

Id Cendoj: 28079110012009100495
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 109/2005
Nº de Resolución: 365/2009
Procedimiento: Casación
Ponente: VICENTE LUIS MONTES PENADES
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Impugnación de la Junta y del único acuerdo adoptado, por parte del Administrador cesado en virtud de dicho acuerdo, que no asistió, por falta de legitimación de los asistentes (artículo 110 LSA), por defecto de acta (artículo 114.1 LSA) y por falta de designación expresa de Presidente y Secretario (artículo 110 LSA). No se acoge.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Junio de dos mil nueve

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el presente Recurso de Casación, interpuesto por el Procurador de Gerardo Martínez Ortiz de la Tabla, y seguido por la Procuradora D^a Patricia Rosch Iglesias, en nombre y representación de D. Moises contra la Sentencia dictada en 18 de octubre de 2004 por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5^a, en el Rollo de Apelación nº 5177/2004, dimanante de los Autos de Juicio Ordinario nº 711/2003, del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla nº 12. Ha sido parte recurrida MARINA DE LA ALGABA, S.A., representada por el Procurador D. Aníbal Bordillo Huidobro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia de Sevilla nº 12 conoció del Juicio Ordinario nº 711/2003, promovido por demanda que presentó D. Moises contra la Compañía mercantil MARINA DE LA ALGABA, S.A., en la que postulaba que se dictara Sentencia por la que se declarara la nulidad de la Junta General Extraordinaria celebrada por la sociedad demandada, y del acuerdo en ella adoptado, ordenando la inscripción de la sentencia en el Registro Mercantil, así como la cancelación de cualquier inscripción, asiento o depósito que se haya practicado en nombre de la demandada con posterioridad a la celebración de dicha Junta. La sociedad demandada compareció y se opuso.

SEGUNDO.- Por Sentencia dictada en 23 de febrero de 2004 la demanda fue desestimada, con absolución de la demandada e imposición de las costas.

TERCERO.- Interpuso el actor Recurso de Apelación, del que conoció la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, Rollo 5177/2004. Esta Sala, por Sentencia dictada en 18 de octubre de 2004, desestimó el recurso, confirmó la sentencia recurrida e impuso al apelante las costas de la alzada.

CUARTO.- Contra dicha sentencia ha interpuesto el que fue actor y apelante Recurso de Casación por el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, fundado en la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina del Tribunal Supremo. El Recurso presenta tres motivos, y fue admitido, en los términos antes señalados, por Auto de esta Sala de 8 de septiembre de 2008. Oportunamente, la parte recurrida ha presentado escrito de oposición.

QUINTO.- Para votación y fallo se señaló el día 6 de mayo de 2009, fecha en la que efectivamente tuvo lugar, siguiéndose en días sucesivos.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montes Penades,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Moises demanda a la sociedad "Marina de la Algaba, S.A." postulando sentencia en la que se declare la nulidad de los acuerdos de la Junta General Extraordinaria celebrada en 29 de enero de 2003. La Junta tenía un único punto del Orden del día, consistente en el cese del Administrador, que hasta entonces había sido el propio demandante, sustituido a partir de dicho momento por su esposa.

El actor alegaba tres motivos : (a) La Junta carece de acta, pues aunque asistió un Notario, a requerimiento de uno de los socios, y levantó Acta, no puede decirse que tenga carácter de acta de la Junta, al no haber sido requerido el Notario por el Administrador (*artículo 114 LSA*); (b) Los asistentes no exhibieron los títulos, ni el resguardo de depósito, ni certificado alguno que acreditara su condición de socio (*artículos 104 y 102 LSA*); (c) Las personas que actuaron como Presidente y Secretario no fueron expresamente designadas para ello por los socios (*artículo 110.2 LSA*).

SEGUNDO.- Las sentencias de instancia rechazaron tales alegaciones y desestimaron la demanda, así como el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla se mostraba en sintonía con el criterio de la de primera instancia y verificaba el análisis de los motivos de nulidad, ahora reiterados por el actor y recurrente :

(a) En cuanto a la asistencia, ponía de relieve que los Estatutos de la sociedad, cuyo capital está dividido en acciones al portador, no la condiciona a la legitimación anticipada, y el control de asistencia puede realizarse a través de la exhibición de títulos, pero esta previsión legal no ha podido funcionar porque la sociedad, administrada hasta el día de la Junta por el ahora demandante, no ha impreso los títulos ni los resguardos provisionales. En consecuencia, la Sala estima suficiente el control de asistencia a través de un libro de socios que lleva la sociedad y a través de los libros contables, entre los cuales el Mayor, donde existe una cuenta abierta a cada uno de los socios. Además de que se trata en el caso de una sociedad compuesta por pocos socios, apenas tres familias, y se conocen todos. Finalmente, la actitud del ahora demandante, que en Juntas anteriores, como Administrador, nunca reparó en la necesidad del depósito previo, ni se preocupó por la impresión y entrega de los títulos, resulta abiertamente contraria a la doctrina de los actos propios, un *venire contra factum* , y denota una evidente mala fe, conforme a lo dispuesto en el *artículo 7 del CC* , que los Tribunales no pueden amparar.

(b) Respecto del acta de la Junta, la Sala de instancia estima que tal defecto no puede ser generador de nulidad, además de que no puede dejar de atribuirse al acta levantada por el notario el carácter de acta de la Junta, pues su presencia fue requerida telefónicamente por el administrador convocante y fue únicamente por su incomparecencia a la Junta (incumpliendo el deber que le impone el *artículo 104.2 LSA*), por lo que se hizo constar como requirente, en calidad de mandataria verbal de la sociedad, a la Sra. Amelia , quien había interesado la convocatoria de la Junta y actuó como Presidenta. Ninguno de los asistentes mostró su oposición al hecho de que el acta autorizada por el notario valiera como acta de la Junta, prestando así su tácito consentimiento y ratificando, de este modo, el requerimiento.

(c) La actuación de la Sra. Amelia como Presidente y del Notario como Secretario no consta en el acta como efecto de la designación expresa por los asistentes, pero no cabe duda, a juicio de la Sala de instancia, de que tales nombramientos fueron tácitamente aprobados, al no mostrar su oposición ninguno de los asistentes.

TERCERO.- El Recurso de Casación presenta tres motivos :

(a) En el primero, se denuncia la infracción de los *artículos 104.1 y 102 LSA* . No es cierto, dice el recurrente, que los Estatutos no exijan la previa constatación de la legitimación de los asistentes. El *artículo 9 remite a lo dispuesto en la Ley* y en el Reglamento del Registro Mercantil. Además, una norma estatutaria no puede contrariar a una norma imperativa como es la del *artículo 104 LSA* . No puede acudirse, en una sociedad anónima cuyo capital está representado por acciones al portador, a libros o cuentas., ni la ley distinguir entre sociedades con pocos o con muchos socios. Ni la inexistencia de títulos es impeditiva de la aplicación del *artículo 104 LSA* , pues "título" es también cualquier otro documento que acredite la condición de accionista. El incumplimiento de una norma imperativa conduce a la nulidad.

(b) En el segundo, se denuncia la infracción de la norma contenida en los *artículos 114 y 113 LSA* . El acta notarial no puede tener la condición de acta de la Junta cuando el *artículo 114 LSA* solo faculta a los administradores para requerir la presencia del notario. Y la afirmación de que el administrador realizó un requerimiento telefónico no ha quedado acreditada, a juicio del recurrente. El notario aceptó el requerimiento de persona no facultada. El acta, pues, debió ser aprobada conforme previene el *artículo 113*

LSA , y no lo fue.

(c) En el tercero, se denuncia la infracción de la norma contenida en el *artículo 110 LSA* . Quienes actuaron como Presidente y Secretario se irrogaron tales cargos, pues no fueron designados por los asistentes, lo que vicia de nulidad la Junta. La falta de secretario no puede ser suplida o subsanada por la asistencia de un notario, porque para ello hubiera sido precisa su designación como tal secretario.

CUARTO.- Aunque bastaría para desestimar el Recurso en su integridad constatar que el recurrente no ha demostrado, ni se ha ocupado de ello, en un recurso que accede por la vía del *artículo 477.2.3º LEC* , que el recurso tiene "interés casacional", por cuanto la sentencia recurrida se opone a doctrina jurisprudencial de esta Sala, o que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, con la precisión que realiza el inciso final del *artículo 477.2.3º LEC* , procedemos al examen de los motivos, para dar cumplimiento a las exigencias de la tutela judicial efectiva que proclama el *artículo 24* de la Constitución.

En cuanto al primero de los motivos, en el que se denuncia la infracción de los *artículos 104.1 y 102 de la Ley de Sociedades Anónimas* , hay que tener en cuenta que la previsión del *artículo 104.1* respecto de que los Estatutos "puedan condicionar el derecho de asistencia a la Junta general a la legitimación anticipada del accionista" no se traduce, *in actu* , en que se haya dado ese condicionamiento con la mera remisión a lo dispuesto en la Ley y en el Reglamento del Registro Mercantil. El precepto, en efecto, es imperativo cuando señala los supuestos en que, *malgré tout* , no cabe impedir el ejercicio del derecho de asistencia a los titulares de acciones nominativas o a los tenedores de acciones al portador, pero no en el sentido que indica el recurrente. Por otra parte, no hay que olvidar que, como bien señala la Sala de instancia, estamos ante una sociedad que cuenta con un número relativamente pequeño de socios, que en general se conocen unos a otros, dato que, aún cuando no sustente una diferenciación que haya recogido la legislación, ha de tenerse en cuenta en la interpretación y aplicación de la norma, conforme a lo previsto en el *artículo 3.1 del Código civil* , pues constituye la "realidad social" sobre la que proyecta la disposición legislativa el sentido de su ordenación, su mandato imperativo. Finalmente, la pretensión de impugnación ni puede entenderse como una pretensión de nulidad, pues ni la letra ni el espíritu de la norma lo justifican, en vista de lo dispuesto en el *artículo 6.3 del Código civil* , toda vez que lo actuado no se halla en contradicción con lo que la norma tiene de imperativo, ni tal pretensión puede sostenerse por quien de hecho la deduce, toda vez que la ley no puede amparar el ejercicio de su derecho manifiestamente realizado contra la buena fe que es siempre exigible (*artículos 7.1 del Código civil y 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*), como un presupuesto ético de actuación, pues se trata de una conducta que se produce fuera de los valores de probidad y lealtad, lejos de un comportamiento humano objetivamente justo, leal, honrado y lógico (SSTS 26 de octubre de 1995, 2 de octubre de 2000, 22 de febrero de 2001, 20 de junio 4 de julio de 2006, 3 de enero de 2007 , etc) cuando el que era Administrador Único de la sociedad hasta el momento de la Junta impugna la constitución y el derecho de asistencia de los socios que acudieron sin tener en cuenta que él mismo no asistió, infringiendo el deber que le impone el *artículo 104.2 LSA* , y sobre todo que la sociedad no había emitido las acciones, ni los resguardos provisionales, ni se había preocupado, como sugiere la sentencia recurrida, de emisión y de la impresión de los títulos ni del depósito previo, en Juntas anteriores.

Razones por las cuales se ha de desestimar el primero de los motivos.

QUINTO.- En el motivo segundo se denuncia la infracción de los preceptos contenidos en los *artículos 114 y 113 de la Ley de Sociedades Anónimas* en cuanto entiende el recurrente que no habiendo sido requerido el Notario por el Administrador de la sociedad (que era él mismo hasta el momento en que la Junta le cesó y le sustituyó), aún cuando haya actuado de secretario, con el beneplácito de la totalidad de los asistentes, no genera un "acta notarial" (ya que solo cabría llamar así a la producida a requerimiento de los administradores) y por tanto no hay un acta, en sentido propio, de la Junta, ya que debió ser aprobada como indica el *artículo 113 LSA* y no lo fue.

El motivo se desestima.

En primer lugar, la Sala entiende que la presencia del Notario fue requerida telefónicamente por el Administrador convocante, y esta afirmación de hecho bastaría por sí misma, no habiendo sido combatida por los cauces adecuados, ni menos aún desvirtuada, para desestimar el motivo, que hace supuesto de la cuestión, esto es, parte de datos de hechos distintos de los que tiene en cuenta la Sala de instancia sin obtener previamente su modificación (SSTS 22 de mayo y 12 de junio de 2002, 28 de octubre de 2004, 16 de marzo y 8 de abril de 2005, entre muchas otras). Pero, además, hay que tener en cuenta que figura otro requirente por cuanto el ahora recurrente no asistió a la Junta, como señala la Sala de instancia, y además el Notario actuó con el beneplácito de los asistentes, sin que ninguno de ellos manifestara objeción a su presencia y a su actuación, y sin que, finalmente, se haya de olvidar que el *inciso final del artículo 114.1*

LSA obliga a los administradores a requerir la presencia de Notario cuando lo soliciten accionistas que representen al menos el 1% del capital social.

SEXTO.- En el motivo tercero se denuncia la infracción del *artículo 110 de la Ley de Sociedades Anónimas* en cuanto que quienes actuaron como Presidente y Secretario no fueron designados *expressis verbis* por los asistentes, lo que a juicio del recurrente vicia de nulidad la Junta.

El motivo se desestima.

Como destaca la sentencia recurrida, no consta en el acta la designación expresa por los asistentes, pero no cabe duda, a juicio de la Sala de instancia, de que tales nombramientos fueron realizados y aprobados, según se deduce de hechos concluyentes, pues los asistentes no formularon reparo ni objeción. En el fondo, se trata de una designación efectuada, en vista del comportamiento de los asistentes, si bien por la razón que fuere no consta en el acta de modo expreso. Esta estimación de facto, verificada por la Sala de instancia y no combatida adecuadamente, ha de prevalecer en casación. No es cierto, pues, que quienes actuaron como Presidente y Secretario "se irrogaran" tales cargos, y, en conclusión, no se ha infringido el *artículo 110 de la Ley de Sociedades Anónimas*. El motivo, de este modo, cae por su base.

SEPTIMO.- La desestimación de los motivos determina la del propio Recurso, sin que haya lugar a verificar pronunciamiento alguno en los términos prevenidos en el *artículo 487.3 LEC*, dado el carácter infundado del recurso. Procede imponer las costas al recurrente, conforme a lo previsto en los *artículos 398.1 y 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil*.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por el Procurador de Gerardo Martínez Ortiz de la Tabla, y seguido por la Procuradora D^a Patricia Rosch Iglesias, en nombre y representación de D. Moises, contra la Sentencia dictada en 18 de octubre de 2004 por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5^a, en el Rollo de Apelación nº 5177/2004, dimanante de los Autos de Juicio Ordinario nº 711/2003, del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla nº 12, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas por su Recurso de Casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Roman Garcia Varela.-Francisco Marin Castan.- Jose Antonio Seijas Quintana.-Vicente Luis Montes Penades.- Encarnacion Roca Trias.- Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.-Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Vicente Luis Montes Penades, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.