



Roj: **STS 3580/2008** - ECLI: **ES:TS:2008:3580**

Id Cendoj: **28079110012008100509**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/07/2008**

Nº de Recurso: **425/2001**

Nº de Resolución: **663/2008**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **CLEMENTE AUGER LIÑAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 4963/2000,**
STS 3580/2008

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Julio de dos mil ocho.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen, recurso de casación contra la sentencia dictada el 21 de noviembre de 2000, en grado de apelación, por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Cuarta, como consecuencia de autos, juicio de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Bilbao, sobre impugnación de acuerdos sociales, cuyo recurso fue interpuesto por la entidad mercantil "BOLSO MILANO S.L.", representada por el Procurador de los Tribunales Don Juan Carlos Estévez Fernández Novoa, siendo parte recurrida Don Arturo , representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Lydia Leiva Cavero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número Siete de Bilbao se han seguido los autos de juicio de menor cuantía núm. 383/1998 , promovidos a instancia de Don Arturo , contra la entidad mercantil "BOLSO MILANO, S.L.", sobre impugnación de acuerdos sociales de Sociedad de Responsabilidad Limitada.

Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual se solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara sentencia por la que se declarase:

"1.- La nulidad y revocación de los siguientes acuerdos adoptados en la Junta General Ordinaria y Extraordinaria de la entidad BOLSO MILANO, S.L., celebrada el día 27 de mayo de 1998, con las consecuencias inherentes a la declaración de nulidad de tales acuerdos:

- a) Aprobación de las cuentas anuales (Balance, Cuenta de Pérdida y Ganancias y Memoria) correspondientes al ejercicio 1997.
- b) Aprobación de la gestión realizada por la Administración de la Sociedad durante 1997.
- c) Aprobación de la aplicación del resultado del ejercicio 1997.
- d) Disolución de la sociedad y nombramiento de Liquidador Único.

2.- La inscripción de la Sentencia en el Registro Mercantil de Vizcaya, su publicación en extracto en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, así como la cancelación de la inscripción de dichos acuerdos en el Registro Mercantil y de cuantos asientos posteriores a los de los acuerdos impugnados resulten contradictorios con esta Sentencia, la anotación preventiva de esta demanda y de la suspensión de los acuerdos impugnados".



La entidad mercantil "BOLSO MILANO, S.L. - EN LIQUIDACIÓN" contestó la demanda, solicitando su total desestimación, con expresa imposición de costas a la parte actora. Igualmente, contestó la demanda Don Agustín , quien también solicitó su total desestimación, con expresa imposición de costas a la parte actora.

SEGUNDO.- Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 12 de julio de 1999 , en la que se acordó desestimar la demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación Don Arturo , y, sustanciada la alzada, al nº de rollo 565/1999, la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Cuarta, dictó Sentencia con fecha 21 de noviembre de 2000 , cuyo fallo es como sigue: "Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Don Arturo contra la sentencia de fecha doce de julio de 1999 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Bilbao en los autos de juicio de menor cuantía nº 383/1998, debemos revocar y revocamos la misma y dictar otra por la que estimando la demanda interpuesta por Don Arturo contra BOLSO MILANO S.L., debemos declarar y declaramos la nulidad de los siguientes acuerdos adoptados en la Junta General y Extraordinaria de la entidad Bolso Milano, S.L. S, celebrada el día 27 de mayo de 1998 : a) aprobación de las cuentas anuales (Balance, Cuenta de Pérdidas y Ganancias y Memoria) correspondientes al ejercicio 1997. b) Aprobación de la gestión realizada por la Administración de la Sociedad durante 1997. c) Aprobación de la aplicación del resultado del ejercicio 1997. d) Disolución de la sociedad y nombramiento de liquidador único. Asimismo publíquese en extracto la presente sentencia en el Boletín Oficial del Registro Mercantil e inscribábase en el Registro Mercantil. Cancélese la inscripción de los acuerdos en el Registro Mercantil así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella. Se imponen las costas de la primera instancia a la sociedad demandada y no se hace especial pronunciamiento respecto de la segunda".

CUARTO.- El Procurador de los Tribunales Don Juan Carlos Estévez Fernández Novoa, en nombre y representación de la entidad "BOLSO MILANO. S.L.", formalizó recurso de casación, que se fundamenta en los motivos enunciados del siguiente modo:

1º. El art. 86 de la L.S.R.L . y art. 212.2 de la L.S.A . que enuncia los documentos que han de ser puestos a disposición de la junta. Tal precepto concreta que el informe de auditoría se facilitará "en su caso".

2º. El art. 86 de la L.S.R.L . y art. 212.2 de la L.S.A . en relación con el art. 105 de la L.S.R.L . Este último precepto dispone que existe un plazo de dos meses para la convocatoria de junta por parte del administrador, en caso de incurrir la sociedad en causa de disolución".

QUINTO.- El recurso ha sido admitido, y dado traslado a la parte recurrida, la procuradora Doña Lydia Leiva Cavero, en nombre y representación de Don Arturo ha presentado escrito oponiéndose al recurso de casación.

SEXTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 20 de junio, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. CLEMENTE AUGER LIÑÁN

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente procedimiento Don Arturo solicitó la nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta General de la sociedad "BOLSO MILANO, S.L." celebrada el día 27 de mayo de 1998, que fueron los siguientes:

- Aprobación de las cuentas anuales (Balance, Cuenta de Pérdida y Ganancias y Memoria) correspondientes al ejercicio 1997.
- Aprobación de la gestión realizada por la Administración de la Sociedad durante 1997.
- Aprobación de la aplicación del resultado del ejercicio 1997.
- Disolución de la sociedad y nombramiento de Liquidador Único.

El Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Bilbao, al que correspondió el conocimiento del asunto, rechazó la demanda, y la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4ª, en sentencia de fecha 21 de noviembre de 2000 , que constituye objeto del presente recurso de casación, revocó la sentencia de primera instancia, estimando la demanda deducida contra la indicada sociedad, acordando la nulidad de los expresados acuerdos adoptados en la Junta General y Extraordinaria de la entidad BOLSO MILANO, S.L., celebrada el día 27 de mayo de 1998.

Como pronunciamientos de hecho y de orden probatorio, que han de permanecer incólumes en casación, al no haber sido alegado error de derecho en la valoración de la prueba (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2006, de 18 de diciembre de 2006 y de 22 de diciembre de 2006 , entre otras muchas), han de destacarse los que continuación se expresan, contenidos en el fundamento de derecho primero de la sentencia de apelación :



"Son hechos plenamente acreditados los siguientes: 1º). Con fecha 31 de marzo de 1998 Don Antonio Rego López en nombre y representación de Don Arturo , socio de Bolso Milano, S.L. solicitó del Sr. Registrador Mercantil de la provincia de Vizcaya y en base a los artículos 84 y 86 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 205-2 de la Ley de Sociedades Anónimas que procediera al nombramiento de un auditor de cuentas, con cargo a la sociedad, para que procediera a la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado con fecha 31 de diciembre de 1997. 2º) El Sr. Registrador admitió a trámite la solicitud dando traslado de la misma a la sociedad, la cual se opuso al nombramiento argumentando que: el derecho de información del socio está perfectamente garantizado mediante el examen de cuentas por parte del propio socio al amparo del artículo 86-2º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada por lo que gravar a la sociedades con los costos de una auditoría que muy probablemente no vaya a poder pagar no parece tener sentido. 3º). Con fecha 16 de abril de 1998 el Sr. Registrador dictó una resolución por la que desestimando todas las causas de oposición formuladas por la sociedad al no estar ninguna de ellas en las causas previstas en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil, procedió al nombramiento del Auditor solicitado. 4º). Esta resolución fue consentida por la sociedad y devino firme, puesto que no fue recurrida ante la Dirección General de los Registros y del Notariado tal y como autoriza el artículo 354.3 del Reglamento. 5º).Esta resolución fue notificada a Bolso Milano, S.L. con fecha 21 de abril de 1998. 6º). El informe del Auditor así nombrado ni se indicó en el anuncio de la convocatoria a Junta ni fue puesto a disposición de los socios. 7º). El informe nunca se realizó".

Añade la Audiencia, ante el argumento de la sociedad demandada consistente en que el informe no pudo realizarse porque la sociedad no tenía fondos para pagarlo y por ello el auditor nombrado nunca aceptó el cargo y por otra parte que la sociedad tenía que cumplir los plazos para la presentación de las cuentas anuales, que "nada de lo que alega la sociedad es cierto. La Junta tenía que celebrarse antes del 30 de junio de 1997 por lo que no había necesidad de celebrarla con tanta antelación sin conocer el informe del auditor nombrado. La mala fe de la sociedad es patente ya que procede a convocar la Junta el mismo día que se opone al nombramiento del auditor ante el Registrador Mercantil, concretamente el día 7 de abril de 1998. Pese a conocer, por tanto, la solicitud de una auditoría, procede a convocar la Junta sin esperar a la resolución de la solicitud, que se hizo poco después. Tampoco es cierto, como erróneamente recoge la sentencia apelada que el informe del auditor no se realizara porque éste no aceptara el cargo ante la falta de fondos de la sociedad. Don Juan Pedro , auditor nombrado por el Registrador, aceptó la designación tal como consta en la certificación emitida por el Registrador Mercantil (folio 338) y según su propia testifical (folio 288) la razón por la que no se realizó la auditoría fue porque la sociedad no puso a su disposición la documentación que precisaba para su trabajo y al responder a la pregunta quinta insiste en que él no se negó a efectuar la auditoría por falta de fondos. De ello se deduce que don Juan Pedro sí aceptó el nombramiento y que la razón por la que no se hizo el informe fue porque la sociedad no puso a su disposición la documentación que precisaba para realizar su labor. También es de destacar que la sociedad no recurrió ante la Dirección General de los Registros y del Notariado la resolución del Registrador Mercantil por la que acordaba nombrar un auditor de cuentas".

SEGUNDO.- El primer motivo se formula al amparo del ordinal 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del "art. 86 de la L.S.R.L . y art. 212.2 de la L.S.A . que enuncia los documentos que han de ser puestos a disposición de la junta. Tal precepto concreta que el informe de auditoría se facilitará en su caso". La parte recurrente argumenta, en síntesis, respecto a la obligación de convocatoria de la Junta de disolución, que una vez confeccionadas las cuentas del ejercicio de 1997 se puso de manifiesto una insolvencia de la sociedad que incurre en el supuesto del art. 104 de la L.S.R.L ., al observarse por el administrador un patrimonio contable por debajo de la mitad del capital social, circunstancia después ratificada en informe de auditoría realizado en el seno del procedimiento por perito judicialmente nombrado, por lo que tenía que cumplir con la obligación de convocar Junta General que decida sobre la causa de disolución, para la que tenía un plazo de dos meses, so pena de incurrir en responsabilidad solidaria (art. 105 de la L.S.R.L .). Respecto del informe de auditoría, se alega que el artículo 86 de la L.S.R.L., al igual que el 212.2 de la L.S.A ., concreta el derecho de información de los socios a disponer de los documentos a aprobar en Junta, y en concreto del informe de auditoría a disponer del mismo "en su caso", o sea, aduce la recurrente, en caso de existir o estar confeccionado, que no es el caso, ya que nunca se efectuó, añadiéndose que tal informe se pidió por el socio minoritario demandante en ejercicio abusivo de su derecho, que no existían fondos para pagarlo, razón por la que el auditor se negó a hacerlo, que el informe podía hacerse y entregarse con posterioridad a la Junta, y que la vida de la sociedad no se puede supeditar a que el auditor efectúe su informe. Finalmente, se destaca por la recurrente que en el informe de auditoría desarrollado dentro del pleito se ha comprobado que las cuentas reflejaban fielmente el patrimonio contable de la sociedad, y contenían la información necesaria y suficiente para su interpretación y comprensión adecuada.

Entrando en el examen de tales alegaciones, en relación a la obligación del administrador único de la sociedad recurrente de convocar la Junta General para decidir sobre disolución de la sociedad, ha de observarse que



la situación patrimonial que justifica la causa de disolución ha de reflejarse en las cuentas anuales, y que, en relación a las mismas, el socio demandante ostentaba el derecho a solicitar una auditoría de cuentas, cuyo nombramiento instó del Registro Mercantil (arts. 86.1 y 205.2 de la L.S.R.L.), y fue acordado por éste, derecho que, atendiendo a los antecedentes fácticos -no impugnados en legal forma mediante denuncia de error de derecho en la valoración de la prueba- fue impedido por la sociedad recurrente al no facilitar al auditor nombrado por el Registrador Mercantil la documentación necesaria para la realización del informe, no siendo acogible la argumentación de que el auditor se negó a hacer el informe de auditoría por la falta de fondos, pues con tal alegación se incurre en el vicio casacional de hacer petición de principio o supuesto de la cuestión. De esta forma, resulta imputable a la sociedad la falta de presentación del informe de auditoría por parte del auditor designado por el Registrador mercantil, cuya resolución no fue recurrida por la sociedad, privando al actor (socio titular del 33% del capital social) de un elemento que le permitía verificar y controlar la fiabilidad de las cuentas anuales presentadas, y por lo tanto se ha visto conscientemente cercenado el derecho de información del socio, por lo que los acuerdos adoptados en la Junta de 27 de mayo de 1998 deben ser anulados. Tal proceder es particularmente grave cuando el resultado de las cuentas anuales debía arrojar la situación patrimonial de la sociedad, y evidenciar, en su caso, la concurrencia de la causa de disolución del ente social, no pudiendo entenderse que la petición del informe de auditoría fuera abusiva o hecha de mala fe. Por otra parte, si bien es cierto que cuando entienda el administrador que las pérdidas de la sociedad dejan reducido su patrimonio a menos de la mitad del capital social ha de convocar la Junta en el plazo de dos meses, y que de no hacerlo podía incurrir en responsabilidad solidaria (arts 104.1 e) y 105, apartados 1 y 5, de la L.S.R.L.), el Administrador salva su responsabilidad convocando la Junta, lo cual no obsta, desde luego, a que se practique el informe de auditoría, siendo así que en el caso que nos ocupa no sólo no se practicó sino que se obstaculizó, pese a la trascendencia de los acuerdos sometidos a la aprobación de la Junta para la pervivencia de la sociedad. En el supuesto de autos, cabía convocar la Junta, a la que incumbía decidir sobre disolución de la sociedad, y tal decisión, o la de adoptar medidas de aumento del capital, se encuentran relacionadas con lo que se acordase en relación a la aprobación definitiva de las cuentas anuales, informe de gestión, memoria y aplicación del resultado, lo que había de hacerse no necesariamente a 27 de mayo de 1998, sino antes del 30 de junio de dicho año, a cuyo efecto, y para asegurar el acierto de su voto, e incluso de su posible voto favorable a la adopción de medidas sobre el capital social, el socio minoritario demandante tenía derecho a la fiscalización de las cuentas anuales, e informe sobre memoria, aplicación del resultado e informe de gestión a través de la auditoría solicitada, no pudiendo acogerse que la auditoría podía entregarse después de la Junta, puesto que, de hecho, no se confeccionó, porque se impidió por la sociedad su realización. Asimismo, ha de rechazarse que la expresión "en su caso" contenida en el artículo 86 de la L.S.R.L. se esté refiriendo no a todos los supuestos en que el informe de auditoría, sencillamente, no se haya hecho, sino a aquellos en que procede su realización, como en el supuesto que examinamos, en cuyo caso el socio tiene derecho a su examen antes de la celebración de la Junta.

Es preciso dejar constancia de que la jurisprudencia (SSTS 2 de mayo de 2002, 12 de noviembre de 2003, 29 de julio de 2004, y 4 de octubre de 2005) ha subrayado la trascendencia del derecho de información de los accionistas, y la importancia de tal derecho, como instrumental del derecho de voto. En relación con éste derecho de información, dice la Sentencia de 22 de febrero de 2007 : esta Sala tiene reiterado que es aquél que 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 1.992, 9 de diciembre de 1.996, 9 de octubre de 2.000, 29 de julio de 2.004 y 21 de marzo de 2.006 -. La ratio de la norma contenida en el artículo 205.2 LSA , esto es, la posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil, es tratar de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente (STS de 9 de marzo de 2007). La denegación, y entendemos que el impedimento, del informe de auditoría, que no se ha pedido abusivamente o de mala fe, supone lisa y llanamente un conculcación total del derecho de información, lo que debe ser causa ineludible de una nulidad radical y de pleno derecho a los acuerdos de la junta cuestionada (STS 18 de julio de 2001)".

Consecuentemente, el motivo ha de ser rechazado.

TERCERO.- En el segundo motivo se alega la infracción de los artículos 86 de la L.S.R.L. Y 212 de la L.S.A ., en relación con el artículo 105 de la L.S.R.L ., en el que se dispone que existe un plazo de dos meses para la convocatoria de junta por parte del administrador, en caso de incurrir la sociedad en causa de disolución.

Insiste la parte recurrente en que tenía obligación de convocar la Junta en el plazo de dos meses, y en que no se realizó el informe de auditoría por la falta de fondos de la sociedad y no por otras causas. Tales cuestiones han



sido tratadas en el motivo anterior, y a lo dicho al respecto cabe remitirse, debiendo volver a señalarse que la parte recurrente incurre en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión cuando aduce que la auditoría no se practicó por falta de fondos, pues se ha declarado como hecho acreditado, no impugnado por la vía del error de derecho en la valoración de la prueba, que la auditoría no se practicó porque la sociedad recurrente no puso a disposición del auditor nombrado por el Registrador Mercantil la documentación que este precisaba.

El motivo, por lo tanto, no puede prosperar.

CUARTO.- La desestimación de los anteriores motivos, y con ello del recurso de casación, supone la imposición a la parte recurrente de las costas causadas (artículo 1.715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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 la representación procesal de la entidad "BOLSO MILANO, S.L.", contra la Sentencia de fecha 21 de noviembre de 2000, dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Cuarta, en autos, juicio de menor cuantía 383/98, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Bilbao, rollo de apelación 565/99, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en el presente recurso; líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos

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. Clemente Auger Liñán, 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.