

Roj: **STS 709/2002** - ECLI: **ES:TS:2002:709**Id Cendoj: **28079110012002101671**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **05/02/2002**Nº de Recurso: **2563/1996**Nº de Resolución: **54/2002**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **ROMAN GARCIA VARELA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Febrero de dos mil dos.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo integrada por los Magistrados arriba indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en grado de apelación, en fecha 5 de junio de 1996, en el rollo número 795/98, por la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio declarativo de menor cuantía sobre impugnación de acuerdos sociales seguidos con el número 765/94 ante el Juzgado de Primera Instancia número 44 de Madrid; recurso que fue interpuesto por don Alejandro y don Juan, siendo recurrida la entidad mercantil "FEFE, S.A.", representada por el Procurador don Fernando Díaz-Zorita Canto, en él que también fue parte el Ministerio Fiscal.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1º.- La Procuradora doña Rosalía Rosique Samper, en nombre y representación de don Alejandro y don Juan, promovió en fecha 29 de julio de 1994 demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre impugnación de acuerdos sociales, turnada al Juzgado de Primera Instancia número 44 de Madrid, contra la entidad mercantil "FEFE, S.A.", en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado: "(...) Dikte sentencia por la que declare nula la celebración de dicha Junta, e igualmente declare nulos o, subsidiariamente, anulables los acuerdos tomados en la misma, condenando a la mercantil "FEFE, S.A.", a estar y pasar por esta declaración, ordenándose al Registro Mercantil de Madrid la cancelación de la inscripción de los acuerdos de dicha junta que hubieran accedido, en su caso, al Registro, así como la de los asientos posteriores que fueran contradictorios con los pronunciamientos de la sentencia, todo ello con expresa imposición de costas a la demandada".

2º.- Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, el Procurador don Fernando Díaz Zorita Canto, en su representación, la contestó mediante escrito de fecha 4 de octubre de 1994, oponiéndose a la misma y, suplicando al Juzgado: "(...) En su día dictar sentencia a través de la cual se desestime la demanda planteada, en base a las consideraciones siguientes: a) En lo que respecta a la petición de declarar nulos los acuerdos adoptados por la Junta General de Accionistas del 31 de julio de 1991, por caducidad del plazo para efectuar tal solicitud, caducidad que por el transcurso del plazo legal ha negado a los actores cualquier derecho. b) En lo que respecta a ambas Juntas, tanto la del 31 de julio de 1991 como la de 21 de junio de 1994, en base a la legalidad de las mismas y de los acuerdos adoptados y aprobados en las mismas, así como a las demás consideraciones que en el presente escrito se han efectuado y al hecho de actuar el actor Sr. Juan como accionista asistente a la Junta de 21 de junio de 1994 cuando a tenor de la documentación presentada por la parte actora no asistió a la misma, y debería haber planteado la demanda con la consideración de accionista ausente. Todo lo anterior con expresa interposición (sic) de las costas causadas con cargo a la parte actora".

3º.- El Juzgado de Primera Instancia número 44 de Madrid dictó sentencia, en fecha 2 de junio de 1995, cuya parte dispositiva dice literalmente: "Que desestimando la demanda interpuesta en nombre de don Alejandro y don Juan, sobre impugnación de acuerdos sociales, absuelvo de la misma a la demandada "FEFE, S.A.", con imposición de las costas causadas en este juicio a la parte demandante".



4º.- Apelada la sentencia de primera instancia por la representación de la actora, y, sustanciado el recurso, la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, en fecha 5 de junio de 1996, cuyo fallo dice textualmente: "Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don Alejandro y don Juan, al que se opuso la compañía "FEFE, S.A.", que compareció en la alzada representada por el Procurador Sr. Díaz-Zorita Canto, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 44 de los de Madrid (juicio de menor cuantía 765/94), debemos confirmar y confirmamos, desde la argumentación expuesta, la precitada resolución, que vio la luz el 2 de junio de 1995, con imposición de las costas causadas en la alzada a sus promotores".

SEGUNDO.- La Procuradora doña Rosalía Rosique Samper, en nombre y representación de don Alejandro y don Juan, interpuso, en fecha 26 septiembre 1996, recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia, por los siguientes motivos, al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: 1º) Por infracción del artículo 6.3 del Código Civil y 116 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; 2º) por violación del artículo 114 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas así como del artículo 24 de la Constitución Española, y, suplicó a la Sala: "(...) Admitir dicho recurso a trámite y en su día, dictar sentencia dando lugar al mismo, casando y anulando la mencionada sentencia así como la sentencia de 2 de junio de 1995 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 44 de los de Madrid, en el sentido de estimar la demanda presentada por don Alejandro y don Juan contra "FEFE, S.A.", estimando la nulidad radical de las cuentas anuales de 1990 y, en consecuencia de las que la siguen, con imposición de las costas de primera instancia, apelación y las de este recurso a la parte recurrida".

TERCERO.- Admitido el recurso y evacuado el trámite de instrucción, el Procurador don Fernando Díaz-Zorita Canto, en nombre y representación de la entidad mercantil "FEFE, S.A.", lo impugnó mediante escrito, fecha 2 de octubre de 1997, en el que, tras alegar hechos y fundamentos de derecho, suplicó al Juzgado: "(...) Dictar en su día sentencia mediante la cual, desestimando íntegramente el recurso de casación ratifique la sentencia nº 335/96 de la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, dictada el día 5 de junio de 1996 en el rollo número 798/95 y la dictada el día 2 de junio de 1995 por el Juzgado de Primera Instancia número 44 en los autos de menor cuantía 765/94, todo ello con expresa imposición de costas a la parte recurrente".

CUARTO.- No habiendo solicitado las partes celebración de vista, la Sala acordó resolver el presente recurso previa votación y fallo, señalando para llevarla a efecto el día 18 de enero de 2002, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ROMÁN GARCÍA VARELA

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Alejandro y don Juan demandaron por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a la entidad "FEFE, S.A.", e interesaron las peticiones que se detallan en el antecedente de hecho primero de esta sentencia.

La cuestión litigiosa se centraba principalmente en si los acuerdos adoptados en la Junta General Ordinaria de la demandada celebrada el 31 de julio de 1991, por desaparición de la partida de "Proveedores Varios" del balance y su reconversión en Deuda Pública Especial regulada por la Ley 18/1991, quebrantaba o no el orden público, y en si la falta de un Notario para levantar el **acta** de la Junta General Ordinaria de 21 de junio de 1994 determinaba o no la nulidad de los acuerdos adoptados.

El Juzgado rechazó la demanda y su sentencia fue confirmada en grado de apelación por la de la Audiencia.

Don Alejandro y don Juan han interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia por los motivos que se examinan a continuación.

SEGUNDO.- El motivo primero del recurso -al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de los artículos 6.3 del Código Civil y 116 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, por cuanto que, según acusa, la sentencia impugnada sólo se centra, para rechazar las alegaciones verificadas por la actora sobre la vulneración de la Ley y del orden público económico por parte de "FEFE, S.A.", a lo expuesto en relación con la partida del balance "Proveedores Varios" y la posterior suscripción de Deuda Pública, y olvida las alegaciones relativas a otras irregularidades, como son las siguientes: a) los resultados de la auditoria realizada por "TIME AUDITORES", donde se revelaron graves irregularidades en la partida de "Proveedores Varios", que se arrastraban desde 1988, cuya cuenta ocultaba beneficios y que, según Balance, ascendía a 36.853.415 pesetas; b) para regularizar dicha situación de la cuenta de "Proveedores Varios", se optó por suscribir Deuda Pública Especial, pero se hizo por un importe de 34.055.200 pesetas cuando el saldo era el mencionado en el apartado precedente, con lo que se produjo un desfase de más de 2.800.000 pesetas; c) en la Cuentas de Pérdidas y Ganancias, dentro del Apartado de Gastos de Personal, aparece una descompensación entre la cantidad destinada a sueldos, salarios y asimilados y la cantidad aportada a la Seguridad Social; d) se



ha efectuado un uso espurio por parte de los miembros del Consejo de Administración de los fondos sociales, autoconcediéndose y concediendo a familiares directos préstamos sin interés, lo que perjudica a la sociedad misma y al resto de los socios; y e) "FEFE, S.A." realizó una ampliación de capital en el ejercicio de 1992, que se realizó con el objetivo de perjudicar a los accionistas que no acudieron a la misma- se desestima por las razones que se dicen seguidamente.

El motivo refleja un conjunto de actuaciones que, en opinión de la recurrente, ocasionaron una contravención del orden público económico, con el reproche a los administradores de "FEFE, S.A." de que, antes y después del año 1990, han realizado una serie de irregularidades tanto en el ámbito contable como en el interno de la sociedad, que han supuesto la vulneración de la imagen fiel de la empresa y han implicado un perjuicio grave para el interés social y de los socios minoritarios en particular, a la vez que para aquellos terceros que han confiado en una imagen contable de la empresa que se encuentra distorsionada.

De una parte, esta Sala tiene declarado, respecto al orden público, que está constituido por los principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en el pueblo y en una época determinada ( SSTS de 5 de abril de 1966 y 31 de diciembre de 1979), y de otra, una notable concepción de la doctrina científica aprecia como tal los principios o directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas; asimismo, una moderna posición de la ciencia jurídica señala que el orden público constituye la expresión que se le da a la función de los principios generales del derecho en el ámbito de la autonomía privada, consistente en limitar su desenvolvimiento en lo que los vulnera, y que, básicamente, hoy han de tenerse en cuenta, como integrantes del orden público, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

Respecto al orden público económico, un importante parecer doctrinal se refiere a esta figura como consecuencia de la intervención del Estado en la vida económica, la cual se manifiesta a través de normas imperativas y de los principios básicos del orden económico, aunque no se hayan traducido en normas de aquella categoría, que deben limitar la autonomía privada en el sentido de que no puede desenvolverse en contra de los mismos; se define así el orden público económico como el conjunto de reglas obligatorias en las relaciones contractuales concernientes a la organización económica, las relaciones sociales y la economía interna de los contratos.

Esta Sala tiene manifestado que el concepto de orden público en el área de los acuerdos sociales pertenece al de los denominados indeterminados, y que, en general, se aplica a acuerdos, convenios o negocios, que suponen un ataque a la protección de los accionistas ausentes, los accionistas minoritarios e, incluso, los terceros, pero siempre con la finalidad de privarles de la tutela judicial efectiva, que proclama el artículo 24.1 de la Constitución ( STS de 18 de mayo de 2000)

De las actuaciones cuestionadas en el motivo y concretadas en el párrafo primero de este fundamento de derecho, las determinadas en los apartados a) b) y c), hacen mención a la contabilidad de la compañía; la del d), a una disfunción interna; y la del e), plantea una cuestión nueva, no susceptible de conocimiento en casación; y no cabe calificarlas por sí mismas, de conformidad con lo hasta ahora explicado, como atentatorias al orden público, por lo que los acuerdos adoptados por las Juntas Generales de "FEFE, S.A.", excepto la del año 1994, si aquellos litigantes entendían que les eran perjudiciales, debieron hacerse valer en el plazo dispuesto en el artículo 116 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y, como se ha sobrepasado el tiempo de un año marcado en este precepto, la acción ejercitada no puede ser acogida.

TERCERO.- El motivo segundo del recurso -al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por transgresión, ante su inaplicación, del artículo 114 del Texto Refundido de Ley de Sociedades Anónimas y por violación del artículo 24 de la Constitución, ya que, según denuncia, respecto a la ausencia de un Notario para levantar **acta** de la Junta General Ordinaria convocada para el día 21 de junio de 1994, la sentencia impugnada considera como suficiente el mero y supuesto intento de "FEFE, S.A." de conseguir la presencia de un Notario en la Junta, sin embargo los requisitos de tiempo y forma para dicho objetivo fueron escrupulosamente cumplimentados por los accionistas minoritarios recurrentes, por lo que la inasistencia del Notario implica una grave infracción legal por parte de los administradores- se desestima por la argumentación que se expone acto continuo.

La sentencia recurrida, desde la prueba practicada, entiende que se comunicó a los administradores el requerimiento realizado por los actores para la presencia del Notario en la Junta en 15 de junio de 1994, y aunque hicieron las oportunas gestiones a dicho fin, resultaron negativas, de modo que si se inicia el cómputo el día 16 de junio y se parte de lo que dispone el artículo 5 del Código Civil, habrá de entenderse que la petición recogida en el artículo 114 se hizo en tiempo hábil, pues el cómputo civil de los plazos no excluye los días inhábiles, sin embargo considera que la ausencia del Notario no tiene efectos invalidantes sobre los acuerdos adoptados, pues el **acta** de la Junta no es elemento constitutivo del acuerdo, sino medio de prueba del mismo,



de aquí que tenga un carácter "ad probationem" y no "ab solemnitatem", sin perjuicio de que al acceder los acuerdos al Registro Mercantil hayan de instrumentarse en documento público, bien con la legalización del **acta** de la Junta o la concurrencia el Notario a ésta, de forma que el incumplimiento de los administradores no tiñe de antijuricidad el acuerdo, sino a su documentación, al afectar, no al mismo, sino al **acta** de la Junta que lo contiene y sí puede tener incidencia en su prueba, pero no cabe impugnar, como contrario a la Ley (artículo 115), un acuerdo sólo porque los administradores hayan quebrantado lo dispuesto en el artículo 114, toda vez que no puede anudarse a la falta de presencia del Notario la nulidad del acuerdo o acuerdos adoptados en la referida Junta, dejando a salvo la responsabilidad que, en su caso, pudiera ser atribuida a los administradores, máxime cuando no se petición ni obtuvo anotación preventiva de su petición en los términos establecidos en el artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil; toda cuya argumentación es aceptada por esta Sala.

El **acta** notarial de la Junta posee idéntica eficacia que otra autorizada por la misma y firmada por el presidente y el secretario, según determinan los artículos 114.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 103 del Reglamento del Registro Mercantil.

Los acuerdos recogidos en el **acta** notarial son ejecutivos de inmediato, según se desprende de artículo 107 del Reglamento del Registro Mercantil, según el cual la elevación de aquellos a instrumento público "también podrá realizarse tomando como base la copia autorizada del **acta**, cuando los acuerdos consten en **acta** notarial".

En verdad, el **acta** notarial es prueba privilegiada de los hechos observados por el Notario y de que han tenido lugar las manifestaciones hechas ante él, pero no garantiza la veracidad de esas manifestaciones, tampoco la legalidad de los hechos consignados, ni, singularmente, la validez intrínseca de los acuerdos.

Sí 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 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) 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.

Además, el artículo 114 de la Ley de Sociedades Anónimas no contiene la afirmación efectuada en el artículo 55 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, el cual dispone que en el caso de requerimiento de los socios a los administradores, los acuerdos sólo serán eficaces si constan en **acta** notarial, de manera que, si se trata de esta clase de sociedades, toda la actuación de la Junta sería ineficaz si no interviene el Notario, lo que no ocurre respecto a aquellas.

CUARTO.- La desestimación del recurso produce las preceptivas secuelas determinadas en el artículo 1715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto a las costas y a la pérdida del depósito constituido.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

## FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Alejandro y don Juan contra la sentencia dictada por la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid en fecha de cinco de junio de mil novecientos noventa y seis. Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas y a la pérdida del depósito constituido. Comuníquese esta sentencia a la referida Audiencia con devolución de los autos y rollo en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . ALFONSO VILLAGÓMEZ RODIL; ROMÁN GARCÍA VARELA; JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Román García Varela, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.