

- OBJETO** Sociedad anónima: convocatoria de junta general en la que no se hace mención del derecho de los accionistas a obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos contables que han de ser sometidos a aprobación; cuentas anuales que no muestran la imagen fiel de la situación patrimonial y de los resultados de la sociedad; privación de asistencia a junta general al representante que ostenta poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que la representada tuviere en territorio nacional; limitaciones estatutarias del derecho de asistencia; restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones al portador tras la entrada en vigor de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989 y valoración de las acciones al efecto del ejercicio del derecho de tanteo.
- PARTES** Doña María del Valle Martín Benítez (recurrente) *contra* «Juan Millán Alvarez, S. A.».
- PONENTE** Excmo. Sr. D. GUMERSINDO BURGOS Y PÉREZ DE ANDRADE.
- FALLO** Ha lugar a la estimación parcial del recurso de casación.

*DISPOSICIONES LEGALES APLICADAS:*

*Artículos 63, 105, 106, 108, 115 y 146 de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989; 123.6 del Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1989; 7.2 y 1.275 del Código Civil.*

*DOCTRINA:*

*La modificación de una cláusula estatutaria limitativa de la libre transmisibilidad de las acciones, a cuyo tenor la valoración de las acciones al efecto del ejercicio del derecho de tanteo correspondía realizarla a un censor jurado de cuentas «elegido por mutuo acuerdo o por sorteo», en el sentido de que «la hará un auditor de cuentas designado por la Junta General», puede producir recelos en el accionista minoritario, que está en inferioridad en la junta general y que, por tanto, no puede intervenir en la designación de la persona encargada de valorar imperativamente la venta de su patrimonio, por lo que procede declarar aplicable lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley de Sociedades Anónimas en cuanto a su no sometimiento al acuerdo durante*

**HECHOS:**

Primero. 1. El Procurador don Fernando Criado Ortega, en nombre y representación de doña M.<sup>a</sup> del Valle Martín Benítez, formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía, contra la entidad «Juan Millán Alvarez, Sociedad Anónima» (JUMISA), en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos: 1.º Declarar la nulidad de la convocatoria de la Junta Ordinaria para la rendición y aprobación de las cuentas sociales de 1989 de la Compañía Mercantil demandada «Juan Millán Alvarez S. A.», que se convocó para celebrar los días 27 y 28 de junio de 1990 y que se celebró en segunda convocatoria el último día citado por no haberse anunciado en dicha convocatoria el derecho de los accionistas a obtener de forma inmediata y gratuita las copias de los documentos contables que habían de ser sometidos a la Junta, y en su consecuencia la nulidad de todos los acuerdos adoptados en dicha Junta Ordinaria y que figuran en el Acta en que se reflejan. 2.º De manera conjunta y subsidiaria con la anterior pretensión que se declare la nulidad de las Cuentas Sociales sometidas a la aprobación de la Junta por haber figurado en la Cuenta de Pérdidas y Ganancias unos beneficios de setenta y nueve millones, novecientos treinta y cuatro mil setecientos catorce pesetas, siendo así, que sin perjuicio del Dictamen Contable que se practique conforme a lo previsto en el núm. 3 del artículo 119 de la Ley de S. A., los beneficios reales del Ejercicio de 1989, fueron de ciento veinticuatro millones ciento dieciocho mil doscientas treinta pesetas, lo que supone, una alteración u ocultación en principio de cuarenta y cuatro millones ciento ochenta y tres mil quinientas dieciséis pesetas; declarando igualmente la nulidad de las cuentas depositadas en el Libro Registro de Depósito de Cuentas del Registro Mercantil de la Provincia por las infracciones denunciadas en el Hecho II de esta demanda ordenando luego su cancelación. 3.º Condenar a «Juan Millán Alvarez, S. A.», a estar y pasar por las anteriores declaraciones y como consecuencia de ellas a que los administradores de la sociedad convoquen una nueva Junta con todos los requisitos del artículo 212 de la Ley de S. A., debiendo someter a la aprobación de todos los accionistas asistentes una cuenta de pérdidas y ganancias en la que figuren los beneficios reales antes indicados o los que resulten, siempre a juicio del Juzgado, del Dictamen Pericial que se practique en este proceso, todo lo cual se llevará a efecto en ejecución de sentencia. 4.º Condenarla al pago de las costas de este juicio.

2. Admitida la demanda y cuando ya se había conferido traslado de la misma a la entidad demandada, se presentó escrito de ampliación de la demanda, en el que además de acumular nuevas acciones, y alegando los fundamentos de derecho que estimó aplicables, terminó suplicando se dicte sentencia que contenga también los siguientes pronunciamientos: 1.º Declarar

el derecho de la actora, como titular de 13.120 acciones al portador de la sociedad JUMISA, a transmitir las sin las restricciones establecidas en la Junta Extraordinaria de 28 de mayo de 1991, y el derecho a hacerlo mediante escritura pública, conforme al artículo 56 de la LSA; 2.º) Condenar a la compañía demandada a estar y pasar por la anterior declaración y al pago de las costas.

3. Dado traslado de dicha demanda y escrito de ampliación de la misma, por la representación de la sociedad demandada, se presentó escrito oponiéndose a ella y solicitando se dicte sentencia desestimatoria de la demanda, absolviendo a la sociedad demandada y condenando en costas a la actora.

4. Tramitado el procedimiento, el Juez de Primera Instancia núm. 1 de los de Córdoba, dictó sentencia el 1 de junio de 1992, que contenía el siguiente FALLO: «Que estimando parcialmente la demanda inicial de estos autos y su ampliación posterior, deducida por el Procurador señor Criado Ortega, en nombre y representación de doña María del Valle Martín Benítez, contra la entidad mercantil «Juan Millán Alvarez, S. A.» (JUMISA), representada por el Procurador señor Pérez Angulo, debo declarar y declaro los siguientes pronunciamientos: a) No ha lugar a declarar la nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta Extraordinaria de 28 de mayo de 1991 sobre modificación de estatutos, conversión de las acciones al portador en nominativas, valoración de las acciones en el ejercicio del derecho de tanteo y derecho de asistencia a la Junta y representación. b) Sin perjuicio de lo anterior, declarar el derecho de doña María del Valle Martín Benítez a transmitir las acciones de la sociedad demandada, de las que en ejecución de sentencia acredite ser titular, sin las restricciones acordadas en la Junta Extraordinaria de 28 de mayo de 1991, dentro del plazo de tres meses, que en la actualidad se halla suspendido como medida cautelar. c) No haber lugar a la declaración de nulidad de pleno derecho de la Junta Ordinaria de 28 de junio de 1991. d) Declarar la nulidad absoluta de las cuentas sociales aprobadas en la Junta Ordinaria de 28 de junio de 1991, por no expresar fielmente la situación patrimonial de la sociedad ni los beneficios correspondientes al ejercicio de 1990. Condenando a la entidad demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones, y sin hacer expresa imposición de las costas causadas, por lo que cada parte abonará las devengadas a su instancia, y, las comunes, por mitad».

Segundo. Apelada la anterior sentencia por la representación de la parte demandante, y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba, dictó sentencia el 7 de noviembre de 1992, que contenía la siguiente Parte Dispositiva: «FALLAMOS. Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por el Procurador señor Criado Ortega, en nombre y representación de doña María del Valle Martín Benítez contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de 1.ª Instancia, número 1 de los de Córdoba, de fecha 1 de julio de 1992, autos de menor cuantía 1157/91, y estimando, igualmente de forma parcial las pretensiones deducidas por el Procurador señor Pérez Angulo, en nombre y representación de «Juan Millán Alvarez, S. A.» (JUMISA), adheriéndose a la apelación, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución, formulándose las si-

guientes declaraciones: 1.º Reconocer a doña María del Valle Martín Benítez la titularidad sobre 13.120 acciones de la entidad demandada JUMISA. 2.º Declarar que la transmisibilidad de las precitadas acciones queda afectada por las restricciones acordadas en la Junta General Extraordinaria celebrada el día 28 de mayo de 1991, sin que les sea aplicable lo dispuesto en el artículo 146 del Texto Refundido de 22 de diciembre de 1989. 3.º Declarar la nulidad absoluta de la Junta General Ordinaria celebrada el día 28 de junio de 1991, así como de todos los acuerdos adoptados en ella, especialmente declarándose la nulidad absoluta de las cuentas sociales aprobadas en la misma. Y desestimando en parte el recurso de apelación y las pretensiones de la demandada adherida al recurso, se confirma la sentencia apelada, en los pronunciamientos contenidos en el apartado a) de su parte dispositiva. No se formula expresa condena en las costas causadas en primera instancia».

Tercero. 1. Notificada la resolución anterior a las partes, se interpuso recurso de casación por la representación de doña María del Valle Martín Benítez, con apoyo en los siguientes motivos: Primero. Fundado en el número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida viola por interpretación errónea el apartado segundo del artículo 7 del Código Civil e igualmente la jurisprudencia de la Sala recaída en sentencias de 2 de febrero de 1984, 31 de diciembre de 1985, 5 de abril de 1986 y 16 de marzo de 1987. Segundo. Fundado en el apartado quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida infringe normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones litigiosas, en la medida en que viola el artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas en relación con el artículo 1.275 del Código Civil. Tercero. Fundado en el apartado quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida viola por interpretación errónea el artículo 106 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas y por falta de aplicación el artículo 108 de la referida Ley. Cuarto. Al amparo de lo dispuesto en el apartado quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida infringe el artículo 63 de la Ley de Sociedades Anónimas en relación con el artículo 123.6 del reglamento del Registro Mercantil y el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia. Quinto. Al amparo de lo dispuesto en el apartado 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Infracción del artículo 146 de la Ley de Sociedades Anónimas.

2. Admitido el recurso y conferido traslado para la impugnación del mismo, por el Procurador don Carlos de Zulueta y Cebrián, se presentó escrito impugnando dicho recurso y suplicando se desestimen todos y cada uno de los motivos del mismo.

3. No habiéndose solicitado la celebración de vista pública por todas las partes personadas en este recurso, se señaló para votación y fallo del mismo el día 10 de los corrientes, fecha en que ha tenido lugar.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1. Se solicitaba en la demanda que iniciaba la presente *litis*, la nulidad absoluta de los acuerdos tomados en la Junta General Extraordinaria celebrada el 28 de

mayo de 1991 por la entidad mercantil «Juan Millán Alvarez S. A.», referidos los citados acuerdos a la modificación de los estatutos en lo que respecta a: conversión de las acciones al portador en nominativas, valoración de las acciones en el ejercicio del derecho de tanteo, asistencia a la Junta y representación; y en un escrito de ampliación se añadía además, que se declarara el derecho de la actora a transmitir libremente sus acciones al portador.

En la citada demanda inicial también se postulaba una declaración de nulidad absoluta de la Junta Ordinaria celebrada con fecha 28 de junio de 1991, por dos tipos de razones: por la infracción producida a la actora al haber impedido la asistencia de su representante, y por no reflejar las cuentas aprobadas en dicha junta la situación patrimonial de la sociedad.

El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Córdoba dicta sentencia con fecha 1 de junio de 1992 determinando: no haber lugar a declarar la nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta General Extraordinaria de 28 de mayo de 1991, por lo que respecta a los puntos impugnados en el procedimiento; sin perjuicio de declarar el derecho de la demandante a usar la facultad que le concede el artículo 146 de la LSA. También determina no haber lugar a la declaración de nulidad de pleno derecho de la Junta Ordinaria de 28 de junio de 1991, sin perjuicio de declarar la nulidad de las cuentas sociales aprobadas, por no expresar fielmente la situación patrimonial de la sociedad.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de apelación, resuelto por la Audiencia con fecha 7 de noviembre de 1992, en cuya resolución se concretan los puntos del debate, eliminando del mismo la impugnación del acuerdo relativo a la conversión de las acciones al portador en nominativas, plenamente aceptado por las partes. La Audiencia revoca parcialmente la sentencia apelada, en el único sentido de: reconocer a doña M.ª del Valle Martín Benítez la titularidad sobre 13.120 acciones, cuya determinación el Juzgado había remitido al trámite de ejecución de sen-

tencia; denegar a la demandante el derecho a la libre transmisión de sus acciones, así como el derecho que establece el artículo 146 de la Ley de Sociedades Anónimas; y declarar la nulidad absoluta de la Junta General Ordinaria celebrada el 28 de junio de 1991 por las dos causas o motivos que se pedía; en todo lo demás confirma la resolución recurrida.

El presente recurso se sustenta en cinco motivos, citándose en todos ellos, por un error subsanable, el desaparecido número cinco del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Conviene de principio dejar establecido para una mayor claridad, que los pronunciamientos que aquí se combaten han quedado reducidos a los acuerdos adoptados en la Junta General Extraordinaria, en relación con: la valoración de las acciones en el ejercicio del derecho de tanteo, la asistencia a las Juntas y su representación, y la libre transmisibilidad de las acciones pertenecientes a la propiedad de la parte actora. Todas las demás cuestiones inicialmente postuladas han sido consentidas por aquietamiento, incluida la nulidad absoluta de la Junta Ordinaria de 28 de junio de 1991.

2. En el primer motivo del recurso se denuncia la infracción del artículo 7.2.º del Código Civil, y la doctrina jurisprudencial relativa al abuso del derecho. Esta doctrina inicia su evolución a partir de la conocida sentencia de 14 de febrero de 1944, en la que se establecen unas líneas fundamentales, que allí se enumeran de la siguiente forma: «a) uso de un derecho, objetiva o externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar, o sencillamente sin un fin serio y legítimo), o bajo forma objetiva (cuando el daño procede de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho)». Se puede concretar esa doctrina afirmando, que los derechos subjetivos tienen unos límites de orden moral, teleológico y social, y cuando se obra en aparente ejercicio de un derecho, traspasando en realidad los límites

impuestos al mismo por la equidad o la buena fe, con daño para terceros, se incurre en responsabilidad; en estricto sentido, quien usa de su derecho no puede cometer abuso alguno, abusa quien ejecuta un derecho que realmente la Ley no le ha concedido. La doctrina científica critica el margen de inseguridad, que el indispensable arbitrio judicial puede producir al fijar los límites del derecho subjetivo de acuerdo con su fin, pero conviene puntualizar, que el examen subjetivo de la conducta del agente en función del móvil y del fin, está limitado objetivamente por la función social que corresponde al derecho ejercitado, y tiene como ámbito propio el de no poder invocarse, cuando la sanción del exceso pernicioso en el ejercicio de un derecho está garantizado por un precepto legal, o dicho de otro modo, el abuso del derecho es una institución de equidad para la salvaguarda de intereses que todavía no alcanzan una protección jurídica.

El precedente resumen jurisprudencial, al que se añadirá la recomendación de la aplicación restrictiva de esta figura, debe ponerse en relación con el caso que nos ocupa, para determinar si los acuerdos adoptados, y ahora discutidos, en la Junta Extraordinaria referida, pueden calificarse como abusivos en función de la doctrina expuesta.

La Junta fue convocada para la modificación de los Estatutos sociales, y estas modificaciones estaban todas ellas autorizadas en la ley, habiéndose cumplido, desde otro punto de vista, todos los requisitos formales exigidos, incluida la representación y el asesoramiento de la señora demandante. Cosa distinta es que alguno de los acuerdos merezca ser puntualizado en la forma que será tratada en los motivos siguientes, pero ese estudio y posible rectificación, que tiene establecido en la ley su cauce procedimental, no puede ser atribuible al conjunto de los acuerdos adoptados en la mencionada Junta, aplicando un abuso del derecho por el ejercicio antisocial del mismo, y declarando que falta un interés serio y legítimo en tal ejercicio. El derecho a es-

tablecer restricciones a la transmisibilidad de las acciones nominativas está reconocido en la Ley, en donde también se regula la salvaguarda de los derechos de los accionistas; del mismo modo la Ley reconoce y regula la asistencia a las juntas y el derecho de representación, estableciéndose los límites y las excepciones de obligado cumplimiento; esta regulación legal impide entender que se han traspasado los límites morales o teleológicos en el ejercicio de un derecho expresamente autorizado por la Ley, ya que no aparece justificado ese alegado ánimo general de perjudicar al socio minoritario; lo que no impide analizar en su lugar oportuno, y evitar en lo posible, los menoscabos que la adopción de los acuerdos, en la forma en que se han hecho, puedan afectar a la parte demandante.

El razonamiento que antecede viene a dejar también vacío de contenido el motivo segundo, en el que se denuncia la infracción del artículo 115 de la LSA, en relación con el artículo 1.275 del Código Civil, regulador de los contratos que carecen de causa, o con causa ilícita; circunstancia esta última que, como hemos visto, no se da en el presente caso, en el que se ha operado, en líneas generales, de conformidad con los preceptos legales.

3. En el motivo tercero se plantea una cuestión prácticamente resuelta; la asistencia de los socios a las Juntas y el derecho a ser representados, materia regulada en los artículos 105 y siguientes de la Ley. Está legítimamente autorizado que se establezca en los Estatutos sociales la limitación de los derechos de asistencia y voto, en relación con la posesión por el socio de un determinado número de acciones, que no podrá ser superior al uno por mil del capital social. Precisamente en ese literal sentido se orienta el acuerdo que ahora se impugna. El derecho de representación del socio, se establece que podrá recaer con carácter general en cualquier persona, aunque no sea accionista, pero deja autorizado el precepto legal, que en los Estatutos se pueda limitar esa facultad. También en ese concreto sentido aparece recogido en el acuerdo que se impugna,

sin que sea necesaria cualquier otra adición o modificación del acuerdo, pues las excepciones a esas facultades limitativas las recoge con carácter imperativo el artículo 108, al referirse a la siempre lícita representación por el cónyuge, ascendiente, descendiente y representante con poder para administrar todo el patrimonio.

Decíamos al principio que la cuestión aparece prácticamente resuelta, pues por no haberse atemperado la decisión del Presidente a lo dispuesto en la Ley, la Audiencia declaró la nulidad absoluta de la Junta Ordinaria celebrada el 28 de junio de 1991, en donde no se permitió la asistencia del Letrado de la parte actora, que tenía conferido un poder general de administración.

4. En los motivos cuarto y quinto se plantean dos cuestiones íntimamente relacionadas, citándose como infringidos los artículos 63 y 146 de la LSA, el artículo 123.6 del Reglamento del Registro Mercantil, y el artículo 2.º de la Ley de Defensa de la Competencia. Se impugna la sentencia recurrida al haberse declarado en la misma, que la modificación en la forma de valorarse las acciones en el caso del ejercicio del derecho limitativo de tanteo, no podía perjudicar los derechos de la demandante en su condición de accionista minoritario, y la consecuencia deducida de esta declaración, era no concederle el plazo de *vacatio* que autoriza el citado artículo 146 de la Ley.

En los primitivos Estatutos se establecía también un derecho de tanteo, limitativo a la libre transmisibilidad de las acciones, que el texto de la Ley de 1951 no circunscribía a las acciones nominativas como hace en la actualidad el artículo 63; la valoración de las acciones se decía que debía efectuarse por un censor jurado de cuentas, «elegido por mutuo acuerdo o por sorteo», pero en el acuerdo modificativo se cambia la redacción y se establece, «que la valoración la hará un auditor de cuentas designado por la Junta General». Esta nueva forma de efectuar la designación del auditor encargado de fijar el pre-

cio de las acciones, puede producir recelos en el accionista minoritario, que está en inferioridad en la Junta general, y que por tanto no puede intervenir en la designación de la persona encargada de valorar imperativamente la venta de su patrimonio; sin que se puedan poner como ejemplo analógico los artículos 64, 68, 147, etc., de la Ley, pues en todos ellos, después de citarse al auditor de cuentas de la sociedad, y para el caso de que ésta no estuviera obligada a la verificación de las cuentas anuales, encarga al Registrador Mercantil del domicilio social la designación de un nuevo auditor. Esta intervención de un tercero imparcial, evita el riesgo de que el grupo mayoritario de accionistas (sobre todo en las sociedades familiares de pequeño número de participantes) pueda imponer su criterio en la designación del arbitrador.

Íntimamente ligados con esta auténtica modificación, que introduce un cambio sensible en los supuestos que contemplaba el Estatuto anterior al acuerdo adoptado en la Junta General Extraordinaria, está la concesión del plazo de *vacatio* que autoriza para estos supuestos el artículo 146 de la Ley; plazo que resulta obligado conceder a la demandante, pues, como se ha argumentado, se ha condicionado de algún modo la transmisibilidad de sus acciones, primero al convertirlas en nominativas, aunque este cambio no suponga la imposición de una restricción que ya existía, pero sí que supone restricción la adoptada forma de designar la persona del tercero, encargado de fijar el precio de la venta de las acciones.

Al entender correcta la concesión de este plazo a la recurrente, procede la estimación de los motivos cuarto y quinto del recurso, en los que se plantea esta cuestión y se pide su declaración; resultando obligada la casación de la sentencia recurrida en este único punto; es decir, modificándola en el concreto extremo de declarar aplicable lo dispuesto en el artículo 146 de la LSA actualmente vigente, en cuanto al no sometimiento de la señora demandante al acuerdo en el que se restringe la transmisibilidad de sus acciones

durante el plazo de tres meses, contados desde la publicación de tal acuerdo en el BO del Registro Mercantil; y todo ello sin hacer pronunciamiento alguno en cuanto a las costas de este recurso (art. 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

## COMENTARIO:

### 1. INTRODUCCIÓN

La Sentencia número 749/1996, de 25 de septiembre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo adolece de una manifiesta falta de precisión en el extremo relativo a los hechos tomados en consideración. No sólo no resultan relatados con suficiente claridad, debida sobre deseable, sino incluso contradicha su enunciación en los *Antecedentes de Hecho* por la efectuada en los *Fundamentos de Derecho*.

Las pretensiones de la actora, accionista de la sociedad anónima demandada (*sociedad cerrada* según parece), se incluían en el escrito instante del proceso (juicio declarativo de menor cuantía) y en un escrito de ampliación. Viene a incurrir en una suerte de anacoluta la sentencia cuando en cada una de sus partes detalla el contenido de ambos documentos. Los hechos relevantes son, a mi entender, los que seguidamente expongo.

El 28 de mayo de 1991 se celebró junta general extraordinaria de la sociedad demandada en la que se acordó modificar los estatutos sociales en varios puntos: «conversión de las acciones al portador en nominativas, valoración de las acciones en el ejercicio del derecho de tanteo, asistencia a la Junta y representación». A la acción de impugnación de acuerdos sociales fue acumulada otra acción, ésta tendente a «que se declarara el derecho de la actora a transmitir libremente sus acciones al portador», es decir, «a transmitir las sin las restricciones establecidas en la Junta Extraordinaria de 28 de mayo de 1991», así como «el derecho a hacerlo mediante escritura pública, conforme al artículo 56 de la LSA».

El 28 de junio de 1991 fueron aprobadas en junta general ordinaria las cuentas anuales de la sociedad demandada correspondientes al ejercicio anterior. En relación con ello solicitó la actora, en primer lugar, la declaración de nulidad de la convocatoria de la junta «por no haberse anunciado en dicha convocatoria el derecho de los accionistas a obtener de forma inmediata y gratuita las copias de los documentos contables que habían de ser sometidos a la Junta» y, consecuentemente, la «de todos los acuerdos adoptados en dicha Junta Ordinaria y que figuran en el Acta en que se reflejan»; conjunta y subsidiariamente, la declaración de nulidad «de las Cuentas Sociales sometidas a la aprobación de la Junta», en definitiva «por no reflejar la situación patrimonial de la sociedad», así como la «de las cuentas depositadas en el Libro Registro de Depósito de Cuentas del Registro Mercantil de la Provincia por las infracciones denunciadas en el Hecho II de esta demanda ordenando luego su cancelación»; en fin, la condena de la sociedad demandada «a estar y pasar por las anteriores declaraciones y como consecuencia de ellas a que los administradores de la sociedad convoquen una nueva Junta con todos los requisitos del artículo 212 de la Ley de S. A., debiendo someter a la aprobación

de todos los accionistas asistentes una cuenta de pérdidas y ganancias en la que figuren los beneficios reales antes indicados o los que resulten, siempre a juicio del Juzgado, del Dictamen Pericial que se practique en este proceso, todo lo cual se llevará a efecto en ejecución de sentencia». A más de esto, la petición de declaración de «nulidad absoluta» de la junta se fundó asimismo en «la infracción producida a la actora al haber impedido la asistencia de su representante».

El Tribunal Supremo tenía que pronunciarse únicamente sobre algunas de las cuestiones suscitadas en torno a la junta general extraordinaria, cuyos acuerdos habían sido declarados válidos en ambas instancias. La modificación de los estatutos sociales en cuanto a la conversión de las acciones al portador en nominativas no se había planteado en el recurso de apelación (el respectivo acuerdo social había devenido «plenamente aceptado por las partes»). La pretensión conducente a obtener la declaración de nulidad de la junta general ordinaria, rechazada en la primera instancia (en la que sí fue declarada «la nulidad absoluta de las cuentas sociales aprobadas en la Junta Ordinaria de 28 de junio de 1991, por no expresar fielmente la situación patrimonial de la sociedad ni los beneficios correspondientes al ejercicio de 1990»), había prosperado en la segunda (en atención a que «no se permitió la asistencia del Letrado de la parte actora, que tenía conferido un poder general de administración» —y «especialmente declarándose la nulidad absoluta de las cuentas sociales aprobadas en la misma»—). Tales cuestiones habían resultado «contentadas por aquietamiento».

Así pues, el Tribunal Supremo se enfrentaba, de un lado, con la impugnación de la modificación estatutaria concerniente a «la valoración de las acciones en el ejercicio del derecho de tanteo, la asistencia a las Juntas y su representación», y, de otro lado, con la solicitud de que se declarara «la libre transmisibilidad de las acciones pertenecientes a la propiedad de la parte actora» (petición, ésta, atendida en la primera instancia —«sin las restricciones acordadas en la Junta Extraordinaria de 28 de mayo de 1991, dentro del plazo de tres meses, que en la actualidad se halla suspendido como medida cautelar»— pero no en la segunda —en la que se resolvió «denegar a la demandante el derecho a la libre transmisión de sus acciones, así como el derecho que establece el art. 146 de la Ley de Sociedades Anónimas»—).

No son pocos los temas que podrían someterse a pormenorizado estudio con ocasión de la lectura de la sentencia de la que se trata. Me parece oportuno prestar atención mayor a las cuestiones afrontadas por el Tribunal Supremo y en otro grado a las restantes debatidas en el proceso.

### 2. REFERENCIA A LAS CUESTIONES NO PLANTEADAS EN EL RECURSO DE CASACIÓN

Conforme a lo alegado por la demandante, la junta general ordinaria no fue *debidamente convocada* («por no haberse anunciado en dicha convocatoria el derecho de los accionistas a obtener de forma inmediata y gratuita las copias de los documentos contables que habían de ser sometidos a la Junta»).

La Ley de Sociedades Anónimas regula los derechos naturalmente correspondientes a la condición de socio. El derecho de información, reconocido en abstracto en el artículo 48.2.d), recibe concreción en el 112 (en el que se disciplina el por lo común denominado *derecho de información en sentido estricto*) y en otros artículos (de manera que se puede hablar de diversas modalidades del derecho de información), en uno de los cuales, el 212.2, resulta conectado con el sometimiento de las cuentas anuales a la aprobación de la junta general de accionistas. La posición jurídica del socio aparece fortalecida (en comparación con la derivada de lo dispuesto en el art. 110.1 de la Ley de 1951), entre otras razones, en la medida en que quien convoque la junta (en la que se vaya a tratar de las cuentas anuales) debe *recordarle* que es titular de un derecho y que puede ejercerlo (el art. 212.2 —según la redacción dada al párrafo primero por el apartado 19 de la disposición adicional segunda de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada— establece, luego de prescribir que «a partir de la convocatoria de la junta general, cualquier accionista podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como en su caso, el informe de gestión y el informe de los auditores de cuentas», que «en la convocatoria se hará mención de este derecho»).

De inmediato debería el exégeta tomar en consideración la hipótesis de la contravención de la norma contenida en el párrafo segundo del artículo 212.2 —quizá quepa interpretar el silencio como conformidad en todo con el tratamiento jurisprudencial dado a las convocatorias de juntas generales de accionistas— (M. J. PEÑAS MOYANO [«El derecho de información del accionista: cautelas exigidas para su efectividad (STS de 15 de noviembre de 1994)», en *Revista de Derecho de Sociedades*, 1996, núm. 6, págs. 233-243] se ha ocupado de ello con ocasión del comentario de una resolución jurisdiccional [*Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, Boletín Oficial del Estado*, 1994, número marginal 1015] en la que se vino a declarar la nulidad de los acuerdos adoptados en junta general en cuya convocatoria se incluía la siguiente mención: «quedan a disposición de cualquier accionista los documentos indicados en el punto primero de esta convocatoria» —mención que, a juicio del Tribunal Supremo fundado en la doctrina jurisprudencial elaborada en torno a los arts. 108 y 110 de la Ley de 1951, no satisface las exigencias de *información del socio* requeridas por el 212.2 de la vigente—; estima la citada autora [págs. 242-243] que tal sanción de nulidad, en línea de principio procedente «en ausencia de una norma específica que establezca especiales consecuencias», sin embargo puede resultar «una grave sanción» en casos como el resuelto en la Sentencia de 15 de noviembre de 1994 —«la sociedad, cuya junta se impugna, cuenta con un reducido número de socios, cercanos todos entre sí y participantes en la gestión social»—).

Dudo de la oportunidad de no tratar singularmente la contravención de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 212.2 (parece claro que no se hallan en el mismo plano de relevancia las menciones que deben constar en la convocatoria de una junta general que constituyen un *novum* para el accionista —fecha y lugar de la reunión, orden del día, en su caso modificaciones estatutarias propuestas— y la que de suyo no representa sino el

*recordatorio* de la existencia y de la posibilidad de ejercer un derecho en los términos establecidos en la norma legal que lo reconoce). Lo cierto es que la falta de previsión de un efecto para el supuesto de contravención (*vide* el art. 6.3 del Código Civil) y, sobre todo, el régimen jurídico de formación de la que vale como voluntad social (*vide* los arts. 93.1 y concordantes y 115.2 de la Ley de Sociedades Anónimas) permiten fundar en un criterio seguro la declaración de nulidad de los acuerdos adoptados en junta general *indebidamente convocada* por mor de inobservancia del requisito que nos ocupa. Mas cabría mitigar el rigor de tan estricto planteamiento de la cuestión introduciendo alguna que otra matización: destacadamente, no extendiendo la tacha a los acuerdos respecto de los cuales sea intrascendente el ejercicio del derecho de información en relación con las cuentas anuales formuladas (en el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1975 [*Colección Legislativa de España. Jurisprudencia Civil*, 1975, número marginal 308], el nombramiento de un componente del consejo de administración a pesar del incumplimiento del deber de información derivado del art. 110 de la Ley de 1951); esto sin perjuicio de vedar cuando proceda el ejercicio abusivo del derecho de impugnación (por ejemplo, en el supuesto de que conste que el impugnante había usado de las facultades inherentes al derecho de información no obstante la omisión de aquella mención en la convocatoria).

En el caso objeto de estudio, la junta general ordinaria no fue declarada nula en la primera instancia (y la declaración de nulidad *de las cuentas anuales* se basó en que no *expresaban fielmente la situación patrimonial de la sociedad ni los beneficios correspondientes al ejercicio anterior*), sí en la segunda (pero porque al representante de la accionista demandante *no se permitió la asistencia*); en suma, según parece, el alegado defecto de la convocatoria no fue determinante de ninguno de tales pronunciamientos. Si el proceso discurrió como cabe presumir, con la declaración de nulidad *de las cuentas anuales* tuvo que ver la práctica de la prueba. En cuanto a que el presidente de la junta general no permitiera asistir a la reunión al representante de la accionista demandante (respecto de lo cual la sentencia no especifica —*expressis verbis*— el motivo) es preciso traer a colación la circunstancia de que en la previa junta general extraordinaria se habían modificado los estatutos sociales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 106.1, con la finalidad de requerir la condición de accionista en la persona del representante (de esto debo volver a tratar —*vide* el apartado 3.1—). Surge así la cuestión de si esa *limitación estatutaria* se ha de entender incluida entre las *restricciones* de las que el artículo 108 dispensa en los supuestos unificados bajo el epígrafe «*representación familiar*» (*vide* F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, *La representación de los accionistas en la junta general de la sociedad anónima*, Madrid, 1990, pág. 109 y sigs., especialmente 113-114, que apunta la respuesta negativa, y, en sentido contrario, R. URÍA, A. MENÉNDEZ y J. M. MUÑOZ-PLANAS: «La junta general de accionistas (arts. 93 a 122 de la Ley de Sociedades Anónimas)», en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigido por R. URÍA, A. MENÉNDEZ y M. OLIVENCIA, tomo V, Madrid, 1992, págs. 200 y 204; *vide* también, en la línea de una respuesta afirmativa, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de enero de 1995 [*Boletín Oficial del Estado*, número 41, de 17 de febrero de 1995] y las en ella citadas).

El conflicto de intereses resulta manifiesto (no única, pero sí principalmente, en el caso de *sociedad cerrada*). Por una parte se halla el interés en precaver intromisiones de personas ajenas al círculo de las directamente implicadas en la marcha de la sociedad; por otra, el que subyace a la facilitación del ejercicio del derecho de asistencia. La Ley (art. 106.1) permite que los estatutos confieran una especial protección al enunciado en primer lugar, pero a la vez reserva un mínimo inderogable de tutela (como se puede colegir de la literalidad del art. 108) a este otro interés; criterio confirmado, por demás, en la sentencia objeto de estudio.

### 3. LAS CUESTIONES PLANTEADAS EN EL RECURSO DE CASACIÓN

#### 3.1. *La modificación de los estatutos sociales: limitaciones del derecho de asistencia*

En la junta general extraordinaria de la sociedad demandada se acordó la modificación de los estatutos. Me refiero en este momento, entre los puntos sometidos a la consideración del Tribunal Supremo, a las limitaciones del derecho de asistencia. Según se puede colegir de la sentencia, la modificación estatutaria consistió en hacer uso de las facultades reconocidas en los artículos 105.1 y 106.1, en concreto estableciendo, respectivamente, el requisito de la posesión de un número mínimo de acciones para asistir a junta general y el de la concurrencia de la condición de accionista en la persona del representante. La demandante y recurrente invocó, en el concepto de infringidos por la sentencia recurrida, los artículos 115 de la Ley de Sociedades Anónimas (*acuerdos sociales impugnables*) y 7.2 (*abuso y ejercicio antisocial del derecho*) y 1.275 (*contratos sin causa o con causa ilícita*) del Código Civil, así como «la doctrina jurisprudencial relativa al abuso del derecho».

Bajo la vigencia de la Ley de 1951, en cuyo artículo 38.II se reconocía la posibilidad de que los estatutos limitasen el derecho de asistencia en función del *número mínimo de títulos poseídos*, se había defendido la tesis según la cual no era admisible el establecimiento de tal limitación por vía de modificación estatutaria (*vide* R. URÍA, en *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, con J. GARRIGUES, tomo I, 3.<sup>a</sup> edición revisada, corregida y puesta al día por A. MENÉNDEZ y M. OLIVENCIA, Madrid, 1976, págs. 443-444); fundada dicha opinión en la circunstancia de que aquel precepto *no señalaba el número máximo de acciones que los estatutos podrían exigir a los socios para participar en las juntas*, con el riesgo de que se *podiera excluir prácticamente a los pequeños y medios accionistas de la concurrencia a las juntas generales acordando la fijación de un elevado número de acciones como mínimo indispensable para poder asistir a ellas*, la cautela introducida por el artículo 105.1 de la Ley vigente («sin que, en ningún caso, el número exigido pueda ser superior al uno por mil del capital social») disipa cualquier duda sobre la procedencia de implantar la limitación a través de una modificación de los estatutos (*vide* R. URÍA, A. MENÉNDEZ y J. M. MUÑOZ-PLANAS, *ibidem*, págs. 184-186). La sentencia se ampara en la conformidad de la cláusula estatutaria resultante de la modificación con la permisión contenida en el artículo 105.1 para declarar su validez.

Ahora bien, no cabe desconocer que la figura de la limitación del derecho de asistencia tiene presencia natural en las sociedades grandes, ello con las miras puestas en facilitar —cuando no simplemente hacer posible— la organización y el desarrollo de las reuniones de los socios. De modo que su introducción por vía de modificación de los estatutos en una sociedad de no muchos accionistas puede producir el efecto, en el caso concreto, de la práctica ablación de aquel derecho (si —reitero que por las circunstancias concurrentes— no hubiera lugar a ejercer, con arreglo a lo previsto en el art. 105.3, la facultad de agrupación de acciones). Este resultado puede ser el perseguido por la mayoría, y entonces parece razonable cuestionar si el acuerdo de modificación merece tacha (recuérdese la invocación, en el supuesto que nos ocupa, de la doctrina del abuso de derecho). De lo que se trata es de decidir si la fijación de un límite cuantitativo a la facultad de limitar estatutariamente el derecho de asistencia (la milésima parte del capital social), contenida en el artículo 105.1, ampara su uso con independencia de cualesquiera otras consideraciones [quede claro que lo que traigo a la palestra no es la discutida necesidad de que la modificación de los estatutos tenga que acomodarse a lo dispuesto en el art. 148 —acerca de lo cual *vide* A. M. TOBÍO RIVAS: *Limitaciones de los derechos de asistencia y voto del accionista (art. 105 LSA)*, Madrid, 1995, pág. 82 y sigs., especialmente 85 a 87—]. Dejo apuntada la procedencia de combatir un acuerdo tal, adoptado en circunstancias como las imaginadas en hipótesis, sobre la base de la reacción frente a los actos que deban considerarse ejecutados en fraude de ley —*vide* el art. 6.4 del Código Civil en relación con los arts. 48.2.c) y concordantes de la Ley de Sociedades Anónimas.

Respecto de la limitación de la facultad de ejercer el derecho de asistencia por medio de representante en el sentido de que deba coincidir en éste la cualidad de accionista, incluida en los estatutos de la sociedad demandada al amparo de lo dispuesto en el artículo 106.1, lo planteado es si la cláusula debe redactarse de tal manera que las excepciones establecidas en el artículo 108 queden expresamente a salvo. Supuesta la interpretación de este último precepto conforme a la cual el régimen excepcional se extiende a las limitaciones estatutarias permitidas por aquel otro (a lo que aludí en el apartado 2), la sentencia declara la validez de la cláusula puesta en entredicho. Es un problema de mera técnica jurídica. Con palabras extraídas de la más arriba citada Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de enero de 1995, «tan sólo en aquellos supuestos en que de la regulación que sobre un determinado particular se contenga en los estatutos, resulte claramente la voluntad de excluir la aplicación de una norma inderogable, cabría rechazar su inscripción, pero no en aquellos otros, como el presente, en que se limite a introducir una limitación a la amplia facultad de representación que el artículo 106.1 de la Ley permite pero sin que con ello resulte que se pretenda imponerla, incluso en aquellos casos en que la Ley no la admite».

#### 3.2. *La modificación de los estatutos sociales: restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones*

La libre transmisibilidad de las acciones de la sociedad demandada, acciones al portador, había sido objeto de restricción estatutaria, probablemente desde

su constitución, en cualquier caso en momento anterior a la entrada en vigor de la Ley de 1989 (considero además, pues de la sentencia no resulta lo contrario, que al portador eran todas las acciones de la sociedad).

Como se sabe, la posibilidad de limitar estatutariamente la libre transmisibilidad de las acciones al portador fue cuestión debatida durante la vigencia de la Ley de 1951 (y aun antes, dado el silencio del Código de Comercio en la materia —vide J. GARRIGUES: *Tratado de Derecho mercantil*, tomo I, volumen 2.º [Sociedad anónima, sociedad comanditaria por acciones, sociedad de responsabilidad limitada], Madrid, 1947, pág. 926, nota 67, y A. PEDROL: «Cláusulas estatutarias restrictivas de la transmisibilidad de acciones en las sociedades anónimas», en *Revista de Derecho Privado*, septiembre de 1949, págs. 717-747, *ibi*, 728-730: aquél proclive, éste crítico—). La literalidad de las normas (arts. 46 y 85.III de la Ley —y 104 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956—) daba cobertura a la posición de plena conformidad (vide R. URÍA, *ibidem*, págs. 525-527 y 532-534 —si bien sólo respecto del momento fundacional—; en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, las Sentencias de 5 de abril y 1 de julio de 1961 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1961, números marginales 1800 y 2876, respectivamente], la segunda de las cuales mantuvo la validez de la modificación estatutaria consistente en restringir la transmisibilidad de acciones al portador originariamente no sujetas a tal limitación). Consideraciones de índole más bien dogmática, mas con sólida base normativa (vide los arts. 545.I.2.º —texto anterior a la reforma operada por la Ley del Mercado de Valores— y 174.II del Código de Comercio y 59.I de la Ley de 1951), condujeron a M. BROSETA (*Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*, 2.ª edición, Madrid, 1984, págs. 80-97 —1.ª edición, 1963—, y *Manual de Derecho mercantil*, 7.ª edición, Madrid, 1987, págs. 250-251) a sostener con denuedo la *incompatibilidad entre acciones al portador y restricciones estatutarias* (vide también, en esta otra línea de pensamiento, J. GIRÓN: *Derecho de sociedades anónimas (Según la Ley de 17 de julio de 1951)*, Valladolid, 1952, págs. 235-236; J. RUBIO: *Curso de Derecho de sociedades anónimas*, 3.ª edición, Madrid, 1974, págs. 152-153; M. DE LA CÁMARA: *Estudios de Derecho mercantil*, volumen II, 2.ª edición, Madrid, 1978, págs. 94-95). Por demás, las restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones al portador habían adquirido carta de naturaleza en la práctica societaria de la época.

Tal estado de cosas tenía que cambiar a raíz de la entrada en vigor de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989; esto es, el 1 de enero de 1990 (vide la disposición derogatoria). En efecto, con arreglo al nuevo régimen jurídico de estas sociedades (vide los arts. 52.1, 63.1 y 146), las acciones al portador —las acciones representadas por medio de títulos al portador— no son susceptibles de quedar sujetas a restricciones estatutarias a su libre transmisibilidad. Naturalmente era lógico preguntarse cuál sería la suerte que deberían correr las restricciones estatutarias conformes con la disciplina precedente. La respuesta venía dada por lo establecido en la disposición transitoria segunda: «Las disposiciones de las escrituras y estatutos de sociedades anónimas que se opongan a lo prevenido en esta Ley quedarán sin efecto a partir de su entrada en vigor». Quiere decirse, cabalmente, que las cláusulas *estatutarias* limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones al portador (y las

redactadas en términos generales en cuanto afectaran a éstas) devinieron aquella fecha *ineficaces* por ministerio de la ley (vide, del mismo parecer, M. BROSETA: *Manual de Derecho mercantil*, 9.ª edición, Madrid, 1991, pág. 251, y G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ: «Los negocios sobre las acciones en la Ley de Sociedades Anónimas», en *Derecho de los Negocios*, 1991, número 14, págs. 1-6, *ibi*, 2).

Para las sociedades interesadas, que ciertamente habían disfrutado de una *vacatio legis* (vide el artículo cuarto —en cuanto modificó la Ley de 1951 [apartado segundo del art. 38 y apartado primero del art. 39.b)]— y la disposición final tercera de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades), no era baladí la producción de la consecuencia indicada (acerca de las funciones de la figura en examen, vide M. BROSETA: *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*, en particular págs. 24-27 y 52-54). Esta preocupación trascendió, explícitamente o no, a la literatura jurídica, en la que se intentó defender, con diversidad de argumentos a cuya exégesis no puedo prestar atención aquí, la pervivencia de la eficacia, con uno u otro alcance, de las cláusulas afectadas, como es obvio sólo en relación con las acciones al portador emitidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley (vide J. A. MARTÍNEZ SANCHIZ: «Los estatutos sociales y su modificación», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXX [*Homenaje al Excmo. Sr. D. Manuel de la Cámara Álvarez*], volumen II, págs. 1-47, *ibi*, 9-11; J. C. SÁNCHEZ GONZÁLEZ: «La acción como título y como valor mobiliario negociable. La transmisión de acciones», en AA.VV., *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación. Las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, en comandita por acciones*, 3.ª edición, Madrid, 1990, págs. 327-428, *ibi*, 422; M. DE LA CÁMARA: «Las cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones en la nueva legislación de sociedades anónimas», en *Academia Sevillana del Notariado*, tomo IV [*Homenaje al Profesor Jordano Barea*], Madrid, 1991, págs. 243-317, *ibi*, 251-261; A. MADRID PARRA: «Representación y transmisión de acciones. Cláusulas limitativas», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1992, núms. 203-204, págs. 147-242, *ibi*, 229-234). La Dirección General de los Registros y del Notariado eludió pronunciarse en la Resolución de 20 de junio de 1992 (*Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, 1992, volumen I, págs. 482-485) «sobre la eventual vigencia respecto de las acciones preexistentes de este artículo 5 de los Estatutos originarios, en tanto se concluye el plazo de adaptación previsto en la disposición transitoria 3.ª del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas»; en otras Resoluciones (vide las de 13 y 14 de noviembre de 1991 [*ibidem*, 1991, volumen I, págs. 492-497] y 24 de julio de 1992 [*ibidem*, 1992, volumen I, págs. 511-516]), que no versaban sobre la cuestión de la que ahora se trata, ha tendido a interpretar la disposición transitoria segunda estableciendo una distinción entre *mero desajuste* y *oposición* a lo prevenido en la Ley. Ambas orientaciones han sido censuradas por R. CABANAS TREJO («Las disposiciones transitorias», en *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, coordinación de F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, R. GARCÍA VILLAVERDE, L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, A. ALONSO UREBA, L. VELASCO SAN PEDRO y G. ESTEBAN VELASCO, tomo II, Madrid, 1996, págs. 1245-1325, *ibi*, 1265-1266 y



1293 —nota 111—), que señala con precisión que «adaptación no es sinónimo de *vacatio*».

A mi entender, las acciones al portador de la accionista demandante (como las restantes emitidas por la sociedad demandada) no devinieron *libremente transmisibles* a partir de la entrada en vigor de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989. Entonces quedó *sin efecto* (no *derogada* en modo alguno) la *disposición estatutaria* en virtud de la cual dichas acciones padecían limitación a su libre transmisibilidad. Pero la importancia de los intereses en presencia (a los que antes aludí al poner de manifiesto la relevancia práctica de la aplicación de la disposición transitoria segunda) justifica la toma en consideración de la oportunidad de postular el *mantenimiento de eficacia* de la *cláusula* en cuestión siquiera sea en un plano inferior al prístinamente determinado; quiere decirse como expresión de una *restricción convencional* (*vide*, acerca de la distinción entre *restricciones convencionales* y *restricciones estatutarias*, M. BROSETA: *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*, págs. 45-51). Porque parece razonable circunscribir la *pérdida de eficacia* de la *cláusula* estatutaria a la medida en que la tenía en cuanto tal *cláusula* estatutaria; esto es, para *reputar válida frente a la sociedad la restricción pactada o acordada*. En el supuesto que nos ocupa no tuvo lugar ni se suscitó la *transmisión* de las acciones vigente ya la Ley (que, en su caso, se habría debido regir por el art. 56); por demás, su tratamiento requeriría confeccionar el elenco de todas las posibles situaciones, dado que la sentencia no proporciona datos suficientes (básicamente, titularidad del *derecho de tanteo* —¿de la sociedad?, ¿de los restantes accionistas?, ¿de algunos accionistas?, ¿de personas extrañas a la sociedad?, ¿de unos y de otros?— y *documentación de las acciones* —¿títulos no impresos y entregados?, ¿títulos impresos y entregados con mención de la restricción?, ¿sin ésta?—). Sea lo que fuere, lo cierto es que la *cláusula estatutaria* dejó de producir el efecto típico de las *restricciones estatutarias* a la libre transmisibilidad de las acciones.

Así las cosas, la junta general extraordinaria modificó los estatutos sociales, por una parte, para convertir las acciones al portador en nominativas, y, por otra, para cambiar el procedimiento de valoración de las acciones al efecto del ejercicio del *derecho de tanteo* (que debería realizarse, conforme a la redacción anterior de la cláusula, por un censor jurado de cuentas «elegido por mutuo acuerdo o por sorteo»; según la resultante, por un auditor de cuentas «designado por la Junta General»).

La modificación llevada a cabo comportaba, en primer lugar, la adaptación en tiempo y forma de los estatutos a lo dispuesto en la nueva Ley de Sociedades Anónimas por cuanto en este punto se hallaban en contradicción con sus preceptos (*vide* el apartado primero de la disposición transitoria tercera; en relación con ello, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de septiembre y 9 de diciembre de 1993 [*Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, 1993, volumen I, págs. 539-543 y 684-688, respectivamente] y 18 de mayo de 1994 [*ibidem*, 1994, volumen I, págs. 360-363]). Y determinaba, en segundo lugar, el establecimiento —con rigor, el *restablecimiento*— de una restricción *estatutaria* a la libre transmisibilidad de las acciones; en virtud, concretamente,

de la conversión de las acciones al portador en nominativas —y del mantenimiento, si bien reformada, de la cláusula, en aquel momento *ineficaz*, reconocedora del *derecho de tanteo*— (no cabe calificar sino como desafortunada la sugerencia de GIMÉNEZ DUART —realizada en el curso de una conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Barcelona en octubre de 1989 y reseñada, precisamente con las palabras que a continuación se transcriben, por M. TARRAGONA COROMINA: «Pactos restrictivos a la libre transmisibilidad de acciones», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXXI [*Conferencias sobre la nueva Ley de Sociedades Anónimas*], págs. 63-102, *ibi.*, 76 y 77— según la cual, «puestos a elegir, intérpretese que se ha producido una transformación *ex lege* de las acciones en nominativas, en vez de una caducidad *ex lege* del pacto limitativo»).

Entra en juego el artículo 146, cuyo texto conviene recordar: «Cuando la modificación estatutaria consista en restringir o condicionar la transmisibilidad de las acciones nominativas, los accionistas afectados que no hayan votado a favor de tal acuerdo no quedarán sometidos a él durante un plazo de tres meses, contados desde la publicación del acuerdo en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil»». Como se ve, este precepto (del cual fue precedente el art. 85.III de la Ley de 1951) viene a constituir una singularidad respecto del principio de sumisión de todos los accionistas a los acuerdos de la junta general en virtud de lo dispuesto en el artículo 93.2. Conforme al régimen especial del artículo 146, el acuerdo al que se refiere no devendrá vinculante para todos los socios sino transcurrido el lapso que se establece; entretanto (durante la comúnmente denominada *vacatio* de la cláusula restrictiva) podrán los accionistas que no hubieran votado a favor transmitir sus acciones sin necesidad de atemperar su conducta a la requerida por la limitación resultante de la modificación estatutaria. Doy por supuesto que el representante de la accionista demandante no emitió en la junta voto favorable a la modificación de los estatutos (con todo, en la sentencia se dice que la conversión de las acciones al portador en nominativas terminó siendo *plenamente aceptada por las partes* y no fue planteada en el recurso de apelación; entiendo, sin embargo, que no por ello tenía que decaer la pretensión de la actora de que se declarara el derecho a transmitir libremente sus acciones, porque, en primer lugar, la limitación surgió de consuno de la conversión de las acciones y del mantenimiento de la cláusula ineficaz hasta entonces, y, en segundo término y sobre todo, la actora recurrente en apelación persistió en su solicitud, dato inequívocamente excluyente de la idea de renuncia). Parece claro que la situación descrita se corresponde con la contemplada en el artículo 146.

Mas una duda me asalta. La *vacatio* concedida por el artículo 146 encuentra su razón de ser (lo digo con palabras tan autorizadas —y generalizadamente acogidas— como las de J. GARRIGUES, en *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, con R. URÍA, tomo II, 3.<sup>a</sup> edición revisada, corregida y puesta al día por A. MENÉNDEZ y M. OLIVENCIA, Madrid, 1976, pág. 249) en que «si la limitación se introduce en una reforma de estatutos, los antiguos accionistas, que adquirieron sus títulos sobre la base de ser libremente transmisibles, van a sufrir una restricción en uno de sus derechos esenciales». No es el caso de la accionista demandante en relación con la modificación estatutaria puesta en

entredicho, ya que ésta no afectó a una situación de libre transmisibilidad de las acciones fundada en la voluntad de los interesados, sino en la producción de uno de los efectos inherentes a la entrada en vigor de la Ley en virtud de su disposición transitoria segunda. No hay, en suma, correspondencia sustancial entre la situación descrita y la contemplada en el artículo 146 en atención a la *ratio* de la norma. De modo que cabría sostener (y, en la tesitura de tener que pronunciarme, así lo hago) que debería prevalecer el interés de la sociedad demandada.

El Tribunal Supremo falla el litigio declarando «aplicable lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley de Sociedades Anónimas actualmente vigente, en cuanto al no sometimiento de la señora demandante al acuerdo en el que se restringe la transmisibilidad de sus acciones durante el plazo de tres meses contados desde la publicación de tal acuerdo en el Boletín Oficial del Registro Mercantil». Funda su decisión en que «se ha condicionado de algún modo la transmisibilidad de sus acciones, primero al convertirlas en nominativas, aunque este cambio no suponga la imposición de una restricción que ya existía, pero sí que supone restricción la adoptada forma de designar la persona del tercero, encargado de fijar el precio de la venta de las acciones». Ni siquiera se hace mención a lo largo de la sentencia de la disposición transitoria segunda de la Ley. Parece como si el Tribunal Supremo hubiera considerado que su entrada en vigor no afectó a la cláusula estatutaria limitativa de la libre transmisibilidad de las acciones, acciones al portador, de la sociedad demandada (a no ser que la vía de razonamiento aquí seguida la haya recorrido igualmente pero sin manifestarlo). Y asimismo da por supuesta la validez del procedimiento de valoración de las acciones al efecto del ejercicio del *derecho de tanteo* establecido en la cláusula resultante de la modificación de los estatutos; reforma en la que de suyo basa la resolución adoptada.

Lo primero que hay que decir al respecto es que vuelve a echarse de menos la inclusión de datos suficientes en la sentencia (no se puede olvidar que la accionista demandante había acumulado una acción de impugnación de acuerdos sociales y otra tendente a la declaración del propio derecho). No es hacedero saber a ciencia cierta, por una parte, si la restricción consistía en el reconocimiento de un simple *derecho de adquisición preferente* o en el de un *derecho de tanteo con opción* (con regímenes evidentemente diversos —*vide*, con particular referencia a la cuestión de la valoración de las acciones, I. LOJENDIO: «La determinación del precio en las cláusulas estatutarias restrictivas de la transmisión inter vivos de acciones», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, tomo II, págs. 1995-2033, especialmente 2003 y sigs. y 2018 y sigs.—), como tampoco lo es, por otra parte, si la cláusula se circunscribía a fijar el procedimiento de designación del perito que en su caso habría de valorar las acciones o además contemplaba los criterios para ello (*vide* el minucioso catálogo de sistemas de fijación del precio formulado por L. FERNÁNDEZ DEL POZO y G. HERRERO MORO: *El precio en las cláusulas restrictivas de la libre transmisibilidad de acciones o participaciones*, Madrid, 1994, pág. 43 y sigs.). De manera que me atengo a lo conocido.

El artículo 123.6 del Reglamento del Registro Mercantil de 1989 disponía —y el del mismo número del vigente dispone— que «no podrán inscribirse en el Registro Mercantil las restricciones estatutarias que impidan al accionista obtener el valor real de las acciones». La exigencia de un *justo precio* —*valor real*— constituía lugar común en la interpretación y la aplicación del régimen instaurado por la Ley de 1951 (*vide* R. URÍA, *ibidem*, págs. 530-531, y M. BROSETA: *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*, págs. 107-114), de forma que el precepto reglamentario puede ser entendido como *concreción* de la norma legal, al fin y al cabo regla interpretativa del principio de transmisibilidad de las acciones asimismo informador del régimen vigente, contenida en el artículo 63.2 —«serán nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intransmisible la acción»— (*vide* I. LOJENDIO, *ibidem*, págs. 2018-2020). No parece, pues, que una cláusula estatutaria que encomienda a *un auditor de cuentas designado por la junta general* la valoración de las acciones deba merecer tacha con arreglo a lo expuesto, sin perjuicio, claro está, de dejar a salvo la eventualidad de que el precio que se determine no resulte admitido por los interesados por mor de falta de correspondencia con *el valor real de las acciones* (no obstante, *vide* L. FERNÁNDEZ DEL POZO y G. HERRERO MORO, *ibidem*, pág. 92, los cuales apuntan la conveniencia de evitar nombramientos *ad hoc*). De todos modos, como dije, la sentencia da por supuesta la validez de la cláusula (válida incluso visto el texto del apartado séptimo del art. 123 del Reglamento vigente —«los estatutos podrán establecer que el valor real sea fijado por el auditor de cuentas de la sociedad, y si ésta no lo tuviere, por el auditor que, a solicitud de cualquier interesado, nombre el Registrador Mercantil del domicilio social»— en cuanto permite expresamente la extensión a las transmisiones de acciones *inter vivos* y voluntarias de la regla establecida en el artículo 64.1.II de la Ley en relación con las *mortis causa* y las forzosas).

Ahora bien, aun puesta de manifiesto la sustancial corrección de la modificación de los estatutos de la sociedad demandada, queda por responder el interrogante relativo a la posibilidad de reputar subsumida la situación planteada en la tomada en consideración por el artículo 146 de la Ley. No cabe desconocer que la alegación de la accionista demandante apuntaba directamente a la línea de flotación de una clase profesional, la de los auditores de cuentas, de cuyas actuaciones hay que esperar se hallen guiadas por las ideas de independencia e imparcialidad (al respecto, *vide* R. ILLESCAS: «Auditoría, aprobación, depósito y publicidad de las cuentas anuales (arts. 203 a 222 de la Ley de Sociedades Anónimas)», en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigido por R. URÍA, A. MENÉNDEZ y M. OLIVENCIA, tomo VIII [*Las cuentas anuales de la sociedad anónima*], volumen 2.º, Madrid, 1992, págs. 25-27 y 30-31, y J. M. MUÑOZ-PLANAS: «Derecho de adquisición preferente: alcance de la oferta de venta y valor real de las acciones», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo II [*Sociedades mercantiles*], Madrid, 1996, págs. 2125-2139, *ibi*, 2135-2139); pero lo que interesa determinar es si la modificación estatutaria, por más *recelos* que produzca en aquélla, justifica la concesión de la *vacatio* reconocida por la norma. Ciertamente, su tenor literal —«cuando la modificación estatutaria consista en restringir o condicionar la transmisibilidad de las acciones nomi-

nativas»— permite entender comprendidas en el supuesto de hecho no sólo las modificaciones estatutarias que comporten la *creación* de una limitación a la libre transmisibilidad de las acciones, sino también las que vengan a restringirla o condicionarla *en mayor medida*. Aquí se descubre la *ratio decidendi* de la sentencia, según la cual «sí que supone restricción la adoptada forma de designar la persona del tercero, encargado de fijar el precio de la venta de las acciones»; parecer y pronunciamiento que no puedo compartir en atención a las reflexiones expuestas con precedencia.

*Pablo Luis Núñez Lozano*