



Roj: **SAP TO 856/2013 - ECLI: ES:APTO:2013:856**

Id Cendoj: **45168370012013100454**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Toledo**

Sección: **1**

Fecha: **04/11/2013**

Nº de Recurso: **23/2013**

Nº de Resolución: **238/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **URBANO SUAREZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

TOLEDO 00238/2013

Rollo Núm.23/2013.-

Juzg. de lo Mercantil Núm..1 de Toledo.-

J. Ordinario Núm..... 997/2009.-

SENTENCIA NÚM. 238

AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO

SECCION PRIMERA

Ilmo. Sr. Presidente:

D. MANUEL GUTIERREZ SANCHEZ CARO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. EMILIO BUCETA MILLER

D. URBANO SUAREZ SANCHEZ

D^a GEMA ADORACION OCARIZ AZAUSTRE

En la Ciudad de Toledo, a cuatro de noviembre de dos mil trece.

Esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de TOLEDO, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que se expresan en el margen, ha pronunciado, en NOMBRE DEL REY, la siguiente,

SENTENCIA

Visto el presente recurso de apelación civil, Rollo de la Sección núm. 23 de 2013, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de Toledo, en el juicio ordinario núm. 997/09, en el que han actuado, como apelante D^a María Antonieta, representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Graña Poyán y defendida por el Letrado Sr. Baos Cañas; y como apelada, ACEGES RECOGIDA DE ACEITES USADOS S.L. representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Tardío Sánchez y defendida por el Letrado Sr. Moraleda Nieto.

Es Ponente de la causa el Ilmo. Sr. Magistrado D. **URBANO SUAREZ SANCHEZ**, que expresa el parecer de la Sección, y son,

ANTECEDENTES:

PRIMERO: Por el Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de Toledo, con fecha 30 de abril de 2012, se dictó sentencia en el procedimiento de que dimana este rollo, cuyo FALLO dice: "Desestimar íntegramente la demanda interpuesta



por D^a María Antonieta contra ACEGES RECOGIDA DE ACEITES USADOS, S.L., con expresa condena en costas de la parte actora".-

SEGUNDO: Contra la anterior resolución y por D^a María Antonieta , dentro del término establecido, tras anunciar la interposición del recurso y tenerse por interpuesto, se articularon por escrito los concretos motivos del recurso de apelación, que fueron contestados de igual forma por los demás intervinientes, con lo que se remitieron los autos a ésta Audiencia, donde se formó el oportuno rollo, quedando los autos vistos para deliberación y resolución.-

SE REVOCAN EN PARTE y en la forma que luego se dirá, los fundamentos de derecho y fallo de la resolución recurrida, que habrán de ser completados en la forma que se exprese, si bien se ratifican los antecedentes de hecho, que relatan la dinámica procesal, por lo que, en definitiva, son

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO: Se recurre en apelación la sentencia que en fecha treinta de abril de dos mil doce dictó el Juzgado de lo mercantil de Toledo por la que se destinaba la demanda interpuesta por María Antonieta .

Es necesario partir de determinar lo que constituye el objeto de este procedimiento puesto que ya desde las demandas en que se instaban la nulidad de los acuerdos de cuatro juntas generales celebradas por la sociedad Aceges recogida de aceites usados S.L. se entremezclan cuestiones referidas a la convocatoria de las mismas, y de la posible vulneración de del derecho de la recurrente a la información, con discusión acerca del contenido mismo de los acuerdos y ello tiene importancia puesto que en tanto que las causas por las que se pide la nulidad de la junta pueden ser consideradas, siquiera prima facie, como de nulidad, por tanto con un determinado plazo de caducidad para el ejercicio de la acción, los acuerdos en sí mismos pueden ser nulos solo en aquellos casos en los que la ley lo disponga de modo expreso y en otros casos son simplemente anulables, existiendo para ellos un plazo de caducidad diferente, desde luego menor, y por tanto en gran medida, salvo los referidos a la junta general de veintiuno de diciembre de dos mil diez, no pueden ser impugnados.

Si examinamos las demandas interpuestas vemos que en todas ellas lo que se pide es la declaración de nulidad de las juntas y con ella de todos los acuerdos sociales que se adoptaron pero no se pide con carácter subsidiario que se declara la nulidad, bien sea por lesividad para la sociedad o por perjudicial para alguno de los socios, de algún concreto acuerdo o acuerdos por lo que cualquier alegación que en torno a los mismos se haga, y que no enlacen con la causa o motivo por la que se insta la nulidad, que como se ha dicho la refiere la parte recurrente a la nulidad de la junta misma, no forma parte de aquello que deba ser resuelto en este procedimiento.

A ello podemos añadir que como bien se pone de manifestó en la sentencia de instancia la parte recurrente ni en su demanda ni ahora en el recurso hace mención a los artículos de la Ley o de los Estatutos que abonarían la nulidad de los acuerdos, siendo que ni la ampliación o reducción de capital ni tampoco la aprobación o no aprobación de las cuentas son contrarios al orden público de modo que se trataría de acuerdos anulables, por ser lesivos para algún accionista o para la sociedad, y para ellos tanto el art. 16 de la Ley de Sociedades Anónimas , por la remisión que el art. 56 de la de Responsabilidad realiza, cuanto el art. 205,5 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que existe un plazo de caducidad para su impugnación, de cuarenta días, de modo que salvo los acuerdos que se adoptaron en la junta de veintiuno de diciembre de dos mil diez para el resto la acción estaba caducada

Una segunda prevención es que no a todas las juntas impugnadas les es de aplicación la actual ley de Sociedades de Capital puesto que aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio no tiene carácter retroactivo, de modo que los juntas anteriores a la fecha de entrada en vigor, lo cual tuvo lugar el día uno de septiembre según se dispone expresamente, se siguen rigiendo por la Ley de sociedades de Responsabilidad Limitada. Esta Sala ya hizo tal observación en resoluciones anteriores, así las sentencias 106/2013 de 24 de abril y 203/1013 de 24 de septiembre , y se refrenda con lo que el Tribunal Supremo indicó en su sentencia 518/2000 de 26 de marzo en relación con la reforma operada en la Ley de sociedades anónimas. En lo que ahora interesa a esta resolución señala el alto Tribunal "En la exposición de motivos de la segunda redacción del CC, publicada mediante Real Orden de 29 Jul. 1889, se aclara precisamente la excepción contenida en la D.T.4 .^a diciendo: «si es justo respetar los derechos adquiridos bajo la legislación anterior, aunque no hayan sido ejercitados, ninguna consideración de justicia exige que su ejercicio posterior, su duración, y los procedimientos para hacerlos valer se eximan de aplicarle los preceptos del Código»; añadiendo a continuación con intención explicativa: «todas estas disposiciones tienen un carácter adjetivo, y sabido es que las leyes de esta especie pueden tener efectos retroactivos». Este es el verdadero y auténtico sentido interpretativo del contenido de la norma, que la parte recurrente pretende aplicar en beneficio de sus intereses; incluso la cita que hace en su recurso, referida a un prestigioso autor, está incompleta, ya que este tratadista termina su



exposición opinando: «Hay, pues, una clara admisión del efecto retroactivo, por la necesidad de no demorar en exceso la implantación de la nueva regulación, y de uniformarla vida jurídica».

Así pues, cuando se presenta la demanda origen de esta litis, ya estaba vigente la nueva LSA del año 1989, y aplicando el verdadero sentido interpretativo de la norma legal, que precisamente cita el recurrente (Disposición Transitoria 4.ª del CC) es obligado tener en cuenta el íntegro contenido del artículo 116 de esta nueva legislación, por cuanto en el mismo se regula «el ejercicio, la duración y el procedimiento» para hacer valer la acción de nulidad que se postula. Y no caben distingos de clase alguna en la aplicación retroactiva de estas normas de carácter adjetivo, pues en el tantas veces citado artículo 116 de la nueva Ley, se dan normas referidas, no solo al tiempo de duración de las acciones de impugnación de los acuerdos sociales, sino también del comienzo del cómputo de los mencionados plazos".-

SEGUNDO: Centrada así la cuestión todos los motivos de nulidad de todas y cada una de las juntas son los mismos por lo que permiten un análisis y resolución conjunta. De nuevo hemos de indicar la dificultad que se nos presenta habida cuenta de que el modo en que están formulados los motivos no hace fácil diferenciar si lo que se denuncia es que la sentencia ha incurrido en un error de hecho o bien una inadecuada aplicación del derecho lo que, de nuevo, no es baladí puesto que en tanto que si se cuestiona el acierto a la hora de subsumir los hechos en la norma jurídica esta Sala no tiene limitación alguna no sucede lo mismo con el supuesto de denuncia de un error en la valoración de la prueba. A pesar de ello concluimos que lo que se denuncia es una incorrecta aplicación de los hechos por lo que los hechos que la sentencia de instancia considera probados han de servir de base.

Se denuncia, en primer lugar, y referido a la junta de dieciocho de diciembre de dos mil ocho, que es nula porque existe una infracción por no haber estado presente en la junta un notario, a pesar de la petición de la recurrente. Por su parte la sentencia de instancia considera que dado que la petición de asistencia del notario a la junta fue recibida por el administrador con menos de cinco días de antelación a la fecha de celebración no ha se ha infringido obligación alguna; además señala que no fue posible localizar un notario.

Con independencia de cómo deba computarse el plazo de cinco días a que se refiere el actual art. y antiguo art. 55 lo cierto es que la ausencia de notario no puede, al menos no en este caso, suponer la nulidad de la junta.

La función del fedatario público difiere según se trate de una sociedad anónima o de una sociedad de responsabilidad limitada puesto que en tanto en el primer supuesto no constituye un requisito de validez de los acuerdos si se trata de una sociedad de responsabilidad limitada la exigencia de que el acta notarial se adjunte con la de la reunión le otorga un mayor valor, hasta el punto de erigirse en causa de nulidad y así lo ha señalado el Tribunal Supremo en su sentencia 1374/2007 de 5 de enero estableció "La substantividad que en el derecho de sociedades tiene, por razones subjetivas, circunstanciales y funcionales, el acta de la junta en relación con los acuerdos adoptados en ella impide considerarla elemento constitutivo de estos. Al fin, los acuerdos adoptados son la expresión de la voluntad mayoritaria obtenida mediante la suma de declaraciones individuales paralelas, emitidas en las condiciones y forma que establece la Ley. Mientras que el acta no es mas que el instrumento de constancia, por elementales razones de seguridad jurídica y prueba, de la adopción anterior de los acuerdos" A continuación la propia sentencia hace una distinción puesto que si bien esa doctrina supone que en el caso de sociedades anónimas el acta de la junta levantada por notario, sobre la base de lo establecido en los arts. 113 y 114 de la ley de sociedades anónimas , no cumple "una función constitutiva de los acuerdos o lo que es lo mismo, que quede convertida en presupuesto de la existencia de estos" Y en cambio si se trata de sociedades de responsabilidad limitada "las cosas no son totalmente iguales, ya que el art. 55 de la Ley 2/1995 dispone en su apartado segundo (al igual que hace el artículo 114 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas) que el acta notarial tendrá la consideración de acta de la junta y, en su apartado primero, que en este último caso, esto es cuando lo soliciten socios que representen, al menos, el cinco por ciento los acuerdos solo serán eficaces si constan en acta notarial. Con ello convierte a esta acta, o si quiere a la forma notarial del acta en condición de eficacia de los acuerdos".

Quiere ello decir que si llegamos a la conclusión de que por parte del administrador se evitó que estuviera presente en las distintas juntas impugnada un notario que levantase acta todos los acuerdos adoptados son nulos. Y ello no se ha de llevar al examen de si la interpretación que hace la Juez a quo acerca del plazo y de la obligación de conseguir la presencia de un notario en la junta se han cumplido ya que si la petición no se formuló en tiempo o si, a pesar de todo, el administrador intentó y no consiguió que un notario estuviera presente la ausencia del notario no podrá invalidar la junta y sus acuerdos.

La Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia 859/2004 de 23 de diciembre , estimó que cuando el art. 55 habla de plazo de cinco días esta fijándose en el momento de recepción de la solicitud, esto es, que por parte de la sociedad se ha de contar con ese plazo desde la recepción de la petición y hasta la fecha de convocatoria de la junta, para poder recabar la presencia de un notario.



Es preciso indicar que el derecho que concede el art. 55 no es un derecho irrenunciable por lo que aun cuando exista esa previa petición de presencia de notario puede el socio o socios que los solicitan renunciar a esa presencia y ello podrá hacerse de modo expreso o tácito, con la asistencia a la junta sin formular queja o protesta en la misma, así lo ha reconocido la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, sentencia 137/2006 de 30 de marzo .

Como todo derecho el socio de una sociedad que, en lo que ahora interesa, ejercite su derecho a que en la junta esté presente un notario ha de realizar tal petición de modo que permita que el administrador pueda cumplir con su obligación de procurar dentro de sus medios que asista. Por tanto si el derecho se ejercita de modo contrario a las reglas de la buena fe es evidente que no podrá ser amparado. La buena fe a que nos referimos no es equivalente a un comportamiento torticero que pretenda que por los administradores no se puedan realizar las gestiones necesarias para asegurar la presencia de notario en la junta, sino, de forma más objetiva, que el plazo de cinco días no quede tan reducido que dificulte en gran medida, o haga imposible, las gestiones de búsqueda siempre que sea razonable pensar que para el socio es claro que esos cinco días quedan reducidos en gran medida.

Pues bien, tanto si se acepta la tesis expuesta por la Audiencia de Madrid, de que se ha de estar a la fecha de recepción de la petición, salvando claro está el supuesto en que por parte de la sociedad se tenga un conocimiento previo de eses interés del socio y de retrasos injustificados en la recepción de la comunicación, cuanto si apreciamos que en relación con la junta de dieciocho de diciembre de dos mil ocho la recurrente no ejercita tal derecho conforme a la buena fe dado que remite la comunicación en viernes, sabiendo que median dos días en los que la sociedad estaba inactiva, y no es hasta el lunes quince que se recibe el burofax, por tanto con solo dos días para el administrador en los que encontrar notario que asistiera, el resultado es que la ausencia de notario no fue motivada por el incumplimiento por parte de la sociedad de la obligación del art. 55.

A ello se ha de añadir que la sentencia de instancia da por probado que por parte del administrador se realizaron gestiones pero no le fue posible conseguir notario que asistiera, y tal declaración de hechos probados no ha sido combatida eficazmente, con lo que no existe infracción del art. 55.

Por otro lado como se reconoce en el propio recurso, las actas de la junta se han aportado al procedimiento y no han sido impugnadas por ninguna de las partes, lo que demuestra que son fiel reflejo de lo que sucedió en ellas.

El motivo se desestima.-

TERCERO: En segundo lugar se alega que existe nulidad de todas las juntas por la elaboración del acta de asistencia a la misma, dado que el administrador único, ex cónyuge de la apelante, intervino como si fuera titular de una serie de participaciones que le corresponden en común, por ser parte de la sociedad legal de gananciales, y lo hizo sin contar con su consentimiento.

En lo que se refiere a este motivo, y a diferencia del anterior, ni tan siquiera podría nunca decirse que existe irregularidad alguna puesto que la norma ya prevé el supuesto de cotitularidad de participaciones y en tal caso el art. 35 de la Ley prevé que los integrantes de la comunidad designaran a uno de entre ellos para que asista la junta. De cara a la sociedad el comunero que interviene es un representante y si se ha excedido o ha hecho un uso inadecuado de ese poder de representación es algo que no afecta a la sociedad, sin perjuicio de que cualquiera de los comuneros pueda exigirle responsabilidad si es que existe el perjuicio. .

Por otro lado el recurso pierde de vista cual es la función de la lista de asistentes que no es, como pareced pretender, que la sociedad haga un control del modo en que un socio ejercita, en relaciones al margen de la sociedad, los poderes que le confieren las acciones o participaciones Como dice la sentencia 804/2002 de 31 de julio la lista de asistentes tiene sentido para determinar si se han cumplido o no los quorums necesarios para la constitución de la junta y, en su caso, la aprobación de los distintos acuerdos, pero nada más, y es por ello por lo que se ha de confeccionar antes de del inicio de la misma. Y es clara al establecer "Esta sala tiene declarado que el texto del art. 64 (hpy art. 111) de la Ley Especial no decreta la nulidad por incumplir alguna de sus reglas, sino que dicha declaración queda a la discreción y prudencia de los Tribunales (TS S 14 Mar. 1973) y la sentencia recurrida, que cita la TS S 7 Feb. 1984, sigue dicha posición tras explicar la finalidad de la formación de la lista de asistentes -facilitar la formación del quórum legal de presencia, legitimar el ejercicio del derecho del voto y acreditar el hecho de la presencia o de la ausencia de los accionistas-

El motivo, por tanto también se desestima.-

CUARTO: Referido a la junta de veintitrés de junio y veintinueve de diciembre de dos mil nueve se alega, como motivo de nulidad, que en el orden del día era similar al de la junta de dieciocho de diciembre de dos mil ocho, cuando la misma estaba impugnada.



Realmente esta Sala no entiende el motivo. No existe un solo precepto que impida que una sociedad someta a debate tantas veces cuantas quiera un determinado acuerdo; incluso cabe dejar sin efecto uno que ya esté aprobado o que subsane defectos que presentaban otros que fueron sometidos a debate en una junta anterior. Por otro lado el solo hecho de que los acuerdos de la junta de dieciocho de diciembre de dos mil ocho estuvieran impugnados no supone que no tengan eficacia, la tienen hasta tanto no sean dejados sin efecto por la resolución judicial que pusiera fin al procedimiento incoado como consecuencia de la pretensión de la hoy recurrente. Por tanto no ya es que no resulte nulo el que vuelva a someterlos a debate es que ello no era ni tan siquiera necesario desde el momento en que no había recaído aun sentencia firme que los anulase.

El art. 115 de la ley de sociedades anónimas, al que se remite el art. 56 de la ley de sociedades de responsabilidad limitada, permite a la sociedad confirmar o ratificar acuerdos anteriores, dado que impide la impugnación de aquellos que hayan sido dejados sin efecto, y aun cuando el Tribunal Supremo ha declarado que ello puede hacerlo siempre y cuando tales acuerdos no estén impugnados judicialmente, por todas sentencias 532/2002 de 21 de mayo, sin embargo ello no es de aplicación en este caso porque lo que se pide ahora no es la nulidad de tales acuerdos sino de la junta misma, lo que es diferente a cuestionar cada uno de esos acuerdos que estaban previamente impugnados.

El motivo también se desestima.-

QUINTO: En último lugar, y referido también a todas las juntas, se denuncia que la recurrente ha sido privada de su derecho a la información.

Son varias las resoluciones en las que esta Sala, siguiendo la doctrina jurisprudencial fijada al respecto, que se han pronunciado en torno al derecho a la información del socio. Esta Sala ha expuesto que el derecho de información de los socios ha de ser respetado por la sociedad, sin poner objeción o limitación que no resulten razonables y proporcionadas, pero también que se ha de ejercitar, por parte del socio, de acuerdo a las reglas de la buena fe. En este sentido podemos citar la sentencia 211/2013 de 4 de octubre de modo expreso se dice "La eficacia de la información queda condicionada a su recepción por el accionista, sobre el que pesa el deber de colaboración en la efectividad de la comunicación, recayendo sobre el órgano de administración la responsabilidad de elegir el medio adecuado para que la misma llegue temporáneamente a la esfera del destinatario, de tal forma que no es suficiente la remisión inmediata en unos casos, acorde con la naturaleza de las informaciones solicitadas en otros, si el medio escogido interfiere en su pronta recepción por causas imputables al destinatario de acuerdo con las reglas de la autorresponsabilidad" En su sentencia 766/2010 de 1 de diciembre, el Tribunal Supremo ha expuesto no solo que el ejercicio del derecho de información no es ilimitado, sino también que se ha de ejercitar de buena y ha determinado los parámetros para determinar si existe o no abuso en cuanto al ejercicio del mismo y en este sentido señala "como afirma la sentencia 753/2008 de 4 de septiembre *"es necesario que el derecho se ejercite con la extralimitación, por causas objetiva o subjetiva - sentencias de 29 de diciembre de 2004 y 28 de enero de 2005 -, en que se asienta dicho concepto - sentencias de 18 de mayo de 2005 y 29 de septiembre de 2007 -, lo que no puede afirmarse ocurra sin tener en cuenta las circunstancias de cada caso"*.

Por tanto, y a modo de resumen, pesa sobre el administrador de la sociedad la obligación de ofrecer cuanta información se le requiera por el socio, salvo aquellos supuestos expresamente previstos por la ley, con el fin de poder ejercitar de un modo adecuado su derecho en la junta para la que se le ha convocado. Existen determinados documentos que de manera forzosa e inexcusable y sin necesidad previa de petición por el socio, le han de ser enviados. Y pesa sobre el socio la obligación de que el ejercicio de ese derecho, materializado en los documentos o forma en que el mismo se puede ejercer, se realice con arreglo a la buena fe.

Pues bien, si lo dicho lo trasladamos al recurso que ahora se contesta podemos comprobar, folio ciento veintidós y vuelto, que la recurrente para la junta que se iba a celebrar el dieciocho de diciembre de dos mil ocho solicitó que le fuera remitida a su domicilio una documentación, que la sentencia de instancia no detalla pero que por la demanda podemos concretar en petición de informe acerca de las causas que justifican el aumento de capital y la forma en que se iba a realizar, así como el balance de situación que servía de soporte al referido aumento; justificación de las causas de reducción del capital social y la forma en la que la misma se iba a realizar, justificación de la existencia de pérdidas pendientes de compensación referidas al ejercicio del 2007, explicación de la forma en que se iba a proceder y si suponía modificación de los Estatutos, así como los datos de identificación del auditor de cuentas y duración de su nombramiento.

Según la sentencia de instancia a esa petición responde la demandada remitiendo un balance de situación, que además no se correspondía con el que luego fue presentado en la junta, y con la indicación de que toda la documentación estaba a su disposición en la sede social.

Pues bien, entiende esta Sala, a diferencia de lo que la sentencia de instancia refiere, que la petición en modo alguna es abusiva ni va en contra de la buena fe. Lo primero que se ha de reseñar es que no se pide



documentación, salvo el balance, porque lo demás es información por lo que la remisión a los documentos contables que en la sede social aparece, y que no se le remite por su volumen, no puede cumplir con la petición que se realiza, que como se ha dicho no es sino que por escrito y antes de la junta el administrador informe de las causas que justifican las propuestas de acuerdos de aumento y reducción de capital, así como la posible repercusión estatutaria que la aprobación puede llevar consigo. Esa petición de información esta amparada por el art. 51 de la Ley 2/1995 de 23 de marzo .

Sin embargo en el folio ciento setenta y nueve consta una carta remitida o entregada por la hoy apelante en la que se afirma a) que se ha personado en la sede social para recabar documentación para asistir a la junta, b) que le fue entregado un documento, de seis folios, en el que le informaba del aumento y reducción de capital, c) que también le indicaba cuales eran las modificaciones estatutarias. Es decir, que recibió información sobre todos y cada uno de los puntos respecto de los cuales reclama esa aclaración. Otra cosa es que no estuviera conforme con la explicación, o que discrepara en cuanto a la valoración que de los datos se hacia, pero justamente para ello para que pueda formarse su convicción sobre los temas y pueda debatirlos en la junta es para lo que se le da información, no para convencerla, ni desde luego para que su anuncio con esa información se erija en condición de suficiencia de la misma.

Par la junta que se iba a celebrar el veintitrés de junio de dos mil nueve se solicitó por la recurrente la misma información que se había pedido para la de dieciocho de diciembre de dos mil ocho, según resulta del acta notarial del folio doscientos setenta y nueve. Lo dicho en el anterior párrafo acerca de que la petición no era ni abusiva ni ejercitada contrariando la buena fe se puede dar por reproducido. A dicha petición de respondió por la sociedad con una carta, folio doscientos ochenta y ocho, en la que se informa a la recurrente de que puede consultar toda la documentación en la sede social. Ello a juicio de esta Sala no cumple con la obligación que impone el art 55 puesto que, como ya vimos, para la junta de dieciocho de diciembre de dos mil ocho no se solicitaba documentación sino información, y en este caso no se ofrece ninguna. Ahora bien, por la respuesta que aparece en el folio doscientos noventa y cuatro, carta remitida por la recurrente a la sociedad, podemos afirmar que la remisión que se hacía a la petición de información igual a la de la junta de dieciocho de diciembre no era sustancial puesto que tras darle respuesta a tres de los puntos del orden del día, nombramiento de auditor, presencia de notario y aclaración del punto del orden del día referido a las cuentas, nada se dice que no le haya sido facilitada otra información que precisaba, como sucedía en la anterior junta, como se ha visto.

Ello supone que no se ha vulnerado el derecho de información de la recurrente porque o bien sí se le da toda la información, y su discrepancia se refiere a los tres puntos respecto de los que contesta, o renunció tácitamente a que le fuera suministrada ninguna otra más allá de aquellos puntos que en su escrito se recogen.

No sucede lo mismo, en lo que respecta al contenido de la petición de información en relación con la junta que se iba a celebrar el veintinueve de diciembre de dos mil nueve. Según resulta del documento ocho de la demanda se solicitó entrega de "toda la documentación prevista expresamente en dicha convocatoria" Debemos entender que se refiere a toda la documentación que soporta la propuesta de acuerdos que la convocatoria contiene dado que la convocatoria en sí no tiene respaldo documental, y tal petición es abusiva porque no permite que el administrador pueda informar eficazmente ni tampoco hacer entrega de los documentos que justifican la propuesta en tanto que no se le expone con claridad cual es el contenido de la información. A ello se ha de añadir, que en el folio noventa y dos aparece una carta remitida por la actora en la que reconoce haber recibido información, si bien, al igual que sucedía con la junta de dos mil ocho, no estaba de acuerdo con la misma. Con lo cual es evidente que sí fue informada, sí pudo formarse su convicción acerca de las propuestas de acuerdos que se iban a debatir.

En relación con la junta que se celebró el día veintiocho de junio de dos mil diez por parte de la recurrente se solicitó, folio doscientos dieciséis, la documentación a que se refiere el art. 86,1 de la Ley de Sociedades de responsabilidad limitada , esto es, el informe de gestión, el informe de la auditoria, si existe, y todos los documentos que se vayan a aprobar, generalmente la cuenta de pérdidas y ganancias y el balance si se trata de aprobar o no las cuentas. Pues a tal petición respondió la demandada con una negativa sobre la base de que era precisa la firma de un recibí por cada uno de los documentos y un servicio de mensajería no cumpliría con tal exigencia.

Entiende esta Sala que tal argumento no es suficiente para dar por cumplida la obligación de información. Sin perjuicio de que se contiene en su indicación una prevención innecesaria, porque no existe precepto alguno que imponga que deba aceptarse un recibí por cada documento, siendo suficiente con acreditar la recepción, y solo en caso de discrepancia podría darse la necesidad de acreditación, existen otras formas que harían fe de la recepción, el art. 86 es imperativo, es obligación y se ha de cumplir y no puede el órgano de administración poner más limitaciones que las que legalmente se prevén, siendo que ninguna de ellas ampara la negativa dada.



Todo el orden del día de la referida junta venía relacionado con la aprobación de las cuentas por lo que la ausencia de tal información afecta a todos y cada uno de los acuerdos que por tanto son nulos, por serlo la junta en la que se debatieron y aprobaron.

Queda, por último, examinar la impugnación de la junta celebrada el veintiuno de diciembre de dos mil diez. A diferencia de lo que sucede en las anteriores no existe, o al menos no se ha probado, para esta una petición previa de información por lo que mal puede sostenerse que se ha limitado tal derecho. Según el hecho noveno de la demanda es esa la causa por la que se pide la nulidad de la junta, de modo que no puede, como se hace en el recurso, alterar las bases fácticas y sostener, ahora que se insta la nulidad porque se iban a tratar acuerdos que estaban sometidos a una decisión judicial por lo que no cabía su subsanación, porque se trata de una cuestión nueva, en tanto que no recogida en la demanda. Además, y de nuevo, se confunde un acuerdo nulo por el contenido o materia a que se refiere, o porque adolezca de algún vicio o defecto que la haga ir en contra de la ley o los estatutos, y la nulidad del acuerdo por serlo la junta en la que el mismo se adopta.

Y hemos de terminar señalando que si, como se dice en el recurso, la sentencia adolece de una falta de pronunciamiento la parte para hora reproducir su pretensión en esta alada debió pedir la complementación a que se refiere el art. 215 de la ELEC. y solo después reproducir la cuestión; al no hacerlo así no puede pretender que esta Sala examine la cuestión. Así lo hemos dicho entre otras en la sentencia 120/2011 de 11 de abril "Esta Sala, entre otras en la sentencia 111/2009 de 17 de abril ha señalado que si una parte estima que existe una omisión "lo que debió hacer es acudir al expediente previsto en el art. 215,2 LEC que permite que la parte que se sienta perjudicada por la omisión de pronunciamiento solicite la complementación de la sentencia, siendo que, a juicio de esta Sala, no se puede traer a segunda instancia una cuestión que antes no se trato de remediar en la instancia, cuando ello es posible. Según recordamos en la sentencia 5/2007 de 11 de enero "A más de lo ya dicho sobre la prescripción, debe tenerse en consideración que, como viene sosteniendo esta Audiencia (por todas, Sec. 1ª, sentencia de 22.3.2005), las omisiones y/o la falta de exhaustividad en las sentencias no provocan como efecto la nulidad, o -como en este caso- la exigencia de pronunciamiento por parte del órgano ad quem sobre el aspecto que se dice indebidamente omitido, ya que ha existido inactividad de la parte al respecto, infringiendo el art. 459 LEC, que impone al recurrente la obligación de la denuncia "oportuna" de la infracción cometida si fuere procesalmente posible, como es el caso, ya que notificada la sentencia, la parte observó esas omisiones, y en lugar de solicitar su complementación acudió directamente al recurso; ya que como se señalaba en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento civil, "se introduce un instrumento para subsanar rápidamente, de oficio o a instancia de parte, las manifiestas omisiones de pronunciamiento, completando las sentencias...", y sin que ello suponga "forzar el mecanismo del denominado «recurso de aclaración» y podrán evitarse recursos ordinarios y extraordinarios fundados en incongruencia por omisión de pronunciamiento" y añade "...es claro, y claro queda en la ley, que este instituto en nada ataca a la firmeza que, en su caso, deba atribuirse a la sentencia incompleta, porque, de un lado, los pronunciamientos ya emitidos son, obviamente, firmes y, de otro, se prohíbe modificarlos, permitiendo sólo añadir los que se omitieron". Por tanto, en la omisión de pronunciamientos, lo procedente es acudir al trámite del art. 215, LEC. como requisito previo y necesario, y solo en el caso de que intentada la subsanación y/o complementación de la resolución incompleta, fuera negada la misma en el auto dictado al efecto, podría intentarse su inclusión en el recurso".

Esta doctrina es también mantenida por el Tribunal Supremo en su sentencia 1195/2008 de 16 de diciembre en donde se establece "En el caso examinado se advierte que, denunciándose la incongruencia de la sentencia por omisión de alguna de las pretensiones formuladas, el recurrente tenía la posibilidad de denunciar en la segunda instancia la infracción procesal de incongruencia omisiva mediante el ejercicio de la petición de complemento de la sentencia que prevé el artículo 215.2 LEC, el cual hubiera permitido su subsanación. No acreditándose haber acudido a este procedimiento, el recurso es inadmisibles y, en el trance de dictar sentencia en que nos encontramos, debe ser desestimado".

Pero es que no existe falta de pronunciamiento, es más esta Sala entiende que en los términos en los que planteó la demanda, pidiendo la nulidad de todas las juntas y no de concretos acuerdos, la Juez a quo se ha extralimitado. Como ya se expuso en el primero de los fundamentos de esta sentencia y se ha repetido en varias ocasiones, una cosa es la nulidad de la junta, que arrastra a la misma declaración a los acuerdo que en ella se adopten, y otra la nulidad de un acuerdo adoptado en el seno de una junta válidamente constituida y solo la primera de las pretensiones, la nulidad de la junta que implica la de todos los acuerdos que en ella se adoptaron, es la que se invoca en relación con todas y cada una de las juntas a que se refiere este procedimiento.-

SEXTO: No procede efectuar especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en esta segunda instancia, en aplicación del art. 398 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.-

FALLO:



Que **ESTIMANDO EN PARTE** el recurso de apelación que ha sido interpuesto por la representación procesal de D^a María Antonieta , debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS EN PARTE** la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil Núm.1 de Toledo, con fecha 30 de abril de 2012 , en el procedimiento núm. 997/09, de que dimana este rollo, en el particular referido a la junta general celebrada el veintiocho de junio de dos mil diez, la cual se declara nula y con ello todos los acuerdos que en la misma se adoptaron; todo ello sin efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas en el presente recurso, con devolución del depósito para recurrir.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sección, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada la anterior resolución mediante su lectura íntegra por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. URBA **NO SUAREZ SANCHEZ**, en audiencia pública. Doy fe.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ