



Roj: **SAP M 15684/2016 - ECLI:ES:APM:2016:15684**

Id Cendoj: **28079370282016100288**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **14/10/2016**

Nº de Recurso: **523/2014**

Nº de Resolución: **340/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

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

Tfno.: 914931988

37007740

251658240

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2014/0157574

**Recurso de Apelación 523/2014**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 66/2012

**APELANTE::** D./Dña. Rodrigo

PROCURADOR D./Dña. MARIA TERESA UCEDA BLASCO

**APELADO::** FRALFERRO SA

PROCURADOR D./Dña. PABLO OTERINO MENENDEZ

**SENTENCIA N° 340/2016**

En Madrid, a 14 de octubre de 2016.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores D. Ángel Galgo Peco, D. Gregorio Plaza González y D. Enrique García García, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 523/2014, los autos del procedimiento juicio ordinario nº 66/2012, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid, siendo objeto del mismo la impugnación de acuerdos sociales.

Han actuado en representación y defensa de las partes, en esta segunda instancia, la procuradora D<sup>a</sup>. Teresa Uceda Blasco y el letrado D. Alfonso Arroyo Zarzuela por D. Rodrigo , como parte apelante, y el procurador D. Pablo Oterino Menéndez y el letrado don Juan José Fernández Paño por FRALFERRO, S.A., como parte apelada.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 6 de febrero de 2012 por la representación de D. Rodrigo contra FRALFERRO SA, en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, solicitaba:



"a) Declare nulos los acuerdos impugnados primero y segundo del Orden del Día de la Junta General de la entidad demandada celebrada el día 29 de diciembre de 2011 por el que se aprueban las cuentas anuales, el Balance de la Memoria, la propuesta de aplicación del resultado y la gestión del Administrador Único.

b) Condene a la devolución a la caja social de las cantidades indebidamente percibidas.

c) Ordene la remisión del correspondiente mandamiento al Registro Mercantil para la cancelación de los asientos correspondientes a los acuerdos anulados.

d) Condene a "Fralferro S.A." al pago de las costas del presente procedimiento".

**SEGUNDO.-** Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid dictó sentencia, con fecha 25 de octubre de 2013 , cuyo fallo era el siguiente:

"Que desestimando la demanda seguida por la representación de D. Rodrigo , contra la mercantil FRALFERRO, S.A., debo absolver a la demandada de las pretensiones de la parte actora, con expresa imposición de costas a la instante del procedimiento".

**TERCERO.-** Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de D. Rodrigo se interpuso recurso de apelación que, admitido por el mencionado juzgado y tramitado en legal forma, ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, donde se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

La deliberación y votación para el fallo del asunto se realizó con fecha 13 de octubre de 2016.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique García García, que expresa el parecer del tribunal.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El demandante, D. Rodrigo , es socio, con un veinticinco por ciento de participación en su accionariado, de la sociedad FRALFERRO SA, que es una entidad de sustrato familiar en la que los otros socios los son sus tres hermanos.

El 29 de diciembre de 2011, sobre las 11,00 horas, se celebró en el domicilio social de FRALFERRO SA una junta general, en cuyo orden del día se incluían, como primer punto, el examen y la aprobación de las cuentas anuales del 2010, como segundo, el análisis de la gestión social, como tercero, el nombramiento de auditor de cuentas, como cuarto un informe sobre una propuesta de disolución o alternativas a ella, y como quinto, ruegos y preguntas. El resultado de la junta fue que se aprobaron los tres primeros puntos del orden del día, con un voto a favor del 75% del capital y en contra del ahora demandante en los dos primeros y su abstención en el tercero. Con relación al punto cuarto no se llegó a proponer la adopción de acuerdo alguno.

Durante el desarrollo de la junta el representante de D. Rodrigo planteó una serie de preguntas referidas a varios aspectos contables (relativos al contenido de la partida deudores por importe de 46.185,05 euros que aparecía en el balance, a la diferencia de 6.562,26 que se derivaba del contraste de las cuentas de pérdidas y ganancias de los ejercicios 2009 y 2010, al signo negativo con el que aparecía la cantidad de 15.840 euros en el pasivo, a los posibles pagos efectuados a dos entidades vinculadas a otro de los socios, gerente de FRALFERRO SA, a una partida de pagos a proveedores por 126.5333,98 euros reflejada en la memoria y a los depósitos por la venta de un inmueble sito en el PASEO000 ) a lo que se le contestó que ya le daría respuesta el auditor de la entidad. El demandante no recibió noticia alguna al respecto sino hasta el 26 de enero de 2012, por medio de un correo que le remitía D. Fabio , de INFORFISCAL SLP, en el que manifestaba que por encargo del administrador de FRALFERRO SA enviaba unas notas, plasmadas en dos hojas anejas, en respuesta a las aclaraciones que había pedido en la junta.

D. Rodrigo planteó el 6 de febrero de 2012 demanda ante los juzgados de lo mercantil de Madrid en la que reclamaba la nulidad de los acuerdos primero y segundo de la mencionada junta, además de otras peticiones complementarias, aduciendo la vulneración del derecho de información que como socio le correspondía y que las cuentas contenían asientos que entrañaban un mecanismo para encubrir el pago de remuneraciones al administrador social cuando se trataba de un cargo gratuito.

La falta de éxito de su demanda en la primera instancia ha provocado la interposición de recurso de apelación, conforme a las motivaciones a las que este tribunal procurará dar respuesta en los fundamentos subsiguientes.

No obstante, consideramos oportuno subrayar en este fundamento previo que nuestro pronunciamiento va a ceñirse al tratamiento que se asignaba en la vulneración al derecho de información en la versión originaria



del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, TRLSC), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que entró en vigor a partir del 1 de septiembre de 2010. Somos conscientes de que tras la reforma operada en dicho cuerpo legal por la Ley 31/2014 las consecuencias de la vulneración del derecho de información han pasado a ser distintas (resarcitorias y no anulatorias), según la nueva redacción del artículo 197 del TRLSC (véase, en concreto, el nº 5 de dicho precepto legal). Ahora bien, por razones de índole cronológico (principio "tempus regit actum"), nos debemos a la aplicación del texto vigente al tiempo de los hechos que han de ser aquí objeto de enjuiciamiento, puesto que éstos se produjeron en un marco temporal concreto sometido al régimen jurídico que entonces estaba vigente y que es el que debía ser respetado. En ese contexto legal, la infracción del derecho de información era, por suponer una contravención legal, una causa de nulidad de los acuerdos sociales afectados por tal deficiencia, a tenor de lo previsto en el artículo 204 de la LEC, en relación con los artículos 93.d y 197 del mismo cuerpo legal.

**SEGUNDO.-** El recurrente denuncia en su recurso una vulneración de su derecho de información como socio. En concreto, señala que planteadas por él varias preguntas a propósito de diversas partidas concretas de las cuentas anuales, ni obtuvo respuesta durante el desarrollo de la junta, ni tampoco en el plazo de siete días que establece el artículo 197.2 del TRLSC.

En la resolución apelada no se hace consideración alguna sobre el incumplimiento de tal plazo, conformándose con entender que estaba justificado que no se hubiese contestado en el acto de la junta y se hubiese preferido consultar primero con el auditor de cuentas de la sociedad. Sin embargo, ello no suponía ofrecer una resolución motivada sobre la vulneración legal que se denunciaba en la demanda, pues si bien es cierto que medió a posteriori tal consulta el demandante no recibió respuesta alguna, que lo fue mediante un correo electrónico que le remitió el auditor, sino hasta el 26 de enero de 2012, es decir, casi un mes (en concreto, veintiocho días) después de la celebración de la reunión social.

La satisfacción del derecho de información del socio exigía que se le hubiese proporcionado respuesta a sus preguntas, si éstas eran pertinentes, en el propio acto de la junta y sólo de no ser posible contestar en ese momento (porque hubiese que consultar otra documentación complementaria que en ese momento no se tuviese o fuera preciso efectuar algún tipo de consulta o comprobación, etc) cabía que el órgano de administración pudiera, al amparo de lo previsto en el artículo 197.2 del TRLSC, acogerse a la posibilidad excepcional de responder por escrito en el plazo de siete días siguientes al de la terminación de la junta. Consideramos que no estamos ante un plazo meramente referencial, sino terminante (en este mismo sentido, tenemos como precedente la sentencia de la sección 28ª de la AP de Madrid de 10 de diciembre de 2010), con el que el órgano de administración no puede jugar a su antojo, de manera que solo si se facilita dentro del mismo la información que no pudo proporcionarse en la junta podría quedar satisfecho el derecho a información del socio. De lo contrario lo que ocurre es que se consuma la infracción de dicho derecho, de modo que la información que pudiera proporcionarse después ya no salvaría la omisión que se produjo en relación con el acuerdo adoptado en la junta.

Hay que tener en cuenta que la jurisprudencia ha venido evolucionando para reconocer que el derecho de información al socio tiene carácter sustantivo y autónomo, que trasciende del mero valor instrumental del derecho de voto, y que se integra como un mínimo e irrenunciable en el estatuto del accionista, a tenor de lo previsto en el artículo 93.d) de la Ley de Sociedades de Capital (sentencias de la Sala 1ª del TS de 16 de enero de 2012, 21 de marzo de 2011 y 1 de diciembre de 2010, entre otras muchas). De ahí que ni el hecho de que ya se hubiese votado el acuerdo o que no se hubiese todavía perjudicado el derecho a impugnarlo nos parecen motivos suficientes para privar de relevancia al incumplimiento del plazo previsto en la norma legal, que no es sino un lapso temporal de gracia para proporcionar información en un momento diferido al de la junta. Por el contrario, lo relevante es valorar la omisión injustificada de la respuesta en plazo a la petición realizada por el socio en la junta, a efectos de la posibilidad de impugnar el correspondiente acuerdo, como una definitiva falta de atención al derecho de información que a aquél le correspondía. Ello podrá justificar la impugnación judicial siempre que no se vislumbrase que existiera base suficiente para reprochar al socio el haber incurrido en una actuación abusiva por el hecho de haber interesado tal información, lo que hubiera podido operar como un límite frente a su solicitud (conforme al artículo 7 del C. Civil) si se apreciase que solo persiguiese obstaculizar o preconstituir un escenario como pretexto para impugnar.

Cuando, como es el caso, ocurre que la petición del socio gozaba de amparo legal, pues estaba referida a lo que era un asunto del orden del día (se refería a aspectos concretos que tenían directa relación con las cuentas y con la llevanza de la gestión social), no constituía una exigencia desmedida de información (las preguntas son muy concretas y responden a un interés legítimo) y podía haber sido atendida de un modo razonable (aunque se hiciera a posteriori, recabando incluso ayuda profesional, lo que no debía implicar dilación, pues hablamos de una entidad de dimensión moderada y de unas preguntas centradas en unas partidas concretas de las cuentas), pero aun así no se produce la contestación en el plazo de siete días previsto en la ley, lo que existe es



causa para exigir, y así debe hacerlo este tribunal, la declaración de nulidad del acuerdo al que iba referido el ejercicio del derecho de información que quedó sin ser atendido en el modo en que legalmente estaba previsto que debería haberse hecho.

Que los otros miembros de la entidad (sus tres hermanos) consideren al demandante un socio incómodo no equivale a poder tildarle de actuante de mala fe, cuando lo único que estaba solicitando es que se le atendiese un derecho básico del socio (como también lo son el de que se celebren las juntas en legal forma o se audite la contabilidad social, aunque a los demás les moleste o les parezca gravoso tener que someterse a ello). Los derechos del demandante no fueron atendidos con diligencia por parte de la sociedad, hasta el punto de que ni tan siquiera se ha tratado de dar algún tipo de justificación (impedimento extraordinario, etc) a la relevante dilación en la que se incurrió para proporcionar al actor una respuesta sobre aspectos que ni tan siquiera eran tan complejos, a la vista de lo que podemos derivar de las propias preguntas y del contenido de la tardía misiva del auditor. La infracción del derecho de información que fue cometida supone una contravención legal que afecta a la validez del primero y segundo de los acuerdos sociales referentes a las cuentas y gestión social del ejercicio 2010, lo que justifica la procedencia de declarar su nulidad. El resto del contenido de la junta no quedó afectada por tal deficiencia, porque o bien se trató de acuerdos que tenían que ver con ello (como el adoptado al punto tercero del orden del día) o bien ni tan siquiera se llegó a proponer la adopción de acuerdo alguno (como ocurrió con el punto cuarto del orden del día). En este aspecto sí debe ser estimado el recurso del apelante.

**TERCERO.**- El recurrente considera que también procedía la impugnación que planteó con respecto al acuerdo de aprobación de las cuentas anuales porque en ellas se incluían partidas de retribución al administrador social que contravenían la previsión, tanto legal (artículo 217 del TRLSC) como estatutaria (artículo 21 de los Estatutos de FRALFERRO SA), de que se trataba de un cargo gratuito. Este planteamiento no ha perdido interés, pese a que en el fundamento precedente ya hemos decidido que procedía decretar, por otro motivo, la nulidad del acuerdo de aprobación de cuentas, ya que el demandante trataba de ligar como consecuencia de su pretensión de nulidad una declaración judicial de obligación de que se devolvieran a la caja social las cantidades de las que se hubiese dispuesto por ese motivo.

Consideramos que en este aspecto existe un claro defecto en el planteamiento del demandante. Las cuentas anuales de una sociedad no son el vehículo para la percepción por los administradores sociales de su retribución (no son la causa de la salida de fondos con ese fin) sino el instrumento de dación de cuenta ante los socios y ante terceros de la situación económica de la entidad en un determinado ejercicio. Por ello lo que puede exigírsele a las cuentas es que reflejen la imagen fiel de lo que ha ocurrido en la sociedad en un determinado ejercicio, sin que pueda ser motivo de impugnación del acuerdo aprobatorio de las cuentas anuales el que se pretenda tachar de ilícitas o de perjudiciales para la sociedad a determinadas de las operaciones contabilizadas en su lugar y por su cuantía correspondientes.

La imagen fiel ( artículo 254.2 de la Ley de Sociedades de Capital ) es la resultante de la aplicación regular y sistemática de las normas de contabilidad y de los principios contables generalmente aceptados en los términos previstos en el artículo 34 del Código de Comercio , en la Ley de Sociedades de Capital y en la demás normativa reguladora de la contabilidad empresarial (especialmente el Plan General de Contabilidad -antes el PGC aprobado por RD 1643/1990 y con posterioridad, el nuevo PGC, aprobado por RD 1514/2007 y su versión adaptada, por RD 1515/2007, para pequeñas y medianas empresas (PYMES) y microempresas-, que en ocasiones se complementan con las previsiones de las disposiciones fiscales). Si las cuentas anuales se redactan conforme a dichas exigencias normativas la legalidad habrá sido respetada, pues se habrá reflejado la imagen fiel de la realidad económica de la sociedad; en cambio, si fueran vulneradas o desconocidas (bien por contabilizar de modo incorrecto partidas trascendentes o bien porque se hubiesen dejado en el terreno de lo sumergido, contra la legalidad económica y fiscal) el acuerdo aprobatorio de las cuentas anuales sería nulo por infringir el principio de imagen fiel establecido en las citadas normas.

Así comprendido el principio de imagen fiel, la realización de operaciones ilícitas o perjudiciales no justificaría el ejercicio de una acción de impugnación de acuerdos sociales de aprobación de cuentas anuales por el mero hecho de su contabilización, si ésta es la que correspondería a las mismas según la normativa contable -pues se estaría respetando el principio de imagen fiel-, sino que aquéllas deberían combatirse mediante acciones encaminadas bien a declarar la ineficacia de los negocios afectados o bien a exigir la restitución de las cantidades indebidamente dispuestas, pudiendo incluso ejercitarse las acciones de responsabilidad que procedieran contra los administradores que las llevaron a cabo, sin que la aprobación de las cuentas supusiera un obstáculo para el ejercicio de dicha acción, pues incluso aunque se interpretara que tal acuerdo de la junta pudiera refrendar de algún modo las disposiciones realizadas, el artículo 236.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé que *"en ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general "*.



Tampoco podría justificarse la impugnación de los acuerdos aprobatorios de las cuentas anuales con el argumento de que con la aprobación de las mismas se viniera a sancionar actuaciones de los órganos rectores de la sociedad reputadas lesivas para el interés social o abusivas en perjuicio del socio minoritario, lo que en definitiva supondría admitir la utilización de esa vía como medio indirecto para la impugnación de otros acuerdos previos de los órganos sociales, o para la obtención de tutela jurídica frente a los actos de aquellos que se reputen perjudiciales al margen de los cauces legales específicos establecidos al respecto, utilizando para ello como excusa el reflejo que los efectos de las citadas actuaciones hubieran podido tener en la contabilidad social. Por ello la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2006 señala que el acuerdo por el que se aprueban las cuentas anuales no es per se lesivo cuando se dirige a constatar que las cuentas reflejan fielmente la situación patrimonial de la sociedad, y nada añade a las actuaciones de la administración que hubieran podido resultar lesivas, llegando a afirmar: *"...que el acuerdo ponga de relieve un abuso no puede significar que sea la causa del abuso. Si el socio minoritario entiende que tal abuso se produce, dispone de remedios que van más allá de dejar a la sociedad sin las cuentas aprobadas."*

La parte recurrente pretende desentenderse de estos criterios y aspira a poder justificar su apelación pretextando la comisión de una infracción estatutaria (pues el artículo 217 del TRLSC se limita a remitir a ese marco la fijación de la retribución) para justificar su impugnación contra el acuerdo aprobatorio de las cuentas. No hay tal, porque la percepción en exceso de retribución no se habría producido merced a las cuentas aprobadas, que simplemente reflejan una determinada aplicación anterior de los fondos y dejan constancia de ello, sino, en su caso, mediante el acto mismo de empleo indebido de ese dinero, en el momento en que verdaderamente tuvo lugar, lo que podría propiciar las acciones que procediesen para combatirlo, mas no puede justificar la impugnación de su mera plasmación contable, que es precisamente el mejor soporte para fundar reclamaciones al respecto.

Por otro lado, parece obvio que sólo podrían producirse condenas a la restitución de fondos a la sociedad bien en el marco de las correspondientes acciones de nulidad de los negocios afectados o bien en el las de responsabilidad que hubieran sido dirigidas con los administradores a quienes pretendiera imponerse el pago de esas sumas, algo que el demandante parece no haber tenido presente al incluir determinados pedimentos en su demanda que no se correspondían con la acción de impugnación de acuerdos sociales en la que se centraba la causa de pedir de su demanda.

Si a la vista de las cuentas lo que ocurre es que alguno de los socios, tal como ocurre con el demandante, pudiera hallarse disconforme con la conducta de los gestores sociales que las mismas reflejan, lo que debería plantear el interesado es otro tipo de iniciativas ajenas a la impugnación de los acuerdos aprobatorios de las mismas, que, en este aspecto, habría sido correctamente desestimada. Es por todo ello que el éxito de la demanda sólo puede ser parcial.

**CUARTO.-** En relación con las costas derivadas de este proceso, consideramos que no debemos efectuar expresa imposición de las derivadas de ambas instancias. Ello se debe a los siguientes motivos : 1º) respecto de las de la primera instancia, por aplicación del número 2 de artículo 394 de la LEC , al resultar parcialmente estimada la demanda; y 2º) en lo que atañe a las de la apelación, porque así se deriva de lo establecido en el nº 2 del artículo 398 de la L.E.C . para cuando prospere, en todo o en parte, el recurso.

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso, este tribunal pronuncia el siguiente

## FALLO

1. Estimamos, en parte, el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Rodrigo contra la sentencia dictada el 25 de octubre de 2013 por el Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid en el juicio ordinario nº 66/2011, por lo que revocamos dicha resolución judicial.

Estimamos, en parte, la demanda de impugnación planteada por D. Rodrigo contra FRALFERRO SA, por lo que declaramos la nulidad de los acuerdos sociales aprobados con los números 1 y 2 del orden del día de la junta general de la mencionada entidad mercantil celebrada el 29 de diciembre de 2011.

No efectuamos expresa imposición de las costas derivadas de ambas instancias.

Devuélvase a la parte recurrente, una vez sea firme esta resolución, el depósito que hubiera tenido que constituir para poder recurrir.

Contra la presente sentencia tienen las partes la posibilidad de interponer ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, 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.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ