



Roj: **SAP CO 1330/2010 - ECLI: ES:APCO:2010:1330**

Id Cendoj: **14021370032010100413**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Córdoba**

Sección: **3**

Fecha: **26/07/2010**

Nº de Recurso: **180/2010**

Nº de Resolución: **145/2010**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **AUDIENCIA PROVINCIAL CÓRDOBA**

#### **SECCION Nº 3**

#### **SENTENCIA Nº 145/10**

PRESIDENTE ILMO. SR.

D. FELIPE MORENO GÓMEZ

MAGISTRADOS, ILMOS. SRES.

D. JOSÉ M<sup>a</sup> MORILLO VELARDE PÉREZ

D. PEDRO JOSÉ VELA TORRES

JUZGADO DE ORIGEN: **JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº9 DE CÓRDOBA (CON COMPETENCIA EN MATERIA MERCANTIL)**

**ROLLO DE APELACIÓN Nº 180/2010**

JUICIO ORDINARIO Nº 198/2009

En la Ciudad de CORDOBA a veintiséis de julio de dos mil diez.

La SECCION Nº 3 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CORDOBA, ha visto y examinado el recurso de apelación interpuesto contra autos de Juicio Ordinario nº 198/2009, seguidos en el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 9 DE CÓRDOBA (CON COMPETENCIA EN MATERIA MERCANTIL), entre el demandante D. Eduardo Y OTROS representado por el Procurador D. **DAVID MADRID FREIRE** y defendido por el Letrado Sr. **ONTIVEROS BELTRANENA**; y la demandada **AGROCAMPIÑA S.A.**, representada por la Procuradora Dña. **M<sup>a</sup> JOSÉ JIMENEZ ORTEGA** y defendida por el Letrado D. **JOSÉ REBOLLO PUIG**; pendientes en esta Sala a virtud de recurso de apelación interpuesto por la representación de la parte demandada contra sentencia recaída en autos. Siendo Ponente del recurso el Magistrado Ilmo. Sr. Don PEDRO JOSÉ VELA TORRES.

Aceptando los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida y,

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que seguido el juicio por sus trámites se dictó sentencia por el Sr. Juez del **JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº9 DE CÓRDOBA (CON COMPETENCIA EN MATERIA MERCANTIL)** cuyo fallo es como sigue: *Que debo ESTIMAR Y ESTIMO la demanda promovida por el procurador D. David Madrid Freire en nombre y representación de D. Eduardo , D<sup>a</sup> María Virtudes , D. Marcos , D<sup>a</sup> Florinda Y D. Jose Pedro contra AGROCAMPIÑA S.A. y DEBO DECLARAR Y DECLARO LA NULIDAD de la Junta General Ordinaria y Extraordinaria celebrada el 1 de abril de 2.009. Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas de este procedimiento. "*



**SEGUNDO.-** Que contra dicha resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de **AGROCAMPIÑA S.A.**, que fue admitido en ambos efectos, oponiéndose al mismo la parte contraria, remitiéndose los autos a este Tribunal previo emplazamiento de las partes y dándose traslado de los mismo al Magistrado Ponente para que dictara la resolución procedente, previa deliberación, votación y fallo.

**TERCERO.-** Que en la tramitación de las dos instancias de este juicio se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan parcialmente los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, en cuanto no se opongan a los que a continuación se exponen, y

**Previo.-** El Procurador Sr. Madrid Freire, en representación de los demandantes, preparó recurso de apelación contra la sentencia, invocando como único objeto de dicho recurso el pronunciamiento sobre costas. Emplazado para que interpusiera el recurso por providencia de 3 de marzo de 2010, dejó transcurrir el plazo sin presentar el correspondiente escrito de interposición; si bien, dado el tenor literal de su alegación previa a la oposición al recurso de apelación de la parte contraria, en la que manifiesta su absoluta conformidad con la sentencia, cabe deducir su intención de desistir del recurso anunciado. No obstante, una vez devueltos las actuaciones y recuperada su jurisdicción, el Juzgado deberá dictar resolución, ajustada a lo previsto en el artículo 458.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, declarando desierto el recurso de apelación de la parte actora, puesto que no se ha pronunciado al respecto. Sin que quepa que lo haga directamente esta Sala, a fin de no vulnerar el sistema de doble instancia, ya que la resolución que dicte el Juzgado puede ser objeto de recurso.

**PRIMERO.-** En su primer motivo de apelación, con fundamento en el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la parte recurrente denuncia incongruencia "extra petita" en la sentencia apelada, ya que declara la nulidad de la junta general ordinaria y extraordinaria de la compañía mercantil "Agrocampaña, S.A." celebrada el día 1 de abril de 2009, cuando dicha pretensión no había sido deducida en la demanda, que solicitaba la nulidad de los acuerdos adoptados en la misma [acuerdos, por cierto, inexistentes, puesto que en la mencionada junta no se llegó a adoptar acuerdo alguno]. A tal efecto, es conveniente deslindar las posibles impugnaciones que proceden contra las juntas generales de las sociedades anónimas y contra los acuerdos en ellas aprobados. Doctrinalmente siempre se ha distinguido entre la posibilidad de discutir la validez de los acuerdos en particular y la de la junta en sí misma considerada, que puede estar incorrectamente convocada o constituida, viciando de nulidad cuantas decisiones se adopten en su seno. Sin embargo, la Ley de Sociedades Anónimas no recoge tal distinción, no conteniendo normativa expresa que permita cuestionar la validez de la junta como tal, limitándose a regular en su artículo 115 la impugnación de los acuerdos adoptados en la junta general. No obstante, la jurisprudencia (verbigracia, Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1988, 13 de julio de 2001, 25 de septiembre de 2003, 13 de febrero y 7 de julio de 2006, 9 de abril de 2007 ó 30 de octubre y 18 de noviembre de 2009) ha admitido reiteradamente la posibilidad de que se declare la invalidez de la propia junta, por defectos en su convocatoria o en su constitución y celebración. Ello es así, sobre todo, cuando lo que está en cuestión es la correcta conformación del órgano social del que luego dimanar los acuerdos impugnables; tales acuerdos podrán ser en sí mismos legalmente admisibles, pero se han adoptado viciados por la falta de conformación de una voluntad con las garantías y exigencias que constituyen el orden público societario, que disponen las normas legales y estatutarias.

**SEGUNDO.-** Admitido, pues, que es posible instar la nulidad de una junta general de una sociedad anónima, como tal acto en sí mismo considerado, con independencia de la impugnación de los acuerdos en ella adoptados, es cierto que en la demanda no se pedía expresamente la nulidad de la junta, sino del acuerdo relativo a la lista de asistentes y consiguiente distribución del capital social y otorgamiento de la representación en la junta; pero también lo es que, con mejorable técnica procesal, previamente se solicitaba la declaración de "nulidad de lo actuado en la junta celebrada el día 1 de abril de 2009"; pretensión que si bien adolece de imprecisión, al utilizar una terminología más propia de la nulidad de actuaciones procesales que de la postulación de una nulidad societaria, remite sin género de dudas a una voluntad de la parte demandante tendente a que se declare la nulidad de la junta, y así debe ser interpretada, desde el punto de vista del favorecimiento del principio "pro actione" que se contiene en el artículo 424 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es decir, más que un problema de incongruencia, se trata -como la propia parte demandada detectó en su contestación a la demanda- de una defectuosa proposición de la demanda por imprecisión en la formulación de la pretensión ( artículo 416.1.5ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil ) y así debe ser tratada. Cabría preguntarse si, pese a todo, tiene sentido impugnar una junta en la que no llegó a adoptarse ningún acuerdo, puesto que tras constituirse la misma y formarse la lista de asistentes, con las incidencias que dan lugar a la impugnación, sólo se deliberó parcialmente el primer punto del orden del día, no entrándose en los siguientes y no llegándose



a votar ninguno de ellos; y la respuesta debe ser afirmativa, pues aparte de que la correcta constitución de una junta general y la formación de la lista de asistentes conforme a derecho es una cuestión de orden público societario, dichas cuestiones pueden tener incidencia en juntas posteriores, sobre todo porque si los accionistas disconformes no ejercitan actuación alguna, podría considerarse en ocasiones sucesivas que van contra sus propios actos o que han consentido las limitaciones impuestas sobre comparecencia y representación en la junta.

**TERCERO.-** A pesar de la parquedad normativa del artículo 111 de la Ley de Sociedades Anónimas (complementado por el artículo 98 del Reglamento del Registro Mercantil), la elaboración de la lista de asistentes a la junta general no es un mero formulismo, puesto que ha de servir para constatar la concurrencia del quórum necesario para la constitución de la junta (y derivativamente, para la válida adopción de los acuerdos); y tampoco es una actividad "neutra", dado que, una vez confeccionada, el presidente de la junta debe indicar el número de accionistas presentes o representados, el importe del capital del que sean titulares y qué parte de dicho capital corresponde a accionistas con derecho a voto. Por el contrario, no es necesaria la votación para aprobar la lista de asistentes, bastando con la declaración del presidente, sin perjuicio de las protestas que los asistentes disconformes puedan formular y recogerse en el acta, como requisito para una hipotética acción de impugnación de la validez de la junta ( Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1986 y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de octubre de 2005). En relación con las consecuencias de una posible formación defectuosa de la lista de asistentes, resulta especialmente clarificadora la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2009, que con cita de otras muchas Sentencias de la propia Sala 1<sup>a</sup>, establece que es necesaria una interpretación flexible del citado artículo 111 de la Ley de Sociedades Anónimas, 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, siempre que se recojan los extremos que señala el párrafo 2º del propio precepto y que pueda acreditarse que se formó la lista, verificando el oportuno control de asistencia, 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.

**CUARTO.-** Sobre esta base, la primera cuestión controvertida en relación con la formación de la lista de asistentes a la junta general es la inadmisión de la intervención por representación de Eduardo, en su calidad de tutor de su hermano incapacitado Jose Pedro, al entender la presidencia de la junta (en ejecución de un acuerdo del consejo de administración que no consta que fuera impugnado) que por existir un conflicto de intereses entre tutor y tutelado habría de nombrársele a éste un defensor judicial. Esta cuestión no es estrictamente de índole societaria, puesto que no está expresamente tratada en los artículos 106 a 108 de la Ley de Sociedades Anónimas, sino de orden civil, en relación con las facultades del tutor sobre el patrimonio del incapaz. El artículo 221.2º del Código Civil prohíbe al tutor representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y exista conflicto de intereses; dicha prohibición tiene carácter absoluto, por lo que el acto o negocio que la vulnere será nulo de pleno derecho, por aplicación del artículo 6.3 del mismo Código Civil, lo que se justifica por el principio inspirador de las funciones tutelares como deberes a ejercer en beneficio del sujeto a guarda. En la representación legal, la existencia de un conflicto de intereses entre representante y representado produce la suspensión de la legitimación legal del representante, por partirse de la presunción legal de que el representante no puede cumplir su función con objetividad (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de septiembre de 1989), atribuyéndose a otra persona la legitimación suspendida. Previsión que, en el caso de los cargos tutelares, encuentra plasmación legal en los artículos 299 y 237 bis del Código Civil. Por tanto, la resolución de la presidenta de no admitir la representación del tutor, por existir conflicto de intereses con el tutelado, al tener ambos la condición de accionistas de la sociedad, no puede reputarse antijurídica, sino que entraba dentro de sus facultades considerar que la legitimación del tutor para comparecer en la junta general en nombre del incapaz estaba en suspenso, debiendo procederse al nombramiento de defensor judicial, en los términos del artículo 299.1 del Código Civil, salvo que hubiera recaído resolución judicial denegando dicho nombramiento por inexistencia de tal conflicto de intereses; y ello, para evitar una posible nulidad radical motivada por la intervención indebida del tutor contraviniendo la indicada prohibición del artículo 221.2º del Código Civil. A lo que no es óbice que el Tribunal Supremo haya considerado que si en juntas anteriores se le tiene reconocido a un socio una representación determinada, no podrá negarse la misma representación en juntas posteriores, puesto que tales pronunciamientos (por ejemplo, Sentencias de 5 de julio de 1986, 20 de abril de 1987 y 14 de noviembre de 1992), han tenido lugar en relación con la representación voluntaria prevista en la propia Ley de Sociedades Anónimas (artículos 106 a 108), pero no en relación a la representación legal, como es la que ejerce el tutor.

**QUINTO.-** La segunda cuestión controvertida sobre la formación de la lista de asistentes es la atinente a la representación de Dña. María Virtudes por su marido, D. Ernesto, presente en la junta con poder para ello,



ya que la presidenta, en vez de admitir dicha representación, la consideró representada por el presidente del sindicato de accionistas del que la misma forma parte. Con independencia de que, como correctamente afirma la sentencia, los pactos de sindicación de acciones son acuerdos entre socios que no vinculan a la sociedad y que no es admisible una representación general, sino que se requiere apoderamiento específico para cada junta ( artículo 106.2 de la Ley de Sociedades Anónimas ), se trataría en todo caso de un supuesto de doble representación, que debe ser resuelta sobre la base de que el artículo 106 de la Ley de Sociedades Anónimas no permite que un accionista pueda ser representado en una misma junta por más de una persona ( Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1992 y 20 de octubre de 2004 ). Consecuentemente, partiendo del principio de revocabilidad del poder de representación a la junta que se deduce del artículo 106.3 de la Ley de Sociedades Anónimas y que es admitido con carácter general en nuestro derecho ( artículos 1.732-1º, 1.733 y 1.735 del Código Civil y 279 del Código de Comercio ), debe entenderse que el apoderamiento específico efectuado por la accionista a favor de su esposo, en fecha posterior al apoderamiento general contenido en el documento de constitución del sindicato de accionistas, debe prevalecer sobre éste; máxime teniendo en cuenta la preferencia que a la representación familiar otorga el artículo 108 de la propia Ley de Sociedades Anónimas ( Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1999 ). El posible incumplimiento por Dña. María Virtudes de lo pactado al constituir el sindicato de accionistas podrá tener repercusión interna entre ellos, pero no afecta ni a la sociedad ni a su derecho de representación. Por tanto, en este caso, sí se produjo una infracción en la formación de la lista de asistentes, puesto que se tuvo por comparecida a Dña. María Virtudes con una representación diferente a la otorgada por ella.

**SEXTO.-** El siguiente problema a tratar es el relativo a la denegación parcial de la cualidad de socios de Marcos , Florinda y Jose Pedro , y la subsiguiente denegación de los derechos de asistencia y voto en la junta por la totalidad de sus acciones. Leyendo el acta notarial de la junta no se alcanza a conocer cuál fue el motivo concreto de dicha denegación, puesto que la presidenta de la junta se limitó a decir que ya se había contestado "por su debido cauce" la pretensión de incorporación al libro-registro de acciones, sin dar más detalles. En la escritura de constitución de la sociedad obrante en el procedimiento consta que las acciones en que se divide el capital de "Agrocampaña, S.A." son nominativas, por lo que resultan de aplicación los artículos 55 a 58 de la Ley de Sociedades Anónimas . Aunque según el mencionado artículo 55, las acciones nominativas figurarán en un libro-registro que llevará la sociedad, en el que se inscribirán las sucesivas transferencias que se produzcan, con expresión del nombre, apellidos, razón o denominación social, en su caso, nacionalidad y domicilio de los sucesivos titulares, debe advertirse que la inscripción en el libro-registro tiene únicamente efectos legitimatorios (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de diciembre de 1997), nunca constitutivos, de modo que la eficacia de la transmisión de las acciones no se condiciona, por tanto, a la inscripción, sino que antes bien, aquélla es presupuesto de ésta. El libro-registro cumple así una función de facilitación del ejercicio de los derechos de socio, ya que como tales derechos son susceptibles de ejercicio reiterado, la inscripción en el libro dispensa de la necesidad de presentación del título con ocasión de cada acto de ejercicio: quien figure como titular inscrito podrá ejercitar los derechos del accionista sin necesidad de ofrecer otra prueba de su derecho, y nadie que no figure inscrito podrá exigir que se le permita dicho ejercicio. En este caso, no se ha aportado el libro-registro, pero de lo sucedido en la junta cabe deducir que no se incorporó la modificación resultante de la donación efectuada por Dña. María Virtudes a sus sobrinos Marcos , Florinda y Jose Pedro . Y como quiera que no consta (debería haberlo acreditado la sociedad) obstáculo estatutario alguno para el reconocimiento de dicha transmisión, el consejo de administración debía haber incorporado la transmisión por donación de las tres acciones al libro-registro y tenido en cuenta el número de acciones de cada socio resultante de la misma a la hora de formar la lista de asistentes. Sin que a ello sea oponible lo pactado en el acuerdo de sindicación de acciones, por las razones ya expuestas. Por lo que, en este particular, también hubo infracción de la legalidad vigente en la constitución de la junta general y la formación de la lista de asistentes.

**SÉPTIMO.-** Por último, debe hacerse mención a la supuesta infracción del derecho de información, por falta de acceso de los socios al contenido del tan mencionado libro-registro de acciones nominativas (fundamento jurídico cuarto de la sentencia apelada). Como se ha dicho, la eficacia del libro-registro se circunscribe a las relaciones entre el accionista y la sociedad; los socios y los terceros ni están protegidos ni vinculados por su contenido. Así, aunque los socios cuenten con un derecho de examen del libro ( artículo 55.3 de la Ley de Sociedades Anónimas ), ello no significa que puedan basarse en él a efectos de determinar la legitimación para ejercer acciones entre ellos (ni siquiera cuando se trate de relaciones originadas en la estructura social). El derecho de acceso al libro-registro constituye, simplemente, una manifestación del derecho de información que, en su caso, podrá proporcionar un medio para probar la condición de socio del inscrito. Y, respecto de terceros, ninguna eficacia puede presentar un registro privado de esta naturaleza; así, por ejemplo, el tercero no podrá pretender considerar socio a quien aparece en el libro-registro frente a la realidad extratabular que se manifiesta mediante la posesión de los títulos. Sobre esta base, teniendo en cuenta que el derecho de información tiene un marcado carácter instrumental, puesto que, aunque es un derecho autónomo, en cuanto



tutela un interés específico, tiene una función adjetiva al operar como un presupuesto para la mejor efectividad del conjunto de los derechos del accionista, fundamentalmente, aunque no de manera exclusiva, para el mejor ejercicio del derecho de voto (en este sentido, Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2005 , 29 de julio de 2004 , 12 de noviembre de 2003 y 22 de mayo de 2002 , entre otras), y dado que en este caso no se llegó a votar, no puede considerarse como una infracción aislada, sino que tiene relación con la indebida exclusión de la lista de asistentes de las consecuencias de la modificación resultante de la transmisión de acciones antes referida, en los términos ya expresados.

**OCTAVO.-** Como consecuencia de todo lo expuesto, procede la estimación parcial del recurso, en el único sentido de considerar que la denegación de representación del socio incapaz por su tutor fue correcta, al existir conflicto de intereses entre ellos. Manteniendo el resto de pronunciamientos sobre ilegalidades en la formación de la lista de asistentes, que motivan el mantenimiento de la declaración de nulidad de la junta general, puesto que, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1987, con cita de otras muchas del mismo Tribunal , la denegación de la participación en la junta de un accionista con derecho a ello o la indebida denegación de la representación por el mismo pretendida, supone una infracción de tal calibre que invalida la junta (y hace nulos los acuerdos adoptados en ella, si bien este caso no hubo tales acuerdos); añadiendo que *"la válida constitución de una junta no depende de su resultado, ya que según se produzca aquélla es como puede deducirse su desarrollo, basado en las manifestaciones que hagan los accionistas" .....*, por lo que la validez de la junta dependerá *"simplemente de su legal constitución"* .

**NOVENO.-** En lo que se refiere a las costas del recurso, su estimación parcial supone, a su vez, estimación parcial de la demanda, por lo que no procede hacer expresa imposición de las costas de ambas instancias, según determinan los artículos 394.2 y 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de pertinente y general aplicación.

## FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Jiménez Ortega, en nombre y representación de la compañía mercantil "Agrocampaña, S.A.", contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 9 y Mercantil de Córdoba, con fecha 28 de enero de 2010 , en el Juicio Ordinario nº 198/09, debemos revocar y revocamos dicha sentencia en el único particular relativo a la representación en la junta general del incapaz Jose Pedro , considerando ajustada a derecho la resolución de la presidenta; confirmándola en el resto de sus pronunciamientos sobre ilegalidades en la formación de la lista de asistentes, por lo que se confirma la declaración de nulidad de la junta general ordinaria y extraordinaria de la sociedad apelante, de 1 de abril de 2009, por los motivos expuestos en los fundamentos jurídicos quinto y sexto de esta resolución. Sin expresa imposición de costas en ambas instancias.

Notifíquese esta sentencia a las partes con indicación de que contra ella no cabe recurso ordinario alguno y de los extraordinarios que, en su caso, proceden; y una vez firme, devuélvanse los autos originales al Juzgado de 1ª Instancia de procedencia, con testimonio de la presente resolución, para su conocimiento y efectos.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de su razón, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.