceso al recurso de casación. Su estructura de carácter convencional o contractual, sirve de regla de conducta a la sociedad y a sus integrantes”.

No obstante, no es menos cierto que la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) parece atribuirle una doble naturaleza, contractual y normativa. Así, la RDGRN de 23 de julio de 2014 dice que: «De acuerdo con dicha doctrina y como resulta del artículo 23 de la Ley de Sociedades de Capital, los estatutos “que han de regir el funcionamiento de las sociedades de capital” contienen un conjunto de reglas que tienen un carácter normativo para la propia sociedad de modo que vincula a sus órganos, a los socios que la integran e incluso a terceros

(vid. Resolución de 26 de noviembre de 2004). El texto legal, idéntico en su dicción a su antecedente, el artículo 9 de la Ley de Sociedades Anónimas y al antecedente de éste, el artículo 11 de la Ley de 1951, determina en definitiva que todo acto social debe acomodarse a las exigencias derivadas de las normas establecidas en los estatutos (...). El carácter normativo de los estatutos y su imperatividad ha sido puesta de manifiesto por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en diversas ocasiones en clásicas decisiones de 1958 y 1961 confirmadas por otras posteriores (vid. sentencia de 30 de enero de 2001). Este Centro Directivo, por su parte (vid. las Resoluciones citadas en el apartado “Vistos” de la presente) ha tenido igualmente ocasión de poner de manifiesto el hecho de que los estatutos son la norma orgánica a la que debe sujetarse la vida corporativa de la sociedad durante toda su existencia, siendo su finalidad fundamental la de establecer las reglas necesarias para el funcionamiento corporativo de la sociedad. En este sentido se ha dicho que los estatutos son la “carta magna” o régimen constitucional y de funcionamiento de la sociedad (vid. Resolución de 16 de febrero de 2013), que afecta a la sociedad como corporación, y cuya finalidad es regular dicho funcionamiento interno, con preferencia sobre las normas legales no imperativas o dispositivas. En definitiva, constituyen, como ha afirmado en alguna ocasión el Tribunal Supremo, “la ley primordial del régimen” de las sociedades (vid. sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1961)”

En conclusión, sobre la suscripción de los estatutos sociales como parte del contrato social, sí puede proyectarse, en nuestra opinión, el vicio del consentimiento del socio en el voto para la modificación o constitución de los mismos, resultando como decíamos una alternativa válida al sistema de impugnación del acuerdo social en caso de voto viciado cuando el mismo no haya sido decisorio en su adopción.

II. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL. <https://almacenederecho.org/los-estatutos-sociales-como-regla-contractual/>
- ALFARO ÁGUILA-REAL. La junta, los acuerdos sociales, la prohibición de la unanimidad y el reconocimiento de derechos de veto a los socios. Estudios sobre órganos de las sociedades de capital (Volumen I y II) [Liber Amicorum Fernando Rodríguez Artigas y Gaudencio Esteban Velasco]. 1.^a ed., noviembre 2017.
- CASTELLANO RAMÍREZ. *La suscripción incompleta del aumento del capital social en la sociedad anónima*. Tesis doctoral dirigida por D. Ángel Rojo Fernández-Río. Universidad Autónoma de Madrid, 2002.
- CARNELUTTI. *Teoria Generale del Diritto*, 3.^a ed.
- GIRÓN TENA. *Derecho de Sociedades*.
- GIRÓN TENA. *Derecho de Sociedades Anónimas*, 1952.
- MAMBRILLA RIVERA. Aproximación al estudio sobre la naturaleza jurídica del voto del accionista, *Anales de estudios económicos y empresariales*, n.º 1, 1986.
- REDONDO TRIGO. Asistencia financiera y ampliaciones de capital. *Revista Críti-*

ca de Derecho Inmobiliario, año n.º 96, N.º 778, 2020.

RODRIGO URÍA. El derecho del voto del accionista. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 178, marzo, 1943.

III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo de 31 mayo de 1995
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril 2018
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 marzo de 2019
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de mayo de 2023
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de julio de 2014

NOTAS

¹ Rodrigo Uría. <El derecho del voto del accionista>. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 178, marzo, 1943, pág. 165.

² Alfaro Águila-Real. <La junta, los acuerdos sociales, la prohibición de la unanimidad y el reconocimiento de derechos de veto a los socios>. *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital (Volumen I y II) [Liber Amicorum Fernando Rodríguez Artigas y Gaudencio Esteban Velasco]*. 1.ª ed., noviembre 2017

³ Mambrilla Rivera. <Aproximación al estudio sobre la naturaleza jurídica del voto del accionista>, *Anales de estudios económicos y empresariales*, n.º 1, 1986, pág. 176.

⁴ Girón Tena. *Derecho de Sociedades*, pág. 310.

⁵ Girón Tena. *Derecho de Sociedades Anónimas*, pág. 204.

⁶ Carnelutti. *Teoria Generale del Diritto*, 3.ª ed. pág. 162.

⁷ Redondo Trigo. <Asistencia financiera y ampliaciones de capital>. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año n.º 96, N.º 778, 2020, págs. 1346-1368.

⁸ Castellano Ramírez. *La suscripción incompleta del aumento del capital social en la sociedad anónima*. Tesis doctoral dirigida por D. Ángel Rojo Fernández-Río. Universidad Autónoma de Madrid, 2002.

⁹ Como expone Castellano Ramírez (op. cit. págs. 21 y 22), <es preciso advertir desde este momento que el recurso a la teoría general del negocio jurídico resulta imprescindible a la hora de abordar el tema de la ineficacia del aumento del capital, dado el carácter negocial implícito en la operación de aumento del capital social, tanto desde el punto de vista del procedimiento jurídico que ésta representa, como en lo que se refiere, en su mayor parte, a los actos individuales que la integran. En sentido amplio, se ha definido el negocio jurídico como un acto, declaración o acuerdo de voluntades dirigido a reglamentar de forma autónoma una determinada relación o situación jurídica (De Castro, *El negocio jurídico*, cit. p. 25 y ss., en especial, p. 34; Díez-Picazo, *Fundamentos*, I, p. 73; E. Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, 2a ed. (trad. esp.), Madrid, 1959, p. 51 y ss.; L. Cariota Ferrara, *El negocio jurídico* (trad. esp.), Madrid, 1956, p. 58). Si la esencia del negocio jurídico se halla en el hecho de ser una reglamentación autónoma, es de destacar que el conjunto de actos que integran la operación de aumento del capital aparece presidido también por el principio de la autonomía privada. Así, en cuanto al acuerdo de aumento, constituye opinión unánime la clasificación de los acuerdos sociales, dentro de la amplia categoría de los actos y negocios jurídicos, puesto que constituyen una declaración de voluntad imputable a la persona jurídica, que se encuentra dirigida a producir unos determinados efectos con transcendencia en el mundo del Derecho, discutiéndose únicamente el carácter o naturaleza interna de ese negocio (entre la doctrina civilista, vid., Díez Picazo, *Fundamentos*, I, cit. p. 75 y ss.; entre la doctrina mercantilista, por ejemplo, Uría/Menéndez/Muñoz Planas, *La Junta General de accionistas*, cit. p. 50). Además, el carácter negocial aparece reforzado en el caso del acuerdo de aumento del capital, ya que este acuerdo es siempre fruto de la autonomía privada (Rojo, “El acuerdo de aumento”, cit., p. 2343, destacando que, en rigor, en ningún caso la Ley obliga a la sociedad a aumentar su capital, lo que hace que dicho acuerdo sea siempre voluntario). Lo mismo cabe afirmar respecto de los actos de ejecución. Por un lado, aunque la ejecución del acuerdo de aumento, al igual que la ejecución de cualquier otro acuerdo social, es un acto debido o forzoso para los administradores de la sociedad (...) no lo es para la sociedad misma, que podrá decidir no ejecutarlo mediante la simple revocación del acuerdo por el mismo órgano competente que lo adoptó. Por otro, la suscripción es siempre una declaración que emana de la libre voluntad del suscriptor (socio o tercero), dado que no existe obligación de suscribir incluso aunque el socio hubiera votado a favor del acuerdo (Rojo, “El acuerdo de aumento”, cit. p. 2344).

Y lo mismo cabe afirmar respecto del desembolso. En las sociedades de capital el principio de responsabilidad limitada impide obligar a realizar nuevas aportaciones al capital, por lo que el desembolso es siempre fruto del previo consentimiento, expresado, bien a través de la suscripción de nuevas acciones, bien mediante una declaración de voluntad en este

sentido, como ocurre si el aumento del capital se instrumenta mediante la elevación del valor nominal de las antiguas acciones. Sólo el acto de adjudicación de las acciones —acto de ejecución típico— parece escapar de dicho carácter negocial. Tomando como referencia los contratos de compraventa de cosas genéricas, con los que el negocio de suscripción guarda evidentes semejanzas, el acto de adjudicación o de asignación puede ser concebido como un acto de especificación o individualización del objeto del negocio. Respecto de estos actos, dirigidos a separar del género los ejemplares concretos que pasan a propiedad del adquirente (o de cada uno de ellos, en caso de ser varios los que concurren a la adquisición de un conjunto indeterminado de objetos del mismo género), suele negarse su naturaleza negocial, ya que, puesto que el negocio se encuentra ya perfeccionado, son simples *actos debidos*, o, si se prefiere, actos de ejecución del contrato o actos de cumplimiento que no constituyen, propiamente, declaraciones de voluntad negocial (*vid.* Messineo, *Il contratto in genere*, cit., p. 73 y ss., aunque reconociendo la existencia de algunos supuestos de actos de individualización que sí admitirían un carácter negocial; en la doctrina española, por ejemplo, J. L. Lacruz Berdejo y otros, *Elementos de Derecho Civil*, I, vol. 3.º, 2.ª ed., revisada por J. Delgado Echeverría, Madrid, 2000, p. 119 y ss.).>

¹⁰ Este autor en la nota a pie de página n.º 27 razona interesantemente lo siguiente: <Dejando al margen los supuestos de ineficacia atípicos (*vid.* De castro, *El negocio jurídico*, cit., p. 529 y ss.), estos son, en efecto, los supuestos típicos de ineficacia que el Código civil reconoce (arts. 1290-1314). Con intención meramente ejemplificativa, nos limitamos en este momento a citar como supuestos de suscripciones potencialmente ineficaces aquéllas con defecto de forma cuando ésta sea requerida *ad solemnitatem*, las suscripciones simuladas o ficticias, las suscripciones realizadas por personas incapaces, suscripciones en las que se constaten vicios del consentimiento (error esencia!, dolo causante, intimidación o miedo grave), las efectuadas en fraude de terceros o aquellas realizadas con violación de normas societarias —legales o estatutarias— de carácter imperativo.>

¹¹ Alfaro Águila-Real. <https://almacendederecho.org/los-estatutos-sociales-como-regla-contractual/>

