



Roj: **STS 2946/2005** - ECLI: **ES:TS:2005:2946**

Id Cendoj: **28079110012005100334**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/05/2005**

Nº de Recurso: **4434/1998**

Nº de Resolución: **319/2005**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Mayo de dos mil cinco.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el presente recurso de casación interpuesto por el Procurador D. José Núñez Arnedáriz, en nombre y representación de D. Emilio , contra la sentencia dictada con fecha 28 de septiembre de 1998 por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 766/96 dimanante de los autos de juicio declarativo de menor cuantía nº 617/94 del Juzgado de Primera Instancia nº 54 de Madrid , sobre impugnación de acuerdos sociales. Ha sido parte recurrida la mercantil PROMOTRONIC S.A., representada por la Procuradora D^a Ana Arauz de Robles Villalón.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 4 de julio de 1995 se presentó demanda interpuesta por D. Emilio contra la compañía mercantil PROMOTRONIC S.A. solicitando se dictara sentencia por la que se declarase: "a) La nulidad de la ampliación de capital acordada en la Junta General de accionistas de PROMOTRONIC, S.A. celebrada el día 25 de mayo de 1994.

B) La nulidad de la modificación estatutaria acordada en la misma Junta.

C) La acción social de responsabilidad acordada en la misma Junta.

D) En su defecto la anulabilidad de los mismos tres acuerdos.

E) La publicación de la Sentencia que se dicte, en los términos anteriores, en extracto en el Boletín Oficial del Registro mercantil, así como la cancelación de los acuerdos dejados sin efectos si hubiesen sido previamente inscritos en dicho registro, como cuantos asientos posteriores a los de los acuerdos impugnados resulten contradictorios con la sentencia que pedimos.

F) Que se impongan a la entidad demandada PROMOTRONIC, S.A. la totalidad, sin excepción, de las costas devengadas por la tramitación de este litigio."

SEGUNDO.- Turnada la demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 54 de Madrid, dando lugar a los autos nº 617/94 de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, y emplazada la demandada, ésta compareció y contestó a la demanda solicitando la desestimación de todos y cada uno de sus pedimentos con imposición de costas al actor.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, el Ilmo. Sr. Magistrado- Juez en funciones en el mencionado Juzgado dictó sentencia con fecha 1 de marzo de 1996 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: "Que desestimando la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Emilio contra la entidad mercantil PROMOTRONIC S.A., debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra, con expresa imposición de las costas procesales causadas a la parte actora".



CUARTO.- Interpuesto por el demandante contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el nº 766/96 de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, acordado el recibimiento a prueba solicitado por la demandada-apelada, aunque sin llegar a practicarse la admitida, y denegada la diligencia para mejor proveer interesada por el actor-apelante después del acto de la vista del recurso, dicho tribunal dictó sentencia en fecha 28 de septiembre de 1998 desestimando el recurso, confirmando la sentencia apelada e imponiendo al recurrente las costas de la apelación.

QUINTO.- Anunciado recurso de casación por el actor-apelante contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte, representada por el Procurador D. José Núñez Armendáriz, lo interpuso ante esta Sala articulándolo en tres motivos amparados en el art. 1692 LEC de 1881 : el primero en su ordinal 4º, por infracción de los arts. 133, 134 y 93 LSA y 7 CC ; el segundo en su ordinal 3º, por infracción de los arts. 340 y 550 ss; y el tercero en su ordinal 4º por infracción del art. 48.2B LSA .

SEXTO.- Personada la demandada como recurrida por medio del Procurador D. Javier Vázquez Hernández, luego sustituido por la Procuradora Dª Ana Arauz de Robles Villalón, evacuado por el Ministerio Fiscal el trámite del art. 1709 LEC no oponiéndose a la admisión del recurso y admitido éste por Auto de 16 de marzo de 2001 , la mencionada parte recurrida presentó su escrito de impugnación solicitando la íntegra desestimación del recurso, la confirmación de la sentencia recurrida y la imposición de las costas al recurrente.

SÉPTIMO.- Por Providencia de 8 de febrero del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 19 de abril siguiente, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. FRANCISCO MARÍN CASTÁN

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación, interpuesto por el actor contra la sentencia de apelación que confirmó la de primera instancia desestimatoria de su demanda de impugnación de acuerdos sociales, plantea dos cuestiones de fondo: una, si el acuerdo de la junta general de promover la acción de responsabilidad contra un administrador exige fundarse en algo más que la "actitud obstruccionista y perjudicial" de éste para, así, evitar que un acuerdo tan sumamente genérico se convierta en vía para destituir a los administradores no afines al Presidente del Consejo; y la otra, si el acuerdo de aumento del capital social exige la emisión de nuevas acciones con prima para, así, no perjudicar el derecho de los antiguos accionistas a participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación de la sociedad.

A la primera cuestión se dedican los dos primeros motivos del recurso, el primero formulado al amparo del ordinal 4º del art. 1692 LEC de 1881 y el segundo al del ordinal 3º del mismo artículo por no haberse acordado para mejor proveer una prueba encaminada a comprobar si la acción social de responsabilidad se había ejercitado o no; y a la segunda cuestión se dedica el tercer y último motivo, formulado al amparo del ya referido ordinal 4º.

SEGUNDO.- Comenzando el análisis del recurso por su motivo segundo, ya que ser estimado determinaría la reposición de las actuaciones conforme al art. 1715.1-2º LEC de 1881 , tal motivo se funda en "vulneración del principio de tutela efectiva y de los artículos 340 y 550 ss relativos a los medios de prueba" por no haberse acordado requerir a la parte demandada-apelada para que acreditase en qué Juzgado y bajo qué número de procedimiento se estaba tramitando la acción social de responsabilidad, requerimiento interesado para mejor proveer por el hoy recurrente en el acto de la vista del recurso de apelación y también mediante un escrito posterior.

Así planteado, el motivo ha de ser desestimado por las siguientes razones: primera, porque al configurarse las diligencias para mejor proveer como una facultad del juzgador en el art. 340 LEC de 1881 , la decisión de ejercitar o no ejercitar tal facultad quedaba excluida de censura casacional (SSTS 20-11-91, 25-1-95, 30-5-95, 9-12-96, 26-6-99, 13-12-99 y 3-12-01 entre otras); segunda, porque no se alcanza a comprender, ni se explica en el alegato del motivo, por qué la parte hoy recurrente esperó hasta el acto de la vista del recurso de apelación para interesar como prueba lo que tendría que haber solicitado, a lo sumo, en el plazo específicamente arbitrado al efecto por el art. 707 en relación con el 706, ambos de la misma ley procesal ya citada ; y tercera, porque la diligencia solicitada para mejor proveer carecería de relevancia alguna desde el momento en que la sentencia no se funda en el efectivo ejercicio de la acción social de responsabilidad como razón para desestimar la impugnación del acuerdo de promover dicha acción.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso, concerniente también a ese mismo acuerdo social, se funda en infracción de los artículos 133, 134 y 93 de la Ley de Sociedades Anónimas y 7 de Código Civil por haberse utilizado dicho acuerdo como un medio de expulsar del Consejo de Administración al hoy



recurrente sin posibilidad de reelección, según resultaría de la falta de ejercicio efectivo de la acción social de responsabilidad, de la falta de debate previo a la adopción del acuerdo de debate y de la "forma extraordinariamente singular" en que se fundamentó por el Presidente del Consejo la propuesta del mismo acuerdo, limitándose a señalar la "actitud obstruccionista y perjudicial" del hoy recurrente "a la marcha social", es decir, sin mayor detalle sobre el contenido de esa actitud y sin mención alguna al daño causado.

Pues bien, tampoco este motivo debe ser estimado porque, de un lado, el apartado 2 del citado artículo 134 permite a la junta general renunciar al ejercicio de la acción "en cualquier momento", es decir sin obligar irrevocablemente a su ejercicio, y, de otro, el artículo 131 de la Ley de Sociedades Anónimas faculta a la junta general para separar a los administradores también "en cualquier momento", sin que por tanto sea preciso para ello el acuerdo de ejercitar contra ellos la acción social de responsabilidad por más que tal acuerdo sí determine su destitución conforme al ya citado apartado 2 del artículo 134.

CUARTO.- Finalmente, el tercer y último motivo del recurso, fundado en infracción del artículo 48.2b) de la Ley de Sociedades Anónimas, también ha de ser desestimado porque, dedicado a justificar que el aumento del capital social debió de ir acompañado de la emisión de nuevas acciones con prima para no perjudicar los derechos de los antiguos accionistas al reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio social a la hora de la liquidación, resulta que el recurrente prescinde por completo del resultado de la prueba practicada, demostrativa de que él sí acudió a la ampliación suscribiendo y desembolsando las acciones que le correspondían en virtud de su derecho de adquisición preferente, articulando así este motivo como una mera reproducción de su demanda, con los mismos argumentos teórico-doctrinales de ésta sobre las ventajas o razones de las acciones con prima, de suerte que el motivo examinado carece en realidad de verdadero contenido porque ni se ha vulnerado el derecho de suscripción preferente del hoy recurrente en la emisión de las nuevas acciones, al que se refiere la norma citada como infringida, ni la licitud de las acciones con prima, declarada en el apartado 3 del artículo 47 de la Ley de Sociedades Anónimas, equivale a su obligatoriedad.

QUINTO.- No estimándose procedente ninguno de los motivos del recurso, debe declararse no haber lugar al mismo y, conforme al art. 1715.3 LEC de 1881, imponer al recurrente las costas y la pérdida del depósito constituido.

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

FALLAMOS

NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por el Procurador D. José Núñez Armendáriz, en nombre y representación de D. Emilio, contra la sentencia dictada con fecha 28 de septiembre de 1998 por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 766/96, imponiendo a dicha parte las costas causadas por su recurso de casación y la pérdida del depósito constituido.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Xavier O'Callaghan Muñoz.-Francisco Marín Castán.- José Almagro Nosete.-FIRMADO Y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marín Castán, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.