

Jurisprudencia Juntas

1. IRREGULARIDADES FORMALES EN LA CONVOCATORIA

- Es imprescindible que el orden del día de la convocatoria sea claro (174 LSC). No quiere decir que sea exhaustivo pero sí que permita al socio tomar conocimiento de los asuntos que se van a deliberar. De lo contrario, esto es, si el orden del día es incompleto, ambiguo o indeterminado, será un vicio o defecto de convocatoria (JMERC9BCN)
- Vicios o defectos de convocatoria por no asistir Notario a la Junta pese a haber sido debidamente requerido (JMERC9BCN)
- Es el órgano de administración el que convoca la Junta General, y no el Presidente del Consejo. La restricción de impugnabilidad de los acuerdos de la reforma del 2014 no opera cuando las infracciones son relevantes. A falta de un Acta que cuente con todas las firmas, corresponde la carga de la prueba a quien defienda la validez del acuerdo. El letrado asesor no puede suplir la firma del Secretario. Existencia de dos borradores de Acta, una suscrita por el Secretario y otra suscrita por el Presidente. (Pon: Ana del Ser SAP León 2016)
- La impugnación de la Junta General por deficiente constitución del Consejo de Administración que la convocó: Principios Básicos. (Pon: Manuel Almenar Belenguer SAP Pontevedra-2017)
- Actos confirmatorios del socio no asistente, de acuerdos en la Junta en la que no intervino (Pon: Borja Villena Cortés APMadrid.2018)
- Valor probatorio de las certificaciones de Actas de Juntas. (Pon: Borja Villena Cortés APMadrid.2018)
- La vulneración de una norma legal en la convocatoria ha de ser denunciada al inicio de su celebración (Alberto Arribas SAPMadrid)
- Intranscendencia del transcurso del plazo para la celebración de la Junta (Gimeno Bayón-Cobos TS-2013)
- Irrelevancia de la denominación de la Junta como Ordinaria o Extraordinaria (Gimeno Bayón-Cobos TS-2012)
- Validez de la Junta General convocada por órgano con el cargo caducado (Gimeno Bayón-Cobos TS-2012)
- Requisitos del carácter Universal de la Junta (Ponente: Pedro José Vela-TS-2016)
- Efectos de la vulneración de la minoría (Ponente: Gimeno Bayón Cobos TS)
- Imposibilidad de que los administradores asistan a la Junta por representación (Pon: Pedro J Vela- 2016 TS)
- Obligación de los administradores de asistir a las Juntas y consecuencias de la inasistencia (Pon:Pedro J Vela 2016 TS)
- Convocatoria de Junta General para ampliación de capital sin indicar la cuantía (Pon: Pablo J Moscoso Torres- APTenerife 2018)

2. LA INTERVENCIÓN DEL NOTARIO EN LA JUNTA

- La intervención del Notario en la Junta (Pon: Pedro José Vela Torres-SAP Córdoba 2013)
- El Notario no realiza funciones de calificación de la legalidad de los miembros de la mesa ni de la regularidad y licitud de los acuerdos que se adoptan (Pon: Rafael Sarazá-STS-2014)
- Delimitación negativa de la capacidad del Notario en la Junta (Pon: Alberto Arribas- SAP Madrid-2014)

3. ABUSO DE DERECHO

- Sobre el Abuso de Derecho
- Requisitos Doctrina Abuso de Derecho y Requisitos para apreciar el Abuso de Derecho en la adopción de Acuerdos Sociales.
- El abuso del derecho en el cese de administradores designados por el sistema proporcional.
- Concurrencia de Abuso de Derecho en la adopción de Acuerdos sociales.
- El Abuso de Derecho no lo puede invocar quien es responsable de una acción antijurídica

4. DERECHO DE INFORMACIÓN

- Derecho de información del accionista. Resumen histórico del tratamiento del Tribunal Supremo al derecho de información del accionista (Ponente: Rafael Sarazá-TS)
- El derecho de Información (Ponente: Enrique García García-APMadrid)
- El derecho de Información del Accionista y sus límites (Ponente: Rafael Gimeno Bayón Cobos-TS)
- El derecho de Información del Accionista en la aprobación de las Cuentas Anuales (Ponente: Rafael Gimeno Bayón Cobos-TS)
- El derecho de información como derecho autónomo. Ejercicio abusivo. (Ponente: Rafael Gimeno Bayón Cobos-TS)
- Denegación del derecho de información por carácter estratégico (Ponente: Pedro Gomez Sanchez SAP Madrid 2018)

5. COMPLEMENTO DE CONVOCATORIA

- El derecho de la minoría a completar el Orden del Día de la Junta convocada (Pon:Gimeno Bayón-Cobos TS)
- El contenido del complemento de convocatoria y el derecho de información (Pon:Gimeno-Bayón Cobos TS)
- El contenido del complemento de convocatoria y la relación con el Orden del Día (Pon:Gimeno Bayón-Cobos TS)
- El contenido del complemento de convocatoria y la información perjudicial. (Pon:Gimeno Bayón-Cobos-TS)
- El complemento de convocatoria (Pon: Francisco Borja Villena Cortés- SAPMadrid-2018)

6. LA REPRESENTACIÓN EN LA JUNTA

- Solicitud Pública de Representación (Pon: Pedro J Vela Torres – 2016 –TS)
- Pacto de Sindicación de Acciones y su ejecución a través de la representación en la Junta (Pon: Pedro J Vela-2016-TS)
- Interpretación del artículo 183 LSC (49,2 LSRL). (Pon: Pedro Gómez Sánchez- SAP Madrid.2013)
- La representación del socio en la Sociedad Limitada (Ponente. Luis A Soler Pascual- SAP Alicante-2010)

7. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

- Nulidad del acuerdo de traslado de domicilio por no haber justificado ni la necesidad ni la conveniencia del traslado a pesar de que la mayoría de los socios desean ese traslado. (Pon: Santiago Oliver Castelló-SAP Baleares 2015)
- El “dies a quo” para la caducidad de la impugnación de un acuerdo social, también debe considerar el conocimiento que del acuerdo tengan los socios (Pon: Enrique García García APMadrid-2018)
- El concepto de Orden Público como excepción a la regla de la caducidad de la impugnación de acuerdos sociales (Pon: Enrique García García APMadrid-2018)
- ¿Qué se entiende por “daño al patrimonio social”? (Pon: Ildelfonso Barcala SAPBurgos-2018)
- Satisfacción extraprocesal cuando tras la impugnación del acuerdo, hay subsanación del mismo. Jurisprudencia errática. (Pon: Pablo J Moscoso Torres SAP Tenerife-2018)
- La subsanación de los acuerdos societarios impugnados (Gimeno Bayón-Cobos TS-2012)
- La finalidad de los acuerdos de ratificación, revocación o sustitución de otros (Pon: Gregorio Plaza Glez.- SAP Madrid-2016)

8. DISPENSA AL SOCIO ADMINISTRADOR DE HACER COMPETENCIA A LA SOCIEDAD

- La Dispensa del Socio-Administrador de hacer competencia a la Sociedad (Pon: Pedro J Vela Torres-2017-TS)
- La Dispensa nunca puede ser tácita. No toda competencia es reprochable desde el punto de vista de la Competencia Desleal (Pon: Enrique García García APMadrid-2017)
- Nombramiento de Administrador que infrinja la prohibición de hacer competencia (Pon: Jacinto José Pérez Benitez SAP Pontevedra 2012)

9. AUDITORES Y CUENTAS ANUALES

- La “Denegación de Opinión” de un Auditor no vulnera la exigencia de auditar (Pon: Jacinto J Perez Benitez SAP Pontev.2012)
- Informe de Auditoría realizado por Auditor no inscrito (Pon: Enrique García García- SAP Madrid 2008)
- Necesaria Independencia del Auditor (Pon: Gregorio Plaza. SAP Madrid 2012)
- Sobre el formato de presentación de las Cuentas Anuales en la Sociedad Limitada (Pon: Sebastián Sastre Papiol- TS-2014)

1/

Irregularidades formales en la convocatoria

**Sentencia núm.
18/2018.
Jdo Merc 9 de
BCN**

Es imprescindible que el orden del día de la convocatoria sea claro (174 LSC). No quiere decir que sea exhaustivo pero sí que permita al socio tomar conocimiento de los asuntos que se van a deliberar. De lo contrario, esto es, si el orden del día es incompleto, ambiguo o indeterminado, será un vicio o defecto de convocatoria.

Para que esos socios puedan tener un conocimiento cabal y adecuado de los asuntos que van a ser sometidos a su deliberación y aprobación, de las circunstancias relacionadas con los mismos, poder asistir a las juntas generales, votar de modo consciente y reflexivo en ellas, solicitar asesoramiento e información para valorar la trascendencia de los temas y, al fin, permitir al socio ausente ejercer un control de la legalidad de los acuerdos que se adopten, es imprescindible que el orden del día de la convocatoria sea claro, tal como ordena el art. 174 LSC. Ello no quiere decir que ese orden del día sea exhaustivo pero sí que permita al socio tomar conocimiento de los asuntos que se van a deliberar. De lo contrario, esto es, si el orden del día es incompleto, ambiguo o indeterminado, será un vicio o defecto de convocatoria de la junta y relevante a los efectos del art. 204 LSC, y afectará a la validez de los acuerdos que luego se adopten al incidir directamente sobre los derechos esenciales del socio como son el derecho de asistencia y de información y de voto, pues no tienen por qué verse sorprendidos por asuntos no previstos inicialmente en el orden del día y de cuya aprobación no ha podido reflexionar (STS de 17 de mayo de 1995 y 12 de julio de 2005). Por esa misma razón, salvo que todos los socios lo autoricen o en aquellos casos admitidos por la ley (por ejemplo, cese del administrador o acción social) no podrán incluirse durante la junta , asuntos distintos de los inicialmente previstos en la convocatoria pues se estarían cercenando o burlando los derechos de los socios, tanto presentes como ausentes (arts. 178 LSC).

Sobre la obligación de que el orden del día sea claro y completo, cabe citar la SJM nº 4 de Madrid, de 9 de marzo de 2015 según la cual:

“El art 46.4 de la LSRL señala que en la convocatoria de la junta deberá hacerse constar todos los asuntos que han de tratarse. El orden del día alude a la relación de los asuntos que van a someterse a deliberación y decisión de la junta, de manera que la omisión de alguno de ellos es causa de determinación de la nulidad del acuerdo adoptado, ya que se le está sustrayendo a los socios la posibilidad de conocer y preparar adecuadamente esos asuntos, pedir información sobre ellos, contraviniendo su buena fe. La exigencia de saber con precisión los asuntos objeto de tratamiento, de un lado, anticipa información al socio para la adecuada reflexión sobre las cuestiones a debatir; y de otro lado, se evita que pueda sorprenderse su buena fe deliberando sobre asuntos sobre los que no había motivo para pensar que serían tratados. En la medida que el orden del día permite conocer los asuntos a tratar en la Junta, se encuentra claramente conectado con el derecho de información, por lo que la decisión de asuntos no incluidos en la Junta podría también vulnerar aquel derecho.

Nuestro Tribunal Supremo ha mantenido desde hace tiempo de forma reiterada y constante que la Junta no puede adoptar acuerdos sobre materias que no figuren en el orden del día, salvo la separación de los administradores (...)(...) En la sentencia de 11 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2414) señaló que “la ausencia de inclusión en el orden del día del asunto concerniente a una ampliación de capital, sustituyéndola por una referencia a “Informe de viabilidad técnica y económica de la nueva inversión”, no cabe sea considerada como un simple defecto de convocatoria , sino, realmente, como una conculcación del derecho substancial que tiene el socio de ser informado con “sufi-

ciente detalle y concreción” de los asuntos a tratar, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 32 de los Estatutos, a fin de poder ir preparado a la reunión y participar en ella con criterio recto en cuanto a los temas a discutir y resolver, con lo cual, el acuerdo de que se trata, el adoptado en la Asamblea de 13 de Abril, podría ser calificado de contrario a las normas imperativas.”

**Sentencia núm.
18/2018.
Jdo Merc 9 de
BCN**

Vicios o defectos de constitución de la junta de 30/6/2016 por ausencia de notario habiendo sido debidamente requerido.

En el caso de autos, (...) sostiene la actora que son ineficaces por infracción del art. 203 LSC.

El RDL 1/2010 , la LSA y la LSRL regulaban en sus artículos 114 y 55.1 , respectivamente, tal cuestión siendo la solución diferente en un caso y en otro. En las sociedades anónimas, tanto la jurisprudencia como la doctrina coincidían en señalar que la inasistencia de un Notario no suponía un vicio de constitución ni producía efectos en los acuerdos adoptados en la junta general, sin perjuicio de que el socio pudiera formular protesta al inicio de la junta y reservarse su derecho de cara a futuras impugnaciones o acciones responsabilidad contra el administrador por su conducta irregular. En este sentido se pronunciaba la sentencia nº 205/2009, de 18 de junio (JUR 2009, 419661) , de la sección 15ª de la AP de Barcelona, cuyo fundamento de derecho tercero dispone lo siguiente:

“Por último, tampoco procede estimar la nulidad de la junta general por no haberse levantado acta notarial aun cuando haya sido requerida por el accionista minoritario. No puede anudarse a la falta de levantamiento de acta notarial la nulidad de los acuerdos sociales adoptados en la referida junta general de la sociedad anónima demandada. Y ello por cuanto la documentación de los acuerdos sociales colegiados no es requisito de validez de los mismos sino tan solo una exigencia ad probationem de su existencia, contenido y validez. El acta notarial de la junta de una sociedad anónima tienen esa misma finalidad probatoria, pero con el valor añadido de que al ser un instrumento público, quedan bajo la fe del notario los hechos consignados en la misma. En el supuesto de autos, que es el previsto en el art. 114 LSA , el legislador impone la obligación de acudir a esa forma de documentación. Pero a diferencia de lo que establece el art. 14.1. LSRL , no se condiciona la eficacia de los acuerdos a su constancia notarial (RDGRN de 13 de noviembre de 1999), sin que sea aplicable por analogía el citado art. 55.1 LSRL a las sociedades anónimas.

Pues como declara el tribunal supremo, en su sentencia de 5 de febrero de 2002 , el artículo 114 LSA no contiene la afirmación efectuada en el art. 55 LSRL , la cual dispone que en el caso de requerimiento de los socios a los administradores, los acuerdos solo serán eficaces si constan en acta notarial, de manera que si se trata de esta clase de sociedades, toda la actuación de la junta será ineficaz si no asiste el notario, lo que no ocurre respecto de aquellas.”. O la SAP de Jaén, de 29 de diciembre de 1992 : “se considera válida una junta celebrada sin la presencia del notario solicitada por un socio, debido a que no queda acreditado que el telegrama remitido llegase al consejo de administración y, además, porque la asistencia a la junta y la suscripción del acta por el socio fue un acto propio de aceptación de la junta.”

Por el contrario, en la ley de sociedades de responsabilidad limitada, el art. 55.1 LSRL sí que vinculaba la eficacia de los acuerdos adoptados en la junta a la presencia de notario si había sido solicitada por accionistas titulares de más del 5% de capital social.

A tal efecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2002 (RJ 2002, 1600) indica lo siguiente: "Si los accionistas requieren a los administradores, y estos no obedecen y no requieren al Notario, o sí, tras el requerimiento a éste, los administradores no consiguen, pese a la realización de las gestiones correspondientes, que acuda a la Junta, y se levanta acta ordinaria, no notarial, el efecto es que los acuerdos podrán sufrir un retraso por cierre del Registro Mercantil (artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil (RCL 1996, 2112)) y, ni que decir tiene, cabe que sean impugnados, pero cuando transcurre el plazo de cierre registral y los acuerdos no se impugnan, llegarán a ser eficaces, ejecutivos e inscribibles sin acta notarial . (...)

La cuestión está actualmente regulada en el Art. 203 LSC, el cual extiende el efecto invalidante de los acuerdos adoptados en una junta general por la no presencia de notario, tanto a las sociedades anónimas como a las sociedades de responsabilidad limitada, tal como apunta la SAP, Madrid, sección 28 del 25 de febrero de 2013. (...) En cuanto a los argumentos que invoca la demandada relativos al posible abuso de derecho del actor a la hora de impugnar los acuerdos sociales por infracción del art. 203 LSC al habersele dado la posibilidad de aportar él mismo un notario o de celebrar la junta sin su presencia, deben ser desestimados:

Primero.-No puede hablarse de abuso de derecho cuando el actor se limitó a ejercitar una facultad que le reconoce expresamente la Ley de sociedades de capital siendo esta norma la que determina los efectos invalidantes de los acuerdos por incumplimiento por parte del administrador de la obligación de proveer la presencia de un notario durante la junta. (...)

Por lo expuesto, procede estimar la primera de las acciones ejercitadas y declarar la ineficacia de los acuerdos adoptados durante la junta general de 30 de junio de 2016 por vicios o defectos en su constitución, al haberse celebrado sin la presencia de notario, tal como había solicitado oportunamente el actor, y pese a su oposición expresada al inicio de la misma.

Ponente:
Ana del Ser
Sentencia núm.
35/2016 SAP
León

Es el órgano de administración el que convoca la Junta General, y no el Presidente del Consejo.

La restricción de impugnabilidad de los acuerdos de la reforma del 2014 no opera cuando las infracciones son relevantes.

A falta de un Acta que cuente con todas las firmas, corresponde la carga de la prueba a quien defienda la validez del acuerdo.

El letrado asesor no puede suplir la firma del Secretario.

Existencia de dos borradores de Acta, una suscrita por el Secretario y otra suscrita por el Presidente

Si existe un defecto en la convocatoria de la Junta General, vicia de nulidad la constitución de la junta (art. 166 LSC), al ser una facultad no delegable del órgano. Es el órgano de administración el que convoca la Junta General, en este caso, el Consejo de Administración, y no el Presidente del Consejo, por lo que debe existir un acuerdo del Consejo como órgano colegiado que decida la convocatoria de la Junta con todos los

requisitos precisos para que los acuerdos que se adopten sean válidos. La infracción legal de las normas reguladoras de la convocatoria, constitución o celebración de la junta general afecta de forma general a la totalidad de los acuerdos adoptados, por cuanto que vicia de raíz la propia celebración de la junta . Además el acta del consejo tendrá que especificar los aspectos esenciales de la convocatoria como la fecha de celebración o los asuntos a tratar en la junta general, extremos que no podrán ser modificados.

Sobre el argumento de refuerzo que se deduce de la resolución recurrida cuando afirma que atacar la validez de los actos derivados de los acuerdos de la Junta , no tiene utilidad ni justificación alguna en este caso, porque una nueva reunión del consejo podría haber subsanado el vicio de convocatoria , y así evitar que un formalismo llevado al extremo impida el funcionamiento de los órganos de la sociedad, debemos matizar que no se nos escapa el espíritu inspirador de la última reforma legislativa operada en la Ley de Sociedades de Capital (Ley 31/2014 (RCL 2014, 1613)) y, en particular, los límites a la impugnación de ciertos acuerdos por la infracción de requisitos meramente procedimentales para la convocatoria de la junta general (art. 204.3.a).

Establece, en definitiva, el legislador una restricción de impugnabilidad de aquellos acuerdos en los que la infracción no se estima relevante. En el supuesto de autos, cuando nuevamente nos planteamos la relevancia de la infracción cometida, discrepamos de la resolución de Primera Instancia y llegamos a la conclusión de que la vulneración de las normas de convocatoria por el órgano de administración que es el encargado de convocar la junta general, por inexistencia de un acuerdo en tal sentido, debe ser considerada como una infracción relevante de la convocatoria de la junta general. La lógica consecuencia del relevante defecto en la convocatoria de la junta general debe provocar, irremediablemente, la nulidad de la junta general de socios y de los acuerdos en ella adoptados.

Partiendo de las consecuencias que se derivan de los defectos de convocatoria, resulta preciso analizar los efectos que en la resolución de este caso debe tener la existencia de dos borradores del acta del consejo, ninguno de los cuales cuenta con las firmas necesarias para ser considerado auténtico. El art. 250 LSC señala que “ Las discusiones y acuerdos del consejo de administración se llevarán a un libro de actas, que serán firmadas por el presidente y el secretario” . Este precepto debe ser complementado con lo dispuesto en el art. 99.2 del Reglamento del Registro Mercantil (RCL 1996, 2112) que dispone que “Las actas del órgano colegiado de administración se aprobarán en la forma prevista en la escritura social. A falta de previsión especial, el acta de se proba por el órgano al fin de la reunión o en la siguiente.”

Es cierto que los acuerdos serían válidos y producirían efectos desde que se adoptaron, sin que su existencia dependiese meramente de la firma del acta y de su transcripción. Ahora bien, la deficiencia del acta implica serias dificultades de prueba, que hacen preciso acudir a otros medios probatorios para acreditar el contenido de las deliberaciones y de los acuerdos adoptados durante la correspondiente sesión del consejo. Por ello, partiendo de las formalidades previstas en la Ley y del contenido del citado artículo 250, la inversión de la carga de la prueba que se traduce en atribuir las consecuencias de la falta de justificación del contenido de los acuerdos del consejo a la parte que mantiene la validez de la convocatoria, resulta ser el efecto que procede aplicar a los defectos en la redacción del acta. La carga de la prueba incumbe, en caso de conflicto, a la sociedad, a los administradores que hubiesen adoptado los acuerdos o, en último caso, a los firmantes si la polémica surgiese entre los propios consejeros.

Es fundamental tener en cuenta que el acta de la reunión del consejo debió ser firmada por el secretario y ser signada con el visto bueno del presidente, cuando éstos hubiesen actuado como tales en la sesión. El hecho de que habitualmente fuera redactada por el letrado asesor no puede suplir la obligación de firma del secretario después de ser aprobada en la siguiente junta general que era la forma en que se venía actuando. La firma del secretario

y del presidente no puede ser suplida por la redacción habitual que se pueda hacer por el letrado, ya que se trata de garantizar la veracidad de su contenido y en este caso existen dos borradores, el elaborado por el secretario y por el letrado asesor, ninguno de los cuales cuenta con las firmas que la ley exige para considerar auténtico el contenido.

Para desbloquear la situación, que ya se conoce en la fecha en que se remite la convocatoria de la Junta General, como consta mediante el cruce de correos, cuando los citados cargos (secretario y presidente) no quisieron firmar un acta única (ante la existencia de dos borradores y la no coincidencia del contenido), se deberían haber ratificado los acuerdos en una nueva e inmediata reunión del consejo. Sin embargo, no se hace esto y se decide la continuación con la convocatoria de la Junta General, estando ya claras las discrepancias en el contenido del acta del consejo, lo que no contribuye a respaldar la verosimilitud del acta aportada y redactada por el letrado asesor, ni la lógica de las mayorías que podían acordar la convocatoria. En esta situación debió permitirse la discusión entre los consejeros sobre el contenido del orden del día y el cambio del órgano de administración mediante una nueva reunión. La falta de la firma del secretario en el acta atribuiría a la aquí demandada (que lo es la propia sociedad) la carga de acreditar la veracidad de su contenido, lo que entendemos que constituye el problema que dicha parte no ha podido solventar.

**SAP Pontevedra
527/2017**

**Pon:
Manuel Almenar
Belenguer**

La impugnación de la junta general por deficiente constitución del consejo de administración que la convocó. Principios básicos.

La correcta resolución del litigio obliga a recordar varios principios, no por conocidos menos importantes y que, recogidos en la jurisprudencia, encuentran su reflejo en distintos preceptos del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (RCL 2010, 1792).

En primer lugar, el principio de seguridad jurídica, que exige que las situaciones de incertidumbre no se prolonguen indefinidamente, sobre todo en ámbitos en los que, como el tráfico mercantil, la agilidad y flexibilidad de las relaciones económico-jurídicas es consustancial al funcionamiento del mercado. De ahí que si, con carácter general, el ordenamiento jurídico impone unos plazos para el ejercicio de los derechos y de las acciones encaminadas a garantizar su contenido, en el sector que nos ocupa tales plazos no solo sean habitualmente más breves sino que su interpretación y aplicación sea más rigurosa si cabe.

Así, en materia societaria, el art. 205 apartados 1 y 2 de la Ley de Sociedades de Capital, en su redacción vigente en la fecha de celebración de la junta general de 22/07/2014, distinguía entre la impugnación de los acuerdos nulos, para cuya acción establecía un plazo de caducidad de un año -salvo los acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público, respecto de los que no se señalaba plazo- y los acuerdos anulables, cuya acción caducaba los cuarenta días desde su adopción.

Tras la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre (RCL 2014, 1613) (en vigor desde el 24/12/2014), el plazo se unifica en un año: " 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 ."

En cualquier caso, transcurrido un año, la acción caduca y el acuerdo que se trate de viene inimpugnable, salvo que atente contra el orden público.

En segundo lugar, el principio de efectividad o ejecutividad, plasmado en el art. 202.3 LSC, conforme al cual “[L]os acuerdos sociales podrán ejecutarse a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten “. Mientras el acuerdo de que se trate no sea anulado por resolución judicial o por decisión del propio órgano que lo adoptó, despliega todos sus efectos.

Sobre la eficacia ejecutiva de los acuerdos se pronuncia la STS 37/2012, de 23 de febrero (RJ 2012, 5288), en cuyo apartado 24 se dice: “ La segunda premisa de la que debemos partir la constituye la presunción de que los acuerdos adoptados y reflejados en el acta son eficaces y se reputan válidos hasta que sean anulados por sentencia firme o suspendidos por decisión judicial al amparo del art. 727.10ª LEC (RCL 2000, 34), a tenor del art. 54.3 LSRL (RCL 1995, 953) - “[e]l acta tendrá fuerza ejecutiva a partir de la fecha de su aprobación”, hoy el art. 202.3 LSC dispone que “[l]os acuerdos sociales podrán ejecutarse a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten”-, de tal forma que, desde la aprobación del acta de la junta en la que se procede al cese de un administrador y nombramiento de otro, sin perjuicio de los efectos que puedan derivar frente a terceros de la falta de publicidad registral del nuevo nombramiento y del cese del anterior, solo el designado está facultado para convocar junta general en el ámbito interno y para representar orgánicamente a la sociedad en sus relaciones con los terceros .”

En tercer lugar, el principio de relevancia, orientado a circunscribir la nulidad a aquellos supuestos en los que la infracción cometida no se circunscribe a efectos meramente formales o procedimentales, sino que incide directamente y de modo importante en los intereses o bienes jurídicos afectados. Este principio, tradicionalmente invocado por la jurisprudencia en la materia estudiada, aparece tras la reforma de la ley 31/2014 en el actual art. 204.3 LSC, que excluye la impugnación basada en los motivos indicados en alguno de sus cuatro apartados (la infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo..., la simple incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta..., la participación en la reunión de personas no legitimadas..., la invalidez de uno o varios votos o el cómputo erróneo de los emitidos..., siempre a menos que tales infracciones hubieran sido determinantes para la consecución del resultado que la ley pretende evitar).

Finalmente, el principio de subsidiariedad o de proscripción de la indefensión, conforme al cual la nulidad únicamente procede cuando el interesado haya hecho lo posible para denunciar e impedir la infracción si hubiera sido posible, de tal suerte que la pasividad priva al afectado de legitimación para instar la reparación de la vulneración.

En esta línea, el art. 206.5 LSC prevé que “[N]o podrá alegar defectos de forma en el proceso de adopción del acuerdo quien habiendo tenido ocasión de denunciarlos en el momento oportuno, no lo hubiera hecho “.

**Sentencia AP
Madrid. Sección
28 núm. 359/2018
de 22 junio
Ponente:
Francisco de
Borja Villena
Cortés**

Valor probatorio de las Certificaciones de Actas de Juntas

Actos Confirmatorios del Socio no asistente de acuerdos de la Junta en la que no intervino

(...) Y sobre el valor de tales documentos nos remitimos a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2005 : “Las certificaciones, que además se han incorporado a escrituras de protocolización, han de ser tratadas como pruebas documentales públicas, que ciertamente contienen un principio de veracidad, que puede ser contradicho por otras pruebas (SSTS 6 de octubre de 2000 , 30 de octubre de 1998 , etc. pero que ha de entenderse bastante, en principio, para advenir el hecho, ya que, entre partes (como hay que pensar está aquí ocurriendo), aunque la fuerza probatoria pueda ser desvirtuada por otras pruebas, se está en presencia de una presunción que beneficia al receptor de la declaración emitida en el documento, manteniéndose por una copiosa jurisprudencia que, en principio, hacen prueba contra otorgantes y causahabientes (SSTS 8 de julio de 1988 , 14 de octubre de 1991 , 10 de junio de 1994 , etc.)».

Sobre actos confirmatorios del socio no asistente de los acuerdos de la Junta en la que no intervino, señala la SAP de Madrid, sec. 28ª (mercantil), nº 46/2014, de 10 de febrero , FJ 3º.6 que: « circunstancias que pretenden mostrar una actuación contraria a los propios actos, con cita de la jurisprudencia sobre la aplicación del artículo 7 Cc en relación a la necesaria exigencia de buena fe en el ejercicio de de los derechos.

En concreto, en sede de impugnación de acuerdos sociales adoptados en junta universal, el Tribunal Supremo ha considerado estas contradicciones en su sentencia de 28 de noviembre de 2005 : “Dos miembros que no se hallarían ni presentes ni representados, pero que han realizado posteriormente actos o declaraciones que carecerían de sentido de no tener por válidos los acuerdos ahora impugnados, esto es, que en determinados momentos los ahora impugnantes han realizado actos que implican la validez y la eficacia de los acuerdos.” Y señala que aunque tales contradicciones no constituyeran actos propios, en cualquier caso estaríamos ante un ejercicio desleal de la acción de impugnación ».

**SAP Madrid
(Sección 28)
nº60/2009
Ponente: Alberto
Arribas.**

La vulneración de una norma legal en la convocatoria ha de ser denunciada al inicio de su celebración.

(...) Como ha señalado este tribunal en otras ocasiones, por ejemplo en sentencias de 30 de diciembre de 2008 y 9 de enero de 2009 , la vulneración de una norma legal en la convocatoria de la junta ha de ser denunciada al inicio de su celebración, pues si así no se hace y posteriormente se procede a impugnar los acuerdos por dicho defecto, se está actuando de modo contrario a las exigencias de la buena fe (sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1987 y 28 de marzo de 1989 , entre otras muchas).

En este caso, la demandante, representada en la junta por el mismo letrado que la defiende en este procedimiento, no formuló protesta alguna por defectos en el orden del día al inicio de la junta y tampoco cuando dio comienzo la deliberación de la propuesta de aumento de capital social y sólo cuando resultó aprobada la propuesta expresó su queja al entender infringido el artículo 71 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (documento nº 21 de la demanda, concretamente, folio 103 de los autos), lo que por sí solo justifica la desestimación del recurso por defectos en la convocatoria.

204,3LSC: 3. Tampoco procederá la impugnación de acuerdos basada en los siguientes motivos:

a) La infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, salvo que se trate de una infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos, así como cualquier otra que tenga carácter relevante.

b) La incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta, salvo que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación.

c) La participación en la reunión de personas no legitimadas, salvo que esa participación hubiera sido determinante para la constitución del órgano.

d) La invalidez de uno o varios votos o el cómputo erróneo de los emitidos, salvo que el voto inválido o el error de cómputo hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible.

Presentada la demanda, la cuestión sobre el carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación previstos en este apartado se planteará como cuestión incidental de previo pronunciamiento.

STS 784/2010
9 de diciembre de
2010
Ponente: Rafael
Gimeno-Bayón
Cobos

Intrascendencia del transcurso del plazo para la celebración de la junta ordinaria.

STS 25/2009, de 18 de noviembre (RJ 2009, 5562)

44. (...) la sentencia 725/2009, de 18 de noviembre “dio lugar a una jurisprudencia disímil con diversas soluciones, que van desde la rigorista de existir la convocatoria judicial para todo caso de convocatoria una vez transcurrido el plazo legal (S. 3 de abril de 2.003), que era coherente con el adverbio legal “necesariamente”, hasta la más flexible de aceptar que la convocatoria y/o la celebración de la junta general ordinaria pudiera tener lugar con posterioridad (SS. 10 de abril de 1.960 y 6 de febrero de 1.987 (RJ 1987, 685))

(...) Junto a las anteriores se admitieron soluciones intermedias como la de supeditar la posibilidad de la junta general ordinaria a la existencia de una causa justificada que hubiese imposibilitado la convocatoria o celebración anterior; o el criterio más general (SS. 4 de mayo de 1.961 , 11 de noviembre de 1.968 (RJ 1968, 5333) , 31 de octubre de 1984 (RJ 1984, 5154) , 26 de septiembre de 2001 de entender que en tal caso -después de los seis meses- era preciso convocar junta general extraordinaria”.

45. Ahora bien, añadido al precepto por la Disposición Final primera, 2, de la Ley 19 de 2.005, de 14 de noviembre, un segundo apartado a tenor del cual “la junta general ordinaria será válida aunque haya sido convocada o se celebre fuera de plazo” , como afirma la expresada sentencia: “El nuevo precepto legal, con independencia de las diversas cuestiones que pueda sugerir cuya exégesis no corresponde aquí efectuar, suscita ahora dos consideraciones relevantes para el juicio jurisdiccional.

Por un lado releva al Tribunal de tener que unificar la doctrina jurisprudencial existente, porque es el propio legislador el que ha establecido la norma a seguir, y la segunda, que, al tener la norma valor aclaratorio o interpretativo, debe atribuírsele efecto retroactivo, porque si bien el art. 2.3 CC (LEG 1889, 27) dispone que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario, la regla “tempus regit actum” que recoge tiene diversas excepciones y entre ellas cuando se trate de “normas interpretativas o aclaratorias” (SS. 22 de octubre de 1.990 , 6 de marzo de 1.991 , 9 de abril de 1992 (RJ 1992, 3188) , 24 de noviembre de 2.006 y 20 de abril de 2009 (RJ 2009, 3341) , entre otras)”, a lo que cabe añadir que hoy en día este criterio se ha visto ratificado por el artículo 164.2 de la Ley de Sociedades de capital: La junta general ordinaria será válida aunque haya sido convocada o se celebre fuera de plazo”.

STS 784/2010
9 de diciembre de
2010
Ponente Gimeno-
Bayón Cobos

Irrelevancia de la denominación de la junta como ordinaria o extraordinaria.

42. No obstante, en nuestro sistema:

a) la identidad de órgano competente para convocar las juntas “ordinarias” y las “extraordinarias” -en ambos casos los administradores de la sociedad (artículos 95 de la Ley de Sociedades Anónimas y 166 de la Ley de Sociedades de Capital que añade al liquidador)-;

b) la exigencia de los mismos requisitos en la convocatoria -bien que el artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas se refiere expresis verbis solo a la convocatoria de la junta general ordinaria, está claro que también es aplicable a la extraordinaria, y en el artículo 174 de la Ley de Sociedades de Capital no se alude a la clase alguna de junta-;

y c) la posibilidad de adoptar en “junta ordinaria” de “acuerdos extraordinarios” -los artículos 103 de la Ley de Sociedades Anónimas y 194 de la Ley de Sociedades de Capital se refieren de forma expresa a la adopción de acuerdos especiales en junta ordinaria o extraordinaria-; han llevado a esta Sala a afirmar en la sentencia 242/1987, de 20 de abril (RJ 1987, 2716) , que “ ambas clases de juntas, según ha observado ya esta Sala - sentencia de 31 de octubre de 1984 (RJ 1984, 5152) - no presentan diferencias sustanciales, y con excepción de la periodicidad de las ordinarias, no difieren ni en cuanto a asuntos ni, desde luego, en cuanto a garantías respecto a convocatoria y celebración, por lo que es indudable que no puede hacerse depender de una simple cuestión de denominación la eficacia de los acuerdos tomados”, lo que reitera la 357/1999, de 30 de abril (RJ 1999, 3425) : “ambas clases de Juntas no presentan diferencias sustanciales entre ellas salvo la periodicidad de la convocatoria de las ordinarias y, por otro, que la distinción entre ambas clases de Juntas no impide que en las ordinarias se puedan tomar otros acuerdos (además de los que le son propiamente específicos -artículo 95 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas -), siempre que se den los «quorums» exigidos para la validez de los mismos (Sentencia de esta Sala de 18 de octubre de 1985 (RJ 1985, 4946))” , apuntándose por la doctrina que, a diferencia de otros ordenamientos en los que la dicotomía se sustenta en las diferentes competencias de ambas juntas, en la realidad, la norma regula un solo tipo de junta reunida, eso sí, en sesión “ordinaria” o “extraordinaria”, sin que afecte a su esencia tipológica la exigencia de diferentes porcentajes de capital para interesar su convocatoria judicial en determinadas circunstancias -cualquier socio en el caso de la ordinaria y minoría cualificada en la extraordinaria (artículos 101 de la Ley de Sociedades Anónimas y 169 de la Ley de Sociedades de Capital)-.

43. Si a lo expuesto se añade que ni el artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas, ni en el 174 de Ley de Sociedades de Capital exigen que en la convocatoria de la Junta se indique si la misma tiene carácter ordinario o extraordinario, y que nada añade a la función que cumple - “permitir que los destinatarios conozcan con suficiente antelación que, en determinada fecha y lugar, se va a reunir el órgano social a fin de que puedan asistir a la reunión y queden informados de los asuntos a tratar en ella, así como de los acuerdos cuya aprobación va a someterse a votación” (sentencia 1258/2006, de 1 de diciembre (RJ 2006, 8159))-, la pretensión de las recurrentes de nulidad del acuerdo exclusivamente por razón de la errónea mención de que la junta tenía carácter ordinario, sin que se haya identificado interés legítimo alguno a tutelar, al no haberse alegado ni siquiera que la función publicitaria de la denominación típica haya introducido oscuridad alguna en la convocatoria o inducido a error sobre su contenido, ni que haya afectado a la seguridad del tráfico jurídico, deviene una exigencia formulista que debe ser desterrada, en tanto en cuanto nada más conduce a entorpecer el normal funcionamiento de la sociedad.

STS 784/2010
9 de diciembre de
2010
Ponente Gimeno-
Bayón Cobos

Validez de la Junta General convocada por órgano de Administración con cargo caducado.

36. No obstante, como excepción, en aras al principio de conservación de la empresa y estabilidad de la sociedad y de los mercados, a fin de evitar la paralización de los órganos sociales, y, a la postre, la incursión en causa de disolución, en los supuestos de acefalía funcional del órgano de administración, razones pragmáticas ya tenidas en cuenta en la sentencia 771/2007, de 5 de julio (RJ 2007, 3875) , que se refiere a que “la nulidad pretendida introduciría una perturbación en la situación jurídica de la sociedad”, imponen reconocer a quienes de hecho administran con el cargo caducado facultades para convocar junta dirigida a regularizar los órganos de la sociedad, en solución similar a la prevista en la fecha de la convocatoria en el artículo 45 .4 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (RCL 1995, 953) , y hoy, de forma generalizada, en el segundo párrafo del artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital : “(...) Además, cualquiera de los administradores que permanezcan en el ejercicio del cargo podrá convocar la junta general con ese único objeto” , incluso más allá de la pervivencia del asiento registral de nombramiento al amparo primero del 145.1 del Reglamento del Registro Mercantil, después del artículo 126 de la Ley de Sociedades Anónimas en la redacción dada al mismo por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre (RCL 2005, 2199) , y hoy del artículo 221 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital - El nombramiento de los administradores caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado la Junta General siguiente o hubiese transcurrido el término legal para la celebración de la Junta que deba resolver sobre la aprobación de cuentas del ejercicio anterior-, tenida en cuenta como límite, entre otras, en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 octubre 2009.

37. Partiendo de la anterior premisa, el hecho de que la convocatoria efectuada por los administradores con cargo caducado comprendiese, además del dirigido a la regularización del órgano de administración, otros extremos, en modo alguno determina la nulidad radical e indiscriminada de toda la convocatoria, ni supone un obstáculo para la validez de los actos dirigidos a aquel fin.

STS núm.
255/2016 de 19
abril.
Ponente: Pedro
José Vela Torres

Requisitos del carácter Universal de la Junta.

1.- Con independencia de que fuera o no controvertido por las partes que la junta fuera universal, ello no es una cuestión fáctica que dependa de la voluntad de los interesados, sino que es una calificación jurídica que debe realizar el tribunal, puesto que por más que se afirme por las partes que una junta general de una sociedad mercantil es universal, no lo será si no reúne los requisitos legales para ello.

2.- (...) Todo lo cual denota claramente que se trataba de una junta prevista y previamente convocada y no una junta espontánea y no convocada, como es la universal.

3.- Según se desprende del art. 178.1 LSC , la particularidad de la junta universal radica en que los socios deben tomar, de manera colectiva y antes de la constitución del órgano, un acuerdo en el que se recoja la decisión unánime de constituirse en junta general , y todo ello sin existir aún el órgano “ junta “ como tal, puesto que precisamente la decisión que pretenden tomar es la que propiciará su válida constitución.

O dicho de otra forma, se trata de una decisión colectiva que han de tomar los socios antes de que la junta esté constituida como colegio, pues el hecho de su decisión unánime es precisamente el requisito imprescindible para que la junta llegue a nacer, configurarse o existir. Nótese que, según la propia previsión legal, no existe para esta junta un orden del día publicado previamente, pues se han obviado los procedimientos generales de convocatoria , que incluyen la redacción y publicación de un orden del día. (...)

4.- Por tanto, para que una junta sea universal no basta con que esté reunida la totalidad del capital social, sino que tiene que haber un previo acuerdo de todos los socios de constituirse en junta general y de discutir determinados temas. (...)

**STS 377/2012 de
13 de junio.
Ponente: Rafael
Gimeno-Bayón
Cobos**

Efectos de la vulneración del derecho de la minoría.

37. La doctrina diferencia la nulidad de los acuerdos adoptados en junta general de accionistas de la nulidad de la propia Junta, lo que arrastra la de todos los acuerdos adoptados en ella.

En este contexto, a diferencia de otros ordenamientos, nuestro derecho positivo con la finalidad de impedir que los administradores sustraigan del debate las cuestiones requeridas y que se burle el derecho de la minoría adoptando acuerdos válidos sobre aquellos extremos que los administradores incluyan, dispone la nulidad de la junta, lo que afecta a la totalidad de los acuerdos en ella adoptados - art. 97.4TRLSA y hoy segundo párrafo art. 172.2 TRLSC-, lo que se refuerza con la tutela registral prevista en el artículo 104.1 del Reglamento del Registro Mercantil (RCL 1996, 2112) aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, en la redacción dada al mismo por el apartado tres del artículo único del Real Decreto 659/2007, de 25 de mayo (RCL 2007, 1110) -[a] instancia de algún interesado deberá anotarse preventivamente la solicitud de levantamiento de acta notarial de la Junta por la minoría prevista por la Ley y de la publicación de un complemento a la convocatoria con inclusión de uno o más puntos del orden del día, que se regula en el artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas “-.

**Sentencia núm.
255/2016 de 19
abril.
Ponente: Pedro
José Vela Torres**

Sobre la imposibilidad de que los administradores sociales asistan a la junta por representación. Representación orgánica vs Representación voluntaria.

1.- Los arts. 183 LSC -para la sociedad limitada- y 184 LSC -para la sociedad anónima- permiten que los socios puedan asistir a las juntas generales representados por otras personas. Pero dicha representación únicamente puede conferirse en su cualidad de socios, no de administradores que, a su vez, son socios, puesto que la administración no puede ser ejercida por representante, salvo en el caso de administrador persona jurídica y con las especificidades previstas en el art. 212 bis LSC.

Incluso aunque se tratara de apoderados generales, tampoco podrían suplir a los administradores sociales, porque ni sus funciones son equiparables, ni tampoco es igual su régimen de nombramiento. Así, el administrador es nombrado por la junta general , y sólo la junta puede destituirlo; mientras que al apoderado lo nombra el administrador y sólo el administrador puede destituir al apoderado revocando el poder, aunque el cese del administrador que nombró un apoderado no extingue el poder (sentencia núm. 714/2013, de 12 de noviembre (RJ 2013, 7820)).

El régimen de responsabilidad es completamente diferente y lo que es más importante, el administrador es imprescindible para la sociedad, mientras que el apoderado no lo es. Como dijimos en la indicada sentencia 714/2013 :

«La jurisprudencia de esta Sala, sintetizada en la sentencia núm. 219/2002, de 14 de marzo , distingue entre la representación orgánica que legalmente corresponde al administrador o administradores de la sociedad y la representación voluntaria otorgada a otras personas por los órganos de administración mediante apoderamientos parciales o generales.

Consecuencia de dicha distinción es que mientras la representación orgánica se rige por la normativa correspondiente al tipo de sociedad de que se trate, la representación voluntaria para actos externos, admitida por (...) el art. 249.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital se rige por las normas del Código Civil sobre el mandato y por los artículos 281 y siguientes del Código de Comercio sobre el mandato mercantil.

Y consecuencia de esto último, a su vez, es que subsisten las facultades del apoderado pese a los cambios personales en el órgano de administración, mientras éste no revoque el poder válidamente otorgado en su día (sentencia de 19 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1242) , recurso núm. 204/93 , sentencia núm. 10/2000, de 19 de enero , sentencia núm. 803/2001, de 30 de julio , y sentencia núm. 1125/2001, de 3 de diciembre)».

2.- Es claro que la asistencia de los administradores a las juntas generales forma parte de sus competencias orgánicas, por lo que no puede ser objeto de delegación mediante representación.

**Sentencia núm.
255/2016 de 19
abril.**

**Ponente: Pedro
José Vela Torres**

Sobre la necesidad de que los administradores sociales asistan a las juntas generales y las consecuencias de su inasistencia.

1.- El art. 180 LSC establece de forma imperativa que los administradores deberán asistir a las juntas generales. Dicho deber encuentra su justificación en que en la junta se desarrollan funciones esenciales para el correcto desenvolvimiento de la sociedad. En primer lugar, la función controladora o fiscalizadora que tiene la junta general respecto del propio órgano de administración (arts. 160 y 164 LSC), que difícilmente puede tener lugar si los administradores están ausentes.

En segundo lugar, es en la junta general donde puede ejercitarse una de las facetas del derecho de información de los socios (art. 196.1 LSC, para la sociedad limitada, y 197.2, para la anónima), cuya cumplimentación corresponde a los administradores (arts. 196.2 y 197.2 LSC); por lo que su inasistencia puede imposibilitar de facto el ejercicio del derecho de información en dicho acto.

2.- No obstante, el precepto no anuda expresamente ninguna consecuencia a tal incumplimiento, e incluso el art. 191 de la misma Ley, referido a la mesa de la junta , admite implícitamente que los miembros del órgano de administración no estén presentes en la junta general , al prever que sean los socios quienes puedan elegir como presidente y secretario a personas diferentes. La Ley concibe la junta general como una reunión de socios y su celebración se referencia en todo momento a la asistencia de éstos (arts. 159 , 178 , 193 LSC).

El que la Ley no prevea expresamente y en todo caso la sanción de nulidad de la junta por inasistencia del órgano de administración tiene su fundamento en que, de haberlo hecho así, podría dar lugar a la imposibilidad de celebración de juntas generales por la sola voluntad de una o varias personas [los administradores], que mediante el simple expediente de no acudir a las juntas, paralizarían la sociedad. Sin que frente a dicha parálisis provocada de propósito hubiera remedio, puesto que aun en el caso de convocatoria judicial de la junta (actualmente, por el letrado de la administración de justicia o por el registrador mercantil), también podrían dejar de asistir los administradores, abocando a la sociedad a una situación sin salida. Dado que ello, además, impediría el ejercicio de la facultad de cese de los administradores ad nutum , que prevé el art. 223 LSC, ya que bastaría con que los administradores no asistieran para que no fuera posible cesarlos.

3.- Por tanto, la ausencia de los administradores sociales, como regla general , no puede ser considerada como causa de suspensión o nulidad de la junta general , puesto que ello sería tanto como dejar al albur de los administradores la posibilidad de expresar la voluntad social a través de las juntas generales, ya que les bastaría con no asistir para viciarlas de nulidad. Sin perjuicio de la responsabilidad en la que, en su caso, puedan incurrir, conforme al art. 236 LSC, por infracción del deber legal impuesto en el art. 180 de la misma Ley. Y por supuesto, con la posibilidad de que los socios consideren oportuna la suspensión o prórroga de la junta (art. 195 LSC) para lograr la asistencia de los administradores, por ejemplo para posibilitar el derecho de información.

No obstante, dicha regla general puede tener excepciones, por lo que no cabe una solución unívoca y terminante, puesto que, frente al supuesto básico de no suspensión o nulidad, habrá casos en que la ausencia de los administradores en la junta general podrá ser decisiva para la privación de alguno de los derechos de los socios que, precisamente, se ven satisfechos a través de la celebración de la junta . Por ello, habrá que ponderar según cada caso hasta qué punto la inasistencia de los administradores puede justificar la suspensión o incluso la nulidad de la junta que se hubiera celebrado en su ausencia.

**SAP Tenerife
80/2018**

**Ponente: Pablo
José Moscoso
Torres**

Convocatoria de Junta General para ampliación de capital sin indicar el importe de la cuantía del aumento

3. Al margen de lo anterior, no cabe estimar el recurso por lo que se refiere a los defectos de información sobre el acuerdo o a los defectos de la convocatoria; en esta se hace referencia al contenido esencial de la propuesta (el aumento del capital) y a la forma específica de llevarla cabo, es decir y en las alternativas previstas en el art. 295 de la LSC, mediante la creación de nuevas participaciones sociales y con cargo a nuevas aportaciones dinerarias (excluyendo por tanto que lo fuera por elevación del valor nominal de las ya existentes así como por la conversión de créditos en participaciones), y en la misma convocatoria se hacía saber al socio su derecho a examinar en el domicilio social el texto íntegro de las modificaciones propuestas (según lo dispuesto en el art. 287 de la LSC); la única mención que podía faltar en el texto de la convocatoria era la de la cuantía del incremento, pero esa circunstancia, por sí misma, no es suficiente para determinar la nulidad del acuerdo, pues fue subsanada con la debida antelación (seis días antes de la celebración de la junta), cuando recibió y se le entregó el texto íntegro de la propuesta de modificación, en la que figuraban ya todas las circunstancias necesarias, de manera que el actor tomó conocimiento con la debida antelación del contenido del acuerdo para poder emitir su voto con suficientes elementos de juicio.

2/

La intervención del notario en la junta

**SAP Córdoba
175/2013 de 25 de
octubre.**

**Ponente: Pedro
José Vela Torres**

Intervención del Notario en la Junta

Conforme a la normativa del Registro Mercantil y del propio notariado, el notario debe verificar que la junta ha sido convocada correctamente, ya que caso contrario debe negar su intervención (artículos 101.1 del Reglamento del Registro Mercantil (RCL 1996, 2112) y 145 del Reglamento Notarial (RCL 1945, 57)).

Y una vez constituida la junta , deberá preguntar a los asistentes si existen reservas o protestas relativas al número de socios concurrentes y al capital presente o representado, evitando así posibles impugnaciones de los acuerdos sociales adoptados por incumplimientos de los quórums legales o estatutarios de constitución de la junta .

(...)

Presencia, nombramiento y funciones del Secretario en la Junta.

Más problemática es la ausencia de mención de la figura del secretario, de la que cabe deducir que no se llegó a realizar su nombramiento, si bien la sentencia lo considera innecesario, precisamente por la concurrencia del fedatario público.

A tal efecto, es cierto que la función principal del secretario es la de redactar y firmar el acta de la junta (artículo 99 del Reglamento del Registro Mercantil), siendo relevado en estas funciones por el notario en las juntas a que asista este funcionario (artículo 203 de la Ley); pero la Ley no dice nada respecto de las otras funciones de "asistencia" que prevé la normativa, ni tampoco en lo relativo a la formación de la lista de asistentes, respecto de la que el artículo 98 del Reglamento del Registro Mercantil solo nombra al secretario, sin que los artículos 101 y 102 digan nada sobre el particular.

La doctrina registral considera que la ausencia del secretario no puede ser sustituida por la del notario, salvo que éste hubiera sido expresamente designado para el desempeño de esas funciones diferentes a las de mera redacción del acta de la junta (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de febrero de 1986 (RJ 1986, 1018) y 21 de junio de 1990 (RJ 1990, 5366)).

No obstante, ante la falta de solución legal expresa, consideramos, como establece la jurisprudencia, que la Ley (actual artículo 191 de la Ley de Sociedades de Capital , no decreta la nulidad por incumplir alguna de las reglas de constitución de la mesa de la junta , sino que dicha declaración queda a la discreción y prudencia de los tribunales, según las circunstancias del caso (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1973 , 31 de julio de 2002 (RJ 2002, 8437) , 9 de febrero de 2007 (RJ 2007, 939) y 26 de febrero y 17 de abril de 2009 (RJ 2009, 1767)).

En este caso, no se aprecia que la ausencia de nombramiento de secretario constituyera un defecto de tal magnitud y trascendencia que deba provocar la nulidad de los acuerdos adoptados, precisamente porque fue una junta a la que asistió un notario y se levantó acta notarial de la misma, sin que conste en qué quedaron menoscabados los derechos de los socios o que consecuencia material pudo tener dicha omisión.

Formación de la Lista de Asistentes por el Notario

Respecto a la lista de asistentes, la sentencia apelada, con cita de la Sentencia de esta misma Sección de 26 de julio de 2010 , recoge acertadamente la doctrina jurisprudencial aplicable, conforme a la cual se impone una interpretación flexible en la materia (actual artículo 192 de la Ley de Sociedades de Capital (...), adecuada al sentido teleológico, de modo que la constancia imperfecta, desde el punto de vista formal, en el acta de la junta general de una sociedad anónima de la lista de asistentes, no determina por sí misma la nulidad de la junta , salvo que tal imperfección haya conducido a la imprecisión sobre el "quórum" o sobre la legitimación de los asistentes, o a otras consecuencias lesivas para el interés social o los derechos de los demás socios, que el Tribunal valorará en cada caso.

Omisión de las mayorías (porcentajes) para la adopción de acuerdos en el Acta Notarial.

En cuanto a la constancia de las mayorías precisas para la adopción de los acuerdos, la cuestión estriba en si la segunda diligencia complementaria aclaratoria extendida por el notario puede subsanar la omisión de la mención de los porcentajes de capital que votaron a favor o en contra de los puntos del orden del día, ya que los mismos no se deducen de la lista de asistentes a que antes hemos hecho referencia.

Lo que, habida cuenta la remisión expresa que hace el artículo 102 del Reglamento del Registro Mercantil (RCL 1996, 2112) a la legislación notarial, habrá que resolver conforme a ésta. A cuyo efecto, el artículo 198.1, reglas 3ª y 4ª, del Reglamento Notarial (RCL 1945, 57) , permite la extensión de diligencias posteriores al acta, incluso por parte del notario en su estudio sin intervención ni presencia de los interesados; lo que corrobora expresamente para este tipo de actas el artículo 103.1 del Reglamento del Registro Mercantil .

(...) Ciertamente la intervención notarial no fue lo afortunada que debía e incluso pudo poner en entredicho la virtualidad de este tipo de actas frente al acta ordinaria redactada por el secretario, pero lo determinante no es la pulcritud formal de la actuación, sino el contenido material sobre el que la misma versó; y lo cierto es que, al final, queda acreditada la obtención de las mayorías precisas.

STS 58/2014
Ponente Rafael
Sarazá Jimena

El notario no realiza funciones de calificación de la legalidad de la actuación de los miembros de la mesa ni de la regularidad y licitud de los acuerdos que se adoptan.

4.- Lo expuesto no resulta afectado por el hecho de que el acta tuviera el carácter de notarial, puesto que el notario que asiste a la junta para levantar el acta no realiza funciones de calificación de la legalidad de la actuación de los miembros de la mesa ni de la regularidad y licitud de los acuerdos que se adoptan. Tampoco de la suficiencia de los apoderamientos de quienes comparecen en representación de socios. La normativa societaria y notarial solo le impone, al ser requerido por los administradores para asistir a la celebración de la junta y levantar acta de la reunión, juzgar la capacidad del requirente y, salvo que se trate de Junta o Asamblea Universal, verificar si la reunión ha sido convocada con los requisitos legales y estatutarios, denegando en otro caso su ministerio (art. 101.1 del Reglamento del Registro Mercantil).

SAP MADRID
68/2014
P: Alberto
Arribas

Delimitación negativa de la capacidad del Notario en la Junta

“Como se deduce de los artículos 110 y 111 de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206) y del artículo 102.1.2^a y 3^a del Reglamento del Registro Mercantil , corresponde al presidente de la junta, con la asistencia del secretario, y no al notario, la formación de la lista de asistentes, comprobando para ello las representaciones que se presenten. También es competencia del presidente y no del notario proclamar válidamente constituida la junta, limitándose el notario en lo que ahora interesa, por un lado, a reflejar en el acta las declaraciones del presidente sobre este extremo y sobre el número de socios con derecho a voto que concurren personalmente o representados y de su participación en el capital social y, por otro, si los socios han formulado o no reservas o protestas sobre las anteriores declaraciones que efectúa el presidente y, en su caso, del contenido de las que se hayan formulado”.

3/ Abuso de derecho

Sentencia núm.
87/2018
Fecha de
sentencia:
15/02/2018
Ponente: Excmo.
Sr. D. Rafael
Saraza Jimena
(Caso Vega
Sicilia)

Sobre el Abuso de Derecho:

Aunque el artículo 204,1 LSC silencia el “abuso de derecho” y el “abuso de poder”, ello no constituye un obstáculo insuperable para la anulación de los acuerdos sociales en tales supuestos. (Es el caso de) los acuerdos aprobados en una junta general en cuya convocatoria se incurrió en un abuso de derecho, puesto que aunque su convocatoria se ajustó formal y aparentemente a los preceptos legales que regulan la convocatoria de las juntas sociales, las circunstancias anormales que concurrieron (el administrador convocante se apartó del modo en que hasta ese momento se venían convocando las juntas en la sociedad, que era una sociedad cerrada de tan solo tres socios) y la finalidad con que se actuó (impedir que los socios titulares de la mitad del capital social asistieran a la junta y adoptar el acuerdo del administrador social enfrentado al administrador convocante de la junta).

El vigente art. 204 TRLSL, (...) , prevé una modalidad específica de acuerdo impugnado por concurrir abuso por parte de la mayoría. El apartado segundo del vigente art. 204.1 TRSLC prevé a este respecto:

«La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable

de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios».

Es posible que algunos casos de «abuso de la mayoría», más que un abuso de derecho propiamente dicho, constituyan la infracción de un concreto deber jurídico por parte de los socios mayoritarios. Pero cuando la conducta en que consista el «abuso de la mayoría» revista las características propias del abuso de derecho (uso formalmente correcto de un derecho subjetivo, desbordamiento manifiesto de los límites normales del ejercicio de un derecho y daño a un tercero), no es preciso acudir a la disciplina general del art. 7.2 del Código Civil puesto que se ha tipificado expresamente cuál es la consecuencia jurídica de tal conducta en el ámbito societario.

Sin embargo, existen supuestos en los que el abuso de derecho en que se ha incurrido al adoptar el acuerdo social no es reconducible a ese supuesto de acuerdo «lesivo» del interés social específicamente previsto en el art. 204.1 TRLSL, tanto antes como después de la reforma. Así ocurre cuando el abuso de derecho que supone la aprobación del acuerdo social no lesiona propiamente el interés social.

Como ya afirmamos en la Sentencia 73/2018 de 14 de febrero (JUR 2018, 49504), la causa de impugnación alegada ha de encuadrarse en el régimen general del art. 7.2 del Código Civil. Este precepto prevé, en primer lugar, que la ley no ampara el abuso de derecho, y, en segundo lugar, que tal abuso dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

Este régimen supone que el acto constitutivo de un abuso de derecho es contrario al ordenamiento jurídico, y de ahí que no resulte amparado por la ley y que deban adoptarse las medidas judiciales o administrativas que impidan su persistencia y, en su caso, dará lugar a la correspondiente indemnización.

La expresión «que sean contrarios a la ley» que se contiene en el art. 204.1 TRLSL ha de entenderse como contrariedad al ordenamiento jurídico, por lo que es causa de nulidad que el acuerdo social haya sido adoptado en fraude de ley (art. 6.4 del Código Civil), de mala fe (art. 7.1 del Código Civil) o con abuso de derecho (art. 7.2 del Código Civil). Cuestión distinta es que estas cláusulas generales del ordenamiento jurídico hayan de aplicarse correctamente y no de una forma que las desnaturalice.

(...) cuando esta sentencia (se refiere a la STS 127/2009) afirma que «un ilícito (infracción legal) por principio no es el abuso del derecho», no está declarando que el abuso de derecho no constituya una contrariedad a Derecho en que puede fundarse la nulidad del acuerdo social. Por el contrario, dicha sentencia confirma la declaración de nulidad de un acuerdo social adoptado con abuso de derecho. Lo que se hace con esa afirmación es explicar que el motivo del recurso, que citaba como infringido el precepto de la Ley de Sociedades Anónimas en que se habría basado formalmente la adopción del acuerdo, está mal planteado, porque el acuerdo había sido declarado nulo por constituir un abuso de derecho, no por haber infringido una determinada norma societaria y «de haber estimado [la Audiencia] la existencia de una conculcación de la norma legal, no tendría sentido el acudir a la doctrina del abuso del derecho». En ese contexto es donde cobra sentido la afirmación de que una infracción legal no es un abuso de derecho, puesto que este supone la conformidad aparente con las normas legales que específicamente regulan la relación jurídica en la que se produce el acto o negocio abusivo.

11.- Sentado lo anterior, esta contrariedad al ordenamiento jurídico que resulta del art. 7.2 del Código Civil tiene trascendencia en el ámbito societario, a cuyos efectos debe entenderse como la «contrariedad a la ley» que conforme al art. 204.1 TRSLC, en la redacción aplicable al caso objeto del recurso, da lugar a que el acuerdo sea nulo y, conforme al art. 206.1 TRSLC, esté legitimado para impugnarlo el tercero con interés legítimo, que en este caso es el interés que resulta dañado por el acto abusivo. La previsión de que se adoptarán las medidas judiciales que impidan su persistencia ha de traducirse, en el régimen de las sociedades mercantiles, en la aplicación del régimen de nulidad del acuerdo previsto en dicho precepto legal cuando la persona legitimada ejercite la acción de impugnación del acuerdo.

**SAP Madrid
(Secc 28) núm.
128/2011 de
15 abril. AC
2011\1960.
Ponente Enrique
García García**

Requisitos Doctrina Abuso de Derecho y Requisitos para apreciar el Abuso de Derecho en la adopción de Acuerdos Sociales.

La doctrina abuso del derecho supone, como nos señala la sentencia de la Sala 1ª del TS de 1 de febrero de 2006 (RJ 2006, 711) , la imposición de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, de manera que deberá ser apreciado cuando, con apoyo en una actuación aparentemente correcta se está incurriendo en realidad en una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna. La jurisprudencia (sentencias del TS 21 diciembre 2000 (RJ 2001, 1082) , 16 mayo (RJ 2001, 6212) y 12 julio 2001 , 2 julio 2002 (RJ 2002, 5834) y 28 enero 2005 (RJ 2005, 1829)) exige para la apreciación del abuso de derecho (artículo 7.2 del Código Civil (LEG 1889, 27)) los siguientes elementos: a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y c) la inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, o sin verdadero interés en ejercitarlo -ausencia de interés legítimo-), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo), sin que quepa invocar la sanción cuando el reprochado exceso en el ejercicio del derecho esté garantizado por precepto legal (sentencia del TS de 2 julio 2002 , que cita las de 28 abril 1976 y 14 julio 1992 (RJ 1992, 6293)). Consideramos que todos ellos concurren en el presente caso, tal como se deduce de la secuencia de hechos que hemos descrito, de las peculiares circunstancias expuestas y de la intencionalidad con la que resulta patente que se actuó por parte de un grupo de socios que amparándose en la utilización de un derecho anudado a la condición de mayoría formal que todavía ostentaban actuaron sin más fin que perjudicar a otro socio.

La actuación abusiva al adoptar un acuerdo social implica la posibilidad de impugnarlo por infracción legal (artículo 115, nº 1 y 2 del TR de la LSA, artículo 56 de la LSRL y artículo 204, números 1 y 2, de la vigente Ley de Sociedades de Capital, aprobada por RDL 1/2010, de 2 de julio (RCL 2010, 1792, 2400)). La ley rechaza el abuso de derecho (artículo 7 del C Civil) y la incursión en él permite al perjudicado no solo exigir, en su caso, una indemnización sino también reclamar del juez que ponga fin al mismo. La impugnación del acuerdo social, reclamando que sea declarada su nulidad por infringir la ley, puede ser uno de los modos de reaccionar frente al abuso del derecho que hubiese sido instrumentado mediante la adopción de aquél. Podemos encontrar en la jurisprudencia - entre otras, en las sentencias de la Sala 1ª del TS de 2 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2392) y de 5 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1629) - referencias a acciones de impugnación de acuerdos sociales que han prosperado precisamente por haberse obrado en sede societaria con abuso de derecho.

**STS núm.
830/2011 de 24
noviembre.
Ponente: Rafael
Gimeno-Bayón
Cobos**

El abuso del derecho al cese de administradores designados por el sistema proporcional.

65. Pero es que, además, si a lo que se refiere la recurrente es a que la posibilidad de cesar ad nutum a los administradores al amparo de lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 223.1 de la Ley de Sociedades de Capital (RCL 2010, 1792 y 2400) - aunque hayan sido designados por la minoría por el sistema proporcional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 243 de la Ley de Sociedades de Capital-, conviene recordar que:

243LSC: 1. En la sociedad anónima las acciones que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de componentes del consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción. 2. En el caso de que se haga uso de esta facultad, las acciones así agrupadas no intervendrán en la votación de los restantes componentes del consejo.)

1) El artículo 131 no distingue, en orden a la libre revocabilidad de los administradores entre los consejeros designados por la mayoría y la de los que lo fueron por el sistema proporcional, de tal forma que no es preciso en estos supuestos la justa causa a la que se refiere el artículo 132.2 de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 224.2 de la Ley de Sociedades de Capital-,

Artículo 224 Supuestos especiales de cese de administradores de la sociedad anónima

1. Los administradores que estuviesen incurso en cualquiera de las prohibiciones legales deberán ser inmediatamente destituidos, a solicitud de cualquier accionista, sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan incurrir por su conducta desleal.

2. Los administradores y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad cesarán en su cargo a solicitud de cualquier socio por acuerdo de la junta general.

2) A fin de que el derecho de la minoría a tener representación en el consejo de administración por el mecanismo de la agrupación de acciones no quede vacío de contenido por la utilización intencionada o extralimitada por la mayoría de la facultad de cesar sin necesidad de causa alguna a los designados, como tenemos declarado en la sentencia 653/2008 de 2 de Julio (RJ 2008, 4277) , cabe "atender a los límites generales impuestos al ejercicio de los derechos subjetivos y facultades jurídicas, en este caso de los socios integrantes de la mayoría - artículo 7 del Código Civil -, además de a las condiciones que son consideradas precisas para la validez de los acuerdos sociales -artículo 115.1 del texto refundido-" ,

STS 73/2018
Ponente: Rafael
Sarazá Jimena
Fecha 14 de
febrero

Concurrencia de Abuso de Derecho en la adopción de Acuerdos sociales.

8.- Se reúnen por tanto los requisitos legales para apreciar la concurrencia de un abuso de derecho, a los que ya se ha hecho referencia, por cuanto que la adopción del acuerdo constituye un «acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho», como establece el art. 7.2 del Código Civil y ha desarrollado la jurisprudencia de este tribunal.

De acuerdo con esta jurisprudencia (Sentencias 422/2011, de 7 de junio (RJ 2011, 4395) , 567/2012, de 26 de septiembre (RJ 2012, 9018) , 159/2014, de 3 de abril (RJ 2014, 2568) , y 58/2017, de 30 de enero (RJ 2017, 448) , y las en ellas citadas), la apreciación del abuso de derecho exige:

i) el uso formal o externamente correcto de un derecho;

ii) que cause daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y

iii) la inmoralidad o antisocialidad de esa conducta, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, o sin verdadero interés en ejercitarlo, esto es, en ausencia de interés legítimo), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo).

9.- Dicho lo anterior, la apreciación del abuso de derecho no exige que concurra otra infracción legal, y en concreto, que se haya infringido un determinado precepto del TRLSC, por cuanto que, como se ha dicho, se trata de una actuación aparente o formalmente amparada en la ley, pero que por las excepcionales circunstancias que en ella concurren, constituye una extralimitación que la ley no ampara y que dará lugar, de acuerdo con lo solicitado por el perjudicado, a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso, por aplicación del art. 7.2 del Código Civil .

Es posible que algunos casos de «abuso de la mayoría», más que un abuso de derecho propiamente dicho, constituyan la infracción de un concreto deber jurídico por parte de los socios mayoritarios. Pero cuando la conducta en que consista el «abuso de la mayoría» revista las características propias del abuso de derecho (uso formalmente correcto de un derecho subjetivo, desbordamiento manifiesto de los límites normales del ejercicio de un derecho y daño a un tercero), no es preciso acudir a la disciplina general del art. 7.2 del Código Civil puesto que se ha tipificado expresamente cuál es la consecuencia jurídica de tal conducta en el ámbito societario.

9.- Sin embargo, existen supuestos en los que el abuso de derecho en que se ha incurrido al adoptar el acuerdo social no es reconducible a ese supuesto de acuerdo «lesivo» del interés social específicamente previsto en el art. 204.1 TRSLC, tanto antes como después de la reforma. Así ocurre cuando el abuso de derecho que supone la aprobación del acuerdo social no lesiona propiamente el interés social.

Así sucede (...) cuando el acuerdo no fue adoptado en interés de la sociedad, no consta tampoco que le supusiera un perjuicio, por cuanto que el perjuicio se produjo para un tercero ajeno a la sociedad. Tampoco nos encontramos ante un «abuso de la mayoría» en perjuicio de la minoría social, a que hace referencia el apartado segundo del actualmente vigente art. 204.1 TRSLC, porque el supuesto acuerdo se adoptó de forma unánime por todos los socios y el perjuicio se produjo a un tercero.

10.- En tal caso, el supuesto ha de reconducirse al régimen general del art. 7.2 del Código Civil. Este precepto prevé, en primer lugar, que la ley no ampara el abuso de derecho, y, en segundo lugar, que tal abuso dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

Este régimen supone que el acto constitutivo de un abuso de derecho es contrario al ordenamiento jurídico, y de ahí que no resulte amparado por la ley y que deban adoptarse las medidas judiciales o administrativas que impidan su persistencia y, en su caso, dará lugar a la correspondiente indemnización.

La expresión «que sean contrarios a la ley» que se contiene en el art. 204.1 TRSLC ha de entenderse como contrariedad al ordenamiento jurídico, por lo que es causa de nulidad que el acuerdo social haya sido adoptado en fraude de ley (art. 6.4 del Código Civil), de mala fe (art. 7.1 del Código Civil) o con abuso de derecho (art. 7.2 del Código Civil). Cuestión distinta es que estas cláusulas generales del ordenamiento jurídico hayan de aplicarse correctamente y no de una forma que las desnaturalice.

(...)

12.- Sentado lo anterior, esta contrariedad al ordenamiento jurídico que resulta del art. 7.2 del Código Civil tiene trascendencia en el ámbito societario, a cuyos efectos debe entenderse como la «contrariedad a la ley» que conforme al art. 204.1 TRSLC, en la redacción aplicable al caso objeto del recurso, da lugar a que el acuerdo sea nulo y, conforme al art. 206.1 TRSLC, esté legitimado para impugnarlo el tercero con interés legítimo, que en este caso es el interés que resulta dañado por el acto abusivo.

La previsión de que se adoptarán las medidas judiciales que impidan su persistencia ha de traducirse, en el régimen de las sociedades mercantiles, en la aplicación del régimen de nulidad del acuerdo previsto en dicho precepto legal cuando la persona legitimada ejercite la acción de impugnación del acuerdo.

13.- Debe precisarse que lo que provoca la nulidad del acuerdo no es el hecho de que afecte negativamente al derecho de un tercero. El ejercicio de los derechos por parte de sus titulares supone hacer uso de un haz de facultades que, normalmente, afectan negativamente al ámbito jurídico de los terceros, pero eso no los hace ilícitos. De ahí el axioma clásico que afirma que «el que usa de su derecho no causa daño a nadie».

Lo que provoca la nulidad del acuerdo es que esa afectación negativa al derecho de un tercero o, lo que es lo mismo, el perjuicio para el tercero, ha sido producido por un acuerdo contrario a la ley, y que esa contrariedad a la ley consiste en que el acuerdo constituye un abuso de derecho.

SAP Madrid
Sección 28 n°
412/2017 de 22
septiembre. JUR
2017\259814
Ponente: Enrique
García García

El Abuso de Derecho no lo puede invocar quien es responsable de una acción anti-jurídica.

Apunta con ello a la invocación de la doctrina del abuso de derecho, sin tener en cuenta que la aplicación de la misma por parte de los tribunales ha de ser de índole excepcional. En ningún caso puede ser aducida, además, por quien es el responsable de una acción antijurídica (Sentencias del TS de 15 de febrero de 2000 (RJ 2000, 677) y 1 de febrero de 2006 (RJ 2006, 436)) que es lo que habría motivado la demanda.

4/

Derecho de información

STS 608/2014
Ponente: RAFAEL
SARAZA JIMENA
(Caso Residencial
Monte Carmelo
(ACS) vs
Iberdrola)

Derecho de información del accionista. Reformas de los estatutos sociales a cambio de contraprestación o ventaja patrimonial. Resumen histórico del tratamiento del Tribunal Supremo al derecho de información del accionista:

Esta Sala ha rechazado la concepción restrictiva del derecho de información del socio de la sociedad anónima, (...) En este sentido, la sentencia de la Sala 1a del Tribunal Supremo núm. 652/2011 de 5 octubre , declaró:

« El ámbito restringido del derecho de información que propone el primer motivo del recurso de casación no solo carece del apoyo normativo y jurisprudencial (...) sino que además contradice las tendencias normativas de la Unión Europea en pro de la ampliación de ese ámbito, como demuestra la reciente Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas ».

El TRLSC, como antes el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, otorga al derecho de información el carácter de derecho inherente a la condición de accionista (art. 93.d TRLSC). La ley lo reconoce como un derecho "mínimo" en el estatuto del accionista de una sociedad anónima. Es irrenunciable, sin perjuicio de que el accionista sea libre de ejercitarlo o no en cada caso, según su conveniencia.

Esta Sala ha afirmado también que el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, y lo mismo puede decirse del TRLSC, lo configura como un derecho autónomo sin perjuicio de que pueda cumplir una finalidad instrumental del derecho de voto.

Atribuye al socio la facultad de dirigirse a la sociedad en la forma prevista en el artículo 197 TRLSC, solicitando a los administradores las informaciones o aclaraciones que estime precisas o formulando por escrito las preguntas que estime pertinentes acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día, con anterioridad a la celebración de la junta; o, durante el desarrollo de la junta, faculta al socio para solicitar verbalmente las informaciones o aclaraciones que consideren convenientes acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día. La ley atribuye a los administradores la obligación de facilitar dicha información salvo en los casos en que la publicidad de la información solicitada perjudique el interés social, si bien no procederá la denegación de información cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social.

2.- Estas características determinan que la regulación legal del derecho de información del socio tenga carácter imperativo, en el sentido de que no puede ser restringido ni limitado por los estatutos de la sociedad ni por normas de régimen interno como el reglamento de

la junta de socios.

Los estatutos pueden contener una regulación del derecho más favorable para el socio (por ejemplo, fijando un porcentaje menor al veinticinco por ciento de los accionistas, siempre que sea superior al cinco por ciento del capital social, para impedir que se deniegue la información por perjudicar el interés social, art. 197.4 TRLSC), respetando siempre los principios configuradores de las sociedades de capital en general, y del concreto tipo societario en particular. También pueden regular la forma de ejercicio del derecho para que el socio conozca los cauces a través de los que puede formular la solicitud de información.

3.- No es admisible que los estatutos sociales restrinjan el ámbito legalmente reconocido al derecho de información del socio. Tal restricción se produce cuando se prevén causas de denegación de la información que van más allá de las que resultan de la regulación legal del derecho, o cuando se otorga a los administradores o al presidente de la junta una excesiva discrecionalidad para denegar la información solicitada por el socio, mediante la inclusión en los estatutos de cláusulas generales muy amplias para definir los supuestos de rechazo de una solicitud de información.

5.- (...) Conforme a la normativa aplicable al caso y la jurisprudencia que la interpreta, la pertinencia u oportunidad de la información corresponde enjuiciarla al socio que la solicita, no a quienes deben facilitarla.

Así lo ha declarado esta Sala en sentencias como las núm. 858/2011, de 30 de noviembre , 986/2011, de 16 de enero de 2012 , 741/2012, de 13 de diciembre , y 531/2013, de 19 de septiembre .

No es admisible la tesis sostenida por Iberdrola de que es el administrador o el presidente de la junta quien debe decidir sobre la procedencia o no de facilitar la información solicitada por el socio atendiendo a la conveniencia para el interés social, y denegándola cuando considere que no concurre tal conveniencia. (...)

O, si la información es solicitada por accionistas que no alcanzan el veinticinco por ciento del capital social o el porcentaje inferior fijado en los estatutos, cuando la publicidad de la información perjudique el interés social, excepción que ha de ser interpretada restrictivamente (sentencia de esta Sala núm. 547/1997, de 12 de junio) y no puede confundirse con el interés de la sociedad en no difundir ciertos datos, ni siquiera en el limitado ámbito interno de los accionistas, con el interés de los administradores en esconder ciertos detalles de su gestión (entre las últimas, sentencias de esta Sala núm. 986/2011, de 16 de enero , y 531/2013, de 19 de septiembre).

**Juzgado
Mercantil 7
Madrid.**

**Auto núm.
481/2017 de 27
septiembre**

Derecho de Información

El Tribunal Supremo ha establecido en su más reciente jurisprudencia, sobresaliendo la Sentencia 531/13, de 19 de septiembre -si bien referida a sociedades anónimas pero aplicable igualmente con escasas salvedades a sociedades limitadas-, la doctrina sobre el derecho de información del socio en relación con las juntas en que se aprueban las cuentas anuales, en los siguientes términos:

Esta Sala ha abordado con frecuencia controversias relativas al derecho de información del socio de una sociedad de capital. Son sentencias que han tratado la cuestión en fecha reciente la núm. 741/2012, de 13 de diciembre de 2012, recurso núm. 1097/2010 , la núm. 986/2011, de 16 de enero de 2012, recurso núm. 2275/2008, la núm. 830/2011, de 24 de noviembre de 2011, recurso núm. 1851/2007, la núm. 846/2011, de 21 noviembre de 2011, recurso núm. 1765/2008, núm. 652/2011, de 5 de octubre, recurso núm. 1298/2008, y la núm. 204/2011, de 21 de marzo, recurso núm. 2173/2007.

En estas sentencias la Sala rechaza la concepción restrictiva del derecho de información del socio de la sociedad anónima, pervivencia de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, cuya exposición de motivos apartado V, último párrafo) no dejaba lugar a dudas sobre el ámbito restringido de tal derecho.

En este sentido, la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 652/2011 de 5 octubre, recurso núm. 1298/2008 declara: «El ámbito restringido del derecho de información (...)no solo carece del apoyo normativo y jurisprudencial que se pretende, como ya declaró esta Sala (...), sino que además contradice las tendencias normativas de la Unión Europea en pro de la ampliación de ese ámbito, como demuestra la reciente Ley 25/2011, de 1 de agosto (RCL 2011, 1516) , de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE (LCEur 2007, 1230) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas».

Recapitulando lo declarado en estas sentencias, (...) la Sala ha afirmado que el derecho de información es un derecho reconocido como mínimo e irrenunciable en el estatuto del accionista de una sociedad anónima, conforme al citado precepto legal, y que es un derecho autónomo sin perjuicio de que pueda cumplir una finalidad instrumental del derecho de voto.

Atribuye al socio la facultad de dirigirse a la sociedad en la forma prevista en el artículo 112 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual art. 197 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, con pocas modificaciones) solicitando de los administradores las informaciones o aclaraciones que estime precisas o formulando por escrito las preguntas que estime pertinentes acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día.

El Derecho de Información en relación con la Aprobación de las Cuentas Anuales.

Varias de estas sentencias abordan el derecho de información del accionista en relación a la junta la aprobación de las cuentas anuales. Afirman estas sentencias que el art. 212.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (art. 272.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital) impone el contenido mínimo de la información documental que ha de ponerse a disposición del accionista.

Artículo 272 LSC. (...) 2. A partir de la convocatoria de la junta general, cualquier socio podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como en su caso, el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas. En la convocatoria se hará mención de este derecho. 3. Salvo disposición contraria de los estatutos, durante ese mismo plazo, el socio o socios de la sociedad de responsabilidad limitada que representen al menos el cinco por ciento del capital podrán examinar en el domicilio social, por sí o en unión de experto contable, los documentos que sirvan de soporte y de antecedente de las cuentas anuales.

Esta previsión legal no vacía de contenido el derecho de información reconocido en el artículo 112 de la Ley de Sociedades Anónimas, de tal forma que el socio no queda constreñido al simple examen de los documentos sometidos a la aprobación de la Junta, por lo que, como regla, no es admisible la denegación de la información pertinente al socaire de que "no cabe investigar en la contabilidad social", ya que el accionista puede requerir cuantas aclaraciones o informaciones estime precisas siempre que cumpla los siguientes requisitos:

a) *Que la información que demande se refiera a extremos que tengan conexión con el orden del día de una junta convocada.*

b) Si la información se demanda por escrito, que se requiera desde la convocatoria de la Junta hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la Junta, o verbalmente durante la celebración de la Junta General.

c) Que la publicidad de los datos interesados limitada a los accionistas no perjudique los intereses sociales sin perjuicio de que en este caso deba facilitarse cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, al menos, la cuarta parte del capital.

En todo caso, el interés de la sociedad en no difundir ciertos datos ni siquiera en el limitado ámbito interno de los accionistas no puede identificarse con el interés de los administradores en esconder ciertos detalles de su gestión (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 986/2011, de 16 de enero, recurso núm. 2275/2008, y núm. de 16 de enero de 2012, recurso 2275/2008).

Artículo 197. Derecho de información en la sociedad anónima.

1. Hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la junta, los accionistas podrán solicitar de los administradores las informaciones o aclaraciones que estimen precisas acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día, o formular por escrito las preguntas que consideren pertinentes.

Los administradores estarán obligados a facilitar la información por escrito hasta el día de la celebración de la junta general.

2. Durante la celebración de la junta general, los accionistas de la sociedad podrán solicitar verbalmente las informaciones o aclaraciones que consideren convenientes acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día. Si el derecho del accionista no se pudiera satisfacer en ese momento, los administradores estarán obligados a facilitar la información solicitada por escrito, dentro de los siete días siguientes al de la terminación de la junta.

3. Los administradores estarán obligados a proporcionar la información solicitada al amparo de los dos apartados anteriores, salvo que esa información sea innecesaria para la tutela de los derechos del socio, o existan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extra-sociales o su publicidad perjudique a la sociedad o a las sociedades vinculadas.

4. La información solicitada no podrá denegarse cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social. Los estatutos podrán fijar un porcentaje menor, siempre que sea superior al cinco por ciento del capital social.

5. La vulneración del derecho de información previsto en el apartado 2 solo facultará al accionista para exigir el cumplimiento de la obligación de información y los daños y perjuicios que se le hayan podido causar, pero no será causa de impugnación de la junta general.

6. En el supuesto de utilización abusiva o perjudicial de la información solicitada, el socio será responsable de los daños y perjuicios causados.

También se ha declarado en estas sentencias que el derecho de información, como todo derecho, está sujeto al límite genérico o inmanente de su ejercicio de forma no abusiva objetiva y subjetivamente.

Ello debe examinarse de forma casuística en función de múltiples parámetros, entre otros, las características de la sociedad y la distribución de su capital, volumen y forma de la información solicitada.

Se ha afirmado por esta Sala (sentencia de 13 de diciembre de 2012, citada), que el examen y aprobación de las cuentas anuales y de la gestión de la actuación de los administradores no pueda quedar constreñida exclusivamente a datos relacionados directamente con “los números” de la contabilidad, hurtando a los accionistas datos conexos, razonablemente precisos para poder desplegar cierto control de la forma de gestionarla y del cumplimiento por los administradores de los deberes de diligente administración, fidelidad y lealtad, en relación con la actividad de la sociedad reflejada en las cuentas sometidas a la aprobación y en el informe de gestión y, en su caso, proponer que se demanden las responsabilidades procedentes.

También se ha afirmado que aunque la creciente profesionalización del órgano de administración y la sujeción de las cuentas a un estricto régimen de contabilidad imperativo, dirigido a proporcionar tanto a nivel interno como en el mercado “la imagen contablemente fiel de la sociedad”, ha impulsado la correlativa profesionalización de su control (de los accionistas censores a auditores externos), es lo cierto que la norma atribuía y atribuye a los socios, no a los censores de cuentas ni a los auditores, la aprobación de las cuentas anuales (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 741/2012, de 13 de diciembre, recurso núm. 1097/2010).

A lo anterior puede añadirse que el informe de auditoría de las cuentas anuales facilita a los socios una información importante para decidir sobre la aprobación de las cuentas anuales, la aplicación de resultados y la censura de la gestión social porque trata de asegurar, mediante una información clara, técnica pero inteligible, y breve, la calidad y fiabilidad de la información contable de la empresa.

Pero no excluye que sea la junta societaria quien tenga el poder de control, escrutinio y aprobación de tales cuentas (95 de la Ley de Sociedades Anónimas, actualmente art. 160 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital) para lo que se precisa que el socio siga teniendo un derecho de información completa sobre las mismas (arts. 112 y 212.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, actualmente arts. 197 y 272.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

Como conclusión a lo expuesto, la información al socio prevista en el art. 212.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual art. 272.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital) complementa pero no sustituye la que tiene derecho a obtener conforme al art. 112 de dicha ley (actual art. 197 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

El socio, además de tener derecho a examinar y obtener los documentos enumerados en el artículo 212.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, podrá solicitar las informaciones o aclaraciones que estime precisas para controlar las cuentas y la gestión del órgano de administración, tiene derecho a requerir detalles de las partidas que han dado lugar, por agregación, a los importes consignados en los diversos apartados del balance o de la cuenta de pérdidas y ganancias, y el órgano de administración deberá contestar siempre que concurren los indicados requisitos que operan como límite a la obligación de transparencia.

La solicitud de documentos consistentes en soportes contables, documentación bancaria y fiscal de la sociedad, por parte del socio que ha sido convocado a una Junta General para la aprobación de las cuentas anuales y la censura de la gestión social entra dentro del ámbito del derecho de información del art. 112 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual art. 197 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital). Ahora bien, del mismo modo que el derecho de información no justifica la solicitud de cualesquiera informaciones o aclaraciones, tampoco justifica cualquier solicitud de documentos contables, bancarios y fiscales.

Dicha doctrina ha sido recogida y ampliada por la SAP MAD secc. 28ª 352/17, de 7/07, conforme a la cual a continuación, expone, sin ánimo exhaustivo, algunas de las circunstancias que permiten valorar si el ejercicio del derecho de información en la modalidad que nos ocupa debe catalogarse de abusivo, en concreto (el esquematizado es nuestro):

- que la sociedad presente características que le otorguen un cierto carácter cerrado;
- el hecho de que el socio sea titular de una participación de al menos el 25% del capital social, como elemento que potencia su derecho de información y, en concreto, el acceso a documentos contables, bancarios y fiscales con motivo de la aprobación de las cuentas anuales;
- la naturaleza de los documentos solicitados y su conexión con cuestiones especialmente relevantes o controvertidas de la vida societaria, como pueden ser las que son objeto de mención obligatoria en la memoria;
- el carácter abreviado de las cuentas anuales objeto de consideración, que justificaría

una mayor amplitud en la solicitud de documentación;

- a existencia de indicios razonables de actuaciones irregulares del órgano de administración, o de mala gestión;
- la perturbación que la solicitud de información supone para el desarrollo de la actividad del órgano de administración y para la estructura administrativa de la sociedad, por su volumen o complejidad;
- que la petición de documentación, por su desproporción, muestre claramente estar encaminada a no poder ser atendida por la sociedad y, ante la mínima insatisfacción, provocar un motivo de impugnación de los acuerdos.

17.- Finalmente, el Alto Tribunal establece que el hecho de que el órgano de administración considere que la entrega de alguno de los documentos solicitados resulta improcedente no justifica una negativa total ni releva a aquel de entregar al socio los documentos en los que pueda apreciarse que no concurre la objeción que sea, como tampoco la circunstancia de que la petición del socio desborde las posibilidades de la estructura administrativa de la sociedad justifica la falta de entrega de toda documentación.

**Sentencia núm.
986/2011 de 16
enero
Ponente: Rafael
Gimeno-Bayón
Cobos**

El derecho de información del accionista y sus límites.

23. La respuesta a la cuestión planteada, reiterando las sentencias 766/2010, de 1 diciembre (RJ 2011, 1171) y 204/2011, de 21 marzo (RJ 2011, 2890) , debe partir de las siguientes premisas:

1) El derecho de información, integrado como mínimo e irrenunciable en el estatuto del accionista, a tenor de lo previsto en el artículo 48.2 .d) del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 93 .d) de la Ley de Sociedades de Capital (RCL 2010, 1792, 2400) -, constituye un derecho autónomo -sin perjuicio de que pueda cumplir una finalidad instrumental del derecho de voto- que atribuye al socio la facultad de dirigirse a la sociedad en los términos previstos en el artículo 112 del referido texto refundido -hoy 197 de la Ley de Sociedades de Capital -, a fin de que le sean facilitados determinados datos referidos a la marcha de la sociedad.

2) Es el accionista el que debe identificar las informaciones que a él le interesan, tanto para poder emitir su voto con el más perfecto conocimiento de la cuestión sometida a la junta -en cuyo caso tiene carácter instrumental-, como para estar informado sobre detalles de la actividad de la sociedad y de la forma de gestionarla por los administradores, incluso si carece de derecho de voto o no tiene intención de ejercerlo, ya que la privación del derecho a votar no comporta pérdida del derecho a estar informado de los asuntos sociales.

3) El accionista no puede demandar cualquier información de la sociedad sobre cualquier extremo y en cualquier momento, de tal forma que:

1) Es necesario que las informaciones o aclaraciones que estime precisas y las preguntas que estimen pertinentes -juicio de valor que corresponde en exclusiva al accionista- estén comprendidos en el orden del día o tengan la condición de conexos con él.

2) Las informaciones o aclaraciones deben requerirse y las preguntas formularse en el momento adecuado -si se formulan por escrito deberán efectuarse en el espacio temporal que va desde la convocatoria de la Junta hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la Junta y si es verbalmente durante el desarrollo de la Junta General.

4) El interés de la sociedad en no difundir ciertos datos ni siquiera en el limitado ámbito interno de los accionistas -lo que no puede identificarse con el eventual de los administradores en esconder ciertos detalles de su gestión- también supone un límite al derecho de información cuando la comunicación de los datos solicitados, incluso dentro del referido

círculo, puede perjudicar los intereses sociales -singularmente cuando existe interés estratégico en mantener reservados los datos solicitados-, sin perjuicio de que deba facilitarse cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen sin perjuicio de que en este caso deba facilitarse cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, al menos, la cuarta parte del capital.

5) Además de las limitaciones impuestas por la legislación societaria, el derecho de información está sujeto al límite genérico o inmanente de su ejercicio de forma no abusiva objetiva y subjetivamente, lo que debe examinarse de forma casuística en función de los múltiples parámetros -entre otros, las características de la sociedad y la distribución de su capital, volumen y forma de la información solicitado-.

**Sentencia núm.
986/2011 de 16
enero
Ponente: Rafael
Gimeno-Bayón
Cobos**

El derecho de información en la aprobación de cuentas.

24. Cuando se somete a la junta la aprobación de las cuentas anuales, el artículo 212.2 del repetido texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 272 de la Ley de Sociedades de Capital - impone una información documental mínima que debe ponerse a disposición del accionista.

25. Aunque en las grandes sociedades la creciente profesionalización del órgano de administración y la sujeción de las cuentas a un estricto régimen de contabilidad imperativo, dirigido a facilitar la imagen contablemente fiel de la sociedad, ha impulsado la correlativa profesionalización de su control que se ha desplazado del órgano interno -accionistas censores no procesionales- a auditores profesionales externos que no conforman un órgano social, es lo cierto que la norma atribuye a los socios -no a los auditores- la aprobación de las cuentas y de la gestión y su control, por lo que la información documental no sustituye ni vacía de contenido el artículo 112 de la propia Ley, de tal forma que:

1) El socio, además de tener derecho a examinar y obtener los documentos enumerados en el artículo 212.2 de la Ley de Sociedades Anónimas -que necesariamente han de ser claros y ajustados a las exigencias de forma y contenido requeridos por la legislación societaria y contable-, podrá solicitar las informaciones o aclaraciones que estime precisas, máxime cuando también se sometió a la junta el informe de gestión a cuya exhaustividad alude el artículo 202 de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 262 de la Ley de Sociedades de Capital - que en el cuarto párrafo del apartado 1 dispone que "el informe de gestión incluirá, si procede, referencias y explicaciones complementarias sobre los importes detallados en las cuentas anuales", lo que exige que, además de aquellos datos que posibiliten el voto reflexivo sobre las cuentas, se faciliten los que impone el deber de transparencia en la gestión social y que permitan al socio el control razonable del cumplimiento por los administradores de los deberes de diligente administración, fidelidad y lealtad, en relación con la actividad de la sociedad reflejada en las cuentas sometidas a la aprobación y en el informe de gestión.

2) El órgano de administración deberá contestar siempre que concurren los indicados requisitos que operan como límite a la obligación de transparencia -lo que debe decidirse de forma casuista y no arbitraria por el órgano de administración y está sujeto a control judicial-.

**Sentencia núm.
204/2011 de 21
marzo
Ponente: Rafael
Gimeno-Bayón
Cobos**

El derecho de información como derecho autónomo. Ejercicio abusivo.

1) El derecho de información, integrado como mínimo e irrenunciable en el estatuto del accionista a tenor de lo previsto en el artículo 48.2 .d) del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 93 .d) de la Ley de Sociedades de Capital (RCL 2010, 1792) -, constituye un derecho autónomo -sin perjuicio de que pueda cumplir una finalidad instrumental del derecho de voto- que atribuye al socio la facultad de dirigirse a la sociedad en los términos previstos en el artículo 112 del referido texto refundido -hoy 197 de la Ley de Sociedades de Capital -, a fin de que le sean facilitados determinados datos referidos a la marcha de la sociedad, o, como afirma la sentencia 194/2007, de 22 de febrero (RJ 2007, 1520) "trata de facilitar al socio un conocimiento directo sobre la situación de la sociedad y desde luego es uno de los derechos más importantes del accionista, que mediante su ejercicio puede tener el conocimiento preciso de los puntos sometidos a aprobación de la Junta, posibilitando una emisión consciente del voto, por ello la doctrina de esta Sala ha venido reiterando que tal derecho de información, que es inderogable e irrenunciable, se concreta en la obligación de la sociedad de proporcionar los datos y aclaraciones relativas a los asuntos comprendidos en el orden del día - Sentencias de 22 de septiembre de 1992 (RJ 1992, 7016) , 9 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8788) , 9 de octubre de 2000 , 29 de julio de 2004 (RJ 2004, 5469) y 21 de marzo de 2006 (RJ 2006, 1890) -".

2) El ejercicio del derecho está sometido por la norma a las siguientes limitaciones específicas, ya que no cabe demandar cualquier información sobre cualquier extremo y en cualquier momento, de tal forma que:

a) Es necesario que la información que se demande se refiera a asuntos que estén comprendidos en el orden del día de una junta convocada, sin que sea precisa una relación "directa y estrecha", debiendo estarse para determinar la suficiencia de su conexión entre la información demandada y el orden del día al juicio de pertinencia en el caso concreto.

b) Las informaciones o aclaraciones que se estimen precisas, o las preguntas escritas que se estimen pertinentes deberán realizarse desde la convocatoria de la Junta hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la Junta, o verbalmente durante la celebración de la Junta General,

c) Si se ejercita por escrito antes de la junta debe requerirse hasta el séptimo día antes de la celebración de la junta, y durante la misma cuando se ejercite verbalmente-.

d) La publicidad de los datos interesados no debe perjudicar los intereses sociales, sin perjuicio de que en este caso deba facilitarse cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, al menos, la cuarta parte del capital.

3) Además de las limitaciones específicas impuestas por la legislación societaria, como en todos los derechos subjetivos, constituye un límite genérico su ejercicio abusivo cuando concurren los requisitos precisos para el abuso del derecho o, dicho en otros términos, como afirma la sentencia 753/2008, de 4 de septiembre (RJ 2008, 6288) "es necesario que el derecho se ejercite con la extralimitación, por causas objetiva o subjetiva - sentencias de 29 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 510) y 28 de enero de 2005 (RJ 2005, 1829) -, en que se asienta dicho concepto - sentencias de 18 de mayo de 2005 (RJ 2005, 4238) y 29 de septiembre de 2007 -, lo que no puede afirmarse ocurra sin tener en cuenta las circunstancias de cada caso".

4) Finalmente, tratándose del derecho de información cuando se somete a la Junta la aprobación de las cuentas anuales, la específica manifestación del derecho de información documental regulada en el artículo 212.2 del repetido texto de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 272 de la Ley de Sociedades de Capital-, no excluye ni limita el alcance del atribuido con carácter general o en otras palabras, no vacía de contenido el derecho de información reconocido en el artículo 112 de la Ley de Sociedades Anónimas , de tal forma que el derecho de información no queda constreñido al simple examen de los documentos sometidos a la aprobación de la Junta.

**SAP Madrid Secc
28 nº 363/2018
De 29 de junio de
2018
Ponente Pedro
Gomez Sanchez**

Derecho de Información: Negación de información por carácter estratégico.

En su recurso la apelante nos indica que su negativa obedeció, en parte (no concreta en relación con cuáles de dichas preguntas), al carácter estratégico de la información solicitada. No vemos, sin embargo, los motivos por los cuales el socio no tenga derecho a ser informado de aspectos de la gestión que tengan el referido carácter estratégico porque, como hemos señalado en la ya mencionada sentencia de 18 de mayo de 2018, "...el eventual carácter estratégico de la información solicitada no es circunstancia que prive al socio del derecho a obtenerla. El Art. 196-2 L.S.C. autoriza al órgano de administración a denegar información cuando a su juicio la publicidad de los datos solicitados perjudique el interés social. El mero carácter estratégico de unos datos no significa "per se" que su conocimiento por parte del socio sea capaz de perjudicar el interés social a no ser que se invoque y se justifique la concurrencia de alguna circunstancia singular que autorice a presagiar el perjuicio, circunstancia singular que en el presente proceso no solo no ha sido acreditada sino que, a decir verdad, ni siquiera se ha invocado por parte de la sociedad demandada".

5/ Complemento de convocatoria

**STS 377/2012 de
13 de junio.
Ponente: Rafael
Gimeno-Bayón
Cobos**

El derecho de la minoría a completar el orden del día de la Junta convocada.

25. El artículo 97.3 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (...) hoy 172 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (...), reconoció un derecho ya recogido con anterioridad por las legislaciones de diversos países.

(...)

26. A tal efecto el art. 97.3 estableció, que "[l]os accionistas que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, podrán solicitar que se publique un complemento a la convocatoria de una Junta General de accionistas incluyendo uno o más puntos en el orden del día. El ejercicio de este derecho deberá hacerse mediante notificación fehaciente que habrá de recibirse en el domicilio social dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria ". Y, en su apartado 4, que "[l]a falta de publicación del complemento de la convocatoria en el plazo legalmente fijado será causa de nulidad de la Junta ".

27. La exégesis de la norma permite concluir que introduce un mecanismo de tutela de las minorías cualificadas por la titularidad de un porcentaje determinado -a diferencia de otros sistemas en los que este varía en función del capital- de accionistas de las sociedades anónimas -como pone de relieve la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 9 de Julio de 2010 (RJ 2010, 3759) , reiterada por la de 10 octubre 2011 (RJ 2012, 401) , la Ley 2/1995, de 23 de marzo (RCL 1995, 953) , de Sociedades de Responsabilidad Limitada, no reconoce el derecho de la minoría a solicitar la publicación de complemento de convocatoria, lo que corrobora el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio-, a las que atribuye el derecho político inderogable consistente en incluir en el orden del día uno o más puntos.

28. Correlativamente, cuando se ejercita en forma y plazo - "[e]l ejercicio de este derecho deberá hacerse mediante notificación fehaciente que habrá de recibirse en el domicilio social dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria "- , impone al órgano de administración la obligación de publicar lo que la doctrina califica como " convocatoria integrada", sancionando la omisión de la publicación del "complemento" con la nulidad de la Junta -sin perjuicio, claro está, de la eventual responsabilidad en que pueden incurrir los integrantes del órgano al amparo de lo dispuesto en los artículos 133 y 135 de la Ley de Sociedades Anónimas (hoy 236 y 241 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital)-.

**STS 377/2012 de
13 de junio.
Ponente: Rafael
Gimeno-Bayón
Cobos**

El contenido del complemento de la convocatoria y el derecho de información.

29. Constreñido por el artículo 112.1 de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 197.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital - el derecho de información de los socios a “los asuntos comprendidos en el orden del día” , la pretensión de limitar los derechos de la minoría cualificada a proponer la adopción de acuerdos, vetando aquellos que tengan por objeto obtener información sobre asuntos sociales que no están relacionados con asuntos consignados en el orden del día confeccionado por los administradores, al socaire de que la junta es un órgano decisorio sobre materias de su competencia, cercenaría de forma inadmisible el derecho autónomo de información de los socios -por más que habitualmente tenga finalidad instrumental en relación con la formación de la decisión de voto-, y permitiría a los administradores una opacidad sobre aquellas materias que decidieran no someter a la junta, extremos incompatible con el deber de transparencia de quien gestiona bienes ajenos.

30. Si a ello se añade que uno de los extremos del orden del día requerido - autorizar al Consejo para que pudiera adquirir, en nombre de la sociedad, las acciones que los socios pusieran a la venta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas - tenía claramente carácter decisorio sobre materias que son competencia exclusiva de la junta, el primero de los argumentos del recurso debe ser rechazado.

**STS 377/2012 de
13 de junio.
Ponente: Rafael
Gimeno-Bayón
Cobos**

El contenido del complemento de la convocatoria y la relación con el orden del día.

31. La pretensión de exigir que el “complemento” de la convocatoria se ponga “en relación con el tipo de Junta de que se trate, y por ende de la naturaleza de los asuntos a tratar en la misma”, vulnera las reglas que para la interpretación de la norma enuncia el artículo 3.1 del Código Civil (LEG 1889, 27) , ya que carece de soporte en la literalidad de la norma al exigir requisitos que en ningún momento impone la literalidad de la norma, y confunde el complemento “a la convocatoria “ que es lo que la norma dice, con el complemento a los “puntos del orden del día”, que es lo pretendido por el recurso.

32. Desde otra perspectiva, se aparta del Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea que se refieren de forma expresa y clara a “nuevos puntos del orden del día” al disponer en el artículo 56 que “[u]no o más accionistas que posean, en conjunto, como mínimo el 10 % del capital suscrito de una SE podrán solicitar la inclusión de uno o más nuevos puntos en el orden del día de una Junta General “ , y, de nuevo, vacía de contenido el derecho de la minoría, transformando el derecho de complemento de convocatoria en una modalidad del ejercicio de información limitado que regula el artículo 112 de la Ley de Sociedades Anónimas , y rompe con la interpretación coherente del sistema que en el artículo 100.2TRLSA -hoy 168 TRLSC- reconoce a la minoría el derecho a participar en la estructura de poder de la sociedad mediante la exigencia de convocatoria de Junta que, por definición, se refiere a temas que no son objeto de convocatoria previa.

33. En definitiva, el complemento de convocatoria puede tener por objeto las materias que la minoría decida, (...).

**STS 377/2012 de
13 de junio.
Ponente: Rafael
Gimeno-Bayón
Cobos**

El contenido del complemento de la convocatoria y la información perjudicial.

34. Hemos declarado en reiteradas ocasiones (entre las más recientes, sentencias 766/2010, de 1 de diciembre (RJ 2011, 1171) , 204/2011, de 21 de marzo (RJ 2011, 2890) y 986/2011, de 16 de enero de 2012 (RJ 2012, 177)) que el derecho de información, integrado como mínimo e irrenunciable en el estatuto del accionista, a tenor de lo previsto en el artículo 48.2 .d) del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 93 .d) de la Ley de Sociedades de Capital - no carece de límites ya que:

1) la sociedad puede tener interés en no difundir ciertos datos, ni siquiera en el limitado ámbito interno de los accionistas -lo que no puede identificarse con el eventual de los administradores en esconder ciertos detalles de su gestión-, cuando la información, incluso dentro del referido círculo, puede perjudicar los intereses sociales, sin perjuicio de que deba facilitarse cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, al menos, la cuarta parte del capital - artículo 112.3TRLSA (hoy 197.3 TRLS)-;

2) además de las limitaciones impuestas por la legislación societaria, el derecho de información está sujeto al límite genérico o inmanente de su ejercicio de forma no abusiva objetiva y subjetivamente.

35. La limitación societaria al derecho de información tiene carácter excepcional y, en defecto de previsión normativa no puede proyectarse, sin más, sobre el derecho de la minoría cualificada a complementar el orden del día de la junta convocada -tampoco se contempla en el artículo 100TRLSA (hoy 168 TRLS)-, ya que la norma impone la inclusión de los puntos requeridos en el orden del día, no la transcripción de los términos del requerimiento, por lo que basta la constancia de los asuntos a tratar.

**SAP de Madrid
Sección 28
281/2018 de 11
mayo.
Ponente :
Francisco de
Borja Villena
Cortés**

Complemento de Convocatoria

Frente a tal idea, lo cierto es que la jurisprudencia ha admitido la legitimidad de puntos del orden del día en las propuestas de convocatorias de Juntas de socios, cuando estos tienen un contenido meramente informativo, y no conformador de declaraciones de voluntad de la Junta como órgano social. Y lo ha hecho precisamente en relación con la petición de complemento de convocatoria. Así, la STS nº 377/2012, de 13 de junio (RJ 2012, 8188) , FJ (29) , señala que: «Constreñido por el artículo 112.1 de la LSA -hoy 197.1 del texto refundido de la LSC - el derecho de información de los socios a “los asuntos comprendidos en el orden del día” , la pretensión de limitar los derechos de la minoría cualificada a proponer la adopción de acuerdos, vetando aquellos que tengan por objeto obtener información sobre asuntos sociales que no están relacionados con asuntos consignados en el orden del día confeccionado por los administradores, al socaire de que la junta es un órgano decisorio sobre materias de su competencia, cercenaría de forma inadmisiblemente el derecho autónomo de información de los socios -por más que habitualmente tenga finalidad instrumental en relación con la formación de la decisión de voto-, y permitiría a los administradores una opacidad sobre aquellas materias que decidieran no someter a la junta, extremos incompatible con el deber de transparencia de quien gestiona bienes ajenos ».

Por tanto, el hecho de que los puntos recogidos en la propuesta de complemento de convocatoria tuvieran un contenido informativo no los priva de la categoría de puntos llamados a integrarse en el orden del día de la convocatoria, ni por tanto quedan excluidos de la posibilidad de instar con ellos el complemento de convocatoria realizada por la administración social.

**STS núm.
191/2014 de 15
abril
Ponente: Ignacio
Sancho Gargallo**

Ámbito del Poder de Representación de un Socio en una Junta

Resulta de aplicación al presente caso la regulación contenida en el art. 49 LSRL , relativa a la asistencia y representación de los socios en la junta general , vigente cuando se celebró la junta . Esta normativa ha pasado al actual art. 183 LSC.

Artículo 183 Representación voluntaria en la junta general de la sociedad de responsabilidad limitada

1. El socio sólo podrá hacerse representar en la junta general por su cónyuge, ascendiente o descendiente, por otro socio o por persona que ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional.

Los estatutos podrán autorizar la representación por medio de otras personas.

2. La representación deberá conferirse por escrito. Si no constare en documento público, deberá ser especial para cada junta.

3. La representación comprenderá la totalidad de las participaciones de que sea titular el socio representado.

Artículo 184 Representación voluntaria en la junta general de la sociedad anónima

1. Todo accionista que tenga derecho de asistencia podrá hacerse representar en la junta general por medio de otra persona, aunque ésta no sea accionista. Los estatutos podrán limitar esta facultad.

2. La representación deberá conferirse por escrito o por medios de comunicación a distancia que cumplan con los requisitos establecidos en esta ley para el ejercicio del derecho de voto a distancia y con carácter especial para cada junta.

La norma contiene una previsión legal general que restringe la representación de un socio para asistir a la junta general a tres tipos de personas: otro socio; un pariente próximo (cónyuge, ascendiente o descendiente); y cualquier otra persona con un poder general para administrar todos los bienes del socio representado. Si a renglón seguido la ley prevé que los estatutos pueden autorizar la representación por medio de otras personas, quiere decir que puede concederse la representación a alguien que, sin ser otro socio ni pariente próximo, no tenga un poder general para administrar todo el patrimonio del deudor. Esto es, no necesariamente, si así lo prevén los estatutos, el apoderado tiene por que tener un poder general para administrar todos los bienes del poderdante.

Teniendo en cuenta lo anterior, el apartado 3 del art. 49 LSRL establece unos requisitos necesarios, que no pueden ser objeto de disposición, sobre la forma en que debe otorgarse la representación, ya se otorgue a otro socio, ya lo sea a un pariente próximo o a otra persona diferente, que puede ser un apoderado general para administrar todos los bienes del representado, u otra persona prevista en los estatutos de la sociedad. Estos requerimientos que debe adoptar el poder son los siguientes: debe alcanzar a la totalidad de las participaciones de que sea titular el socio representado y debe hacerse por escrito, que si no es un poder especial, deberá constar en documento público.

En nuestro caso, el art. 14 de los estatutos sociales prevé: "(t)odo socio que tenga derecho a asistir podrá hacerse representar en la Junta General por medio de otra persona, aunque esta no sea socio en la forma y con los requisitos establecidos en el artículo 49 de la Ley".

La cuestión radica en determinar si en este caso concreto, de acuerdo con el tenor de la cláusula estatutaria, podemos concluir que establece una excepción a la regla general legal contenida en el art. 49.2 LSRL (representación por otro socio, un pariente próximo u otra persona con poder general para administrar todo el patrimonio), o se halla contenida en

ella. La conclusión a la que llega la audiencia nos parece correcta, pues interpreta que la cláusula estatutaria amplía el perímetro de las personas por quienes puede ser representado un socio en una junta, al permitir que sea cualquier persona, sin necesidad de que tenga un poder general para administrar la totalidad del patrimonio.

La referencia a que la representación se otorgue “en la forma y con los requisitos establecidos en el artículo 49 de la ley” debe entenderse como hace la audiencia, como una remisión a las exigencias contenidas en el apartado 3 del art. 49 LSRL, que además tienen carácter imperativo y no pueden ser objeto de disposición: i) la representación deberá comprender la totalidad de las participaciones de que sea titular el socio representado; ii) el poder deberá constar por escrito, y si no es especial para asistir a la junta, deberá estar formalizado en escritura pública.

De este modo, la audiencia no ha infringido el art. 49 LSRL cuando interpreta que el art. 14 de los estatutos amplía el perímetro de la representación del socio para asistir a la junta, al permitir que pueda ser cualquier persona, sin necesidad de que esté apoderado para administrar la totalidad del patrimonio de la sociedad, y al ceñir la referencia a la forma y requisitos del art. 49 LC (RCL 2003, 1748), a los previstos en el apartado 3.

**Sentencia núm.
693/2016 de 24
noviembre.
Ponente: Ignacio
Sancho Gargallo**

Irregularidad en la forma de solicitar el complemento de convocatoria

Formulación del motivo segundo. El motivo denuncia la infracción del art. 172 LSC, en relación con los arts. 7.1 y 2 CC y el principio general de que nadie puede ir contra sus propios actos.

Dentro de los cinco días siguientes a la publicación en el BORME del anuncio de convocatoria de la junta general de accionistas de Eulen para el día 20 de junio de 2011, un socio minoritario (El Enebro, S.A.) que tenía más del 5% del capital social, ejerció el derecho que le confiere la LSC de solicitar un complemento del orden del día de la junta.

La solicitud de complemento se presentó en la sede principal de negocios de Eulen en Madrid (calle Gobelás 25-27), y no en su domicilio social en Bilbao (calle Lehendakari Leizao-la), mediante una notificación fehaciente, el día 23 de mayo de 2011.

En dos juntas generales de Eulen celebradas el año anterior, convocadas por la misma administración social, una para el día 25 de febrero de 2010, y otra para el día 28 de junio de 2010, aquel mismo socio minoritario, que poseía más del 5% del capital social, solicitó un complemento del orden del día mediante un escrito presentado, en ambos casos, dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria en el BORME en la sede principal de negocios en Madrid (calle Gobelás, 25-27). Y en ambos casos los administradores no rechazaron la petición y accedieron a la publicación del complemento del orden del día.

Con estos dos precedentes, se había generado en el socio minoritario la expectativa de que las peticiones de complemento del orden del día, previstas en el art. 172 LSC, podían presentarse en la sede de negocios de Eulen en Madrid. Y bajo esta confianza generada por la actuación previa de los administradores sociales, el socio minoritario el 23 de mayo de 2010 volvió a presentar su solicitud de complemento del orden del día de la junta convocada para el día 20 de junio de 2011, en la sede principal de negocios en Madrid. Con estos antecedentes, rechazar esta petición con la excusa de que no es el domicilio social, en atención a que se trataba de último día del breve plazo legal (5 días) para presentar estas solicitudes, es un acto contrario a la buena fe (art. 7 CC), y es equivalente a un rechazo injustificado de la petición de complemento.

La consecuencia legal de no atender a la publicación del complemento de la convocatoria en el plazo legalmente fijado es sancionada por el párrafo segundo del art. 172.2 LSC con la nulidad de la junta.

No puede entenderse irrelevante la omisión del complemento, como argumentó el juzgado mercantil, porque su contenido estuviera incluido en el orden del día de la convocatoria inicial realizada por los administradores sociales, entre otras razones, porque el complemento difiere del orden del día inicial.

El punto tercero del orden del día de la denominada junta extraordinaria, era: «Modificación del régimen de transmisibilidad de las acciones y nueva redacción, en su caso, del artículo 7 de los Estatutos». El artículo 7 que se pretendía modificar contenía un derecho de adquisición preferente a favor de los socios en caso de transmisión de las acciones a un tercero. Y la ampliación solicitaba la modificación, en su caso, de este artículo 7 para mantenerse la exigencia de una valoración de la sociedad por un tercero independiente en el supuesto de adquisición de las acciones por la propia sociedad. Aunque versara sobre el artículo 7 de los estatutos, no podía entenderse incluida en la propuesta inicial.

3. La estimación de este segundo motivo de casación conlleva dejar sin efecto la sentencia apelación, en el sentido de estimar la apelación, revocar la sentencia de primera instancia, estimar la demanda y declarar la nulidad de la junta general de accionistas impugnada. En consecuencia, resulta innecesario entrar a analizar los restantes motivos de casación, el primero que pretendía igualmente la nulidad de esta junta, y los dos últimos que se refieren a la impugnación de dos de los acuerdos adoptados en la junta que declaramos nula.

6/ La representación en la junta

**Sentencia
núm. 296/2016
de 5 mayo. RJ
2016\2455
Ponente: Pedro
José Vela Torres**

Interpretación del art. 186.3 de la Ley de Sociedades de Capital. Solicitud pública de representación.

1.- Para una exégesis correcta del precepto debemos partir del sentido y función de la institución de la solicitud pública de representación. La misma tiene una finalidad protectora del accionista cuando su representación no es otorgada a iniciativa propia, sino que le es pedida por sujetos o instituciones que suelen tener una posición especialmente cualificada en la sociedad. El supuesto de hecho que regula la norma es que la representación se solicite por el futuro representante mediante una solicitud pública (presupuesto objetivo). Cuyo régimen deberá aplicarse, conforme al art. 107.1LSA -actual art. 186.1 LSC-, siempre que los solicitantes sean los administradores de la sociedad, las entidades depositarias de los títulos o las encargadas del registro de anotaciones en cuenta (presupuesto subjetivo).

2.- En tales casos, lo que la Ley pretende es que los solicitantes de la representación hagan uso de ésta de acuerdo con la voluntad y en interés del accionista representado, y no conforme a su propio y exclusivo interés, ni como técnica de control de la sociedad. Además, la solicitud pública de representación adquiere su plena funcionalidad en el ámbito de sociedades anónimas abiertas al mercado de capitales y caracterizadas, entre otros aspectos, por la existencia de un gran número de accionistas meramente inversores y, en cuanto tales, no directamente interesados en la gestión social y en el control de la sociedad. De modo que esta técnica de representación institucional es utilizada para evitar la inoperatividad funcional de la junta general, susceptible de producirse si la reducida asistencia de los accionistas a las juntas impide alcanzar el quórum necesario para su válida constitución. A su vez, en tales supuestos, la concesión a favor de una misma persona de más de tres representaciones para que asista a la junta general determina la necesidad de cumplir las formalidades y demás requisitos exigidos legalmente en materia de solicitud pública de representación (art. 107.1LSA), sin que sea necesario probar que ha habido solicitud pública. En tal caso, la motivación que han tenido los accionistas para conceder el poder de representación es jurídicamente indiferente.

La solicitud de representación es pública cuando se realiza respecto de la generalidad de accionistas -no necesariamente todos- de una misma sociedad o un número más o menos amplio de éstos. En principio, los destinatarios de la solicitud son los accionistas, pero en determinados supuestos cabe que sean quienes, sin serlo, pueden ejercitar los derechos de asistencia y voto (por ejemplo, el usufructuario o el acreedor pignoraticio).

3.- El art. 107.3LSA no puede interpretarse ni aplicarse de manera aislada, sino que tiene que ponerse en relación con la propia institución en cuya regulación se incluye -la solicitud pública de representación- y especialmente con el art. 107.1LSA, de modo que debe interpretarse que se presumirá -salvo prueba en contrario- que cuando hay más de tres representados habrá solicitud pública, si la misma la han solicitado las personas u organismos previstos en el n.º 1. Pero no en otros casos no previstos en el precepto.

Bajo estas premisas, el art. 107.3LSA no impone de manera absoluta la existencia de solicitud pública de representación cuando una misma persona ostenta la representación de más de tres accionistas, sino que únicamente la presume (no mediante una presunción propiamente dicha, sino conforme a una técnica presuntiva). Situación que admite prueba en contrario, porque puede desvirtuarse, por ejemplo, haciendo constar en el escrito de apoderamiento que se hace por propia iniciativa y no en respuesta a solicitud alguna.

En realidad, el art. 107.3LSA determina no cuándo existe una solicitud pública, sino cuándo una solicitud ha de considerarse que se ha realizado de forma pública. Si se considera que lo presumido es la existencia de solicitud, es claro que no puede exigirse que se pruebe el hecho cuya existencia se presume (la solicitud de representación), que es a lo que se refería la sentencia de 6 de julio de 2005 (RJ 2005, 9538). Pero la cuestión es diferente si se estima que lo presumido no es la existencia de una solicitud, sino el carácter público de una solicitud previa, en cuyo caso sí resulta necesario probar la existencia de la solicitud. Esta última interpretación, acorde con la sentencia de 6 de julio de 2007 (RJ 2007, 5297), es la que consideramos más ajustada a la finalidad del régimen especial y evita que éste se aplique imperativamente a supuestos en los que no ha existido solicitud previa.

**Sentencia
núm. 296/2016
de 5 mayo. RJ
2016\2455
Ponente: Pedro
José Vela Torres**

Los pactos de sindicación de acciones y su ejecución a través de la representación en la junta.

1.- Contrariamente a los casos tratados en el fundamento anterior, la representación otorgada por un sindicato de accionistas tiene una motivación y finalidad diferentes a la de la solicitud pública de representación. El pacto de sindicación de acciones es un acuerdo extrasocietario o parasocial generalmente no oponible a la sociedad (art. 7.1 LSA (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206) ., actual art. 29.1 LSC (RCL 2010, 1792 y 2400)), pero de eficacia vinculante para quienes lo suscriben. Por este acuerdo los sindicados se comprometen, entre sí o frente a terceros, a votar en la junta general en un determinado sentido, decidido por la mayoría del sindicato y mediante el ejercicio del voto por sí mismos o a través de un representante, también elegido por el sindicato. En suma, se trata de un contrato asociativo que tiene como finalidad poder influir en las decisiones que se adopten en el seno de la junta general de la sociedad emisora.

2.- En el caso enjuiciado, la representación ejercida en la junta general impugnada no obedecía a la primera de las situaciones antedichas (solicitud pública de representación), sino a la segunda (pacto de sindicación de voto). Por lo que, como acertadamente concluye la Audiencia Provincial, no resultaba aplicable el art. 107LSA. Como consecuencia de lo cual, debe desestimarse el recurso de casación.

Fijación de doctrina jurisprudencial.

1.- Aunque como regla general el art. 487.3 prevé la fijación de doctrina jurisprudencial para los casos en que se casa la sentencia, la divergencia de pronunciamientos recaídos hasta la fecha aconseja tal fijación en este caso, aunque se desestima el recurso de casación.

2.- Procede, por tanto, fijar como doctrina jurisprudencial, la siguiente: «El art. 107.3 LSA (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206) (actual art. 186.3 LSC (RCL 2010, 1792 y 2400)) debe considerarse como una presunción legal que admite prueba en contrario, aplicable únicamente a aquellos casos en que haya mediado una solicitud pública de representación en los términos del art. 107.1LSA (actual art. 186.1 LSC)».

SAP Madrid
Ponente (Pedro
Gómez Sánchez)
Sentencia núm.
198/2013

Interpretación del artículo 183 LSC (49,2 LSRL)

La sentencia apelada consideró injustificado tal reproche por entender que el mismo incurría en un exceso de rigor formal y no tomaba en consideración la realidad social del tiempo en que debía ser aplicada la norma contenida en el referido Art. 49-2 L.S.R.L. . No compartimos, sin embargo, dicho punto de vista. El rigor del precepto, que por lo demás es un rigor relativo al ser susceptible de derogación por vía estatutaria en cualquier momento, no obedece a criterios meramente rituarios sino que, como acertadamente ha puesto de relieve el demandante (...), responde al propio sesgo que el legislador ha querido imprimir a esta clase de sociedades, y no en vano, después de proclamar que la de responsabilidad limitada es una sociedad "esencialmente cerrada", la Exposición de Motivos de la L.S.R.L. (apartado II, 2) nos indica que ese carácter cerrado se manifiesta, entre otros aspectos, ".en que, salvo disposición contraria de los estatutos, la representación en las reuniones de la junta general tiene un carácter restrictivo.". Lo que se pretende, pues, es que si el representante no ha de ser otro socio, sea al menos alguien de quien quepa suponer que goza de un especial vínculo de confianza con el representado, lo que sucede con determinados parientes (cónyuge, ascendientes o descendientes) y también con aquella persona a quien, por tener conferido un apoderamiento de notabilísima amplitud (poder para administrar todo el patrimonio existente en el territorio nacional), quepa conceputar en cierto modo como un "alter ego" de ese mismo representado. Exigencia esta que no puede considerarse colmada por el otorgamiento de un simple poder especial para actuar en la junta de que se trate. Y esta interpretación no se encuentra en contradicción con el apartado 3 del Art. 49 L.S.R.L. . cuando, entre otros requisitos generales, exige que los apoderamientos se otorguen en documento público o, de conferirse en documento privado, se hagan con carácter especial para cada junta, pues obvio es decir que ese apoderamiento especial será predicable solamente de los supuestos en los que el representante sea socio, cónyuge, ascendiente o descendiente del representado o cuando lo sea cualquier otra persona que contemplen los estatutos, pero no -obvio es decirlo- cuando, sin especial previsión estatutaria, se trate de la hipótesis del apoderado general para administrar la totalidad de los bienes existentes en nuestro territorio.

Por otro lado, tampoco apreciamos que desde el año 1995 en adelante (época de promulgación de la L.S.R.L.) se haya producido un cambio en la realidad social de tal naturaleza o envergadura que justifique, por la vía del Art. 3-1 del Código Civil (LEG 1889, 27) , un apartamiento de dicha interpretación estricta. De hecho, en un supuesto de ausencia de ese apoderamiento general del que habla el Art. 49-2 L.S.R.L. , la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2011 (RJ 2011, 2361) atribuyó al requisito en cuestión una importancia tan esencial que incluso consideró que la insuficiencia del poder no era susceptible de subsanación mediante ratificación "ex post" del poderdante al razonar que ".la doctrina de la ratificación opera respecto de negocios jurídicos incompletos en orden a producir sus efectos respecto del ratificante, y aquí lo que se pretende es subsanar "a posteriori" un apoderamiento insuficiente para asistir a un acto social, el cual está sujeto a unos requisitos que inexorablemente habrán de existir al tiempo de su ejercicio. El accionista podrá disponer de los efectos del acto en lo que a él afecten, pero no en cuanto a la sociedad, y respecto de los restantes accionistas.".

**Ponente Luis
Antonio Soler
Pascual
Sentencia núm.
441/2010 de 19
octubre**

La representación del socio en la Sociedad Limitada

En nuestra Sentencia de 13 de julio de 2005 , ya expusimos las exigencias legales que la representación del socio en el ámbito de la sociedad de responsabilidad limitada, requería la ley. A tal efecto dijimos que la exigencia legal para tener por válidamente constituida la facultad representativa en una Junta societaria pasa necesariamente por la concurrencia de tres requisitos que aparecen como absolutos,

1), de naturaleza subjetiva, porque recaiga en determinadas personas, bien de las señaladas en la Ley, bien en los Estatutos societarios;

2) de naturaleza formal, porque el poder cumplimente la formalidad imperativa, ad solemnitaten, de escritura, bien en documento privado, en cuyo caso debe ser especial para la Junta de que se trate, bien en instrumento público, en cuyo caso puede ser para cualquier Junta

y; 3) de naturaleza sustantiva o material, porque el poder de representación esté conferido en el más amplio ámbito de representación de facultades de gestión y administración patrimonial, esto es, con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional, exigencia que tanto lo es cuando el poder está otorgado en documento público como privado.

Es al sentido que debe dársele a estas exigencias lo que constituye el thema decidendi, juicio que encamina, como bien señala el Magistrado de Instancia, la propia Exposición de Motivos de la LSRL que en su apartado II, párrafo 2, señala que la representación en las reuniones de la Junta General tiene un carácter restrictivo, criterio que se abunda cuando se efectúa un examen comparado respecto de esta misma facultad en el seno de las sociedades anónimas en cuya regulación -art. 106 LSA -, a diferencia de lo que hemos visto para la sociedad limitada, se obvia desde luego la exigencia de que la representación esté incurso en un mandato más amplio de gestión y administración general del patrimonio del poderdante. Es cierto que la DGRN ha venido señalando en diversas resoluciones (10 de mayo de 1994 , 20 de octubre de 1992) el juego del instituto de la representación voluntaria en el ámbito patrimonial (vid., arts. 1712 del Código Civil y 281 del Código de Comercio), señalando que toda restricción o exclusión de su aplicación en dicho ámbito reclama una interpretación estricta a fin de garantizar que tales restricciones o exclusiones no se extiendan a hipótesis distintas y a objetivos diferentes de los que determinaron su formulación. Así por ejemplo ha entendido que un poder general para administrar todos los bienes del representado es apto para asistir a Juntas de Sociedades de Responsabilidad limitada aunque la asistencia a las mismas no fuera expresa facultad del poder conferido, acogiendo el principio de que quien puede lo más puede lo menos...En conclusión, no cabe más interpretación que la que resulta del propio texto legal, en relación a la naturaleza de la forma societaria de que se trata -art. 3 CC -....

(...)

En efecto, el poder que se confiere a los representantes rechazados en su momento, impidiéndoles actuar en la Junta, lo es explícitamente, general, tan amplio y bastante como en derecho se requiera y sea menester, extendiéndose dicha generalidad, sin restricción alguna, a los actos de administración distribuidos en múltiples categorías, incluidas las de constituir, transformar, adaptar, modificar, prorrogar, disolver, liquidar, extinguir y cancelar toda clase de sociedades, facultad que por sí sola implica concesión de poderes en relación a la disponibilidad tanto sobre bienes muebles como inmuebles -piénsese en el caso de la sociedad civil universal-. Ningún reproche legítimo puede, por tanto, hacerse a los apoderamientos, lo que enlaza, precisamente, con la doctrina de los actos propios que defiende el apelante en relación a este caso ya que, aun cuando la doctrina de los actos propios no es ni constituye un principio absoluto en tanto que debe estar formada por actos que sean jurídicamente eficaces pues no tiene la facultad de crear derechos contra legem - es de imposible estimación cuando lo realizado trasciende de la esfera voluntarista negocial u obligacional para afectar, o incidir en la aplicación de una norma positiva de

carácter imperativo, dado que dichos actos suponen en tales supuestos un apartarse o un desconocer las reglas de derecho positivo que las partes debieron tener en cuenta, dice la STS 10 de febrero de 1993 -, ni puede entenderse que hay abuso de derecho -art 7-1 CC - cuando se trata de la aplicación de una norma legal de naturaleza imperativa en cuanto al ámbito material de la representación conferida, la generalidad descrita, admitida en su momento, cuestiona el aspecto subjetivo del comportamiento contradictorio de la sociedad en relación a estos poderes, afianza la legalidad de los mismos y sustenta a la postre, por razón de la falta de patente o evidente ilegalidad, la infracción denunciada que debe implicar la nulidad -art 56 y concordantes LSRL y 115 y siguientes LSA- de la Junta celebrada el día 24 de julio de 2008 y de cuantos acuerdos se adoptaron en la misma.

7/ Impugnación de acuerdos sociales

SAP Baleares
nº195/2015
Ponente Santiago
Oliver Castelló

Nulidad del acuerdo de traslado de domicilio por no haber justificado cabalmente ni la necesidad ni la conveniencia del traslado.

Respecto de la falta de informe justificativo del traslado del domicilio social de “Moquengui, SA”, a Madrid, hay que destacar que la sede de las sociedades es el lugar elegido contractualmente por las partes para localizar su actividad jurídica y a él anuda el ordenamiento múltiples funciones (p. ej., lugar de cumplimiento de las obligaciones (art. 117.II CC (LEG 1889, 27)), el lugar de reunión de la asamblea o de otros órganos sociales (art. 175 LSC (RCL 2010, 1792 y 2400)), etc.). El domicilio ha de consignarse en el contrato de sociedad y referenciarse en toda su documentación (art. 24 C.de C.). El domicilio no es sólo una población o término municipal; es una finca o lugar concreto donde se sitúa la sede social. Los principios que rigen la determinación del domicilio son tres: territorialidad, unidad y libertad.

I. Principio de territorialidad: de acuerdo con este principio, el domicilio estatutario de una sociedad española -esto es, constituida conforme a derecho español- ha de estar localizado en España (art. 9LSC; y 3 LGC, etc).

II. Principio de unidad: en virtud de este principio, la sociedad tiene vedada la posibilidad de establecer varios domicilios (art. 41 CC ; art. 9LSC; art. 3 LGC; etc). El tráfico jurídico requiere de certidumbre y acuerda la localización de las actividades de las sociedades. Tampoco cabe admitir los domicilios rotatorios, pues contradice el principio de estabilidad que responde a las mismas exigencias de certeza que el de unidad.

III. Principio de libertad: en virtud de este principio, los socios pueden fijar el domicilio social en función de su conveniencia y sin estar vinculados por la necesidad de coincidencia del domicilio social con un centro de interés efectivos de la sociedad (domicilio real). No obstante, en caso de divergencia entre el domicilio real u operativo y el domicilio estatutario “los terceros podrán considerar como domicilio cualquiera de ellos” (art. 10 LSC). Este criterio es aplicable a cualquier sociedad (v. SSTS de 29 de marzo de 1967 y 28 de noviembre de 1998).

Por otra parte, establece el art. 9 de la LSC que: “ 1. Las sociedades de capital fijarán su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación. 2. Las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España “; y los art. 286 y 287 “ En el anuncio de convocatoria de la junta general, deberán expresarse con la debida claridad los extremos que hayan de modificarse y hacer constar el derecho que corresponde a todos los socios de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y,

en el caso de sociedades anónimas, del informe sobre la misma, así como pedir la entrega o el envío de dichos documentos "; y el art. 209 que: " Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley "; y el art. 225 que: " 1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos. 2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad. 3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones "; y el art. 229.3 que: " 1. El particular, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés a que se refiere la letra e) del art. 228 anterior obliga al administrador a abstenerse de: 3. En todo caso, los administradores deberán comunicar a los demás administradores y, en su caso, al consejo de administración o, tratándose de un administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad ".

Tal propuesta era el nº 4 del Orden del Día, de la Junta General Ordinaria a celebrar el día 27 de junio de 2013.

Pues bien, la demandada no ha justificado cabalmente ni la necesidad ni la conveniencia del traslado de domicilio social, desde Selva (de Mallorca) a Madrid, en tanto que la explotación es una (ganadera y agrícola); que su administración y dirección se ejercen en Selva; que es en Selva donde se halla el establecimiento principal; que falta un estudio económico-financiero que apruebe o aconseje el cambio de domicilio social; que el traslado se basa únicamente en la conveniencia de algunos socios; que es en Selva donde se prevé que seguirá la explotación agrícola-ganadera; que asimismo falta un escrito motivado y justificativo del traslado, más allá de la mera conveniencia de algunos socios; y en cuanto que se ejercita la actividad a través de establecimiento, principal, ubicado en Selva; que el ámbito del negocio no se extiende a Madrid, ni a una nueva clientela; que desde esta última ciudad no habría autonomía de gestión; que en Madrid no había sucursal, ni filial, ni hay establecimiento abierto al público; que se da en Selva la certidumbre en la localización de la actividad; que prima, en estos casos, el principio de estabilidad; que el traslado de domicilio podría fácilmente conllevar o crear problemas de representación, y de alta dirección, en las facultades de gestión, y en el desarrollo del objeto social; que haría más difícil la individualización de responsabilidad de los administradores societarios, y en la solución de los conflictos de intereses; que no hay unidad, sino solapamiento o división de funciones, entre los dos administradores; que el traslado haría desaparecer o aminorar la agenda de objetivos y prioridades, disminuyendo las eficiencias estática y dinámica; que de seguro se desaprovecharían o se perderían subvenciones agrícolas- ganaderas; que el inmovilizado se halla en Selva, por lo que el traslado de domicilio sólo acarrearía desventajas; que en Selva se obtienen las ventas, alquileres, coto-caza, y se realizan las compras y los servicios externos; que D. Juan María , en su interrogatorio, manifestó que el administrador está en el domicilio social, que el traslado de domicilio se adoptó por sugerencias de varios accionistas; que la Gestoría LLeonart lleva las cuestiones laborales; que la Sociedad no ejerce actividad alguna en Madrid; que hay un administrador "aquí" y otro en Madrid". Y, consiguientemente, estima este Tribunal que, aunque haya una mayoría social que apoye el cambio de domicilio, ello sólo provocaría desventajas e incremento de costes, en perjuicio de todos los accionistas, y ello se haría por mera comodidad y conveniencia, lo cual ni está motivado ni tiene sentido. Por tanto, tal petición merece acogida estimatoria.

**SAP Madrid,
Sección 28,
núm. 252/2018
de 27 abril. AC
2018\1139
Ponente: Enrique
García García**

El dies a quo para la caducidad de la impugnación de un acuerdo social, también debe considerar el conocimiento que del acuerdo tengan los socios.

Este tribunal es consciente de que un acuerdo de aumento de capital y su ejecución deben inscribirse, como regla general (a salvo determinadas excepciones en el caso de las sociedades cotizadas), de modo simultáneo en el Registro Mercantil, por lo que nada extraño aprecia en que ello se hiciese así en este caso. También lo es del contenido del artículo 205.3 del TRLSC, que en su versión previa a la reforma que medió por Ley 31/2014, de 3 de diciembre, tenía el siguiente tenor literal: "Los plazos de caducidad previstos en los apartados anteriores se computarán desde la fecha de adopción del acuerdo y, si fuesen inscribibles, desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil". Ahora bien, también es conocedor este tribunal de la jurisprudencia que se ha producido a propósito de la aplicación de ese precepto legal, que, como señala el artículo 1.6 del C. Civil (LEG 1889, 27), complementa el ordenamiento jurídico. Pues bien, la doctrina jurisprudencial ha puesto de manifiesto que en el caso de los socios debe tenerse presente el momento en que estos han tenido efectivo conocimiento del acuerdo social que pretenden impugnar, siendo éste un dato que puede influir en el inicio del cómputo del plazo de caducidad. Como se desprende de la enseñanza jurisprudencial contenida en las sentencias de la Sala 1ª del TS de 3 de abril de 2003 (RJ 2003, 2768), de 15 de julio de 2004 y de 29 de octubre de 2008 (RJ 2008, 7692), para el socio que es conocedor del acuerdo social rige como fecha inicial para proceder a su impugnación la del momento en el que adquirió tal conocimiento. Cuando el socio hubiese conocido el contenido del acuerdo antes de su inscripción registral ya no hace falta esperar, incluso en el caso del que fuera inscribible, a que se produzca la inscripción o la subsiguiente publicación en el BORME de la misma para que empiece a correr el plazo de caducidad para impugnarlo, pues posponer el inicio de su cómputo hasta entonces solo tendría sentido con respecto a quien solo así habría tenido la oportunidad de conocerlo. El que ya dispone con anterioridad a esa formalidad registral de noticia suficientemente completa de lo que en concreto ha aprobado la junta no tiene necesidad alguna de la publicidad registral para estar en condiciones de poder impugnar lo acordado en el seno de aquella.

En el ámbito de las sociedades mercantiles, en el que las exigencias en materia de seguridad jurídica y de celeridad del tráfico mercantil son especialmente acuciantes, rige una normativa especial que sujeta el ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos sociales a un plazo de caducidad, de modo que una vez precluido el mismo, por el no ejercicio de aquellas en tiempo oportuno, la comisión por los órganos sociales de una eventual causa de nulidad queda convalidada porque el acuerdo social deviene inimpugnable. Los demandantes conocieron la existencia del acuerdo de ampliación de capital y decidieron, de forma consciente, abstenerse de participar en la ejecución de esa operación de ampliación, pero también lo hicieron de ejercitar, en plazo, las acciones impugnatorias si es que consideraban que el acuerdo, por su forma de adopción o por su contenido, era ilegal o antiestatutario.

**SAP Madrid,
Sección 28,
núm. 252/2018
de 27 abril. AC
2018\1139
Ponente: Enrique
García García**

El Concepto de Orden Público como excepción a la regla de caducidad de la impugnación de acuerdos sociales.-

La jurisprudencia ha dado cobertura bajo el concepto de orden público al conjunto de principios o directivas que sustentan una determinada organización social (entre ellas aquellas que disciplinan aspectos esenciales del sistema societario - sentencia de la Sala 1ª del TS 26 de septiembre de 2.007 (RJ 2007, 5446)) y también, significadamente, a los casos de vulneración de derechos fundamentales de la persona, entre ellos el de la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución española (RCL 1978, 2836) (sentencias de la Sala 1ª del TS de 30 de mayo (RJ 2007, 3608) y 29 de noviembre de 2007 (RJ 2008, 32)). Particularmente, este último resultaría infringido en los casos de acuerdos en los que el socio ni tuvo oportunidad de estar en la correspondiente junta ni conoció su resultado hasta después de transcurridos los plazos legales de impugnación, de modo que no le hubiese sido posible reclamar ante el juez lo nulidad de lo que en el ámbito societario se atribuye a una decisión adoptada allí de consuno por la totalidad del sustrato social.

El Tribunal Supremo, al referirse a este concepto indeterminado, ha destacado la dificultad de perfilar sus límites. En las sentencias de la Sala 1ª de 30 de mayo y 29 de noviembre de 2007 se viene a resumir la doctrina referida a dicho concepto, señalando lo siguiente: “La sentencia de 18 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3934) dice que

“en el orden jurídico el concepto de orden público en el área de los acuerdos sociales es de los denominados indeterminados, y que generalmente se aplica a acuerdo, convenios o negocios que suponen un ataque a la protección de los accionistas ausentes, a los accionistas minoritarios e incluso a terceros, pero siempre con una finalidad, la de privarles de la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 CE .

“La doctrina es recogida en las Sentencias de 4 de marzo de 2002 (RJ 2002, 2421) , 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 (RJ 2003, 3269) 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 (RJ 2006, 1233) , después de poner de relieve las dificultades de fijación del concepto, y que, presentado como excepción a la regla de caducidad de las acciones de impugnación, debe ser aprehendido en sentido restrictivo a fin de evitar la destrucción de la regla de la caducidad, sin duda establecida en seguridad del tráfico , centra el concepto, de acuerdo con la doctrina más autorizada, en los “principios configuradores de la sociedad” a que se refiere el art. 10 del TRLSA (RCL 1989, 2737y RCL 1990, 206) o cuando, como en el caso de la STC 43/1986, de 15 de abril (RTC 1986, 43) , en que el acuerdo lesiona los derechos y libertades del socio. Y, finalmente, la Sentencia de 21 de febrero de 2006 (RJ 2006, 827) 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 (RJ 2002, 1600))”, 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”.

Interesa destacar de la doctrina expuesta que la apreciación de la afectación al orden público de los acuerdos impugnados debe ir ligada al examen del caso concreto, sin que de manera genérica cualquier vulneración de los derechos del socio suponga que nos encontremos ante acuerdos contrarios al orden público, por esenciales y relevantes que sean tales derechos.

Por otro lado, tampoco se identifica con el orden público toda vulneración de norma imperativa. Una norma imperativa puede plasmar una decisión de política jurídica sin que para ello se vea involucrado el orden público, que se refiere a los principios fundamentales y rectores de la comunidad (o, en nuestro caso, configuradores de la sociedad), lo que muestra la trascendencia que ha de tener cualquier infracción para su apreciación, por mucho que afecte a derechos esenciales del socio. Ni la posible afectación de éstos, ni el carácter imperativo de la norma que se alegue como infringida determinan, sin más, que nos encontremos ante acuerdos contrarios al orden público.

Insistimos, asimismo, en que la jurisprudencia ha subrayado el carácter restrictivo con el que debe apreciarse el ámbito del orden público en materia de impugnación de acuerdos a fin de evitar la destrucción de la regla de la caducidad, que ha sido establecida como una salvaguarda para la seguridad del tráfico, el cual no podría soportar que las entidades que operan en su seno estén sometidas a la zozobra que implicaría el que se dilatasen los plazos para poder impugnar las decisiones adoptadas por los órganos colectivos de la entidad mercantil.

En definitiva, **para poder apreciar una vulneración del orden público en esta materia sería preciso que se diese una de estas alternativas; 1º) bien que se tratase de acuerdos que conllevasen una vulneración de los derechos fundamentales (entre ellos, el derecho a la tutela judicial efectiva); o 2º) que se tratase de acuerdos que de modo ineluctable, por su contenido, resultasen contrarios a los principios configuradores del tipo social.**

**SAP Burgos (Secc
3ª) nº 12/2018 de
22 enero.-
Ponente:
Ildefonso Barcalá
Fernández de
Palencia**

¿Qué se entiende por “daño al patrimonio social”?

(...)La primera forma de lesión al interés social se identifica con el daño al patrimonio social. Así se infiere del párrafo segundo del artículo 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital que describe una segunda forma de lesión al interés social, que comienza diciendo: “la lesión al interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social (...)”. Por lo tanto, existe una primera forma de lesión que es el daño al patrimonio de la sociedad. Por patrimonio de la sociedad se entiende el conjunto de derechos y obligaciones de valor pecuniario que pertenecen a la persona jurídica social. Y el daño se producirá cuando se disminuyan estos derechos (enajenación de activos, p.ej) o se incrementen las obligaciones (asunción de deuda, gravamen de esos activos), sin una correspondencia o contrapartida (...)

**SAP Tenerife
80/2018**

**Ponente: Pablo J
Moscoso Torres**

Satisfacción Extraprocesal cuando hay subsanación del acuerdo, tras ser impugnado. Jurisprudencia errática.

En lo que se refiere al primero de los acuerdos impugnados, es cierto que el primer informe del auditor, designado por el Registro Mercantil, consideró que las cuentas del ejercicio de 2013 propuestas y aprobadas no reflejaban la imagen fiel de la sociedad por una serie de inexactitudes, sobre lo que no parece existir especial controversia (y ello al margen de que la conclusión del informe representara una mera opinión del su autor que podría someterse a revisión). Si ello es así, no cabe dudar de la nulidad del acuerdo por las razones señaladas (es decir, infringe el art. 254.2 de la LSC (RCL 2010, 1792, 2400) , en relación con el art. 34 del C. de C., lo que integra la causa de nulidad prevista en el art. 204.1 de aquella Ley).

2. Sin embargo, la cuestión se plantea porque con posterioridad a la adopción del acuerdo las cuentas se han reformulado y han sido ya informadas por el mismo auditor, inscribiéndose en el Registro Mercantil; ello ha implicado que las cuentas iniciales, y su aprobación, hayan quedado sin efecto al ser sustituidas por otro, con lo que en definitiva se ha producido la ineficacia del acuerdo que, por lo demás, es la consecuencia de la nulidad pretendida. En tal caso la demandada considera de aplicación el art. 204.2 de la LSC según el cual la sustitución del acuerdo impugnado que hubiera tenido lugar después de la interposición de la demanda, determina que el juez dicte auto de terminación del procedimiento por desaparición sobrevenida del objeto.

3. Hay que matizar, sin embargo, que la redacción de este precepto en esos términos fue introducida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre (RCL 2014, 1613) , y entró en vigor después de la adopción del acuerdo impugnado si bien antes de que se interpusiera la demanda, lo que plantea la cuestión de si es de aplicación o no al presente caso. Con anterioridad, lo que se contemplaba era la improcedencia de la impugnación en los casos de la revocación o sustitución del acuerdo por otro válido antes de la presentación de la demanda de impugnación (art. 204.3), pero no el supuesto de la revocación o sustitución lite pendiente, que ya se contempla y se regula en la redacción actual del precepto.

4. No obstante, ya con anterioridad la doctrina y la jurisprudencia se había planteado la posibilidad de la aplicación en tal caso del art. 22 de LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , y si bien la jurisprudencia no se había mostrado unánime al respecto (así, por ejemplo, el auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 13 de febrero de 2004, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 26 de enero de 2009, mantienen un criterio diferente al sostenido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 2 de diciembre de 2011), la doctrina era más proclive a su aplicación pero con matices, es decir, siempre que en realidad hubiere existido una satisfacción extraprocesal que hiciera perder el interés real del actor en el mantenimiento de la pretensión y no cuando pese a la revocación o sustitución del acuerdo impugnado, los efectos de su ejecución subsistieran a pesar de esa revocación o sustitución. Este es el criterio de esta Sección, corroborado por la nueva redacción del precepto que, más que una modificación sustancial del régimen anterior, lo que ha podido suponer es la confirmación legal de una solución que podía inferirse por vía interpretativa de la regulación anterior.

**STS núm.
589/2012 de 18
octubre.
Ponente: Rafael
Gimeno-Bayón
Cobos**

La subsanación de acuerdos societarios impugnados.

19. La grave distorsión que en la vida de las sociedades mercantiles puede provocar la declaración de nulidad de los acuerdos adoptados por sus órganos sociales, después de un proceso de formación de la voluntad social en ocasiones complejo y como regla sometido a rigurosos requisitos formales, a fin de garantizar el ejercicio por los socios de su derecho a intervenir de forma informada en la formación de la voluntad social, es determinante de que en aquellos supuestos en los que por su contenido no son contrarios al orden público, los distintos ordenamientos articulen diversos mecanismos dirigidos, por un lado, a potenciar su inatacabilidad limitando las causas de impugnación, fijando breves plazos a tal efecto y restringiendo la legitimación para impugnarlos, por otro, a impedir su impugnación cuando ésta ha perdido interés (...)

20. También el legislador europeo ha tenido en cuenta ambos mecanismos. Así la Sexta Directiva del Consejo, Directiva 1982/891/CEE, de 17 de diciembre de 1982 (...)

(...)

22. (...) Hoy el artículo 204.3 de la Ley de Sociedades de Capital (RCL 2010, 1792 y 2400) dispone que “[n]o será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro” ; y el 207.2 que “[e]n el caso de que fuera posible eliminar la causa de impugnación, el juez, a solicitud de la sociedad demandada, otorgará un plazo razonable para que aquella pueda ser subsanada”-.

(...)

24. Partiendo del contexto descrito, la primera premisa de la que debemos partir es que nuestro sistema admite de forma expresa que las sociedades mercantiles adopten acuerdos que dejen sin efecto los anteriores, mediante la adopción de otros para revocar expresamente los adoptados o mediante la adopción de otros incompatibles.

Ello, sin perjuicio de que, como indica la sentencia 32/2006, de 23 de enero (RJ 2006, 256) , no existe un “derecho al arrepentimiento” con proyección sobre derechos adquiridos por terceros e incluso por socios a raíz del acuerdo revocado, máxime si se tiene en cuenta que la propia evolución del mercado puede convertir en lesivos acuerdos inicialmente beneficiosos que los administradores deberían ejecutar de no ser revocados.

25. Es cierto que la sentencia de 13/1993, de 26 de enero (RJ 1993, 504) , afirmó que “las vulneraciones habidas no pueden convalidarse por los Acuerdos adoptados en una Junta posterior que expresamente ratifica los Acuerdos adoptados en otra que están impugnados (...) pues sabido es que en relación con el objeto del proceso carecen de eficacia las innovaciones que después de iniciado el juicio introduzca el demandado o un tercero en el estado de los hechos o de las personas o de las cosas que hubieren dado origen a la demanda, conforme al principio *ut lite pendente nihil innovetur*” ; y que la sentencia 844/1998, de 20 de octubre SIC (RJ 1998, 8229) , afirmó que “el párrafo primero del apartado 3 del artículo 115 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas lo que preceptúa es que «no procederá la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro», (...)

26. Ahora bien, la doctrina expresada en dichas sentencias, reiteradas en la 532/2002, de 21 de mayo (RJ 2002, 4455) , y aludidas en la ya citada 32/2006 , de enero de 2006, como precisa la 840/2005, de 11 de noviembre (RJ 2005, 7769) , debe ser interpretada en el sentido de que “la ratificación o convalidación del acuerdo consistente en dejarlo sin efecto o sustituirlo válidamente por otro sólo surtirá efectos para enervar la acción de anulabilidad cuando se haya producido antes de la demanda impugnatoria de los acuerdos tachados de anulables, pues, en otro caso, bastaría que, una vez iniciado el proceso, se convocase nueva Junta en la que se subsanasen los defectos concurrentes o se sustituyesen los acuerdos dictados para dejar sin contenido la demanda formulada, en contradicción con el

principio de la perpetuación de la jurisdicción que obliga, por razones de seguridad jurídica y garantía del proceso, a resolver los litigios de acuerdo con la situación existente en el momento de la interposición de la demanda, como expresa la rúbrica de las Decretales, traída a colación en este proceso, *Ut lite pendente, nihil innovetur*".

27. En definitiva declarada la nulidad de acuerdos por defectos en la convocatoria o en el desarrollo de la junta -incluida la vulneración del derecho de información- nada impide que el acuerdo sea sustituido por otro. En este sentido la sentencia 914/2008, de 3 de octubre (RJ 2008, 5671), mantiene la validez de un acuerdo al que la Audiencia "no le atribuye ningún efecto sanatorio o convalidante de los vicios de que pudiera adolecer el anterior (...), que ya constaba impugnado. Ocurre que la Audiencia, aunque no lo diga expresamente, concibe este segundo acuerdo como un acuerdo con idéntico objeto que el primero, e independiente de aquel, cuya razón de ser no se encuentra en la necesidad de dotar de eficacia al anterior sino que busca plasmar -ahora válidamente, cumplidas las exigencias de información que impone el artículo 112 de la LSA - la voluntad del máximo órgano social..." ; y la sentencia 760/2011, de 4 de noviembre (RJ 2012, 1249) , declara "la válida adopción ex novo de un acuerdo con idéntico contenido decisorio que el anulado, en junta convocada observando los requisitos exigidos por la norma y con escrupuloso respeto a los derechos de los socios".

28. Tampoco obliga a la sociedad a mantener inmutable después de producida la litispendencia y hasta la firmeza de la sentencia, un acuerdo de validez cuestionada ante los tribunales, cualquiera que sea el grado interno de certidumbre sobre su regularidad, cuando sea posible, alternativamente, su sustitución mediante la adopción de otro de contenido idéntico o dejando sin efecto, bien mediante su revocación nuda, bien mediante la adopción de otro en el mismo sentido pero de contenido diverso cuando existen irregularidades en su contenido -como en el caso de aprobación de cuentas rectificadas que deja sin efecto el anterior-, alternativa a la que se refiere la sentencia 1196/2008, de 18 de diciembre (RJ 2009, 22) -.

29. En conclusión, la sociedad puede ratificar, rectificar, sustituir o revocar ad nutum acuerdos anteriores, antes de ser objeto de impugnación, durante la pendencia del proceso de impugnación o concluido el mismo por sentencia definitiva.

30. Otra cosa es la eficacia "ex nunc" o "ex tunc" de los acuerdos de convalidación ya que, como sostiene la sentencia de 17 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2197) , "la intención de la convocatoria no es en ningún sentido vinculante para el Juzgador a la hora de calificarlos en cuanto a sus efectos".

31. También es cuestión diferente a la expuesta la incidencia de tales acuerdos en el proceso de impugnación en trámite por la vía del artículo 413 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , sin que sea obstáculo una eventual discrepancia sobre costas, ya que el artículo 413 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no impide la reducción del objeto del proceso por satisfacción extraprocesal de parte de las pretensiones deducidas en la demanda o en la reconvenición, de modo que permite proseguir el litigio exclusivamente a efectos de las costas, - extremo que constituye una cuestión procesal que la recurrente ha pretendido introducir en la casación mediante la cita del artículo 21 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -.

SAP Madrid
155/2016.
Ponente:
Gregorio Plaza
González

La finalidad de los acuerdos de ratificación, sustitución o revocación de otros.

El motivo por el que el acuerdo anterior hubiera sido impugnado, aunque se trate de acuerdos finalmente declarados nulos de pleno derecho y aunque se hubiera creado la apariencia de su existencia al ser incluidos en acta de la junta e incluso eventualmente inscritos en el Registro mercantil (puesto que los denominados acuerdos inexistentes son en realidad acuerdos adoptados con algún defecto que impide su validez y desde luego en el ámbito societario la inexistencia se reconduce a la nulidad de pleno derecho. Como ya señalaba la doctrina civilista, no existe una categoría dogmática a priori de la ineficacia que vincule ontológicamente al legislador y prueba evidente de ello es la legislación societaria), carece de trascendencia y no afecta a la validez de un posterior acuerdo de ratificación. Precisamente la necesidad de solventar la incertidumbre generada con la impugnación de los anteriores acuerdos es lo que justifica la validez de este tipo de acuerdos de ratificación, subsanación, sustitución o revocación.

Bajo la vigencia del TRLSA la doctrina ya había destacado que las actuaciones de este tipo son bien conocidas en la práctica: los administradores, conscientes de que un acuerdo de la junta general presenta irregularidades de forma, por defectos de convocatoria, deciden convocar una nueva junta respetando la legalidad que no lo había sido en la anterior o rectificando en la nueva junta la decisión de fondo que se había tomado anteriormente.

E incluso en aplicación de la LSA 1951 el Tribunal Supremo, en su sentencia de 13 de octubre de 1983, en el supuesto de un acuerdo confirmatorio, señaló que "normalmente el acuerdo confirmatorio intenta remediar defectos formales del anterior, el confirmado o ratificado, con lo cual puede salvar el fondo de lo acordado si es ajustado a Derecho".

Posteriormente la STS 914/2008, de 3 de octubre (RJ 2008, 5671), establece que no ha de concebirse el segundo acuerdo como un acuerdo que simplemente pretende dotar de eficacia al anterior (viciado) sino que busca "plasmarse -ahora válidamente, cumplidas las exigencias... la voluntad del máximo órgano social".

Más rotundamente si cabe la STS 1196/2008, de 18 de diciembre (RJ 2009, 22), niega que se pueda obligar a la sociedad a mantener inmutable un acuerdo cuya validez hubiera sido cuestionada ante los tribunales hasta la firmeza de la sentencia cuando sea posible su sustitución o mediante la adopción de otro de contenido idéntico o que se impida dejarlo sin efecto.

Y por ello en el mismo sentido la STS 760/2011, de 4 de noviembre (RJ 2012, 1249) concluye que es válida la adopción ex novo de un acuerdo con idéntico contenido que el anulado.

En definitiva, la finalidad de estos acuerdos de revocación o sustitución de otros anteriores es perfectamente lícita y no representa obstáculo alguno al pronunciamiento a que hubiera lugar en el previo procedimiento de impugnación (e incluso pueden adoptarse ya declarada la nulidad de los acuerdos anteriores), al margen de que en el ámbito societario las consecuencias de la nulidad de acuerdos debe matizarse - al igual que también se establece un régimen específico de ineficacia -, pues como señaló la RDGRN de 30 de mayo de 2013, el problema se encuentra en un extenso y a veces mal formulado así como equivocado entendimiento de la supuesta eficacia radical y retroactiva o ex tunc de la declaración judicial de nulidad de los acuerdos sociales impugnados. En otras resoluciones hemos matizado precisamente esas consecuencias puesto que se trata de una nulidad ajena a las reglas tradicionales del Derecho de obligaciones.

8/

Dispensa al socio administrador de hacer competencia a la sociedad

**STS núm. 68/2017
de 2 febrero. RJ
2017\396
Ponente Pedro
José Vela Torres**

Dispensa al socio-administrador (y su sociedad) de hacer competencia a la sociedad.

1.- El art. 65 LSRL (actual art. 230 TRLSC, aunque éste extiende el régimen a todas las sociedades de capital) imponía a los administradores de una sociedad limitada la prohibición de hacer competencia a la sociedad, pero permitía que la junta general dispensara al administrador de dicha prohibición. Esta dispensa, cuando el administrador era también socio, igualmente era tratada en la Ley como un nuevo conflicto de intereses, dado que prohibía que el administrador afectado pudiera votar sobre este particular (art. 52.1 LSRL), a fin de garantizar que el acuerdo sobre la autorización de la actividad competitiva del socio- administrador no pudiera ser decidido, por lo menos en parte, por el beneficiado directo de dicho acuerdo. Razón por la que la doctrina consideraba que el cese del administrador por oposición de intereses con la sociedad no constituía un derecho de la mayoría, sino un medio de defensa del interés social que la Ley concedía a la propia sociedad, representada por su órgano soberano, la junta general , ante la posibilidad de que alguno de sus administradores tuviera intereses contrapuestos a los de la sociedad. Y ello, porque la Ley parte de una postura negativa respecto a la posibilidad de realización de una actividad concurrencial por parte del administrador social, de manera que únicamente a posteriori permite soslayar la prohibición, cuando la junta general ha podido apreciar el perjuicio, la inanidad o, incluso, la conveniencia que, para los intereses de la sociedad, representa el comportamiento concurrencial discutido.

2.- Lo que se plantea en el motivo que ahora examinamos es si este deber de abstención que afecta al socio-administrador cuya dispensa de la obligación de no competencia se debate en la junta general , se extiende también a una sociedad unipersonal cuyo capital pertenece íntegramente a otra sociedad de la que, a su vez, el administrador afectado posee el 50,68% de su capital y el resto su esposa e hijos.

Aunque la LSRL no contenía una previsión al efecto, nos puede servir de orientación lo regulado actualmente en el art. 231.1 d) TRLSC, que respecto de lo previsto en los artículos precedentes [en lo que aquí importa, 229.1 f) y 230.3], considera persona vinculada al administrador persona física, a «Las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio (LEG 1885, 21) ». De tal manera que habrá que considerar que existe vinculación cuando el administrador se encuentre en alguno de los siguientes casos en relación con una sociedad: a) posea la mayoría de los derechos de voto; b) tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; c) pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; d) haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores.

En tales casos, la Ley prohíbe al administrador instrumentalizar a los sujetos del art. 231 como personas interpuestas, del mismo modo que tampoco puede dejarse utilizar por esas mismas personas vinculadas para ejercer algunas de las conductas del art. 229.1 TRLSC.

Ahora bien, el art. 190 TRLSC únicamente prohíbe el derecho de voto, al igual que hacía el art. 52 LSRL , al socio afectado, pero no extiende dicha interdicción a las personas vinculadas. Es decir, las personas vinculadas quedan afectadas por las prohibiciones y restricciones de los arts. 229 y 230 TRLSC, pero no por la privación de voto, que tanto el art. 190 TRLSC como el art. 52 LSRL , circunscriben exclusivamente al socio o socios afectados.

Ni en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, ni en la vigente Ley de Sociedades de Capital se ha regulado el denominado conflicto indirecto de intereses, es decir, aquel en que los intereses de un socio no se encuentran en contraposición directa con los de la sociedad, pero existe una vinculación estrecha entre tales intereses de un socio y los de otro socio, que en el asunto en cuestión, entran en conflicto abierto con los de la sociedad.

Para que existiera conflicto de intereses, la dispensa del deber de no competencia (art. 65 LSRL) debería afectar al grupo de sociedades o a todos los socios, pero si solo afecta a alguno de ellos, no cabe apreciarlo, y por tanto no opera el deber de abstención de otra sociedad del grupo o de otro socio.

**SAP Madrid,
Sección 28 núm.
412/2017 de 22
septiembre. JUR
2017\259814
Ponente: Enrique
García García**

La dispensa al socio/administrador nunca puede ser “tácita”. No toda competencia es reprochable desde el punto de vista de la competencia desleal.

Consideramos preciso aclarar que el que pudiera estimarse que la parte demandada habría infringido la prohibición de competencia no supone censurar además su comportamiento desde el punto de vista de la competencia desleal. Puede darse el caso, al menos conceptualmente, de que el administrador que emprende por su cuenta actividades idénticas, análogas o complementarias a las que integran el objeto de la sociedad que administra, lo haga con total pulcritud desde el punto de vista concurrencial, esto es, sin valerse de medios que la Ley de Competencia Desleal (RCL 1991, 71) reputa ilícitos, lo que no será obstáculo para apreciar la infracción de la prohibición de competencia meramente desde el punto de vista del Derecho societario. Cabe también que la actividad idéntica, análoga o complementaria se desarrolle mediante esa clase de medios, en cuyo caso a las consecuencias legales de la infracción de la prohibición de competencia en el ámbito societario habría que añadir las propias de la comisión de esa infracción concurrencial adicional por su relevancia para el tráfico mercantil.

Finalmente, puede suceder que el administrador incurra en ilicitud concurrencial contra la sociedad que administra y, sin embargo, lo haga en el desarrollo de actividades que no sean ni idénticas, ni análogas ni complementarias respecto de las que integran el objeto de la sociedad, pues no pertenece a la esencia de los ilícitos previstos en la Ley de Competencia Desleal la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de los mismos, tal y como establece expresamente el artículo 3.2 de dicha ley.

En consecuencia, el hecho de que pudiera estimarse que la parte demandada ha infringido la prohibición de competencia societaria en absoluto supone que necesariamente hubiese que censurar su comportamiento desde el punto de vista de la competencia desleal.

La prohibición de competencia de la que aquí estamos tratando es una manifestación del deber de lealtad que incumbe a todo administrador de una sociedad para con ésta. Como destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 14) , la prohibición de concurrencia constituye una obligación negativa y además relativa en tanto que: “solo cesa cuando la junta general, conociendo las actividades competitivas del administrador, autorice expresamente a ejercerlas, por lo que incurre en su vulneración el administrador que sin tener la autorización requerida vulnera la prohibición .”.

Añade la meritada sentencia que esta norma prohibitiva tiene su fundamento en el sustrato ético que debe presidir las relaciones económicas ante la existencia de una situación de incompatibilidad y se trata de proteger a la sociedad del daño que puede suponer a la sociedad esa situación de conflicto, que ha de ser un riesgo serio y consistente, ya sea actual o potencial, por lo que no es necesario acreditar que haya producido beneficio en otras empresas o personas.

(...)Por su parte, la sentencia de la Sala 1ª del TS de 26 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 1255) , con cita de la anterior, precisa, que: “La Ley parte de la premisa de que la dedicación simultánea del administrador de la sociedad a una actividad análoga o complementaria a la del objeto social, ya sea por cuenta propia o ajena, constituye un conflicto de intereses que puede redundar en perjuicio de la sociedad, razón por la cual se prohíbe, pero no de forma absoluta, sino relativa, pues cabe la autorización de la junta general. Pero esta autorización debe ser expresa, esto es, debe constar expresamente la voluntad de la junta que consiente en que el administrador desarrolle esta actividad que, en principio, acarrea los riesgos propios del conflicto de intereses.” .

Pues bien, **el Tribunal Supremo exige, como ya hemos señalado antes, que deba ser expresa (porque así lo dispone de manera explícita el precepto legal) la autorización de la junta general para que pueda quedar liberado el administrador societario de la prohibición de competencia. Rechaza, con ello, que pueda admitirse una autorización tácita derivada del conocimiento que los socios puedan haber tenido de la actividad desarrollada por los administradores (así resulta de lo expuesto en la Sentencia de la Sala 1ª del TS de 26 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 1255)). No cabe, pues, que la parte demandada pretenda parapetarse en la existencia de una autorización tácita por parte de los otros socios, entre los que habría que incluir en un momento determinado a la parte demandante, para obrar del modo en el que lo hizo.**

**SAP Pontevedra
Sección 1ª nº
298/2012 de 30
mayo
Ponente: Jacinto
José Perez
Benitez**

Nombramiento de Administrador que infrinja la prohibición de hacer competencia

El art. 65LSRL establecía que los administradores no podrían dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social, salvo autorización expresa de la junta general mediante acuerdo adoptado por mayoría reforzada de dos tercios, facultando a cualquier socio a exigir judicialmente el cese del administrador que infrinja la prohibición. Por su parte, el art. 52 priva al administrador del derecho de voto cuando se plantee la dispensa de la prohibición de competencia.

La relevancia de la norma para las sociedades limitadas, dada su especial naturaleza de sociedades cerradas, impone criterios de interpretación restrictiva. Así se sigue de la doctrina jurisprudencial. Así, la STS de 5.12.2008 (RJ 2009, 14) afirma que “ la prohibición del artículo 65LSRL , fundada en la existencia de una incompatibilidad, tiene su fundamento en el sustrato ético que debe presidir las relaciones económicas, por lo que se impone una interpretación rigurosa del precepto (STS 9 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 6608) , rec. 549/1994) , pues la Ley ha querido revestir de un especial rigor a esta prohibición, de manera que su infracción autoriza la expulsión del socio-administrador (STS de 6 de marzo de 2000).

La normativa legal se inspira en el daño que pueda sufrir la sociedad, el cual ha de tratarse de un riesgo serio y consistente que puede ser actual o potencial y no exige la demostración de un beneficio efectivo en otras empresas o en otras personas (STS 12 de junio de 2008 (RJ 2008, 3221) (RJ 2008, 3221), rec. 1136/2001). En consecuencia con esta doctrina, este tribunal tiene declarado que el hecho de que al tiempo de acordarse la exclusión de la sociedad no fuera la administradora la recurrente no excluye la aplicación del precepto, pues no exige la actualidad en el cargo (STS 26 de enero de 2006 (RJ 2006, 454) , rec. 2230/1999) y se registran ejemplos en nuestra jurisprudencia que estiman acreditada una actuación de deslealtad cifrada en la prohibición de concurrencia por la constitución de una sociedad con idéntico objeto (SSTS 1 de octubre de 1986 (RJ 1986, 5230) (RJ 1986, 5230), 7 de noviembre de 1986 (RJ 1986, 6215) (RJ 1986, 6215), 19 de abril de 2004 (RJ 2004, 1565) , rec. 1769/1998) , considerada como acto de efectiva concurrencia «aun cuando desafortunadamente, la sociedad constituida no pudo adjudicarse proyecto alguno» (STS 6 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1205)(RJ 2000, 1205), rec. 1515/1995) , de donde se infiere que el daño que origina la actividad competitiva no se funda en su carácter actual y efectivo, sino en que sea real y consistente y se origine por una contraposición de intereses, valorada a tenor de las circunstancias del caso (STS de 28 de junio de 1982 (RJ 1982, 3445))”.

Por su parte, el hecho de que los socios conocieran a la hora del nombramiento del nuevo administrador que éste se dedicaba ya a actividad concurrente no puede ser interpretado como acto propio, como expresamente afirmó la STS de 26.1.2006 : “ el simple hecho de conocer de principio pero no consentir, aceptar ni autorizar, no conforma acto propio que cause estado y que sirva para justificar la conducta competencial desarrollada por la recurrente, cuando ya estaba integrada en la sociedad LLAR y en la que no paró en ningún momento, pues tampoco se demostró contara con expectativa alguna para cesar en la misma actividad que ejercía la compañía demandante .”

9/ Auditores y cuentas anuales

SAP Pontevedra
Sección 1ª nº
298/2012 de 30
mayo
Ponente: Jacinto
José Pérez
Benitez

La “Denegación de Opinión” de un Auditor no vulnera la exigencia de Auditar Cuentas.

La jurisprudencia, en ocasiones, ha identificado la denegación de opinión con la omisión de la exigencia de auditar las cuentas, lo que resulta especialmente relevante en los casos en los que la impugnación se fundamente en el incumplimiento de la norma que establece dicha obligación (vid. SSTS 11.11.1998 (RJ 1998, 8593) y 17.5.2000 (RJ 2000, 3932)), o incluso, como apunta la última de las resoluciones citadas, se ha llegado a identificar con una auditoría negativa. Pero ello no tiene por qué ocurrir necesariamente. En línea de principio, la denegación de opinión no supone que las cuentas no reflejen la imagen fiel de la sociedad, sino, como se ha dicho, que el auditor no ha obtenido todos los datos necesarios para formar criterio sobre las cuentas. Lo que habrá que indagar, entonces, serán las causas por las cuales la opinión fue denegada.

En el caso, el primero de los motivos alude a la imposibilidad de la contabilización de las existencias, de forma que el auditor no ha podido comprobar la fiabilidad del apunte por tal concepto en las cuentas anuales. Pero, como sostiene la resolución recurrida, lo que se desconoce es en qué medida dicho apunte puede resultar erróneo y cómo ese error habría de trascender a la imagen fiel (cfr. STS 20.10.2011 (RJ 2012, 425)).

Sobre el particular resultaron relevantes las explicaciones del técnico en el acto de la vista. La denegación de opinión vino a consecuencia de la imposibilidad de tomar conocimiento de la realidad de la cifra incluida en el activo corriente (tal como expresa el párrafo quinto del informe), lo que se explicó como consecuencia de la peculiaridad del ciclo de explotación del sector empresarial donde opera la empresa. Ello implicaba una limitación significativa al alcance de la auditoría. Ciertamente, la explicación no resultó exhaustiva, -así, por ejemplo, la cifra de gastos por aprovisionamientos debería ir acompañada de los correspondientes soportes contables; mucho menos respecto del porqué no se tomó evidencia de dicho dato en la auditoría de las cuentas del ejercicio siguiente-, pero lo cierto es que el auditor afirmó que la realidad de la cifra de existencias, determinante de la denegación de opinión, no suponía una alteración de la imagen fiel y que, en otro caso, hubiera dado una opinión con salvedades (matizando así lo consignado en el párrafo undécimo del informe), afirmaciones que dejan a la impugnación de las cuentas por tal motivo sin contenido.

Si a ello se añade, como apreció el juez de primera instancia, que no se ha aportado ningún otro medio probatorio además del informe de auditoría, que convenza sobre la falta de certeza de la cifra de existencias y sobre su relevancia o importancia relativa en el conjunto de la información suministrada por las cuentas, se comprenderá lo infundado del motivo. Es conocido cómo la contabilización de las existencias presenta un alto grado de subjetividad al ir ligada al ciclo productivo de la empresa, al tiempo que se trata de una de las cuentas que más modificaciones sufre a lo largo del ejercicio. La falta de prueba sobre que se haya empleado un método de valoración incorrecto de los contemplados en la norma 10ª del PGC (RCL 2007, 2098 y 2386) , o sobre el hecho, tampoco infrecuente en la práctica, de que se haya utilizado la cifra de existencias como medio para maquillar las cuentas, ofreciendo, por ejemplo, la apariencia de un fondo de maniobra positivo, debe ser soportada por el impugnante, no bastando con sembrar la duda sobre la realidad de la cuenta, por lo que el motivo debe verse desestimado.

(...)

La demanda se basaba en la denegación de opinión por el auditor y ya se ha dicho que tal contenido del informe es diferente del concepto de opinión desfavorable (...)

SAP Madrid
Sección 28, nº
34/2008
Ponente: Enrique
García García

Informe de Auditoría realizado por Auditor No Inscrito.

La Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas define en su artículo 1.1 tal actividad como la consistente en la revisión y verificación de documentos contables, siempre que aquélla tenga por objeto la emisión de un informe que pueda tener efectos frente a terceros, mientras que su apartado 2 adjudica a la auditoría de las cuentas anuales la función de “verificar y dictaminar si dichas cuentas expresan la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la empresa o entidad auditada, así como el resultado de sus operaciones y los recursos obtenidos y aplicados en el período examinado, de acuerdo con el Código de Comercio y demás legislación que le sea aplicable; también comprenderá la verificación de la concordancia del informe de gestión con dichas cuentas”. El apartado 3 de ese precepto sujeta el informe de auditoría a los requisitos y formalidades establecidas en la propia LAC y a las normas técnicas de auditoría, ello de conformidad con los previstos por los arts. 40 y 41 del Código de Comercio .

Para apreciar la posibilidad de que el informe de auditoría de cuentas infrinja la Ley habrá que observar primeramente si el mismo contiene los datos exigidos por el art. 2 de la citada LAC y si ha sido confeccionado por profesionales de los reclamados por su art. 6 y bajo los principios de capacidad, independencia y responsabilidad que presiden su función revisora de cuentas.

(...) según dispone el art. 6 , es necesario estar inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, y según el art. 21 del Reglamento de Auditoría de Cuentas (R.D. 1636/1990) “ 1. Podrán realizar la actividad de auditoría de cuentas las personas físicas o jurídicas que, reuniendo los requisitos a que se refieren, respectivamente, los arts. 22 y 28 del presente reglamento , figuren inscritos, como ejercientes en el caso de las personas físicas, en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas y hubieran prestado fianza en garantía de las responsabilidades en que pudieran incurrir en el ejercicio de su actividad. 2. El auditor de cuentas inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas no podrá identificarse como tal en aquellos otros trabajos que realice distintos a los regulados en los arts. 1 y 2 y disp. adic. 3ª del presente reglamento “ siendo por tanto necesario para realizar la actividad de auditoría de cuentas estar inscrito en el ROAC como ejerciente, en el caso de las personas físicas, precisando el 31 que “1. Sólo los auditores de cuentas inscritos como ejercientes podrán desarrollar la actividad de auditoría de cuentas definida en el art. 1 del presente reglamento .

Para inscribirse en esta situación se deberá solicitar por escrito al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, acompañando el documento justificativo de la fianza exigida. Este requisito no será exigido cuando se trate de socios auditores de cuentas ejercientes de las Sociedades de auditoría.

Las menciones a los auditores de cuentas en los caps. IV y V se entienden realizadas a los que están en la situación regulada en el presente apartado. 2. En la situación de prestación de servicios por cuenta ajena podrán inscribirse quienes se encuentren colaborando activamente, con un auditor de cuentas en ejercicio o una sociedad de auditoría de cuentas, en los trabajos de análisis de la información económico-financiera deducida de los documentos contables examinados, encaminados a la formación de la opinión técnica responsable que constituye el objetivo de la actividad de auditoría de cuentas. La colaboración con auditor de cuentas o Sociedad de auditoría se acreditará mediante certificado expedido por éstos. 3. Como no ejercientes se inscribirán quienes no desarrollen la actividad de auditoría de cuentas, los cuales podrán acceder a cualquiera de las situaciones establecidas en los apartados anteriores previa solicitud al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, acompañada, en su caso, de los documentos justificativos de la fianza exigida” de

donde necesariamente se colige que sólo los auditores inscritos como ejercientes podrán desarrollar la actividad de auditoría de cuentas definida en el artículo 1 del Reglamento en concordancia con el art. 1 de la Ley de Auditoría .

Por tanto, se revela claramente la inexistencia de un informe de auditoría en sentido legal. Este tribunal quiere remarcar que de lo que aquí se trata no es de enjuiciar la decisión societaria de designar a un determinado auditor, sino de analizar si las cuentas sometidas a la junta, y aprobadas por acuerdo de ésta, que constituye el objeto de la impugnación, cumplieron el requisito legal de estar previamente revisadas por medio de un informe de auditoría. De manera que la no existencia de un informe de auditoría, por no tener valor de tal el aportado junto con las cuentas anuales sometidas a la junta, supone la comisión de una infracción legal, en concreto, de lo establecido en el artículo 203 del TR de la L.S.A . que prevé la obligación de que las cuentas anuales y el informe de gestión sean sometidos a un proceso de verificación estrictamente regulado.

SAP Madrid
(Secc28)
nº58/2012
Ponente:
Gregorio Plaza

Necesaria Independencia del Auditor(...)

La auditoría de cuentas es un servicio que se presta a la empresa revisada, pero que afecta e interesa no solo a ésta, sino también a los socios y terceros, que pueden conocer la calidad y fiabilidad de la información económico-contable sobre la cual versa la opinión emitida por el auditor de cuentas.

La Directiva del Consejo 84/253/CEE se refería específicamente al ejercicio de la actividad auditora y a la independencia del auditor. La Recomendación de la Comisión de la Unión Europea de 16 de mayo de 2002 sobre «La independencia de los auditores de cuentas en la Unión Europea: principios fundamentales», inspiró la reforma de la Ley de Auditoría de Cuentas efectuada mediante la Ley 44/2002, de 22 noviembre (RCL 2002, 2722 y RCL 2003, 368) , de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. Según dicha Recomendación, el auditor de cuentas tiene que evaluar las amenazas reales y potenciales que surgen de las relaciones de clientela con las personas físicas y jurídicas del equipo de encargo, de la sociedad de auditoría y cualquier red a la que esté asociado, y en el apartado 3 del referido anexo, bajo el epígrafe amenazas y riesgos respecto de la independencia se hace constar: 1) el interés propio: la independencia del auditor puede ser amenazada por un conflicto financiero u otro tipo de interés propio (por ejemplo, dependencia excesiva de los honorarios de auditoría o de servicios distintos del de auditoría del cliente, el miedo a perder el cliente).

2) Autorrevisión,

3) Abogacía,

4) Familiaridad y confianza

y 5) Intimidación, por mor de un cliente dominante o persuasivo.

Estos principios se contemplan posteriormente en la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo y se deroga la Directiva 84/253/CEE del Consejo, que en su artículo 22.2 establece:

“Los Estados miembros se asegurarán de que un auditor legal o una sociedad de auditoría no realice una auditoría legal si existe alguna relación financiera, comercial, laboral o de otro tipo, ya sea directa o indirecta -incluida la prestación de servicios adicionales no relacionados con la auditoría- entre el auditor legal, la sociedad de auditoría o la red y la entidad auditada, sobre la base de la cual una tercera parte objetiva, razonable e informada

pueda llegar a la conclusión de que la independencia del auditor legal o de la sociedad de auditoría está comprometida. Si la independencia del auditor legal o de la sociedad de auditoría se viera comprometida por factores como autorrevisión, interés propio, abogacía, familiaridad o confianza o intimidación, el auditor legal o la sociedad de auditoría aplicarán salvaguardias para atenuarlos. Si la importancia de estos factores en relación con las salvaguardias aplicadas es tal que compromete su independencia, el auditor legal o la sociedad de auditoría se abstendrán de realizar la auditoría legal”

El tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la citada Directiva 84/253/CEE, los cambios acaecidos en el entorno económico y financiero con mayores cuotas de globalización e internacionalización, y la falta de un planteamiento armonizado de la auditoría en el ámbito de la Unión Europea, hicieron imprescindible acometer un proceso de reforma en dicho ámbito, que culminó con la aprobación y publicación de la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, por la que se deroga la Directiva 84/253/CEE del Consejo. La citada Directiva 2006/43/CE se incorpora a nuestra normativa de auditoría de cuentas por medio de la Ley 12/2010, de 30 de junio (RCL 2010, 1774) , que modifica la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas. Estas disposiciones, junto con el Reglamento de Desarrollo de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por RD 1363/1990, de 20 de diciembre, y las Normas Técnicas de Auditoría establecen el estatuto básico que determina las exigencias relativas a la independencia del auditor de cuentas.

STS 500/2014

Ponente:
Sebastián Sastre-
Papiol

Sobre el Formato de las Cuentas Anuales en la Sociedad Limitada.

Una de las finalidades que cumple la formulación de las cuentas anuales es mostrar a los accionistas, acreedores y a terceros interesados la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad (art. 34.2 CCom (LEG 1885, 21) y art. 244.2 LSC).

Esta documentación contable es susceptible de ser examinada por todo socio que lo requiera para satisfacer su derecho de información.

Pero esta información no sólo satisface el interés del socio, sino también el interés de terceros y del mercado, en general.

La exigencia de que la documentación deba ajustarse a los modelos aprobados reglamentariamente, sin duda persigue facilitar la información estadística, tributaria y de cualquier otra clase, y su comparación con otras empresas del sector, pero es una “utilidad” instrumental.

Lo importante es que el contenido del balance (art. 34 CCom), y sus elementos (art. 36 CCom) deba realizarse conforme a la valoración que exigen en todo momento los principios de contabilidad generalmente aceptados, preceptos sustantivos que fueron redactados por la Ley 16/2007, de 4 de julio (RCL 2007, 1311 y 2113) , citada por el recurrente.

Su presentación debe ser clara, comprensible y facilitar su contraste con el ejercicio anterior.

Es importante que la documentación se ajuste a los modelos aprobados en todo momento, pero éstos pueden ser alterados de un ejercicio a otro (v. gr. la Orden Justicia 206/2009 de 28 de enero (RCL 2009, 264) que aprueba nuevos modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales, su modificación por la Resolución de 6 de abril de 2010 de la DGRN, modificada por la Resolución de 28 de febrero de 2011 de la DGRN que aprueba nuevos modelos para el depósito en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de los sujetos obligados a su publicación, etc... como botón de muestra), como también alteró la redacción del art. 36.1.c) del CCom , citado precedentemente, el RDL 10/2008, de 12 de diciembre (RCL 2008, 2089) , sobre el patrimonio neto, como elemento del balance.

En el caso enjuiciado, que las cuentas anuales se hubieran ofrecido en formatos distintos de los exigidos para el depósito de las mismas -lo que se realizó posteriormente, sin ninguna dificultad-, no impidió que la socia impugnante satisficiera su interés en el ejercicio del derecho de información que “dispuso de ellas (cuentas anuales) en plenitud de su contenido ordinario así como de anexos o complementos no poco ilustrativos” sin que expresara “en qué extremo o materia se vio la socia privada de información....” (Fundamento de Derecho primero A) de la sentencia recurrida).

Como señala esta Sala, para apreciar el fundamento de la impugnación debe tomarse en consideración la “situación de conocimiento de la Junta”; y uno de los elementos más relevantes es que el socio hubiera tenido a su disposición, antes de la Junta, la documentación que fue objeto de debate y votación (SSTS de 23 de julio de 2010 (RJ 2010, 6576) , 20 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 8592) , entre otras).

Madrid

Paseo de la Castellana 120,
5ºIzq.
28046 - Madrid
T 91 458 24 92

Barcelona

Francesc Macià, 5, 5º-2ª
08021 - Barcelona
T 93 159 88 31