



Roj: **STS 3823/2008** - ECLI: **ES:TS:2008:3823**

Id Cendoj: **28079110012008100579**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/04/2008**

Nº de Recurso: **397/2001**

Nº de Resolución: **250/2008**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **VICENTE LUIS MONTES PENADES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Abril de dos mil ocho.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el presente recurso de casación interpuesto por el Procurador D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta, en nombre y representación de D^a María Dolores , contra la Sentencia dictada en 22 de julio de 2000 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en el Recurso de Apelación nº 1089/1999 dimanante de los autos de Juicio de Menor cuantía nº 390/97 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de San Sebastián de la Gomera. Ha sido parte recurrida "NEGRIN HERMANOS, S.L.", representada por la Procuradora D^a. Isabel Afonso Rodríguez

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de San Sebastián de la Gomera, D^a María Dolores demandó a la entidad mercantil "NEGRIN HERMANOS, S.A." (y subsidiariamente, en caso de que fuere así procedente, a "NEGRIN HERMANOS, S.L.") en el juicio de menor cuantía nº 390/97. La actora postulaba sentencia por la que se declarara la nulidad de la Junta General de la Sociedad "Negrín Hermanos, S.A." celebrada en 22 de octubre de 1997, en la que se transformó en Sociedad Limitada, y la nulidad de los acuerdos, centrandose su impugnación en los siguientes puntos :

- a) Impugnación de la asistencia a la Junta como socio de D. Luis Angel .
- b) Impugnación de la representación del expresado asistente respecto de sus hermanos D^a Leonor , D. Juan Antonio y D. Pedro Jesús .
- c) Impugnación del acuerdo sobre nombramiento del Consejo de Administración.
- d) Nulidad del acuerdo de transformación de la sociedad en Sociedad Limitada, por falta de aprobación del balance de la Compañía cerrado el día anterior al acuerdo.
- e) Impugnación del acuerdo de aprobación de las cuentas relativas a los ejercicios 1992 a 1996.
- f) Impugnación del acuerdo sobre aplicación de resultados.
- g) Impugnación del acuerdo relativo a no exigir responsabilidades personales y económicas a los gestores de la compañía.

SEGUNDO.- La compañía demandada compareció y se opuso, solicitando la desestimación con costas.

TERCERO.- Por Sentencia dictada en 2 de noviembre de 1999, el Juzgado estimó parcialmente la demanda y declaró "nulos absolutamente los acuerdos adoptados en relación con las cuentas anuales de los ejercicios 1992, 1993, 1994, 1995 y 1996, así como la propuesta de aplicación de resultados de dichos años, cumpliéndose lo preceptuado en el artículo 122 de la Ley de Sociedades Anónimas ", sin costas.



CUARTO.- La actora interpuso recurso de apelación, del que conoció la Sección Tercera de la Ilma. Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Rollo 1089/1999. Esta Sala, por sentencia dictada en 22 de julio de 2000, desestimó el recurso, confirmó la sentencia recurrida e impuso las costas a la recurrente.

QUINTO.- Contra la expresada Sentencia ha interpuesto Recurso de Casación la parte que fue actora y apelante, formulando al efecto cuatro motivos, los tres primeros acogidos al ordinal 4º y el último al ordinal 3º del artículo 1692 LEC 1881. El recurso fue admitido por Auto de 12 de enero de 2004. La parte recurrida no ha presentado escrito de impugnación.

SEXTO.- Para votación y fallo se señaló el día 7 de marzo de 2008, fecha en la que efectivamente tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. VICENTE LUIS MONTÉS PENADÉS

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- 1.- Declarada por el Juzgado la nulidad los acuerdos adoptados en relación con las cuentas anuales de los ejercicios 1992, 1993, 1994, 1995 y 1996, y de los relativos a la aplicación de los resultados, sin que la sociedad demandada interpusiera recurso de apelación, y por tanto quedando firmes tales pronunciamientos, la sentencia recurrida examina las restantes peticiones de la actora, que son: (a) la nulidad de la convocatoria de la Junta; (b) la nulidad de los acuerdos relativos a nombramientos del Consejo de Administración, de transformación de la sociedad de anónima a limitada y de exigencia de responsabilidades a los miembros del anterior consejo de administración; y (c) nulidad de la asistencia a la Junta de D. Luis Angel, por sí y por sus representados.

2.- La nulidad de la convocatoria no es aceptada, por haberse realizado en virtud de resolución dictada en expediente de jurisdicción voluntaria nº 52/97 del propio Juzgado, resolución que es firme, además de que no se alega defecto que generara la nulidad.

3.- Respecto de la asistencia de D. Luis Angel no prospera porque, tratándose de una sociedad familiar, ha de suponerse conocida la identificación de los interesados por los restantes socios, y no procede una "interpretación maximalista de los requisitos formales". Debe presumirse que la actora tuvo conocimiento del fallecimiento del padre de D. Luis Angel, que fue su cuñado.

4.- En cuanto al acuerdo de transformación, se trataba de cumplimentar lo prevenido en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley de Sociedades Anónimas y, a juicio de la Sala de instancia, no se requiere la existencia de un balance de cierre aprobado en el momento de la transformación, sino que se han de cumplir los requisitos y formalidades previstos en el artículo 103 LSA y es en un momento posterior cuando debe aportarse el balance, de acuerdo con lo señalado en el artículo 227 LSA, al elevarse a escritura pública.

5.- En lo relativo al acuerdo referido a la exigencia de responsabilidad personal y económica de los gestores de la compañía, la mayoría votó en contra, y esta circunstancia no impide al actor el ejercicio de la acción individual de responsabilidad.

PRIMERO.- En el primero de los motivos, por el cauce del ordinal 4º del artículo 1692 LEC 1881, denuncia la recurrente la infracción de los artículos 104, 106 y 111 de la Ley de Sociedades Anónimas, pues asistió a la Junta D. Luis Angel sin acreditar su condición de socio ni la representación que decía ostentar de sus hermanos.

Al formular el motivo, la recurrente señala que no cabe tener por justificada la condición de socio ni la representación mediante una escritura pública, a la que alude el Juzgado de Primera Instancia, de 30 de octubre de 1998, tres meses posterior a la Junta, e incluso posterior a la demanda de impugnación (28 noviembre de 1997), como no cabe acudir a la condición de "empresa familiar" de esta sociedad cuando se ha producido una total ruptura familiar, con varios juicios entre los parientes, incluso un procedimiento criminal en que resultaron condenados el Presidente y el Secretario de la sociedad, ni sustituir las prevenciones concretas de la ley por un sistema de "suposiciones" y "presunciones", pues la cuestión no estriba en la identidad del asistente, sino en la acreditación de la titularidad de las acciones, ya que el hecho de que haya fallecido un accionista no permite suponer que automáticamente todos sus hijos también lo son.

El motivo ha de ser estimado.

Se tuvo por accionista al mencionado asistente sobre la base, exclusivamente, de que estaba identificado como hijo de un accionista difunto. No acreditó su condición de accionista en el momento de la Junta por ninguno de los sistemas que previene el artículo 104 LSA, ni cabe estimar que una escritura de partición hereditaria posterior pueda convalidar esa omisión. Es claro que la condición de hijo, sin más, no le atribuye la sucesión en las acciones de su padre, que bien pueden haber sido adjudicadas en partición a otra persona.



Tampoco hay reflejo en el acta de que actúe en beneficio de la herencia yacente o de la comunidad hereditaria. Y, además, actúa en representación de tres hermanos, sin que conste por escrito y con carácter especial tal representación, contra lo que dispone el artículo 106. 2 LSA , restricción de la que no dispensa el artículo 108 LSA , que matiza lo dispuesto en los anteriores artículos 106 y 107 LSA , respecto de los hermanos (STS 14 de marzo de 1998). No se formuló adecuadamente, pues, la lista de asistentes (artículo 111.1 LSA), ni, en consecuencia, se formó correctamente la voluntad social. El motivo, por ello, ha de prosperar y se ha de valorar la incidencia respecto de la nulidad de la Junta que se postula.

SEGUNDO.- En el motivo segundo, por el mismo cauce que el anterior, denuncia la recurrente la infracción de los artículos 112, 205, 224, 227 "y concordantes" de la Ley de Sociedades Anónimas , que garantizan el derecho de información de todos los accionistas. La recurrente estima que se ha denegado sistemáticamente información sobre la situación y funcionamiento de la empresa, hasta el punto de negársela al Auditor que finalmente se pudo nombrar, no puede adoptarse en la Junta acuerdo válido alguno.

El motivo ha de prosperar, aún cuando ha sido formulado con defectos de técnica casacional, que no impiden su examen por cuanto se ha citado la precisa norma que se considera infringida.

Reiteradas veces ha dicho esta Sala que se falta a las exigencias de claridad y precisión que se contienen en los artículos 1707 y 1710.1.2º LEC 1881 cuando la cita de la norma o normas infringidas se hace acudiendo a la fórmula "y siguientes" "y concordantes" u otra similar. La razón de esta posición se encuentra en la dificultad de dar respuesta casacional ante la imprecisión sobre las normas que hayan podido ser infringidas (SSTS 24 de enero y 24 de diciembre de 2001, 20 de junio de 2002, 23 de septiembre y 18 de diciembre de 2003, 22 y 25 de marzo y 20 de mayo de 2004 , etc.). Lo que no ocurre en el caso, pues se señala como infringido el artículo 112 LSA , que es el precepto capital en orden a determinar el incumplimiento por los administradores de la obligación de suministrar la información, sin que cupiera invocar la excepción prevista en el citado artículo, ya contenida en su redacción anterior a la Reforma operada por la Ley 26/2003 de 17 de julio (publicidad que podría perjudicar los intereses sociales) pues la accionista impugnante es titular del 25% del capital de la sociedad. Obviamente, la sentencia no ha podido infringir el artículo 205 LSA , pues el auditor fue nombrado y no pudo emitir informe ante la negación de información por parte de los administradores sin que se suscite cuestión respecto de ello, como tampoco sobre el cumplimiento de los requisitos y formalidades de la junta, que impone el artículo 224 en relación con el artículo 103 LSA . Otro es el problema, que aquí se apunta y se desarrolla en el siguiente motivo, sobre si la carencia de un balance implica defecto o carencia de la información necesaria, lo que, en el caso, ha de merecer respuesta positiva, en una sociedad cuyos administradores no han podido siquiera formular las cuentas de los cinco ejercicios anteriores, ni componer un inventario, ni ofrecer un informe de gestión, en tanto que han obstaculizado hasta impedirlo el informe del Auditor designado por el registro Mercantil, y proponen un acuerdo de transformación, por más que para dar cumplimiento a la Disposición Transitoria Tercera de la Ley de Sociedades Anónimas , sin siquiera presentar un balance de situación a la consideración de los accionistas.

La negativa sistemática a dar información al accionista minoritario, que representa la cuarta parte del capital social, constituye la violación de uno de los derechos políticos básicos (artículo 48.2.d) LSA) cuya función instrumental en orden a la correcta formación de la voluntad social no es necesario enfatizar, pues, como ha dicho esta Sala (SSTS 13 de noviembre de 1998, 22 de marzo y 9 de octubre de 2000, 29 de julio de 2004, 21 de marzo de 2006, 22 de febrero de 2007 , etc.) se trata de un derecho fundamental para que el accionista puede ejercer su derecho de voto, y otros derechos, con conocimiento de causa, y se ha venido configurando como "un derecho de naturaleza pública y por tanto de carácter imperativo que no es dable pueda ser excluido o modificado por pactos particulares" y cuya conculcación ha de dar lugar a la nulidad de los acuerdos.

TERCERO.- En el motivo tercero, acogido también al ordinal 4º del artículo 1692 LEC 1881 , denuncia la recurrente la infracción de los artículos 112, 224 y 227 de la Ley de Sociedades Anónimas . Pone de relieve la parte recurrente que se tomó el acuerdo de transformar la sociedad anónima en limitada sin balance de cierre alguno, y que la sentencia recurrida considera suficiente que cuando se aporte la escritura pública de transformación se aporte dicho balance, sin requerirse, a juicio de la Sala de instancia, que se disponga de tal balance en el momento de la toma del acuerdo. A juicio de la recurrente, los socios no pueden saber, sin conocer el balance de la sociedad, cuál será la mejor decisión, pues además de la transformación en sociedad limitada caben otras, como la transformación en sociedad de otro tipo o la disolución. En el caso, además, la sentencia de primera instancia (en un pronunciamiento que ha quedado firme) declara nulos los acuerdos de aprobación de los balances que se llevaron a la misma Junta, relativos a los ejercicios 1992, 1993, 1994, 1995 y 1996, por lo que al acuerdo de transformación se tomó sin tener balance alguno que reflejara la situación de la sociedad.

El motivo ha de ser estimado.



En realidad, el artículo 227 LSA se refiere a dos balances, que se han de contener en la escritura de transformación: uno cerrado el día anterior al del acuerdo; y el otro, al que denomina "balance final", cerrado el día anterior al del otorgamiento de la escritura, lo que se confirma en el artículo 220.2.a) y b) del Reglamento del Registro Mercantil (RD 1784/1996, de 19 de julio), referente a la inscripción de la transformación de la sociedad anónima en limitada, en cuyo precepto se dispone que se acompañen a la escritura, para su depósito en el Registro Mercantil un balance cerrado el día anterior al acuerdo de transformación, y otro cerrado el día anterior al otorgamiento de la escritura. La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada sólo se refiere a un Balance, cerrado en el día anterior al del acuerdo, en una disposición que se ha de aplicar a todos los supuestos de transformación (artículo 92.2 LSRL), pero, como se ha visto, el Reglamento del Registro Mercantil considera inalterada la regla del artículo 227 LSA. La necesidad de un balance cerrado en la fecha anterior a la del acuerdo de transformación no se contempla expresamente en el artículo 224 LSA, relativo al acuerdo de transformación, a diferencia de lo que ocurre en la regulación de la transformación de la sociedad de responsabilidad limitada (incluso en anónima, artículo 87.1 LSRL), pues el artículo 88.2 LSRL impone no solo que se formule un Balance cerrado el día anterior al del acuerdo y se de a conocer a los socios, sino que se apruebe en la Junta General.

La Sentencia recurrida (FJ Cuarto) sostiene que el balance cerrado el día anterior al del acuerdo ha de aportarse en un momento posterior al del acuerdo, y por ello es indiferente que exista o no en el momento de la decisión. Esta posición no es compartida por esta Sala.

Siendo claro que los balances han de formar parte de la escritura, incorporados o acompañados originales o por testimonio notarial, y han de acompañarse a la escritura de transformación, con independencia de su incorporación a la propia escritura, para su depósito en el Registro Mercantil (Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 9 de mayo de 1998), la cuestión radica en determinar si la transformación puede acordarse válidamente sin que los accionistas tengan noticia del Balance cerrado en fecha anterior a la del acuerdo. Desde luego, el conocimiento del Balance, desde la perspectiva de los socios, proporciona una información precisa sobre la composición y valor del patrimonio social que les permite conocer, como ha dicho la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 2 de febrero de 1996, de manera suficientemente clara el valor real de su participación en la sociedad, a fin de ejercitar o no los derechos que la ley les concede en cada caso, lo que tiene mayor relevancia en los casos de transformación de sociedad anónima en colectiva o comanditaria, pues facilita la decisión sobre el derecho de separación (artículo 225 LSA), derecho que no existe en la transformación de anónima en limitada, a diferencia de lo que ocurría en el Derecho anterior a la reforma (artículo 185 LSA de 1951), pero existe un derecho del socio a transmitir libremente sus participaciones sociales en el plazo de tres meses desde la publicación del acuerdo de transformación en el Registro Mercantil; y por ello la precitada RDGRN concluye que la exigencia legal constituye una información adicional del socio sobre el valor de su participación.

Aceptando, desde luego, que la información que proporciona el Balance pueda servir para tomar decisiones en relación con el ejercicio de derechos que corresponden al socio como consecuencia de la transformación, la Sala entiende que se trata de una información que puede influir en la decisión sobre la transformación misma, incluso cuando se trata de dar cumplimiento a la Disposición Transitoria Tercera de la Ley de Sociedades Anónimas, que prevé la posibilidad de otras transformaciones, sin perjuicio de otras decisiones. Uno de los derechos del accionista es el de recibir información adecuada (artículo 48.2.d) LSA) y ha de considerarse que del balance puede desprenderse la situación patrimonial de la sociedad, además de la constatación de que el valor del patrimonio neto de la sociedad se corresponde con el capital social, datos de indudable interés para la decisión que se ha de tomar. Carecería de sentido, por otra parte, que la Ley obligara a formar un balance cerrado el día anterior al del acuerdo sin que se diera noticia a los socios, aún cuando el artículo 224 LSA no lo diga expresamente, a diferencia de lo que ocurre en la regulación de las sociedades de responsabilidad limitada (artículo 88.2) en que no sólo se ha de dar noticia, sino que ha de ser aprobado, de modo que carece de una explicación razonable que el balance de una sociedad limitada que se transforma en anónima haya de ser formulado, comunicado y aprobado, en tanto que el de la sociedad anónima que se transforma en limitada pudiera formularse meramente, antes o después de la fecha del acuerdo, y, sin darlo a conocer a los socios, incorporarlo a la escritura en la forma que se ha dicho.

CUARTO.- En el motivo cuarto, que se acoge al ordinal 3º del artículo 1692 LEC 1881, se denuncia la infracción del artículo 523 de la propia LEC 1881, en cuanto que, a juicio de la recurrente, era procedente declarar que la entidad demandada había actuado con temeridad y mala fe, a efectos de condenarla en costas aún cuando no se hubieren estimado en su totalidad los pedimentos de la actora.

El motivo se desestima, pues es claro que la apreciación de temeridad o mala fe queda enteramente confiada al discrecional y prudente arbitrio del juzgador y no es revisable en casación, salvo supuestos de arbitrariedad, error patente o irrazonabilidad, que no se dan en el caso (SSTS 12 de febrero de 2004, 14 de marzo de 2002,



24 de julio de 2000 , entre otras muchas), sin perjuicio de que la estimación de los motivos haya de determinar, conforme a lo prevenido en el artículo 1715.2 LEC 1881 , la decisión sobre las costas en la instancia, conforme a las reglas generales, según como haya de quedar la sentencia revisada.

QUINTO.- La estimación de motivos acogidos al ordinal 4º del artículo 1692 LEC 1881 determina el efecto devolutivo de la jurisdicción previsto en el artículo 1715.1.3º LEC 1881 , por lo que la Sala ha de decir lo que corresponda dentro de los términos en que aparezca planteado el debate, imponiendo las costas de la instancia de acuerdo con las reglas generales (artículos 1715.2, 523, 710 LEC 1881).

En virtud de lo anteriormente razonado, la presencia en la Junta de persona que no acreditó su condición de socio, ni justificó la representación que decía habersele confiado, implica una mala formación de la voluntad social que vicia de nulidad los acuerdos, incluso en lo relativo a la no exigencia de responsabilidad a los anteriores administradores. Por otra parte, el acuerdo de transformación ha sido tomado sin el cumplimiento de los deberes de información, según antes se ha señalado, y es también nulo, además, por esa causa. Subsisten, dada su firmeza, pues la entidad demandada no recurrió en apelación, los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia sobre nulidad de los acuerdos relativos a las cuentas anuales de los ejercicios 1992, 1993, 1994, 1995 y 1996, y propuesta de aplicación de los resultados.

Respecto de las costas, se han de imponer a la demandada las de primera instancia, en base al criterio de estimación sustancial de la demanda (artículo 523 LEC 1881), y no procede imponer las de apelación, en vista de los criterios señalados por el artículo 710 LEC 1881 que no establece el principio del vencimiento, sino la confirmación o agravación de la sentencia para el recurrente (SSTS 11 de mayo de 1994, 21 de marzo de 2000, 8 de junio de 2005 ,etc.)

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

FALLAMOS

HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por el Procurador D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta en nombre y representación de D^a María Dolores , contra la Sentencia dictada en 22 de julio de 2000 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en el recurso de apelación nº 1089/1999, que casamos y anulamos, dictando en su lugar otra con arreglo a los siguientes pronunciamientos :

1.- Se estima el recurso interpuesto por la representación de D^a María Dolores contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de San Sebastián de la Gomera en 2 de noviembre de 1999 , en autos del juicio de menor cuantía nº 390/97.

2.- Se estima íntegramente la demanda presentada por la representación de D^a María Dolores contra la entidad mercantil "NEGRIN HERMANOS, S.A.", salvo en el pedimento relativo a la nulidad de convocatoria de la Junta, y en consecuencia se declara :

a) Nula, y por tanto sin valor ni efecto, la asistencia a la Junta de D. Luis Angel , por sí y en representación de sus hermanos D^a Leonor , D. Juan Antonio y D. Pedro Jesús .

b) La nulidad de los acuerdos sociales referidos al nombramiento de los miembros del Consejo de Administración, a la transformación de la sociedad en sociedad limitada, y a la no exigencia de responsabilidad a los miembros del anterior Consejo de Administración.

c) Subsistentes los pronunciamientos, firmes, de la sentencia de primera instancia sobre nulidad de los acuerdos de aprobación de las cuentas de los ejercicios 1992, 1993, 1994, 1995 y 1996, y de los acuerdos recaídos sobre las propuestas de aplicación de resultados de dichos años, debiendo darse cumplimiento a lo prevenido en el artículo 122 de la Ley de Sociedades Anónimas .

3.- Con imposición a la entidad demandada de las costas de primera instancia y sin especial pronunciamiento respecto de las de los recursos de apelación y de casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Jesús Corbal Fernández.-Vicente Luis Montés Penadés.-Clemente Auger Liñán.- Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Vicente Luis Montés Penadés, 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.