



Roj: **STS 58/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:58**

Id Cendoj: **28079110012019100029**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/01/2019**

Nº de Recurso: **81/2016**

Nº de Resolución: **24/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 58/2019,**
AATS 928/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 24/2019

Fecha de sentencia: 16/01/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 81/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/01/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE MADRID SECCION N. 28

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 81/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 24/2019

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 16 de enero de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Higinio , representado por el procurador D. Victorio Venturini Medina, bajo la dirección letrada de D. John-Ralp Gustafson Gómez, contra la sentencia núm. 309/2015, de 5 de noviembre, dictada por la sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 583/2013 sentencia núm. 309/2015, de 5 de noviembre, dictada por la sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 583/2013 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 50/2012 del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid, sobre impugnación de acuerdos sociales. Ha sido parte recurrida Pronorte Uno S.A., representada por la procuradora D.ª María Dolores Girón Arjonilla y bajo la dirección letrada de D.ª Luisa Romano Dávila-Ponce de León.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Victorio Venturini Medina, en nombre y representación de D. Higinio , interpuso demanda de juicio ordinario contra Pronorte Uno S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"en la que estimando la demanda en su integridad, se contengan los siguientes pronunciamientos:

"1. Se declaren nulos los acuerdos adoptados en la Junta General de 21 de diciembre de 2011.

"2. Se acuerde la inscripción en el Registro Mercantil de la sentencia que recaiga en el presente procedimiento, y su publicación en extracto en el BORME, así como la cancelación de inscripción de dichos acuerdos en el Registro Mercantil, si esta se hubiere producido, y de cuantos asientos posteriores al acuerdo impugnado resulten contradictorios con la sentencia.

"3. Se condene a la mercantil demandada al pago de las costas."

2.- La demanda fue presentada el 31 de enero de 2012 y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid y fue registrada con el núm. 50/2012. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª María Dolores Girón Arjonilla, en representación de Pronorte Uno S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de las pretensiones del actor y la imposición de costas.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid dictó sentencia n.º 17/2013, de 6 de febrero, con la siguiente parte dispositiva:

"Que DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda interpuesta por el procurador D. Victorio Venturini Medina, en nombre y representación de D. Higinio contra PRONORTE UNO SA, representada por la procuradora Dª Mª Dolores Girón Arjonilla, ABSOLVIENDO a la demandada de los pedimentos formulados en su contra, con expresa condena en costas al demandante".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Higinio .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 583/2013 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 5 de noviembre de 2015, cuya parte dispositiva dice:

"1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el procurador don Victorio Venturini Medina en nombre y representación de DON Higinio contra la sentencia dictada con fecha 6 de febrero de 2013 por el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid, en el juicio ordinario nº 50/2012 del que este rollo dimana.

"2.- Confirmar íntegramente la resolución recurrida.

"3.- Imponer a la apelante las costas derivadas del su recurso".

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- El procurador D. Victorio Venturini Medina, en representación de D. Higinio , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:



"Primero.- Infracción de los artículos 171 y 242 de la Ley de Sociedades de Capital y jurisprudencia que los interpreta.

"Segundo.- Infracción del artículo 197 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital y jurisprudencia que los interpreta.

"Tercero.- Infracción del artículo 7 del Código Civil en sus apartados 1 y 2 y jurisprudencia que los interpreta".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 18 de julio de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Higinio , contra la sentencia dictada con fecha 5 de noviembre de 2015 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20.^a), en el rollo de apelación nº 583/2013, dimanante del juicio ordinario n.º 50/2012 del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 3 de diciembre de 2018 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 9 de enero de 2019, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El capital social de la compañía mercantil Pronorte Uno S.A. estaba dividido en partes iguales entre D. Higinio , D. Victorino y D. Jose Ángel , quienes, a su vez, integraban el consejo de administración trimembre previsto en los estatutos sociales.

Hasta el 15 de septiembre de 2011, en que cesó voluntariamente, D. Higinio era, además, el presidente del consejo de administración.

2.- Tras esa dimisión, el consejo de administración convocó junta general de la sociedad para el día 21 de diciembre de 2011, en que tuvo lugar.

3.- En la mencionada junta general se adoptaron los siguientes acuerdos:

- a) Aprobación de las cuentas anuales e informe de gestión de la sociedad, correspondientes al ejercicio 2010.
- b) Aprobación de la propuesta de aplicación del resultado de la sociedad correspondiente al ejercicio 2010.
- c) Aprobación de la gestión social llevada a cabo por el consejo de administración de la sociedad durante el ejercicio 2010.
- d) Aprobación de las cuentas anuales consolidadas e informe de gestión consolidado de la sociedad y su grupo de sociedades correspondiente al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010.
- e) Toma de razón de la dimisión del consejero D. Higinio y provisión de la vacante existente mediante el nombramiento como consejero de Dña. Jacinta .
- f) Reelección de la entidad Ad Hoc Auditores S.L. como auditor encargado de verificar las cuentas anuales de la sociedad para el ejercicio 2011.
- g) Otorgamiento de facultades al presidente y al secretario del consejo de administración para la formalización y ejecución de los anteriores acuerdos.

4.- D. Higinio interpuso una demanda contra la sociedad Pronorte Uno S.A., en la que impugnó los acuerdos adoptados en la mencionada junta general y solicitó su nulidad, por: (i) vulneración de las normas relativas a la convocatoria, al haberse realizado por un consejo de administración inválidamente constituido por falta de quorum; (ii) infracción del derecho de información del socio, tanto antes como durante la propia junta general.

5.- Tras la oposición de la sociedad, la sentencia de primera instancia desestimó la demanda, por considerar, resumidamente, que la impugnación de los acuerdos por convocatoria defectuosa de la junta general era contraria a la buena fe e implicaba abuso de derecho, puesto que el demandante ya había solicitado al órgano de administración la convocatoria de una junta con contenido del orden del día prácticamente idéntico al de



la celebrada. En cuanto a la impugnación por infracción del derecho de información, la desestimó por abusiva y de mala fe, dado que el impugnante había sido consejero y tenía pleno acceso a la información.

6.- El demandante recurrió en apelación, cuyo recurso fue desestimado por la Audiencia Provincial. La sentencia de segunda instancia considera que, pese a que el consejo no podía convocar la junta, la impugnación es manifiestamente contraria a las reglas de la buena fe e incurre en abuso de derecho, porque: (i) la inoperatividad del órgano de administración fue provocada por la dimisión del demandante; (ii) aunque la decisión de convocar la junta fue tomada por el órgano de administración incompleto, el demandante había requerido notarialmente a los otros dos consejeros para que convocaran la junta con un orden del día prácticamente idéntico, ya que únicamente difería en la reelección del auditor; (iii) el actor concurrió a la junta general, en la que estuvo presente la totalidad del capital; (iv) también resulta abusivo alegar infracción del derecho de información cuando el demandante recabó datos y planteó cuestiones correspondientes al periodo en que era administrador de la sociedad y conocía su estado; aparte de que se le entregaron datos de las cuentas anuales, pero no de los informes de auditoría, que se entregaron en la propia junta con carácter previo a la deliberación y votación de los acuerdos.

SEGUNDO.- *Primer motivo del recurso de casación. Convocatoria de junta general por consejo de administración incompleto pero mayoritario*

Planteamiento:

1.- En el primer motivo de casación se alega la infracción de los arts. 171 y 242 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC) y la jurisprudencia que los interpreta.

2.- En el desarrollo del motivo se mantiene, resumidamente, que las normas de convocatoria de la junta son de derecho necesario y su infracción conlleva la invalidez de los acuerdos adoptados en la junta defectuosamente convocada. Considera infringida la doctrina contenida en las sentencias de esta sala de 4 de diciembre de 2002, 14 de marzo de 2005 y 9 de diciembre de 2010.

Aduce, además, que en casos iguales la misma sección de la Audiencia Provincial ha fallado en sentido contrario al ahora recurrido.

Decisión de la Sala:

1.- Como hemos dicho en la sentencia 510/2017, de 20 de septiembre, cuando la junta general no se constituye como junta universal, su convocatoria habrá de realizarse en la forma prevista por la Ley o los estatutos para que su celebración sea válida.

En este caso se plantea la validez de la convocatoria de junta general de una sociedad anónima realizada por un consejo de administración incompleto, puesto que de uno de sus tres miembros había dimitido previamente.

2.- La interpretación y aplicación de los arts. 171, 242 y 247.2 LSC ha de permitir que la sociedad esté dotada, como regla general y salvo supuestos excepcionales, de un órgano de administración con capacidad de actuación. Para ello, la propia ley ofrece mecanismos para que así sea, incluso cuando se dan situaciones especiales.

De igual manera, en la medida de lo posible también debe preservarse la capacidad de funcionamiento del consejo de administración, incluso en circunstancias excepcionales, para evitar situaciones de bloqueo que, en los supuestos más graves, puedan dar lugar a la concurrencia de una causa de disolución de la sociedad.

Conforme al art. 247.2 LSC, para la válida constitución del consejo de administración de una sociedad anónima es preciso que "concurran a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los vocales", y esta mayoría sólo puede estar referida, como resulta del precepto, al número previsto en los estatutos o determinado por el acuerdo de nombramiento (art. 242 del propio texto legal).

Interpretación que, como resalta la RDGRN de 14 de marzo de 2016, queda confirmada por el art. 171 LSC que, para el caso de "cese de la mayoría de los miembros del consejo de administración", habilita a cualquier socio para instar la convocatoria judicial de junta, lo que confirma que, en caso de cese de la mayoría, el consejo no puede constituirse válidamente (como demuestra la equiparación que hace el propio precepto a la imposibilidad de funcionamiento de las otras formas de organizar la administración). Lo que no sucede si el cese no ha afectado a la mayoría de los consejeros.

3.- La habilitación que el art. 171 LSC confiere a cualquiera de los administradores que permanecen en el cargo para convocar la junta general cuando se produce alguno de los cuatro supuestos especiales que prevé (muerte o de cese del administrador único; muerte o de cese de todos los administradores solidarios; muerte o de cese de alguno de los administradores mancomunados; y muerte o de cese de la mayoría de los miembros



del consejo de administración) implica que, en el resto de casos, el consejo puede constituirse válidamente y adoptar todo tipo de acuerdos.

Es decir, al no tratarse de un consejo deficitario, que queda paralizado por el cese de la mayoría de sus vocales, sino mayoritario, por aplicación de la regla de la mayoría consagrada en el citado art. 247.2 LSC, puede seguir en funcionamiento mientras se provee a la cobertura de la vacante.

4.- En consecuencia, si como es el caso, el consejo de administración se compone de tres miembros y puede quedar válidamente constituido con el acuerdo de dos de ellos, no se da el supuesto de hecho previsto en el art. 171 LSC. Por lo que el consejo así constituido tiene competencia plena para convocar la junta general y para fijar el orden del día.

Esta interpretación de la DGRN, que refrendamos, también tiene apoyo en el art. 141 RRM, del que se desprende que, en caso de nombramiento de un consejo de administración, basta que acepten la mayoría de los componentes designados para que el órgano quede válidamente constituido.

5.- Por lo demás, que en otros casos la misma sección de la Audiencia Provincial haya fallado en sentido contrario no implica *per se* la incorrección de su resolución, ni puede erigirse en motivo de nulidad con trascendencia casacional, máxime cuando se desconoce si las circunstancias fácticas podían ser diferentes.

6.- Como consecuencia de lo cual, este primer motivo de casación debe ser desestimado.

TERCERO.- Segundo motivo de casación. Derecho de información del socio

Planteamiento:

1.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 197 y 272 LSC, en relación con el derecho de información de socio en las sociedades anónimas.

2.- En el desarrollo del motivo, el recurrente alega, resumidamente, que no se le dio traslado del informe de auditoría, ni tampoco se le proporcionó otra información relevante solicitada en la junta general, que finalmente le fue denegada en un escrito posterior.

Además, no cabe aducir que la información perjudique el interés social, porque el socio que la solicitó representa el 33,33% del capital social.

Decisión de la Sala:

1.- Con carácter general, la información en las sociedades de capital puede contemplarse en dos aspectos: (i) el que exige a las sociedades la obligación de hacer públicos determinados documentos y hechos que son relevantes para los socios y para los terceros, y entregar a los socios determinados documentos sin necesidad de que estos lo soliciten; (ii) el que otorga al socio el derecho individual a pedir a los administradores cierta información, como un mecanismo para adoptar decisiones relevantes en defensa de sus intereses particulares y controlar la gestión de los administradores sociales.

Los intereses protegidos en uno y otro aspecto no son necesariamente coincidentes, y las consecuencias del incumplimiento del régimen legal por parte de la sociedad son diferentes. Aunque también se observa una cierta correlación entre uno y otro aspecto de la información, pues cuanto más detallada sea la información que debe publicar la sociedad y cuantos más instrumentos de acceso a la información social se prevean (derecho a la entrega de documentos, publicación en la web de la sociedad, acceso a la información depositada en el Registro mercantil o en los registros de la CNMV), el ámbito de ejercicio del derecho individual del socio se reduce, pues carece de sentido que se extienda a datos que la sociedad haya publicado o le haya entregado.

2.- La sentencia 608/2014, de 12 de noviembre, resume la jurisprudencia en la materia, que había rechazado 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. Resalta que la LSC considera el derecho de información como inherente a la condición de accionista (art. 93.d LSC) y lo reconoce como "mínimo" en el estatuto del accionista de una sociedad anónima. Es inderogable, pues no puede ser eliminado por acuerdo de la junta o del órgano de administración, e irrenunciable, sin perjuicio de que el accionista sea libre de ejercerlo o no en cada caso, según su conveniencia.

Antes de la reforma llevada a cabo por la Ley 31/2014, la LSC configuraba el derecho de información como un derecho autónomo sin perjuicio de que pudiera cumplir una finalidad instrumental del derecho de voto. Servía también para controlar el cumplimiento por los administradores de sus deberes de diligente administración, fidelidad y lealtad, de ahí que pudiera considerarse también instrumental respecto de la exigencia de responsabilidad a los administradores sociales (sentencia 746/2012, de 13 de diciembre). Se entendía que ello justificaba la previsión legal de que en ciertos casos la información pueda suministrarse por



escrito tras la junta (art. 197.2 TRLSC), cuando ya no tiene ninguna función instrumental respecto del derecho de voto, o que la tengan también socios sin derecho al voto o que no piensen ejercitarlo.

3.- Pero junto a este concepto amplio del derecho individual de información del socio, también hemos declarado que no es ilimitado y, aparte de estar condicionado al cumplimiento de determinados requisitos (relación directa y estrecha con el orden del día, petición en el momento adecuado, etc.), 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 múltiples parámetros, entre otros, las características de la sociedad y la distribución de su capital, volumen y forma de la información solicitada.

Entre tales circunstancias a tener en cuenta, destaca que el socio desempeñe o haya desempeñado funciones de administración durante el periodo al que se contrae la solicitud de información, puesto que en tal caso habrá tenido mayor posibilidad y facilidad de acceso a los asuntos sociales, habida cuenta que para el administrador social la obtención de información no es un derecho, sino un deber (art. 225 LSC).

4.- Sobre esta base, la Audiencia Provincial considera probado que la sociedad entregó al recurrente con antelación a la junta general copia de las cuentas anuales y del informe de gestión y que el informe de auditoría le fue entregado en la propia junta y antes de que se deliberara y votara el correspondiente punto del orden del día. Y precisamente porque el informe de auditoría denegaba la opinión, el demandante votó en contra de la aprobación de las cuentas.

Además, la sentencia recurrida toma en consideración que D. Higinio fue presidente del consejo de administración de la sociedad recurrida hasta mediados de septiembre de 2011, por lo que había tenido un conocimiento más que adecuado del estado contable de la compañía durante el ejercicio social que era objeto de examen.

El demandante no era un socio cualquiera, sino que había sido presidente del consejo de administración en el periodo al que se refiere la información solicitada, lo que implica que, entre sus obligaciones como tal y dentro de su deber de diligencia, se encontraba la de estar informado de la situación financiera de la sociedad.

5.- Estas consideraciones y conclusiones de la sentencia recurrida no infringen los preceptos legales invocados, por lo que este segundo motivo de casación también debe ser desestimado.

QUINTO.- Tercer motivo de casación. Abuso de derecho

Planteamiento:

1.- En el tercer motivo de casación se denuncia la infracción del art. 7 CC, por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo concerniente a la aplicación del abuso de derecho y la concurrencia de los requisitos para apreciar el mismo.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente aduce, resumidamente, que la misma Audiencia Provincial, en tres casos idénticos, ha dictado sentencias dispares y solamente en el presente caso ha considerado que existía mala fe y abuso de derecho.

El recurrente siempre ha actuado de buena fe y antes de la celebración de la junta general advirtió del defecto de la convocatoria y de la infracción del derecho de información, pese a lo cual el presidente decidió celebrarla.

Decisión de la Sala:

1.- La determinación de si concurrió o no mala fe y abuso de derecho en la actuación del recurrente, además del componente jurídico, tiene un componente fáctico inatacable en casación. Así lo mantuvo la sentencia de esta sala 910/2006, de 19 de septiembre, con cita de otras muchas, al decir:

"La existencia o inexistencia de buena fe es cuestión de hecho y, por tanto, de la libre apreciación del juzgador de instancia, sin perjuicio de que también se refiera a un concepto jurídico que se apoya en una valoración de la conducta deducida de unos hechos cuya apreciación jurídica puede ser sometida a una revisión casacional (STS de 18 de diciembre de 2001, que cita otras muchas). Del mismo modo, la Sentencia de 28 de mayo de 2002 dejó sentado que es doctrina jurisprudencial que, para la declaración de existencia de abuso de derecho, resulta necesario que en las premisas de hecho establecidas por la sentencia recurrida se manifieste el abuso en las circunstancias que lo determinan (SS. de 26 abril 1976 y 14 julio 1992), así como que su apreciación exige que la base fáctica ponga de manifiesto las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y las subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo), según la sentencia de 30 mayo 1998".

2.- Además de esta imposibilidad de revisión fáctica, la sentencia recurrida analiza correctamente el proceder del socio que, pese a conocer que el consejo de administración estaba incompleto, puesto que dicha circunstancia había sido provocada por su propia dimisión, solicitó de los otros administradores la



convocatoria de una junta general con una propuesta del orden del día que coincidía, en lo fundamental, con el que se debatió en la junta impugnada. Es decir, no vio objeción alguna en la convocatoria de una junta propugnada por él, pero sí en la convocada por los administradores restantes, cuando el posible defecto [que, como hemos visto, no era tal] sería el mismo en ambos casos.

Y, de igual manera, la sentencia también valora correctamente que hace un ejercicio abusivo de su derecho de información quien, por su calidad de presidente del consejo de administración durante el ejercicio al que se refieren las cuentas cuya aprobación se sometía a consideración, tenía una posición privilegiada para conocer los datos que eran objeto de su solicitud de información.

Que en otros casos el mismo tribunal de segunda instancia haya considerado que el mismo recurrente no actuó de mala fe ni con abuso de derecho no determina que lo hiciera igualmente en el que nos ocupa.

3.- Por lo que, al no haberse infringido el art. 7 CC ni la jurisprudencia que lo interpreta, este tercer motivo debe seguir la misma suerte desestimatoria que los anteriores.

SEXTO.- Costas y depósitos

1.- La desestimación del recurso de casación conlleva la imposición a la parte recurrente de las costas causadas por el mismo, conforme determina el artículo 398.1 LEC.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido para dicho recurso, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, LOPJ.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido :

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Higinio contra la sentencia 309/2015, de 5 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, en el recurso de apelación núm. 583/2013, que confirmamos íntegramente.

2.º- Imponer al recurrente las costas del recurso de casación.

3.º- Ordenar la pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.