

2. DERECHO MERCANTIL

Por R. SÁNCHEZ DE FRUTOS

II. SOCIEDADES

A) ANÓNIMAS

AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL MEDIANTE LA EMISIÓN DE NUEVAS ACCIONES CON CARGO EL 50 POR 100 A RESERVAS LIBRES Y EL OTRO 50 POR 100 POR DESEMBOLSO DINERARIO A EFECTUAR POR LOS SUSCRIPTORES (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1990).

El tema central propuesto consiste en si es correcto en el aumento de capital social que el contravalor de las nuevas acciones consista parte en la transformación de reservas y parte en nuevas aportaciones al patrimonio social, estableciendo así un modo más de fijación, combinación de los literalmente previstos en el artículo 88 de la Ley. El procedimiento es impugnado con el argumento de que el mandato del párrafo 1.º, *in fine*, del artículo 94 de la Ley que veda la exigencia de desembolso alguno a los accionistas, alcanza, en toda su extensión, a todos los supuestos de ampliación en que figure traspaso de la cuenta de reservas a la de capital, tanto si este traspaso representa el contravalor total de la acción como si sólo absorbe parte del mismo, de suerte que la ampliación es contraria a la Ley a cuyo amparo sólo pudo actuarse, a lo sumo, desdoblado la operación en una ampliación con cargo a la cuenta de reservas, cuyas acciones habrían de entregarse a los accionistas sin desembolso alguno y otra con aportación de capital solo. Tal tesis es improsperable al negar, junto a la aportación de bienes y traspaso de cuentas en el balance, esta tercera solución de ampliar el capital combinando aquellos otros dos en situaciones como la presente, olvidando que si la sociedad que desea distribuir beneficios, que figuran como reservas libres en sus balances está a la vez necesitada de una efectiva aportación patrimonial, nada impide que busque cubrir la necesidad financiera sentida con la emisión de acciones nuevas en las que, poniendo en juego las modalidades del artículo 88 de la Ley se consigue aquel fin primero sin excluir que, al propio tiempo, se pueda llegar hasta el apalancamiento de la sociedad, mediante la financiación complementaria, con tal de que queden garantizados, sin asomo de duda, de una parte los derechos que la posesión de acciones antiguas confiere a sus titulares, así respecto del control de la sociedad como en lo que hace a su participación en el haber social y conservación de esta participación y, de otra, la asignación exclusivamente a ellos de las reservas llamadas al juego de contravalor. Todo ello conjugando el futuro social con la busca de una justicia económica que ha de llegar a considerar también la dilución del valor de las acciones

antiguas que la entrada de nuevos socios representa y que aquí no aparece insatisfecha, después de aquella llamada preferente a los antiguos titulares para la suscripción proporcionada de las nuevas acciones y, en su caso, con la posibilidad de venta de derechos percibiendo en el precio la adecuada compensación.

PACTOS LIMITATIVOS DE LA LIBRE TRANSMISIBILIDAD DE LAS ACCIONES A EXTRAÑOS: LA ATRIBUCIÓN A LA ESPOSA DE ACCIONES DE ORIGEN GANANCIAL EN LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, AUNQUE FIGURARAN A NOMBRE DEL MARIDO, NO SUPONE APLICACIÓN DEL PACTO ESTATUTARIO (SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1988).

Este Tribunal Supremo ya estableció en su Sentencia de 17 de abril de 1967, dictada en un supuesto en el que los Estatutos de una sociedad restringían la libre transmisibilidad de las acciones, prohibiendo su enajenación a extraños sin ofrecerlas previamente al Consejo de Administración, incluso en el caso de adquisición por terceros mediante el ejercicio de acciones judiciales o de otra índole, "... que la cláusula referida no puede estar en condiciones de impedir la atribución a la esposa de la mitad de las acciones que figuraban a nombre del marido, porque éste no ostentaba respecto de las mismas otro carácter que el de administrador de la sociedad legal de gananciales a que aquéllas pertenecían y en cuyo patrimonio tenían ambos cónyuges una cotitularidad indiscriminada, lo que hace que, cuando se verifica la adjudicación separada como consecuencia de la liquidación de lo que era ganancial, no se enajena ni se vende nada en favor de la esposa, que tampoco lo adquiere como resultado del ejercicio de una acción judicial, que son los supuestos contemplados en los estatutos, sino que recibe lo que era suyo y no sólo del marido, adquiriendo la titularidad individual y concreta sin previo acto dispositivo, sino meramente declarativo sobre dichas acciones en cuanto bienes muebles... de que no puede ser privada con abono de su importe, so pretexto de unas alegadas cualidades o condiciones personales, *intuitu personae*, derivadas de la restricción pactada, que servirá, en su caso, para cerrar al exterior la sociedad de que se trata respecto de futuros adquirentes, pero que no es bastante para transformar la esencia de la acción a los efectos aquí contemplados"; quiere decirse con lo expuesto que, admitido el carácter ganancial de las acciones, no hay enajenación ni transmisión, sino adjudicación especificativa, por acto declarativo, a quien tiene una cotitularidad real, frente a la que no puede primar la meramente formal que alega la sentencia de instancia; doña ... (la esposa) no es extraña ni ajena a la sociedad anónima y, consiguientemente, no se dan los presupuestos necesarios para el ejercicio del retracto previsto en los Estatutos, que en doctrina pacífica han de interpretarse de modo restrictivo en cuanto imponen limitaciones o trabas a la libre transmisibilidad de acciones, aun admitiendo su licitud, conforme al artículo 1.255 del Código Civil, siempre que no se traspasen los límites señalados por el propio precepto (Sentencia citada, la de 24 de noviembre de 1978, que alega el recurrente y la Resolución de la Dirección General de los Registros de 15 de marzo de 1974). Y téngase en cuenta que la presunción de gananciales de los bienes existentes en el matrimonio, contenida en el artículo 1.401 del Código Civil, en su redacción anterior a la reforma de 13 de mayo de 1981, sigue vigente después de ella, cual expresa el artículo 1.361, aunque esto no incida en el caso contemplado, al no discutirse tal carácter. Diferente sería el supuesto contemplado en el artículo 1.352, cuando se

trate de nuevas acciones suscritas como consecuencia de la titularidad de otras privativas, que conservarán tal carácter privativo aunque para el pago de la suscripción se utilizaren fondos comunes, ya que entonces la sociedad de gananciales sólo justificará un derecho de crédito por el valor de lo desembolsado y si produjere transmisión entre los cónyuges sí que habría lugar al ejercicio del derecho de retracto.

DERECHO DE INFORMACIÓN: SU ALCANCE (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1989).

Como tiene proclamado esta Sala en Sentencia de 7 de octubre de 1985, el artículo 65 de la Ley de Sociedades Anónimas en manera alguna autoriza al accionista a investigar en la contabilidad y en los libros sociales, ni menos aún en toda la documentación de la sociedad, ... pues su derecho al respecto queda reducido a solicitar por escrito, con anterioridad a la reunión de la Junta, o verbalmente durante la misma, los informes o aclaraciones que estimase precisos y a examinar el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la propuesta sobre distribución de beneficios y la Memoria y, en su caso, el informe de los censores de cuentas, lo que en modo alguno le fue negado, si se tiene en cuenta que el detallado examen de antecedentes de tales conceptos en lo referente al balance..., no es actividad encomendada a los accionistas, sino a los censores jurados de cuentas según lo prevenido en el artículo 108 de la mencionada Ley de Sociedades Anónimas.

JUNTAS GENERALES: REQUISITOS DE CONVOCATORIA. PUEDE PRESCINDIRSE EN CIERTOS CASOS DE LA PUBLICACIÓN EN EL "BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO", PERO NO DEL PLAZO DE QUINCE DÍAS QUE HAN DE MEDIR ENTRE ANUNCIO Y CELEBRACIÓN (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1987).

La convocatoria de la Junta general, habida cuenta de la composición de la sociedad integrada por tres socios todos ellos administradores, pudo decidirse e intentarse por aquellos dos que confesadamente ejercen las funciones de tales (habida cuenta de las imprecisiones estatutarias) dirigiéndose de consuno al socio tercero comunicándole el orden del día y la fecha y hora de la celebración en primera y segunda convocatoria y esa citación puede entenderse válidamente sustitutiva del anuncio publicado en el *Boletín Oficial del Estado* y en un diario de mayor circulación de la provincia y con ello se satisface enteramente, en el caso, tanto el artículo 49 como la parte del 53 referente al anuncio de la convocatoria. No se ha cumplido, sin embargo, con lo prevenido en el primero de los párrafos de este últimamente citado artículo 53, de suyo de obligado cumplimiento y que además aparece reproducido en el artículo 10 estatutario, ya que se ha faltado al plazo por cuanto las convocatorias se establecieron los días del 5 al 7 para los 8 y 10, siempre del mes de septiembre, con lo cual aparece evidenciado que no se interpuso entre la convocatoria y la celebración que tuvo efecto, al parecer, el día 10, y en la que recayeron los importantes, y más para el impugnante, acuerdos que luego le fueron notificados *a posteriori*, no se interpu-

so —se repite— el necesario plazo de los quince días intercalares a que el texto legal se refiere con el carácter de plazo mínimo: "por lo menos quince días antes", dice.

3. La observancia de ese plazo de quince días es inexcusable, ya que está impuesto por la ley en el lugar citado y pensado en garantía del socio y no puede prescindirse del mismo salvo el caso de la Junta universal que contempla el artículo 55, la cual Junta precisa la efectiva concurrencia de todos los socios, presentes o representados, y que se acepte por unanimidad la celebración de la misma. Fuera de este supuesto, no puede celebrarse Junta válida sin antecederle la convocatoria establecida en forma y con la anticipación mínima de los quince días, indispensable aun cuando, como en el caso, se trate de sociedad anónima de las llamadas cerradas, de escaso número de socios y difícilmente adaptables al régimen jurídico de la Ley de 17 de julio de 1951.

JUNTAS GENERALES: LUGAR DE CELEBRACIÓN; CAMBIO DEL DOMICILIO SOCIAL NECESIDAD DE SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL (SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 1988).

Ha de declararse la nulidad de convocatoria de la Junta impugnada, por razón del domicilio señalado para la celebración de la misma, pues se celebró en Madrid por haber acordado otra Junta anterior el traslado del domicilio de Jerez de la Frontera a dicha capital, siendo así que no hubo inscripción de tal cambio en el Registro Mercantil, y que tanto en el poder... como en la escritura de ... el Presidente del Consejo declara paladinamente que el domicilio social de la entidad mercantil radica en Jerez de la Frontera, unido a la carencia de efectos por falta de inscripción del acuerdo de la mutación domiciliar...; máxime cuando tal exigencia sube de punto ante la circunstancia relevante de que siendo las acciones de esta sociedad títulos al portador, y careciendo por ende del control prevenido para las nominativas en el artículo 35, 2.º inciso, de la Ley de 17 de julio de 1951 —lo que de suyo implica una mayor rapidez en la transmisibilidad y el consiguiente desconocimiento del titular—, una ajustada protección de los intereses de los poseedores de esta clase de acciones exige el cumplimiento riguroso del mandato del artículo 63 de dicha Ley que evidentemente es de carácter general, pero que en el accionariado al portador al haber una mayor desvinculación con el ente social, el ejercicio del derecho de voto consustancial a la acción, parece precisar de ese rigor sustantivo de que sea en el núcleo domiciliar donde se celebre la reunión de la Junta, ya que ordinariamente es ella el único lazo de unión y seguimiento de la vida societaria.

Nota: Véase la Sentencia de 28 de marzo de 1989, extractada a continuación, que ratifica la precedente.

JUNTAS GENERALES: DOMICILIO SOCIAL EL CAMBIO A OTRA LOCALIDAD REQUIERE ACUERDO DE JUNTA ANTERIOR A LA CONVOCATORIA E INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1989).

La sociedad tenía su domicilio en Pozuelo de Alarcón, lo cual, en efecto, así ha de entenderse por cuanto el acuerdo del Consejo de Administración de 9 de junio de 1984 carecía en absoluto de virtualidad para operar el cambio pretendido a Madrid, dada la manifiesta incompetencia de aquel órgano para adoptarlo, por implicar modificación estatutaria (art. 11, 3.º, 3, de la Ley de Sociedades Anónimas), debiendo advertirse que no fue ratificado por la Junta general hasta el día 29 siguiente, precisamente en la Junta general en relación a la cual se ha ejercitado la acción impugnatoria, a más de que la inscripción en el Registro Mercantil de la modificación correspondiente del artículo 3.º de los Estatutos sociales —necesaria para la efectividad del cambio de domicilio, como tiene declarado esta Sala en Sentencia de 15 de julio de 1988— se realizó en 13 de agosto siguiente, o sea, con posterioridad a la celebración de la Junta en cuestión. Por tanto, cuando se convoca la Junta general y se designa como lugar para su celebración el número 70, 2.º, C, de la calle... de Madrid, e incluso al acontecer ésta, el domicilio social continuaba fijado en Pozuelo de Alarcón, localidad distinta.

Argumenta el recurrente que el artículo 63-1.º de la Ley de Sociedades Anónimas, si se interpreta conforme al criterio establecido en el artículo 3.º del Código Civil, permite afirmar que la palabra "localidad" es asimilable a "provincia" a los efectos de celebración de la Junta general y sostiene que tal asimilación en cuanto al ámbito territorial de la "localidad" tendría fundamento en que, según la propia Ley, la publicación de los anuncios de la convocatoria de la Junta debe realizarse en el *Boletín Oficial del Estado* y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia (art. 53-1.º), y también en que la constitución de la sociedad ha de inscribirse en el Registro Mercantil, cuya demarcación es asimismo provincial; esta argumentación, tan endeble y nada convincente, cede ante la evidencia de que la Ley distingue, como no podría ser de otro modo, entre "localidad" y "provincia" y determina con claridad que las Juntas generales "se celebrarán en la localidad donde la sociedad tenga su domicilio", disposición que no cabe eludir por la referencia a un diario de la provincia —o al *Boletín Oficial del Estado*— para dar publicidad a la convocatoria, por cuanto es obvio que obedece a motivación muy diferente y es a efectos de esta publicidad cuando se considera procedente la difusión del anuncio en la forma establecida, mientras que en punto a la celebración de la Junta sigue la Ley un criterio distinto y determina con precisión que ha de tener lugar en la localidad —pueblo o ciudad— designado como domicilio social; en cuanto a la circunstancia de que las escrituras de constitución de las sociedades se inscriban en el Registro Mercantil, de ámbito provincial, es algo absolutamente irrelevante en relación con el tema que nos ocupa. Tampoco la proximidad, en este caso, de Pozuelo de Alarcón (lugar del domicilio social) y Madrid (capital donde se celebró la Junta), permite, dado el carácter terminante del artículo 63-1.º, una interpretación extensiva del concepto de "localidad" atendiendo a la presente "realidad social", pues una exigencia legal tan estricta, cuya finalidad es la seguridad jurídica, que se traduce en facilitar, sin dudas perturbadoras, la asistencia de todos los socios a las Juntas generales y evitar alteraciones arbitrarias del lugar de su celebración, sea o no señalando uno cercano, e incluso inmediato, a la sede de la sociedad —interés

general no identificable con el de un socio determinado— no posibilita variación alguna, salvo el supuesto de fuerza mayor que impida la celebración en la localidad donde la sociedad tenga su domicilio, que evidentemente no concurre por cuanto es impensable que no hubiera podido celebrarse la Junta en Pozuelo de Alarcón.

JUNTAS GENERALES. POSIBILIDAD DE CELEBRACIÓN DESPUÉS DE TRANSCURRIDOS SEIS MESES DE FINALIZADO EL EJERCICIO (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1987).

La Junta general cuyos acuerdos se impugnaron tuvo lugar el 29 de septiembre de 1983, sin que fuera impugnada la regularidad de su constitución por parte de la persona que representaba en ella al socio demandante, quien se limitó a votar en contra de los acuerdos relativos a la aprobación de la Memoria, balance y cuenta de resultados del ejercicio que finalizó el día 31 de diciembre de 1982, así como el acuerdo de elección y reelección de administradores y el de nombramiento de accionistas censores para el ejercicio de 1983. La falta de impugnación de la regular constitución de la Junta y la aceptación de pasar a la deliberación y votación impide volver sobre el tema de la regularidad de constitución de la Junta..., pues si bien la Junta debió celebrarse antes del transcurso de seis meses a partir del comienzo del ejercicio, nada impide, en principio, que los administradores enmienden eficazmente su omisión, sin esperar a que los socios lo pidan judicialmente en ejercicio del artículo 57, párrafo 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas, que conduciría asimismo a una Junta general ordinaria, pues la interpretación contraria, sobre la base de un exceso de formalismo, llevaría al absurdo de imponer una actuación judicial, cuando no se ha producido una actitud renuente de los administradores, quienes, en este caso y dentro del plazo de los seis primeros meses, habían hecho saber a todos los accionistas el retraso en la celebración de la Junta, por dificultades derivadas de una sustancial auditoría que cambió totalmente los planteamientos contables de los ejercicios anteriores.

IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES. OPOSICIÓN A LA CELEBRACIÓN DE LA JUNTA: FORMULADA OPOSICIÓN A LA CELEBRACIÓN DE LA JUNTA POR DEFECTOS EN LA CONVOCATORIA, ADVIRTIENDO QUE, DE CELEBRARSE, IMPUGNARÍA LOS ACUERDOS ADOPTADOS POR NULIDAD, NO ES NECESARIA LA IMPUGNACIÓN DE CADA ACUERDO (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1988).

De acuerdo con la Sentencia de esta Sala de 13 de octubre de 1961 de que advirtiéndose el principio de la sesión que la reunión que se celebraba no se podía verificar por la causa de defecto en la convocatoria, absteniéndose después en las votaciones, es claro que con la admisión formulada de que de insistir en la celebración los acuerdos serían impugnados, éstos quedaban afectados del vicio de nulidad anunciado, sin ser necesario que sobre ellos, ni en forma total o particularmente en cada uno, se hiciera constar la protesta por quien hacía ya saber el defecto en que se había incurrido, doctrina la dicha, de que cuando se

trata de infracciones que pueden afectar a la validez de la convocatoria debe hacerse constar al abrirse la sesión, reiterada en la Sentencia de 23 de noviembre de 1970.

IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES. LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER EL PROCEDIMIENTO DEL ARTICULO 70 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS: NO BASTA CON LA EMISIÓN DEL VOTO CONTRARIO AL ACUERDO; ES NECESARIO CONSTE EN ACTA, CON ABSOLUTA CLARIDAD, LA OPOSICIÓN AL ACUERDO IMPUGNADO (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1988).

Una recta aplicación de la doctrina sancionada en la Sentencia de esta Sala de 4 de marzo de 1980 y reiterada, por citar algunas de las más recientes, en las de 22 de diciembre de 1986 y 15 de junio y 30 de noviembre de 1987, doctrina según la que "Para el ejercicio de una acción impugnatoria por el procedimiento del artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas es indispensable que quienes concurren a la Junta hubiesen hecho constar en el acta su oposición al acuerdo impugnado con absoluta claridad, no siendo suficiente a tales efectos la mera emisión del voto contrario a la aprobación del acuerdo, ya que no existiendo éste en tanto no se verifique el recuento de votos obtenidos y sea proclamado el resultado de la votación, los disidentes no pueden manifestar, sino con posterioridad a dichos momentos en que el acuerdo se perfecciona o adquiere consistencia jurídica, su voluntad de oponerse al mismo".

Nota: Véanse las Sentencias de 13 de noviembre de 1989 y 2 de enero de 1990, extractadas seguidamente.

IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES. ES REQUISITO CONSTE EN ACTA DE LA JUNTA LA OPOSICIÓN AL ACUERDO, NO BASTANDO CON EXPRESAR EL VOTO EN CONTRA (SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1989).

Limitando el artículo 69 de la Ley de Sociedades Anónimas la legitimación para el ejercicio de las acciones de impugnación de los acuerdos sociales, cuando los accionistas hubiesen concurrido a la Junta, a los que hubiesen hecho constar en el acta su oposición al acuerdo impugnado, esta Sala tiene sentada como doctrina interpretativa del indicado precepto que el mismo no habla de emisión del voto contrario a la adopción del acuerdo, sino que sólo legitima a quienes hubiesen hecho constar en el acta su oposición al acuerdo, debiendo entenderse que éste nace en el momento en que, terminada la votación sobre un extremo sometido a resolución, el cómputo de votos emitidos arroja un resultado favorable a lo que hasta ese momento era una propuesta y es entonces cuando queda adoptado el acuerdo y cabe que el socio que se oponga al mismo haga constar su oposición, pues sólo esta manifestación debidamente consignada en el acta legitima a quien en tal forma lo hubiera hecho para ejercitar, en su caso, la acción impugnatoria de los acuerdos, y si bien es cierto que la Ley no exige fórmula alguna determinada para expresar la disconformidad con el acuerdo, sí ha de consignar de modo suficientemente claro, y no puede reputarse bastante a tal fin la mera expresión de la aprobación del acta con el voto en contra del

recurrente o recurrentes, sin expresión del motivo que les lleva a oponerse a la referida aprobación (Sentencias de 30 de enero de 1970, 27 de abril de 1973 y 19 de enero de 1974).

La jurisprudencia viene interpretando con rigor este requisito, exigido por el legislador para impedir que el funcionamiento normal de las personas sociales pueda quedar a la merced injustificada de las acciones en cuanto a la expresión de la voluntad de impugnar, que debe constar claramente desde el momento en que se perfecciona el acuerdo y tienen conocimiento del mismo los accionistas asistentes a la Junta, en beneficio de la seguridad social y de los propios acuerdos (Sentencias de 10 de diciembre de 1973 y 30 de enero de 1976).

Cuando la vía escogida para la impugnación de los acuerdos sea el procedimiento especial, para que el accionista que haya votado en contra del acuerdo esté legitimado activamente, será requisito indispensable que de forma expresa haya hecho constar en acta su oposición al mismo, pues la viabilidad de la impugnación de los acuerdos sociales requiere, no sólo la constancia de la oposición, en el sentido de salvar su voto quien esté en desacuerdo con la voluntad mayoritaria, sino la expresa y formal oposición al mismo, indicativo de que se formalizará la oposición (Sentencias de 25 y 29 de noviembre de 1985, 17 y 22 de diciembre de 1986).

De acuerdo con la doctrina sentada, no puede concluirse que la manifestación de los accionistas demandantes que votaron en contra del acuerdo de que deseaban expresamente que se hiciera constar en el acta de la Junta nominalmente que habían votado en tal sentido, deseo que se cumplió según aparece de la aludida acta, comporta la legitimación de los mismos para la impugnación judicial del acuerdo por esta vía del procedimiento especial de la Ley de Sociedades Anónimas, en cuanto que de la misma no consta de una manera expresa y formal, ni aún de un modo suficientemente claro una oposición al acuerdo que vaya más allá de su voto en contra, ni menos aún la expresión clara de la voluntad de impugnarlo.

Nota: Ver Sentencia anterior de 22 de junio de 1988 y la posterior de 2 de enero de 1990.

IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES. PARA QUE PROSPERE LA ACCIÓN DEL ARTÍCULO 67 Y SIGUIENTES DE LA LEY ES NECESARIO QUE CONSTE EN EL ACTA LA OPOSICIÓN AL ACUERDO, NO BASTANDO EL VOTO EN CONTRA (SENTENCIA DE 2 DE ENERO DE 1990).

La necesidad de que los futuros impugnantes del acuerdo y que hubieren concurrido a la Junta, hiciesen constar en acta su oposición a aquél, declaración ésta de voluntad que ha de manifestarse de manera tan inequívoca que no cabe entenderla suplida por el hecho de la previa votación en contra del acuerdo en cuestión. El expresado sentido interpretativo se desprende, asimismo, de la doctrina mayoritaria mantenida por la Sala sobre dicho particular, pudiendo citarse, entre otras muchas, las Sentencias de 22 de diciembre de 1986, 15 de abril y 22 de junio de 1988.

Nota: Ver las anteriores Sentencias de 22 de junio de 1988 y 13 de noviembre de 1989.

IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES. NO ES PERSONA LEGITIMADA POR EL ARTICULO 69 DE LA LEY EL QUE TIENE UN INTERÉS SUFICIENTE (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1988).

Frente a la alegación del recurrente de que sea interpretado el artículo 69 de la Ley de Sociedades Anónimas en el sentido lato de entender también legitimados para el ejercicio de las acciones ordinarias de nulidad de los acuerdos sociales contrarios a la ley, a las personas extrañas a la sociedad que tengan un interés suficiente, hay que oponer que la terminante literalidad del precepto conduce a la conclusión de que legal y jurisprudencialmente sólo están legitimados para el ejercicio de las acciones de nulidad de los acuerdos sociales "todos los accionistas y los administradores en su propio nombre, aunque no sean accionistas", legitimación concreta y específicamente reconocida en numerosas sentencias propias de esta materia mercantil, sin necesidad de acudir a otros campos del Derecho, y que evidentemente no concurre en el recurrente, que perdió su condición de socio, recibiendo la correspondiente contraprestación económica y que, en consecuencia, no puede pretender gozar de ambas cosas a la vez (Sentencias de 6 de julio de 1963, 17 de marzo de 1967, 23 de noviembre de 1970, 7 de febrero de 1959 y 24 de octubre de 1967).

IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES. COMPUTO INICIAL DEL PLAZO DE CUARENTA DÍAS ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 68 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1989).

Es de tener en cuenta que el cómputo de los cuarenta días para impugnar acuerdos sociales, establecido en el artículo 68 de la Ley de Sociedades Anónimas, según tiene declarado esta Sala en Sentencia de 30 de enero de 1974, ha de producirse sin incluir el día en que fue adoptado el acuerdo impugnado, siguiendo la regla general prevenida en el número 1 del artículo 5 del Código Civil, lo que viene avalado, de una parte, por el medio interpretativo gramatical, al expresarse el mencionado artículo 68 de la Ley de Sociedades Anónimas en el sentido de que la acción de impugnación a que se alude "deberá ejercitarse en el plazo de cuarenta días, a partir de la fecha del acuerdo", no empleando, en consecuencia, el término "desde", que pudiese significar la comprensión del día en que el acuerdo impugnado fue adoptado, y referirse a "fecha", que según el Diccionario de la Lengua Española es sinónimo de día, no de momento, por lo que la expresión "a partir de" hay que entenderla respecto del día en que se adoptó el acuerdo, exigiendo, por tanto, contar cuarenta días a partir de aquél; de otra parte, debido a que es el aspecto histórico en que, siguiendo la orientación del Derecho Romano, se adoptó, por modo general, el cómputo de días completos (días civiles) y no el de momento a momento ("dies naturalis"), salvo casos concretos de excepción, incluyendo como primero del término aquel en que tenía lugar el primer acto de los que habían de repetirse en el tiempo ("dies a quo non computatur in termino"), formalizando así la máxima, que ha llegado a constituir un auténtico principio general, de que "dies a quo non computatur in termino" válido en todos los órdenes jurídicos modernos y fuertemente arraigado en las vigentes codificaciones, con reflejo en nuestro ordenamiento en el número 1 del artículo 5 del Código Civil, como proyección del hecho histórico a que alude el

número 1 del artículo 3 del mismo cuerpo legal sustantivo, y a cuya sujeción hay que entender se contrae el número 1 del artículo 9 de la Constitución Española; de otra parte, por deducirse esa orientación de la línea seguida, en aspecto sistemático, por el ordenamiento jurídico español, porque el artículo 1.130 del Código Civil, que de modo directo aborda el problema, dispone que "si el plazo de la obligación está señalado por días a contar desde uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, que deberá empezar en el día siguiente", el artículo 1.960 previene, a efectos de computación del tiempo necesario para la prescripción, que "el día en que comience a contarse el tiempo se tiene por entero; el párrafo primero del artículo 303 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaría y del Cheque, establece que "para el cómputo de los plazos legales o los señalados en la letra no se comprenderá el día que les sirva de punto de partida", el artículo 303 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "los términos judiciales empezarán a correr desde el día siguiente al en que se hubiera hecho el emplazamiento, citación o notificación" y el epígrafe a) del número 1 del artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al considerar la acción judicial para el reconocimiento de error determinante de indemnización, sanciona que "deberá instarse inexcusablemente en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse", criterio que es seguido esencialmente en el artículo 1.798 correspondiente al plazo para interponer recurso de revisión, todo lo cual pone claramente de manifiesto la no existencia en nuestro ordenamiento de un cómputo "de momento a momento" (natural), sino de días enteros (civil), que ya expresamente preveía el antiguo artículo 7 del Código Civil cuando indicaba que si en las leyes se habla de días se entenderá que son "de veinticuatro horas", o sea completos; y finalmente, a causa de que bajo el punto de vista lógico, tratándose el examinado plazo de cuarenta días a partir de uno determinado y no regir en nuestro Derecho el sistema natural de momento a momento, sino el civil, o de día completo, para que aquellos cuarenta días puedan decirse cumplidos, forzosamente tiene que deducirse el "dies a quo", o inicial.

IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES. PLAZO DESDE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL (SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1990).

El artículo 68 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 dispone que la acción de impugnación de acuerdos a que se refiere el artículo 67 deberá ejercitarse, cuando el acuerdo impugnado hubiese sido objeto de inscripción en el Registro, dentro del mes siguiente a la fecha en que la inscripción tenga lugar, plazo éste que el párrafo 2 de dicho precepto califica como de caducidad,

Tratándose del instituto de la caducidad, una constante doctrina jurisprudencial viene reconociendo su actuación automática, siempre apreciable de oficio, de tal manera que opera *ex lege* para determinar la pérdida de un derecho o acción por su no ejercicio durante el plazo señalado por ley, sin que las partes y los Tribunales puedan contener su actividad y consecuencias extintivas, que se producen por el mero transcurso del tiempo, sin más, y sin que sea preciso, al contrario de lo que sucede con la prescripción, su alegación por las partes a través de la correspondiente excepción, alegada en tiempo y forma.

A la hora de proceder al cómputo de los plazos de caducidad, también es doctrina de esta Sala que el mes debe computarse como de treinta días, sin excluir los inhábiles (Sentencia de 11 de octubre de 1963), con mayor razón aún

cuando, como sucede en el caso que nos ocupa, no puede entenderse que el aludido plazo deba reputarse procesal por no haber comenzado aún el tracto del proceso, al no haberse interpuesto la demanda.

Si tenemos en cuenta que, según reconoce la resolución de Primera Instancia, los acuerdos sociales impugnados se inscribieron en el Registro el 19 de diciembre de 1986, obvio es que cuando se presentó la demanda, es decir, el día 30 de enero de 1987 había ya transcurrido con creces el plazo de un mes, a partir de la indicada inscripción, por lo que debe estimarse de oficio la caducidad de la acción de impugnación de acuerdos sociales ejercitada en la demanda.

IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES. PROCEDE SER EJERCITADA POR LAS MINORÍAS (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1990).

Al aprobarse las cuentas por el acuerdo que precisamente fue impugnado en razón a la indebida inclusión de gastos no societarios, se incidió en la inexactitud conculcatoria del artículo 102 de la Ley de Sociedades Anónimas, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 67 de la propia Ley al referirse en el último inciso del párrafo primero a los acuerdos sociales que "lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad", sin que en modo alguno pueda darse en el caso presente entrada al juego convalidante o sancionador de la mayoría... y que haría inefectiva en la práctica la acción de impugnación de que se trata que, por definición, viene a ser ejercitada por la minoría contra acuerdos mayoritarios presuntamente ilegales o indebidos, evitándose así posibles excesos o abusos de aquella mayoría que, consciente de su mayor participación social y consiguiente dominio societario, incurra en extralimitaciones no legales, necesitadas por tanto de la oportuna corrección judicial.

B) DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

REPRESENTACIÓN EN LAS JUNTAS. REQUISITOS (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1990).

Al disponer el párrafo primero del artículo 16 de la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953 que "salvo disposición contraria en la escritura social, todo socio podrá hacerse representar en la Junta general por medio de otra persona", sin establecer posibilidad de condicionante alguno al respecto cuando esa facultad representativa se produzca..., ciertamente tal precepto societario, contenido en la referida Ley especial, faculta para prohibir en la escritura social ser el socio representado para asistir a las Juntas generales, lo es también que cuando esa prohibición no existe nada impide que los socios puedan ser representados por cualquier persona que designen al respecto, sin posibilidad de condicionante alguno, ni concretamente, con limitación a quien sea socio, pues lo contrario tanto significaría, de una parte, autorizar limitaciones que el legislador no ha establecido y, por otra parte, debido a que el espíritu y finalidad de tal norma societaria, que según el apartado 1 del artículo 3 del Código Civil es la esencia vitalizadora de la interpretación de toda norma, impide que se pongan trabas a las facultades representa-

tivas que la Ley autorice, y singularmente las referentes a la intervención en Juntas generales de sociedades de responsabilidad limitada, ya que de autorizarlas podría llegar a impedir que un socio pudiese no poder ejercer el derecho de asistencia a la Junta convocada, de estar en discrepancia con los demás socios; y esa apreciación finalista lo revela con más precisión y claridad la Ley de Sociedades Anónimas en el párrafo primero de su artículo 60, cuando expresamente reconoce la facultad representativa, de no existir disposición estatutaria en contrario, por medio de otra persona, aunque ésta no sea accionista.

C) COLECTIVAS

EN EL PACTO ESTATUTARIO DE QUE POR FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS SOCIOS, LA SOCIEDAD CONTINUARÍA CON SUS HEREDEROS Y LOS SOBREVIVIENTES, NO HAY COMUNIDAD, SINO SOCIEDAD (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1989).

En la sociedad regular colectiva, pactado que "si falleciera alguno de los socios (fundadores) la sociedad continuaría con los herederos del premuerto y los sobrevivientes", lo que ocurre es que los herederos del socio fallecido continúan dividiéndose la cuota social en tantas partes como herederos hubiese dejado, adquiriendo cada uno de ellos "individualmente" la cualidad de socio con la participación patrimonial en la sociedad que pudiera corresponderle en la división de la herencia; no hay, por tanto, comunidad alguna, sino socios con una determinada participación.

D) COOPERATIVAS

EXPULSIÓN DE SOCIO. COMPETENCIA OBJETIVA Y FUNCIONAL (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1988).

Es obvio que: *a)* conforme al artículo 11.2 de la Ley 52/1974, de 19 de diciembre, General de Cooperativas, "La expulsión de un socio sólo podrá acordarla el Consejo Rector por falta grave...", agregándose que el interesado "... podrá recurrir ante la Asamblea General, que resolverá por votación secreta, mediante escrito.... y, en su caso, ante la jurisdicción ordinaria..."; *b)* por otra parte, el artículo 27 del Reglamento de dicha Ley (Real Decreto 2710/1978, de 16 de noviembre) ratifica en sus números 1 a 3 lo indicado; *c)* es evidente, por tanto, que referida normativa distingue en orden a la expulsión de los socios cooperativistas, entre lo que pudiera denominarse con terminología procesal una competencia objetiva, para conocer en primera instancia de dichos expedientes, la cual los citados artículos de la Ley y Reglamento atribuyen específica y exclusivamente al Consejo Rector, y otra funcional, para conocer de los recursos contra las resoluciones dictadas por éste en indicados expedientes, que en los mismos preceptos se confiere al estamento supremo de dichos entes, o sea, a la Asamblea General; *d)* por otra parte, es de señalar que si el citado artículo 11.2 de la Ley de Cooperativas es un precepto que por su carácter fundamentalmente procesal constituye la garantía de los derechos del socio de los entes cooperativos ante o frente a éstos, vinculando, por tanto, a sus órganos directivos, su incumplimiento

pone en entredicho el derecho de defensa que tienen los socios expedientados, desde el momento en que cual acontece en este concreto supuesto, es el mismo órgano, la Asamblea General, quien instruye el expediente, dicta el acuerdo y, por último, entiende de la impugnación del mismo, lo cual implica un poner en peligro la teleología del artículo 24.1 de la Constitución Española, lo que no es admisible; e) por último, cabe también indicar, que ya esta Sala en Sentencias de 28 de mayo de 1979, 14 de octubre de 1981 y 30 de abril de 1982, ha venido manteniendo el entero señalado.

JURISDICCIÓN LABORAL: QUEDA SOMETIDA A ESTA JURISDICCIÓN LA COMPETENCIA PARA CONOCER DE LAS CUESTIONES QUE SE SUSCITEN ENTRE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO Y SOCIO-TRABAJADOR (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1988).

En base a los artículos 74 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 48 de la Ley General de Cooperativas de 19 de diciembre de 1974, 113 y 114 de su Reglamento general, aprobado por Real Decreto de 16 de noviembre de 1978, así como el apartado 7 del artículo 1.º del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto legislativo 1568/1980, de 13 de junio, la competencia para conocer de las cuestiones contenciosas que se susciten, en general, entre las Cooperativas de trabajo asociado y el socio-trabajador, por su condición de tal, y de modo específico las que afecten "a los ceses en la condición de socio-trabajador por decisión de la cooperativa", corresponde con exclusividad a la jurisdicción laboral..., como, con doctrina pacífica y reiterada, tiene declarado la Sala Sexta de este Tribunal Supremo (Sentencias de 9 de diciembre de 1983, 10 de marzo de 1984, 13 de marzo de 1985, 5 de febrero y 23 de septiembre de 1986, entre otras).

COMPETENCIA DE LA LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDADES AUTÓNOMAS. APLICACIÓN DE LA LEY GENERAL COMO SUPLETORIA (SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1990).

Antecedentes.—El Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Valencia dictó Auto con fecha 4 de febrero de 1987 declarando en estado de quiebra a la Cooperativa de Viviendas V. Sociedad Cooperativa Limitada, la que formuló demanda incidental de oposición, a fin de que se dejase sin efecto lo declarado con todas sus consecuencias legales, presentándose escrito de contradicción por C. Empresa Constructora, S. A., y recayendo sentencia desestimatoria en 28 de mayo de 1987, que ratificó el auto impugnado; apeló la Cooperativa y la Audiencia Territorial de Valencia, Sala Primera de lo Civil, por Sentencia de 3 de marzo de 1988, estimando de aplicación la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana de 25 de octubre de 1985, artículo 67.1 y no la Ley General de Cooperativas estatal de 1974, vigente cuando se constituyó la recurrente, ni la actual de 1987, consideró que, en todo caso, ante una insolvencia definitiva, el procedimiento aplicable a estas Cooperativas sería el concurso de acreedores y no la quiebra, por lo que dejó sin efecto la declaración de quiebra; contra esta senten-

cia del órgano jurisdiccional colegiado se interpuso por la instante de la quiebra C. Empresa Constructora, recurso de casación.

Doctrina del Tribunal Supremo.—La única prevención que contiene la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana respecto a las situaciones concursales se contiene en el artículo 67, establecedor de que "a la Cooperativa se le aplicará la legislación concursal estatal", lo que concuerda con el artículo 149-3 *in fine* de la Constitución Española, en cuanto dice que "el derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas"; parece, pues, que la remisión al derecho estatal se verifica a la quita y espera, al concurso, a la suspensión de pagos y a la quiebra, pues todos estos institutos constituyen legislación concursal, pero como la Ley General de Cooperativas estatal 52/1974, de 19 de diciembre, y su Reglamento (Real Decreto 2710/1978), en sus artículos 46.6 y 82.1, respectivamente, acotan ese campo, aplicando a las Cooperativas sólo la suspensión de pagos y la quiebra, al decir el primero que "a las Cooperativas les será aplicable, en su caso, la legislación sobre suspensión de pagos y quiebras" y el segundo, bajo la rúbrica "suspensión de pagos y quiebras", que "1. A las sociedades cooperativas les será de aplicación la suspensión de pagos y la quiebra de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.6 de la Ley y en este Reglamento. 2. La suspensión de pagos, aplicable a las Cooperativas que se encuentren en situación de iliquidez o que acceden a la insolvencia por circunstancias fortuitas, podrán solicitarla: el Consejo Rector, previa ratificación de la asamblea y, en su caso, los liquidadores. La providencia judicial, por cuya virtud se tenga solicitada la suspensión, deberá inscribirse en el Registro de Cooperativas donde esté inscrita la suspensión. 3. Los acreedores de la Cooperativa podrán, y el órgano rector de ésta deberá solicitar del Juez la declaración de quiebra, cuando aquélla se encuentre en situación patrimonial de insolvencia definitiva; la obligación de instar declaración alcanzará a los liquidadores", es visto que se excluye a este tipo especial de sociedades que constituyen las cooperativas, de indudable incidencia en el ámbito comercial y tráfico mercantil, de la posibilidad de acudir al estado preliminar de quita y espera o al concurso, interpretación que no resulta contraria a la afirmación del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (art. 31.21) de que la Generalidad tiene competencia exclusiva sobre "Cooperativas, respetando la legislación mercantil", pues ya se ha consignado la remisión que su propia Ley realiza a la legislación concursal estatal, que ha de entenderse a la vigente en la materia específica de que se trata. Mas si se entendiese que no era procedente tal interpretación por ser expresadas normas estatales sobre las Cooperativas pre o ante constitucionales, se llega a idéntica solución con la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas, que en el párrafo seis de su preámbulo dice tener presente su carácter de derecho supletorio respecto al Derecho de las Comunidades Autónomas con competencias legislativas en materia de Cooperativas, y en el párrafo último de su apartado XVII que "de las disposiciones finales tiene especial importancia la primera, que fija el ámbito de aplicación de la presente Ley, de acuerdo con las competencias que en materia de Cooperativas tienen atribuidas algunas Comunidades Autónomas", porque tal disposición final señala, a dichos efectos, qué normas tienen el carácter de básicas y cuáles no, encontrándose entre aquéllas: a) el artículo 103, apartado 9.º, que establece como causa de disolución la quiebra de la sociedad; h) el 110 que dispone que, "en caso de insolvencia de la sociedad, los liquidadores deberán solicitar, en término de diez días, a partir de aquel en que se haga patente esa situación, la declaración de suspensión de pagos o la de quiebra según proceda"; c) el 115, que señala que "a las Sociedades Cooperativas les será

aplicable la legislación sobre suspensión de pagos y quiebras", debiendo inscribirse en el Registro de Cooperativas la providencia judicial por cuya virtud se tenga por solicitada la suspensión de pagos o la quiebra; d) y el artículo 105, sobre reactivación de la Sociedad prevé, para el caso de quiebra, que la Sociedad quebrada llegue a un convenio con los acreedores. En definitiva, la remisión de la Ley valenciana a la legislación concursal estatal sólo puede entenderse a la que ésta tiene prevista para las cooperativas, que no comprende ni la quita y espera ni el concurso de acreedores y sí solo la suspensión de pagos y la quiebra, tanto si se tiene en cuenta la Ley de 1974, como si se toma en consideración a efectos interpretativos la de 1987, establecedora de la normativa básica y uniforme que han de respetar las Comunidades Autónomas, todo ello sin necesidad de entrar en el análisis de conceptos como los de comerciante y actos de comercio, rebasados por el Derecho mercantil actual, que contempla básicamente la actividad empresarial como fin esencial del Derecho mercantil, extremos tenidos en cuenta sin duda alguna por el legislador al dictar las normas reguladoras de las Cooperativas y su similitud con las de las sociedades anónimas cuando aún no se ha producido la modificación del Código de Comercio, superado por una realidad social cambiante, en la que, en el momento presente, puede calificarse a las Sociedades Cooperativas como empresarios sociales, tengan o no un fin lucrativo, alcanzándoles, ciertamente, muchas disposiciones mercantiles que han de ser respetadas por el legislador autonómico, según mandato constitucional (art. 149-6.º de la Constitución Española).

Aplicando la doctrina anterior y no discutiéndose en el caso que nos ocupa la existencia de un sobreseimiento general en el pago de sus obligaciones por parte de la Cooperativa de Viviendas V., pues que la sentencia de la Sala de instancia sienta en su fundamento tercero "La insolvencia definitiva de la Cooperativa recurrente", es claro que, estimando el motivo segundo en cuanto denuncia infracción, por interpretación errónea, del artículo 67 de la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana de 25 de octubre de 1985, que al regular las situaciones concursales remite a la legislación concursal estatal y, concretamente, a la Ley General de Cooperativas de 1974 o a la vigente de 1987, procede, sin necesidad de mayor análisis, casar y anular la Sentencia dictada en 3 de marzo de 1988 por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia y, recobrada la competencia para resolver como si de Sala de instancia se tratara, confirmar, por las razones expuestas, el fallo dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Valencia en la suya de 28 de mayo de 1987, que mantuvo la declaración de quiebra de la sociedad cooperativa a que se viene haciendo mérito.

CADUCIDAD DE ACCIONES DE EXPULSIÓN DE SOCIO (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1990).

Un adecuado análisis al sentido y alcance de los plazos de caducidad, que en su variado elenco, efectúan tanto la Ley General de Cooperativas de 19 de diciembre de 1974 como su Reglamento de 16 de noviembre de 1978 conforme al siguiente detalle:

- a) En primer lugar, existe un plazo de caducidad fijado en dos meses para

dictar el acuerdo de expulsión del socio que se trate, en los términos que dispone el artículo 11 de la Ley en relación con el 27-1 del Reglamento, que habla *nomi-natim* de "expulsión", y que en parecer de la sentencia de primer grado no se observó por la Cooperativa, aspecto éste que se relega por la Sala *a quo* al apreciarse la caducidad de la acción entablada.

b) En segundo lugar, existe igualmente otro plazo de caducidad fijado en cuarenta días en lo referente a la acción de reclamación/impugnación de ese acuerdo en los términos que siguen: en la Ley, en su artículo 27, al hablar de "revisión de los acuerdos sociales", en su primer número se prescribe la acción de nulidad contra los acuerdos sociales contrarios a la Ley o a los Estatutos, que podrá ejercitarse en el juicio ordinario o por el cauce procesal previsto en el párrafo siguiente, el cual adosa ese plazo de cuarenta días para impugnar tales acuerdos cuando "lesionen en beneficio de uno o varios miembros los intereses de la cooperativa", por lo que *ab initio*, y aunque la acción ejercitada ha utilizado esta vía, no parece rija dicha caducidad de los cuarenta días, por cuanto esa acción no persigue impugnar ante la jurisdicción acuerdo alguno que se refiera a lesiones de la Cooperativa en beneficio de uno o varios socios, con lo que, en ese supuesto —de mero valor aparente— como luego se razone, el motivo tendría que prosperar; ahora bien, ya en la temática del acuerdo de expulsión que se impugna con la acción —se repite— existe este campo ordenador con la técnica de reenvío correspondiente: en la Ley, su artículo 11-2, al contemplar la "baja del socio", en su número 2, se expresa que tras el acuerdo de expulsión del socio por el Consejo Rector a resultas de expediente instruido se podrá recurrir ante la Asamblea en el plazo de cuarenta días desde la fecha en que se le notifique el acuerdo y, en su caso, ante la jurisdicción ordinaria por el cauce procesal a que se refiere el artículo 27-2 de esta Ley. Luego al impugnarse, como se hace, con la acción el acuerdo definitivo ya dictado por la Asamblea General de 17 de junio de 1985 (*petitum* de la demanda, al f. 92 autos), única vía, pues, que cabe al interesado para evitar la firmeza de tal acuerdo, será la operatividad de dicho precepto remitido el que actúe, con lo que así reaparece la fuerza de citado plazo de cuarenta días incorporado en el expuesto artículo 27-2; y a igual conclusión se llega, con el juego del Reglamento, que asimismo establece en su artículo 27 sobre "expulsión" en su número 4 que el "acuerdo de la Asamblea General... podrá ser impugnado por los socios que se consideren lesionados, en el plazo y por el cauce procesal y con los efectos que se determinan en el artículo 54 de este Reglamento", el cual, a su vez, reproduce el mentado artículo 27 de la Ley, y en su número 2 mantiene repetido plazo de caducidad de cuarenta días; luego, en definitiva, como sostiene la Audiencia, si el acuerdo de la Asamblea se dictó en 17 de junio de 1985 y la demanda ante la jurisdicción ordinaria —que es el acto concreto de impugnación que se realiza— se presentó el 1 de agosto de 1985-92, *vto. de los autos*— ya había transcurrido con exceso ese plazo de cuarenta días, que, como se sabe, es de caducidad a todos los efectos, contándose, pues, tanto los días hábiles como inhábiles según Sentencia de 14 de marzo de 1986 (la cual, entre otras, sostiene que el plazo de caducidad sólo rige en la impugnación de acuerdos perjudiciales de la Sociedad, pero no cuando se pretenda la nulidad de acuerdos *contra legem*, aunque, eso sí, no contempla los acuerdos de expulsión de un socio, que es el de autos) sin que quepa sostener, como entiende el motivo, que al perseguir la acción la nulidad de pleno derecho por ser el acuerdo contrario a la ley, no rige ese plazo de caducidad, sino que podrá ejercitarse en tanto no prescribe la acción pertinente, ya que ese criterio, aparte de que acumularía un factor de inseguridad jurídica a la estabilidad del

acuerdo, que estaría pendiente durante tiempo y tiempo, podría incluso abocar en que por tratarse de una pretensión que persigue se declare judicialmente una nulidad radical del acuerdo, por propia naturaleza de su acción, ésta debería ser imprescriptible, lo que a todas luces es insostenible.

III. TÍTULOS VALORES

A) LETRA DE CAMBIO

NOTIFICACIÓN DEL PROTESTO AL AVALISTA (SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1989).

La exigencia de notificación del protesto al avalista, establecido en el párrafo segundo del artículo 521 del Código de Comercio, exclusivamente para el juicio ejecutivo, en el caso de que se dirigiese la acción ejecutiva contra el aceptante.

DISCORDANCIA ENTRE LA CANTIDAD CONSIGNADA EN LA LETRA DE CAMBIO Y LA QUE CONSTA EN EL RECONOCIMIENTO DE DEUDA QUE LE SIRVE DE FUNDAMENTO (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1989).

Antecedentes.—Reconocido adeudar en escritura pública la cantidad de tres millones de pesetas, que el deudor se obliga a satisfacer en plazo de un año y mediante el pago de una letra de cambio por el importe indicado, sin que dicha suma devengue interés de clase alguna, se pretende el reconocimiento de la firma por el deudor en una letra emitida por tres millones quinientas cuarenta mil pesetas, ya que la deuda asciende a dicha suma.

Doctrina del Tribunal Supremo.—El Tribunal Supremo casa y revoca la sentencia del Tribunal de instancia (confirmada en la Audiencia) y desestima la demanda, basándose en que aceptando que cuando la letra se emitió no figuraba aún la suma que garantizaba la misma, es de concluir que la conducta de la demandante reflejada en las circunstancias que rodearon el otorgamiento de la escritura de 27 de junio de 1980, supuso infracción de los artículos 1.091, 1.256, 1.258 y 1.278 del Código Civil, en cuanto que: a) los vínculos jurídicos nacidos de los contratos no pueden desatarse por la voluntad de uno solo de los contratantes, y una vez perfeccionados tienen fuerza de ley entre éstos y han de cumplirse a tenor de lo expresamente pactado, de buena fe y sin tergiversar las obligaciones que cada parte contrajo; b) tal doctrina, seguida por este Tribunal en Sentencia, entre otras, de 8 de octubre de 1927, resultaría infringida por quien, so pretexto de un reconocimiento de firma y contrariando el sentido del artículo 1.256 del Código Civil, eleva una obligación de tres millones de pesetas a tres millones quinientas cuarenta mil pesetas; c) ello contraría, además, la buena fe y la obligatoriedad de los contratos que, respectivamente, proclaman los artículos 1.258 y 1.278 del Código Civil; d) sin perjuicio en ningún caso de liquidar como proceda las relaciones económicas y negociales entre los litigantes surgidas en el contrato básico.

IV. CONTRATOS MERCANTILES

COMISIÓN MERCANTIL Y MANDATO (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1989).

El artículo 244 del Código de Comercio dispone que "se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista". En el caso de autos, dando por supuesto que ha existido un mandato, éste no ha de ser considerado como comisión mercantil, porque tal encargo no puede calificarse de acto de comercio, sino simplemente de encargo de venta de un determinado inmueble. El artículo 325 del Código de Comercio dice que "será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas...". Por tanto, interpretado *a sensu contrario* el ya citado artículo 244, cuando el mandato no tiene por objeto un acto u operación de comercio, no se reputará mercantil.

COMPRAVENTA CIVIL Y MERCANTIL EL ANIMO DE REVENDER (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1989).

Atribuir naturaleza mercantil al contrato de compraventa suscrito es inadecuado, dada su naturaleza puramente civil, ya que si bien tuvo lugar entre comerciantes y versó sobre cosas muebles, falta la intención por parte del comprador de revenderlas con ánimo de lucro que exige el artículo 325 del Código de Comercio.

CRÉDITO DOCUMENTARIO. RELACIÓN JURÍDICA COMPLEJA (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1989).

Nos encontramos ante una operación compleja que, más que al designio de proporcionar una garantía semejante a la fianza, mediante la cual el emisor de la carta contrae una obligación accesorio de indemnizar en beneficio del dueño de la obra, comprador para el evento de que el constructor-vendedor incumpla lo pactado, por su configuración y carácter instrumental se parece a lo que, con nombre ciertamente equívoco, se viene denominando apertura de crédito documentado (contemplado por las reglas y usos uniformes fijados por la Cámara de Comercio Internacional), pues el suministrador-constructor, para que no le retengan la garantía del 10 por 100 de las certificaciones y poder disponer de su importe íntegro desde la entrega provisional, paga una comisión a la Compañía de C. y C. para que ésta ofrezca el abono de la garantía al propietario si éste cumple con las condiciones que le ha notificado (carta de garantía), sin perjuicio de que después el cliente (ordenador) tenga que pagar a C. y C. lo que ésta haya abonado y sin perjuicio también de la reclamación que el contratista o suministrador S. pueda formular frente al dueño de la obra o comprador L. por una retención indebida del importe de la garantía si entiende que ha cumplido sus obligaciones con plena corrección. En definitiva, C. y C. realiza a S. una apertura de crédito y cobra por ello la comisión o prima que convengan y se compromete

a notificar al beneficiario L. las condiciones, ante las que entregará la garantía, mediante lo que puede llamarse carta de crédito, y como L. cumple con esas condiciones que C. y C. le ha comunicado (apartado tercero de la carta: simple petición, cantidad que no excede del límite pactado, dentro del plazo fijado, sin restricción de ningún tipo; siendo además la garantía irrevocable, según el apartado cuarto), es llano que no nos encontramos ante una fianza, sino ante otro tipo de garantía exigible en las condiciones pactadas, y toda interpretación que trate de dar a la palabra garantía el sentido de la obligación accesorio de fianza o de aplicar la excusión que le es característica desvirtúa la naturaleza de la relación jurídica compleja a la que venimos haciendo mérito, para la que no existe obstáculo legal en orden a su eficacia en nuestro ordenamiento positivo, que encuentra su fuerza vinculante en el principio de libertad de contratación proclamado en el artículo 1.255 del Código Civil y sus concordantes sobre los efectos de las obligaciones. L., como beneficiaria, una vez que ha cumplido con los requisitos que le comunicó la Compañía de Seguros de C. y C., mediante la carta de crédito, tiene un indiscutible derecho a exigirle el pago de la cantidad señalada, siendo la obligación de la Cía. de C. y C. de carácter abstracto en el sentido de ser independiente del contrato inicial entre S. y L. No entenderlo así quebranta la buena fe y lealtad mercantil y los artículos 1.258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio, pues la póliza, cual se ha explicado, sustituye a la retención para producir su mismo efecto y lo garantizado ha de entregarse en cuanto se reclame, incumpléndose lo pactado de no hacerse así, por lo que es luego el contratista-vendedor quien tiene que probar su perfecto cumplimiento para reclamar lo que estime indebidamente retenido, siquiera se beneficia de la movilidad que ha podido dar al dinero en el interregno con la sola contraprestación de la prima o comisión.

V. DERECHO MARÍTIMO

CADUCIDAD DE ACCIONES DEL TRANSPORTE MARÍTIMO PARA HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR O DEL BUQUE, DE PERDIDAS O DAÑOS DE LAS MERCANCÍAS TRANSPORTADAS (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1990).

Una reiteradísima doctrina jurisprudencial que comprende, además de otras, las Sentencias de 31 de octubre y 30 de mayo de 1984, 24 de enero y 14 de febrero de 1986, las más recientes de 20 de septiembre y 18 de octubre de 1988, luego de poner de manifiesto la existencia de tipos de caducidad que demandan una aplicación flexible, califican precisamente como de caducidad el plazo de un año, a contar desde la entrega de las mercancías, que para la exigencia de responsabilidad por pérdidas o daños en las mismas, puede exigirse al porteador y al buque, sentando así un cuerpo de doctrina uniforme en la que no deja de subrayarse el dato de la inoperancia de la conciliación a efectos de interrupción del plazo, de suerte que, así las cosas, e incuestionada la fecha del 25 de enero de 1982 como de entrega de la mercancía averiada en el puerto de destino, es patente que la demanda de responsabilidad, presentada el 26 de marzo de 1983, lo fue cuando ya estaba caducado el plazo repetido que el artículo 22 de la Ley de Transporte Marítimo de 22 de diciembre de 1949 señala.

VI. QUIEBRAS Y SUSENSIONES DE PAGOS

A) QUIEBRAS

LOS ACREEDORES TAMBIÉN PUEDEN IMPUGNAR LA DECLARACIÓN DE QUIEBRA EN CUALQUIERA DE SUS CLASES (SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1989).

Del texto del artículo 1.028 del Código de Comercio de 1929 hay que deducir, ya que no se hace distinción alguna entre las distintas clases de quiebra, ni se prohíbe que la reposición que regula puedan ejercitarla también los acreedores, y en todo caso el hecho de que regule la impugnación por el comerciante no excluye que la formulen los acreedores, como se deduce claramente del artículo 1.170 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el 1.319 de la misma Ley, ya que, como declaró la Sentencia de esta Sala de 9 de enero de 1984, otra cosa supondría condenar a integrarse en un procedimiento de ejecución universal. Vetándoles el singular de que venían asistidos, a los titulares de un interés legítimo, imposibilitados entonces para usar el que se les niega, sin haberles ofrecido, al menos, la ocasión de acreditar, frente al comerciante que instó su propia declaración de quiebra, la inexistencia de los factores objetivos y subjetivos determinantes de aquella declaración. La supletoriedad ordenada por el citado artículo 1.319 de la Ley procesal civil permite la invocación de lo establecido para el concurso por el artículo 1.170 de la misma Ley en el caso de quiebras, y sin poder excluir como normas incluidas en esta conclusión las relativas a la quiebra del Código de Comercio de 1929, que se consideran aún vigentes. Conduciría, por consiguiente, a cierta indefensión de los acreedores privarles de la discutibilidad del acuerdo declaratorio judicialmente tomado por medio de la oposición a la llamada quiebra voluntaria, cauce que indudablemente puede ser utilizado.

LA ALEGACIÓN DE SUSTRACCIÓN DE LOS LIBROS DE COMERCIO NO ES SUFICIENTE PARA DECLARAR NO FRAUDULENTO LA QUIEBRA (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1989).

Esta Sala tiene determinado (Sentencia de 10 de diciembre de 1985) que la ausencia de libros, por alegarse haber sido sustraídos, no impide la posibilidad de declarar al comerciante en situación de quiebra fraudulenta, cuando esa apreciación judicial emana de aspectos fácticos, no controvertidos adecuadamente y vinculantes en casación que enmarca en el ámbito de otras circunstancias del artículo 890 del Código de Comercio, además de la taxativamente prevista en la tercera de dicha norma, y por ello, salvo que la entidad quebrada demuestre lo contrario, ha de estarse a la presunción legal del artículo 890-3.º, porque ante dicha afirmación de la carencia o ausencia de libros que responde a la realidad objetiva —con abstracción de sus motivaciones—, era a la mercantil quebrada a quien incumbía probar lo contrario o su desaparición contra su voluntad, de conformidad con el aspecto de inversión de carga probatoria que establece el artículo 891 del Código de Comercio (Sentencias de 30 de junio de 1988 y 22 de noviembre de 1985).

INDEPENDENCIA DEL JUEZ PENAL Y CIVIL EN LA QUIEBRA FRAUDULENTA
(SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1990).

No puede decirse que el Juez penal en materia de quiebra fraudulenta se halle vinculado al Juez civil, ya que es muy reiterada la jurisprudencia, tanto civil como penal, en el sentido de que la declaración del Juez civil de quiebra fraudulenta es un requisito de procedibilidad en el proceso penal; pero siendo de destacar que la jurisdicción penal no se encuentra en situación de subordinación a las calificaciones hechas por la jurisdicción civil, sino que goza de absoluta independencia al tiempo de enjuiciamiento (Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, entre otras, de 23 de marzo de 1979 y 17 de mayo de 1982); y es doctrina jurisprudencial de esta Sala Primera que la intervención de la jurisdicción civil en el campo de la calificación de la quiebra viene estrictamente limitada a realizarla para provocar la apertura o no del procedimiento punitivo, pero sin que prejuzgue la resolución definitiva, respecto a los personalmente responsables y a la clase de responsabilidad que haya de hacerse en el proceso penal con plena soberanía, una vez que en el aspecto civil haya sido cumplido el requisito de viabilidad que el artículo 895 del Código de Comercio establece (Sentencia de 27 de enero de 1988).

LA FECHA DE RETROACCIÓN DE LA QUIEBRA FIJADA EN LA PRIMERA RESOLUCIÓN JUDICIAL ES MODIFICABLE (SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1990).

El texto del artículo 1.024 del viejo Código —de Comercio—, que establece que la fijación de la primera resolución de la época a que deban retrotraerse los efectos de la declaración de quiebra lo será "con calidad de por ahora...", expresión coincidente con la empleada por el Juez en el auto en que se declaró la quiebra, cuya literalidad no deja la menor sombra del carácter meramente provisional de aquella fijación; además, en tal sentido es constante la mejor doctrina y la jurisprudencia más extensa y más reciente (Sentencias de 27 de enero de 1986, 15 de septiembre de 1987, 4 de julio de 1989, 15 de febrero de 1990, entre tantas otras) uniforme en considerar que la resolución que declara la quiebra es modificable, en este particular de la retroacción, ya que no sería razonable asignarle carácter definitivo contra un texto legal a una declaración judicial hecha, por imperativo legal, en momento en que el juzgador sólo posee un conocimiento parcial y limitado de los hechos y de la gravedad y trascendencia de los mismos.

RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS