



Roj: **SAP M 12202/2017 - ECLI:ES:APM:2017:12202**

Id Cendoj: **28079370282017100365**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **22/09/2017**

Nº de Recurso: **602/2015**

Nº de Resolución: **416/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0236910

Materia: impugnación de acuerdos sociales. Pérdida sobrevenida de legitimación. Impugnación de sentencia para combatir desestimación de caducidad. Derecho de información como derecho autónomo. Buena fe en el ejercicio del derecho. Derecho de información de socios-administradores.

ROLLO DE APELACIÓN: 602/2015

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario núm. 340/2012

Órgano de procedencia: Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Madrid

Parte apelante: DON Jesús Manuel y AGUILAR ALL TRADING S.L.

Procurador: Dña. María José Corral Losada

Letrado: D. Miguel Ángel Gómez Nix

Parte apelada: NESUSA SACEDO S.L.

Procurador: D. José Andrés Cayuela Castillejo

Letrado: Dña. Verónica García de la Rosa

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ

D. ENRIQUE GARCÍA GARCÍA

D. JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA

SENTENCIA NÚM. 416/2017

En Madrid, a 22 de septiembre de 2017.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores D. GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ, D. ENRIQUE GARCÍA GARCÍA y D. JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 602/2015 los autos del procedimiento ordinario nº 340/2012 provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid, el cual fue



promovido por DON Jesús Manuel y AGUILAR ALL TRADING S.L. contra NESUSA SACEDO S.L., siendo objeto del mismo acciones en materia de impugnación de acuerdos sociales.

Han sido partes en el recurso como apelante, DON Jesús Manuel y AGUILAR ALL TRADING S.L. y como apelada NESUSA SACEDO S.L.; todos ellos representados y defendidos por los profesionales indicados en el encabezamiento.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 27 de junio de 2012 por la representación de DON Jesús Manuel y AGUILAR ALL TRADING S.L. contra NESUSA SACEDO S.L., en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba lo siguiente:

" dicte sentencia por la que: estimando íntegramente las pretensiones de mi representado, (i) declare nulo el acuerdo de aumento de capital adoptado en la Junta General de Nesusa Sacedo, SL celebrada el 4 de mayo de 2011; (ii) ordene al Registro Mercantil de Madrid la cancelación de la inscripción registral del acuerdo impugnado; (iii) ordene al Sr. Secretario la modificación de las anotaciones realizadas en el Libro de Socios; y (iv) imponga las costas a la parte demandada."

SEGUNDO.- La parte demandada presentó en tiempo y forma escrito de contestación a la demanda, en el que se opuso a las pretensiones formuladas de contrario.

TERCERO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid dictó sentencia, con fecha 16 de febrero de 2015 cuyo fallo era el siguiente:

"Que, desestimando la demanda interpuesta por don Jesús Manuel y la mercantil AGUILAR ALL TRADING, S.L., siendo demandada la mercantil NESUSA SACEDO, S.L., debo, absolver y absuelvo a ésta última de los pedimentos efectuados en su contra, con imposición de costas a la parte actora".

CUARTO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de DON Jesús Manuel y AGUILAR ALL TRADING S.L. se interpuso recurso de apelación que fue admitido y tramitado en legal forma, con oposición al mismo por la contraparte.

QUINTO.- Recibidos los autos en fecha 22 de octubre de 2015 se procedió a la formación del presente rollo ante esta sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, donde se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

Se han personado en esta alzada tanto la parte apelante como la parte apelada.

La deliberación y votación para el fallo del asunto se realizó con fecha 21 de septiembre de 2017

SEXTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA, que expresa el parecer del tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: DESARROLLO DEL PROCESO EN PRIMERA INSTANCIA.-

Jesús Manuel y AGUILAR ALL TRADING S.L. entablaron demanda contra NESUSA SACEDO S.L., (en adelante NESUSA) en ejercicio de la acción de impugnación de acuerdos sociales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 204.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC), en la versión vigente al momento de los hechos.

El acuerdo adoptado es el de aumento de capital adoptado en la Junta General de NESUSA celebrada el 4 de mayo de 2011. La impugnación se sustentó en la infracción legal del derecho de información reconocido a los socios en el artículo 93 d) LSC, así como en la lesión al interés social en beneficio de uno o varios socios o terceros.

En la demanda se expone que el Sr. Jesús Manuel es titular de 60 participaciones de NESUSA y AGUILAR ALL TRADING S.L. (en adelante AGUILAR ALL TRAINING) es titular de 2640 participaciones.

La participación en el momento de constitución de la sociedad era de un 55% correspondiente a doña Adriana ; un 44% correspondiente a AGUILAR ALL TRADING y un 1% al Sr. Jesús Manuel .



El Consejo de Administración está compuesto por su Presidente, la Sra. Adriana ; el consejero-secretario y hermano de la anterior, don Gumersindo y AGUILAR ALL TRADING.

Los actores relatan en su escrito rector que los Sres. Jesús Manuel y Adriana fueron matrimonio hasta su ruptura que tuvo lugar en 2010.

El punto del día impugnado reza como sigue:

"Segundo.- Aumento de capital social por compensación de créditos y desembolsos dinerarios; fijación del plazo para ejercitar los derechos de suscripción preferente; modificación de la redacción del artículo 5º de los Estatutos sociales, todo según el informe emitido al efecto por el Consejo de Administración que también se someterá a aprobación"

En la demanda se expone que mediante carta de fecha 22 de marzo de 2011 doña Adriana convocó a AGUILAR ALL TRADING a un Consejo de Administración a celebrar el 5 de abril de 2011, en cuyo segundo punto del orden del día se incluía la propuesta de aumento de capital.

El 31 de marzo de 2011, el Sr. Jesús Manuel , en representación de AGUILAR ALL TRADING pidió por burofax toda la documentación que sirviera de soporte a la propuesta, sin obtener respuesta positiva.

La reunión del Consejo de Administración se celebró sin la presencia de AGUILAR ALL TRADING. En dicha reunión se acordó convocar Junta General, entre otros extremos, para proponer un aumento capital social en 365.400 euros mediante la emisión de 36.540 participaciones.

De las nuevas participaciones, 20.097 corresponderían a doña Adriana , cuya suscripción se efectuaría por capitalización de créditos que ostenta frente a la sociedad, por importe de 201.000,96 euros. El resto del crédito no invertido en la suscripción, por importe de 30,96 euros, se devolvería en metálico a la citada socia.

En el informe que acompaña a la propuesta también se expone que 16.443 participaciones del aumento corresponderían al Sr. Gumersindo , que tendría que desembolsar mediante aportaciones dinerarias por un importe de 164.430 euros. En realidad, el informe parece referirse al aumento que corresponde al Sr. Jesús Manuel y a AGUILAR ALL TRADING.

El 7 de abril de 2011 se remitió al Sr. Jesús Manuel la convocatoria de la Junta General. El 25 de abril siguiente, el actor solicitó la documentación relativa a la convocatoria así como las cuentas anuales, balance de situación y copia del libro mayor, argumentando que era necesario para conocer el estado de cuentas de NESUSA con AGUILAR ALL TRADING

El 28 de abril siguiente, la sociedad demandada denegó la entrega de la citada documentación porque el "estado de cuentas que mantiene NESUSA con AGUILAR ALL TRADING no estaba incluido en el orden del día de la Junta a celebrar el 4 de mayo siguiente.

El 4 de mayo de 2011 se celebró finalmente la Junta General, a la que no acudieron los actores y en la que se aprobó el citado aumento de capital social.

En el acto de la Junta, los actores relatan que la Sra. Adriana manifestó que el crédito que ostenta está contabilizado en la cuenta NUM000 , que tiene reflejo en el pasivo del Balance.

Los actores consideran que en realidad en crédito en cuestión no existe y que no se ha acreditado la situación económica de la sociedad que justifique la ampliación de capital.

En la demanda también se relata que como consecuencia de la ruptura matrimonial, en septiembre de 2010, el Sr. Jesús Manuel fue apartado de la gestión de la sociedad mediante su cese y el nombramiento como Consejero-Secretario de don Gumersindo .

Con posterioridad, los actores dicen haber sufrido el robo de las carpetas con documentación de la sociedad y relatan que la Sra. Adriana impidió al Sr. Jesús Manuel volver a entrar en la vivienda familiar, que a la vez es la sede social. Las denuncias por estos hechos están unidas como documentos 15 y 16 de la demanda.

Los actores también refieren que han sido vanos los intentos efectuados con posterioridad a la Junta impugnada para poder acceder a la documentación social, incluida una solicitud de diligencias preliminares.

La demanda expone a continuación que en la Junta General de 31 de mayo de 2011 y en la del Consejo de Administración de 17 de mayo de 2012 la propia Sra. Adriana o el abogado de la sociedad, pusieron de manifiesto que existían irregularidades en las cuentas que impedían su formulación, lo que según los demandantes, pone en cuestión la existencia del crédito de la Sra. Adriana del que se ha hecho uso para la ampliación de capital.



La demandada opuso en primer lugar la excepción de caducidad de la acción. En la contestación se pone de relieve que los Sres. Adriana y Jesús Manuel contrajeron matrimonio en 1993 en régimen de separación absoluta de bienes; que el Sr. Jesús Manuel ostentó el cargo de Secretario y Consejero Delegado de la sociedad hasta el 13 de septiembre de 2010; que dicho señor es socio único y administrador de AGUILAR ALL TRADING, que a su vez ha sido vocal del Consejo de Administración desde la constitución de NESUSA hasta el 24 de septiembre de 2012; y que doña Adriana suscribió como prestamista una póliza de crédito con NESUSA por importe de 450.000 euros en fecha 1 de marzo de 2002.

En la contestación también se alude a que los actores no acudieron a la ampliación de capital, por lo que finalmente fue aumentado únicamente en los 200.970 euros correspondientes a la compensación del crédito de doña Adriana .

La demandada niega que se haya infringido el derecho de información de los actores, pues su condición de integrantes del Consejo de Administración hace presumir que tenían conocimiento del estado contable de la sociedad.

La contestación también refiere que AGUILAR ALL TRADING no cumplió con su obligación de asistir al Consejo de Administración al que fue convocado en fecha 5 de abril de 2011; y que pudo ejercitar su derecho de información acudiendo a la Junta General a que los actores fueron convocados para el 4 de mayo de 2011.

Los demandados insisten en la efectiva existencia del préstamo capitalizado, como es de ver en la póliza de crédito y en los distintos ingresos realizados en la cuenta de la sociedad.

La contestación indica que este crédito se constata en la cuenta NUM000 del Plan General Contable PYMES, aprobado por RD 1515/2007 de 16 de noviembre, que obra en el pasivo del balance de las cuentas de 2009 como "otras aportaciones de socios", por importe de 201.000,96 euros.

Se indica asimismo, que otras cantidades prestadas, que no fueron objeto de capitalización, también se encontraban en otras cuentas distintas, concretamente en la núm. NUM001 y la NUM002 .

La sentencia de la anterior instancia resultó íntegramente desestimatoria. En primer lugar, estimo la excepción de caducidad respecto a la impugnación sustentada en la lesión del interés social en beneficio de uno o varios socios, por haber transcurrido un plazo superior a 40 días desde la publicación del acuerdo en el BORME hasta la presentación de la demanda.

La excepción de caducidad fue desestimada en relación al motivo de impugnación sustentado en la infracción de derecho de información que, como tal infracción legal que es, tiene un plazo de caducidad de un año a partir de la publicación en el BORME.

En relación al fondo del asunto, el juez de la anterior instancia constató que el informe de los administradores sociales sobre los puntos del orden del día se acompañó a la convocatoria de la Junta de 4 de mayo de 2011.

Respecto a los documentos contables requeridos, el juez "a quo" argumenta que carecen de relación con el aumento de capital propuesto, por lo que su falta de entrega no provoca la nulidad del acuerdo impugnado.

Frente a la mentada sentencia, han formulado recurso de apelación los actores, con oposición de la sociedad demandada.

SEGUNDO: PERDIDA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA DE AGUILAR ALL TRADING S.L.-

Con carácter previo, la demandada invoca carencia sobrevenida de legitimación activa de la sociedad AGUILAR ALL TRADING porque a raíz del embargo y posterior subasta notarial que tuvo lugar con ocasión del procedimiento ETJ 765/2011 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Pozuelo de Alarcón, la referida mercantil dejó de ostentar la condición de socio de NESUSA por haber perdido todas las participaciones sociales.

Señalan los apelados que esta cuestión fue planteada como hecho nuevo en el acto del juicio, pero la sentencia no aborda la cuestión, ya que la desestimación de la demanda se asienta sobre otros motivos.

Sobre esta cuestión, ya nos hemos pronunciado en sentencias de esta Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 357/2016 de 28 de octubre de 2016 , a cuyo tenor:

"Como indicamos en nuestra resolución de 12 de marzo de 2012, las vicisitudes de un procedimiento en el que se sustancia cualquier clase de controversia sobre la titularidad de acciones, o la nulidad de determinados actos o contratos relativos a su adquisición, no se proyecta sobre los procedimientos de impugnación de acuerdos sociales. (...)



La pérdida sobrevenida de la condición de socio por parte del actor que ostentaba dicha cualidad al tiempo de la interposición de la demanda no afecta a su legitimación.

En este sentido, debe recordarse que el Tribunal Supremo en sentencia de 7 de julio de 2003 tiene declarado que: "... la acción de impugnación de un acuerdo social puede ejercitarla quien en el momento de proponer la demanda se halle debidamente legitimado. Luego, si la demanda es admitida, se produce la llamada "perpetuatio legitimationis", con efecto retroactivo al día de la presentación de dicho escrito, con la finalidad de que en la sentencia se decida acerca de la situación jurídica controvertida, tal y como la misma se hallaba en la fecha indicada (sentencias de 17 de marzo de 1997 y de 25 de febrero de 1983).

Por todo ello, se hace preciso concluir que aquella cualidad que ostentaba el Sr. Jose Pedro el 13 de septiembre de 1995 se conserva por el mismo durante la tramitación del proceso iniciado a su instancia".

En similar sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2005 cuando mantiene que: "... no se puede sostener la falta de legitimación activa de los antes demandantes y ahora recurrentes en casación por una presunta pérdida de la calidad de socio...".

El mismo criterio se mantiene en el auto del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2014 cuando señala que: «En sí misma, tal pérdida de legitimación no determina la terminación del proceso porque las circunstancias relevantes para determinar la existencia de tal legitimación son las existentes al inicio del proceso, que se perpetúan una vez constituida válidamente la relación procesal, en virtud del principio que se ha venido en llamar de "perpetuatio legitimationis".

Afirma en este sentido la sentencia de esta sala núm. 473/2010 de 15 julio :

«El principio de perpetuación de la jurisdicción, del que es un reflejo el artículo 413.1 LEC , no es aplicable únicamente al objeto del proceso, sino también a aquellas condiciones de las partes necesarias para el ejercicio de la acción que no impliquen una extinción de su capacidad jurídica o de su capacidad procesal».

La pérdida de la condición de socio durante la tramitación del proceso no ha sido considerada como causa determinante de la terminación anticipada del proceso de impugnación de acuerdos sociales, en virtud del mencionado principio de "perpetuatio legitimationis" en sentencias de esta sala tales como las núm. 676/2003 de 7 de julio , y 450/2005, de 8 de junio .».

Cuestión distinta y que no ha sido oportunamente alegada es que, como consecuencia de la pérdida de la condición de socio por parte del demandante se hubiera producido la pérdida sobrevenida de interés legítimo en la obtención de la tutela judicial respecto de la pretensión ejercitada en la demanda (artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Pero para ello, como explica el auto del Tribunal Supremo antes citado, era preciso algo más que la pérdida de la cualidad que determinaba la legitimación activa al interponerse la demanda, añadiendo que ese "plus" ha de ponerse en relación con el abuso del proceso, y se producirá cuando no exista una explicación razonable sobre la ventaja o beneficio legítimo que obtiene la parte actora con la continuación del proceso, lo que tampoco ha sido invocado ni se ha pretendido la terminación del procedimiento por carencia sobrevenida de objeto. Por el contrario, solo se ha denunciado la sobrevenida falta de legitimación activa como causa determinante de la estimación del recurso de apelación para revocar la sentencia y desestimar la demanda.

Conforme al criterio expresado en el párrafo anterior, hemos de indicar que la legitimación de AGUILAR ALL TRENDING no se pierde por el hecho de haberse producido un traspaso patrimonial de las participaciones.

Por otro lado, los apelados no justifican debidamente la pérdida de interés legítimo pues el hecho de que AGUILAR ALL TRENDING no vaya a recuperar sus participaciones como consecuencia del resultado de este procedimiento es una obviedad que se desprende del hecho de la transmisión misma.

En cualquier caso, la falta sobrevenida de objeto del procedimiento no puede plantearse en este procedimiento en el que uno de los co-demandantes, el Sr. Jesús Manuel , aún conserva su condición de socio.

TERCERO: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN.-

La sentencia de la anterior instancia estimó la caducidad de la acción respecto a la impugnación sustentada en que el acuerdo es lesivo para la sociedad en beneficio de uno de los socios. Esta cuestión no ha sido combatida por el apelante, por lo que ha quedado incólume en esta segunda instancia.

Los apelados se manifiestan en contra del pronunciamiento de la sentencia de instancia que desestimó la caducidad sustentada en la infracción del derecho de información de los actores. Sin embargo, no han impugnado la sentencia, sino que tan solo se oponen al recurso, interesando en el suplico de su escrito exclusivamente su desestimación y la confirmación de la sentencia.



El Tribunal Supremo, en su sentencia 124/2017 de 24 de febrero de 2017 declara lo siguiente en relación a la cuestión planteada:

»A) Esta Sala tiene reiteradamente declarado que el tribunal de apelación no puede resolver otras cuestiones que aquellas que le han sido trasladadas, pues, en virtud del principio tantum devolutum quantum appellatum [solo se defiere al tribunal superior aquello que se apela] (SSTS de 12 de mayo de 2006, recurso n.º 2915/1999 , 1 de diciembre de 2006, recurso n.º 445/2000 (LA LEY 145036/2006) , 21 de junio de 2007, recurso n.º 2768/2000), los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia a los que no se extiende la pretensión impugnatoria deben entenderse consentidos por las partes, devienen firmes y no pueden ser modificados en la segunda instancia so pena de incurrir en una reformatio in peius o reforma peyorativa que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia extra petita [más allá de lo pedido] (SSTS de 17 de abril de 2007, recurso n.º 1007/2000 , STS 24 de marzo de 2008, recurso n.º 100/2001).

»B) En el caso examinado la sentencia recurrida ha infringido este principio y, con ello, las normas sobre congruencia establecidas en el artículo 218 LEC , invocado como fundamento de este motivo. En efecto, no habiendo sido apelada la sentencia que desestimó la excepción de prescripción por parte del demandado que la opuso en primera instancia, ni habiendo este impugnado la sentencias en los extremos que pudieran resultarle desfavorables con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la contraparte, la desestimación de esta excepción debe considerarse consentida y no pudo ser revocada por la sentencia de apelación.

»C) No es suficiente para enervar esta apreciación que la parte demandada formulara en la oposición alegaciones sobre la prescripción. Para trasladar el examen de esta cuestión al tribunal de apelación era necesario que hubiese apelado la sentencia o la hubiera impugnado, combatiendo los extremos en los que le resultaba desfavorable, a raíz del recurso interpuesto por la contraparte. La parte demandada, por el contrario, según resulta de los autos, formuló su escrito como de oposición al recurso de apelación, se limitó a solicitar en él la confirmación de la sentencia dictada en primera instancia y no se opuso a que el Juzgado, en consonancia con ello, diera a su escrito el trámite propio de la oposición, y no el de la impugnación de la sentencia, que hubiera comportado el traslado a la parte apelante, como exige el artículo 461.4 LEC .

»En efecto, el artículo 461 LEC contempla la impugnación de la sentencia apelada por la parte inicialmente no apelante concediendo a quien no es inicialmente apelante, no solo la facultad de oponerse al recurso de apelación interpuesto por otra de las partes, sino también la de impugnar la resolución pidiendo su revocación y sustitución por otra que le sea más favorable, caso en el que se da traslado a la parte inicialmente apelante para que pueda defenderse. Se concilia así, de un lado, la posibilidad de que quien resulta parcialmente perjudicado por la sentencia pueda consentirla, absteniéndose de interponer la apelación, en atención a los aspectos que le resultan favorables y, de otro lado, el pleno ejercicio del derecho de defensa si la contraparte, en definitiva, interpone recurso de apelación (STS 13 de enero de 2010, recurso n.º 912/05)».

En consonancia con la doctrina jurisprudencial expuesta, la cuestión relativa a la caducidad de la acción de impugnación sustentada en la infracción del derecho de información no puede ser objeto de análisis en esta segunda instancia porque ya lo fue en primera instancia en sentido desestimatorio y el apelado no ha impugnado la sentencia.

CUARTO: IMPUGNACIÓN POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE INFORMACIÓN.-

El apelante expone en un primer apartado del recurso que el juez "a quo" omite todo pronunciamiento sobre la cuestionada realidad del crédito de doña Adriana y que NESUSA aplicó a la ampliación de capital.

Debemos ante todo delimitar el objeto del debate porque la infracción denunciada deriva infracción del derecho de información en relación al citado acuerdo de aumento de capital. No se trata, por tanto, de dilucidar si la compensación crediticia aplicada fue o no correcta, sino si el acuerdo impugnado se efectuó respetando el indicado derecho de información de los actores.

El juez "a quo" desestimó la acción porque consideró que la información solicitada en relación a las cuentas de la sociedad no guardaban relación con el citado acuerdo de aumento de capital.

Ante todo, hemos de recordar la clásica doctrina jurisprudencial en torno al derecho de información como derecho autónomo. Así lo hemos indicado, entre otras muchas, en nuestra sentencia 36/2016 de 1 de febrero de 2016 :

"Hay que tener en cuenta que el derecho de información no se configura como estrictamente y en todo caso instrumental del derecho de voto. Como señala la STS de 13 de diciembre de 2012 , entre otras muchas, el derecho de información, integrado como mínimo e irrenunciable en el estatuto del accionista, constituye un derecho autónomo -incluso si carece de derecho de voto o no tiene intención de ejercitarlo, sin perjuicio de que pueda cumplir una finalidad instrumental- inderogable e irrenunciable, que atribuye al socio la facultad de dirigirse



a la sociedad en los términos previstos en el artículo 112 TRLSA -hoy 197 TRLSC-. En algunos casos puede estar orientado al ejercicio del derecho de voto, pero no necesariamente, como se desprende de la configuración que al derecho de información otorga el propio legislador.

Con posterioridad, el artículo 197 TRLSC ha sido modificado por la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre por la que se modifica la ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. El legislador establece un nuevo régimen de impugnación de acuerdos sociales y, en lo que aquí interesa, establece que la vulneración del derecho de información previsto en el apartado 2 solo facultará al accionista para exigir el cumplimiento de la obligación de información y los daños y perjuicios que se le hayan podido causar, pero no será causa de impugnación de la junta general (se entiende, de los acuerdos de la junta general)."

En atención a esta configuración del derecho de información, la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 204/2011 de 21 de marzo señaló que no es precisa una relación "directa y estrecha" entre la documentación solicitada y los asuntos del orden del día, debiendo estarse al juicio de pertinencia en caso concreto.

Siguiendo estos parámetros, la Sala no comparte el razonamiento del juez "a quo" que desvincula completamente la información solicitada respecto al acuerdo de ampliación de capital.

En este caso, la información omitida eran las cuentas anuales, el balance de situación y copia del libro mayor. No se concretó el año de las cuentas, pero es obvio que se referían a las últimas aprobadas

La contabilidad de la sociedad es el instrumento adecuado para conocer la situación económica de la sociedad y tal situación es muy relevante en orden a ponderar por el socio la necesidad del aumento de capital propuesto.

En este caso, concurría además la circunstancia de que los demandantes pretendían conocer el saldo de las operaciones de la sociedad con AGUILAR ALL TRADING, lo cual era igualmente relevante, pues la propuesta consistía en que doña Adriana suscribiera el aumento de capital mediante compensación de sus créditos, en tanto que los actores debían efectuar su aportación en metálico.

Los apelantes también resaltan la aplicación al caso de lo dispuesto en el artículo 196.3 LSC, pues su participación conjunta en la sociedad sobrepasaba ampliamente la cuarta parte a que se refiere dicho precepto. En consecuencia, no estaba justificada una denegación de información sustentada en un hipoteco perjuicio social.

Los apelantes destacan asimismo que en Juntas posteriores a la aquí impugnada, la sociedad admitió la existencia de irregularidades en las cuentas que obligaban a retrasar su formulación y posterior aprobación. Se destaca en especial las irregularidades en torno a la cuenta NUM002 referente a la cuenta corriente con socios y administradores. Así consta en las Actas de la Junta General de NESUSA de 31 de mayo de 2011 (en realidad es el 8 de junio de 2011) y del Consejo de Administración de 17 de mayo de 2012, unidas a los autos como documento núm. 19 y 23 de la demanda.

NESUSA resta importancia a este hecho porque estima que el crédito de la Sra. Adriana estaba perfectamente contabilizado en la citada cuenta núm. NUM000 . Olvida con ello que los socios peticionarios de información tenían derecho a conocer el saldo global de la Sra. Adriana y el resto de socios con la sociedad, para lo cual la cuenta NUM002 sí que era relevante.

Precisamente por las irregularidades de la cuenta NUM002 vinieron a demostrar aún más, si cabe, lo procedente de la documentación solicitada por los actores.

A más de ello, los actores resaltan, y así constatamos, que el preceptivo informe que acompañó a la propuesta de aumento de capital, que obra unido al acta del Consejo de Administración de 5 de abril de 2011 tampoco aclara el saldo real existente de cada uno de los socios con la sociedad.

NESUSA insiste que los actores son plenamente conscientes de la póliza de crédito, por importe de 450.000 euros suscrita por la sociedad como prestataria y por doña Adriana como prestamista en fecha 1 de marzo de 2002, así como de los abonos realizados en ejecución de este crédito, en fechas 18 de enero y 9 de mayo de 2003.

Ya hemos indicado que no vamos a dilucidar en este procedimiento la relación crediticia de la sociedad demandada con sus socios sino el cumplimiento, por parte de la sociedad, de sus obligaciones informativas en relación con este aspecto.

NESUSA destaca que los actores estaban al corriente de toda la documentación contable de la sociedad porque ellos también eran integrantes del Consejo de Administración. En consecuencia, su actuación no puede considerarse de buena fe, según su criterio.



Ciertamente, esta Sala ha venido exigiendo que el ejercicio de los derechos se efectúe de buena fe, sin que el derecho de información sea una excepción.

Según hemos indicado en nuestra sentencia núm. 374/2016 de 11 de noviembre de 2016, la jurisprudencia (sentencias de la Sala 1ª del TS de 1 de diciembre de 2010, 21 de marzo de 2011 y 16 de enero de 2012) viene reconociendo que una actuación abusiva del socio al interesar la entrega de información podría operar como un límite frente a su solicitud (conforme a la exigencia de actuación de buena fe en el ejercicio de los derechos que está prevista, con carácter general, en el artículo 7 del C. Civil) si se apreciase que solo persiguiese obstaculizar o preconstituir un escenario como pretexto para impugnar. No es esto, sin embargo, lo que entendemos que se ha producido aquí.

No podemos obviar que aunque el Sr. Jesús Manuel cesó en su cargo como consejero delegado en septiembre de 2010, no quedó desvinculado plenamente del Consejo de Administración de NESUSA dada su condición de administrador único de AGUILAR ALL TRADING, que fue vocal de dicho Consejo hasta el año 2012.

En sentencias anteriores de esta Sala, como la núm. 190/2016 de 17 de mayo de 2016, hemos indicado que:

"El Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 15 de octubre de 1992, 12 de junio de 1997 y 26 de septiembre de 2005, entre otras, ha consolidado su doctrina relativa al derecho de información de socios-administradores, de manera que se presume que tienen conocimiento de los libros de cuentas y documentos de la sociedad, salvo prueba en contrario".

Sin embargo, en el caso de autos, concurren precisamente esos elementos fácticos que permiten destruir la indicada presunción. Así se desprende de la valoración conjunta de los elementos probatorios que las partes han puesto de manifiesto, de los que se colige que los actores no han tenido acceso real a los documentos peticionados.

Cabe citar en primer lugar la denuncia fechada el 15 de septiembre de 2011, que obra como documento núm. 16 aportada con la demanda, en la que el Sr. Jesús Manuel puso de manifiesto que la Sra. Adriana le impedía el acceso al que había sido domicilio familiar, sito en la AVENIDA000 NUM003 de Pozuelo de Alarcón, que a su vez era el domicilio social de NESUSA.

Debemos valorar asimismo el requerimiento no atendido de información que el Sr. Jesús Manuel, en representación de AGUILAR ALL TRADING, efectuó a la sociedad demandada con motivo de la convocatoria al Consejo de Administración que se celebró el 5 de abril de 2011 y en el que se acordó efectuar la propuesta de aumento de capital.

Es cierto que el Sr. Jesús Manuel no asistió a la citada reunión del Consejo de Administración, pero hay que tener en cuenta que la sociedad no le suministró previamente la información peticionada.

Con posterioridad a la Junta, los actores han seguido pidiendo la información contable preterida y siempre han encontrado una respuesta negativa. Así aconteció con la carta datada en fecha 17 de mayo de 2011 (documento núm. 17 de la demanda).

En el mismo sentido cabe citar la solicitud de diligencias preliminares presentadas en fecha 21 de noviembre de 2011, que tampoco arrojaron resultados positivos en relación con la aportación balance de situación y libro mayor.

Debemos valorar asimismo la situación minoritaria de AGUILAR ALL TRADING en el Consejo de Administración de NESUSA frente a la Sra. Adriana y su hermano Gumersindo.

NESUSA insiste en que el Sr. Jesús Manuel debía conocer la póliza de crédito firmada en el año 2002 en cuya virtud, la Sra. Adriana era acreedora de la sociedad. Su correlato contable es el relativo a la cuenta NUM000 del Plan General Contable PYMES, que tiene su reflejo en el pasivo del balance de las cuentas de 2009, año en que el Sr. Jesús Manuel era Consejero Delegado de NESUSA.

Sin embargo, tal y como hemos indicado, la información contable necesaria para el ejercicio del derecho de voto en relación al aumento de capital era mucho más amplia que esa cuenta concreta del balance de 2009. Por eso mismo, además de las cuentas anuales, se interesan balances de situación y el libro mayor.

Ya hemos dicho que resultaba razonable la información solicitada en orden a conocer el saldo global de las relaciones crediticias existentes entre cada uno de los socios y la sociedad, lo cual, a su vez era relevante para poder ejercer el derecho de voto respecto al aumento de capital propuesto.

La propia sociedad, tal y como hemos indicado, admitió en reuniones posteriores a la Junta litigiosa que existían irregularidades contables que impedían la formulación de las cuentas anuales, lo que vino a demostrar que los documentos solicitados eran necesarios.



Por todo lo expuesto, hemos de concluir que los socios requirentes debieron recibir la información solicitada, por lo que su omisión conduce a la nulidad del acuerdo impugnado, conforme dispone el artículo 204 en relación con el artículo 93 d) Y 196 LSC.

QUINTO: COSTAS.-

En vista de la estimación del recurso de apelación, no procede efectuar especial pronunciamiento de las costas causadas en esta alzada, de conformidad con el núm. 2 del art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 394.1 LEC , Las costas de primera instancia se imponen a la parte demandada.

FALLO

1º.- Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de Jesús Manuel contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid, con fecha 16 de febrero de 2015 en el seno del procedimiento ordinario nº 340/2012.

2º.- Revocamos dicha resolución y estimamos íntegramente la demanda deducida por DON Jesús Manuel y AGUILAR ALL TRADING S.L. contra NESUSA SACEDO S.L.

3º.- DECLARAMOS nulo el acuerdo de aumento de capital adoptado por la Junta General de NESUSA SACEDO S.L. celebrada el 4 de mayo de 2011.

4º.- ORDENAMOS la cancelación registral del acuerdo impugnado y la modificación de las anotaciones realizadas en el Libro de Socios que se deriven de la nulidad acordada.

5º.- No efectuamos especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas por el recurso de apelación.

6º.- Las costas de primera instancia se imponen a la parte demandada.

De conformidad con lo establecido en el apartado ocho de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , procédase, en su caso, a la devolución del depósito consignado para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes

Remítanse los autos originales al Juzgado de lo Mercantil, a los efectos pertinentes.

La presente sentencia no es firme. Las partes podrán interponer ante este tribunal recurso de casación y/o recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocería la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación. El recurso se presentará en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente al de su notificación, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.